

« *DROITS DES PAUVRES,
PAUVRES DROITS ?* »

**RECHERCHES SUR LA JUSTICIABILITÉ
DES DROITS SOCIAUX**

Recherche dirigée par **Diane ROMAN**, Professeure de droit public, École des Hautes Études en Santé Publique (**EHESP**),

Pour le Centre de Recherches sur les droits fondamentaux (**CREDOF**), Université Paris Ouest Nanterre la Défense

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche **Droit et justice**, l'Observatoire National de la Pauvreté et de l'Exclusion sociale (**ONPES**) et la Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (**DREES**), dans le cadre de l'appel à projet *Droit et Pauvreté*

Novembre 2010

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice, l'Observatoire National de la Pauvreté et de l'Exclusion sociale (ONPES), de la Mission recherche (MiRe) de la Direction de la Recherche, des Études, de l'Évaluation et des Statistiques (DREES) (Ministère du travail, de la solidarité et de la fonction publique, du Ministère du budget, des comptes publics, de la réforme de l'État, du Ministère de la santé et des sports). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction même partielle est subordonnée à l'accord de la Mission.

Ont contribué à cet ouvrage Manon ALTWEGG-BOUSSAC, Myriam BENLOLO-CARABOT, Thomas BOMPARD, Isabelle BOUCOBZA, Julien BURDA, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Virginie DONIER, Marina EUDES, Céline FERCOT, Tatiana GRÜNDLER, Sophie GROSBON, Emmanuel GUEMATCHA, Olivier LE BOT, Claire MAGORD, Claire MARZO, Eric MILLARD, Johann MORRI, Carole NIVARD, Marc PICHARD, David ROBITAILLE, Diane ROMAN, Hiroshi SASANUMA.

« ***DROITS DES PAUVRES, PAUVRES DROITS?*** »
RECHERCHES SUR
LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX

Recherche dirigée par **Diane ROMAN**,
Professeure de droit public, École des Hautes Études en Santé Publique
(EHESP),

Pour le Centre de Recherches sur les droits fondamentaux (CREDOF),
Université Paris Ouest Nanterre la Défense

Avec les contributions de

Manon **ALTWEGG-BOUSSAC**, Myriam **BENLOLO-CARABOT**, Thomas
BOMPARD, Isabelle **BOUCOBZA**, Julien **BURDA**, Véronique **CHAMPEIL-**
DESPLATS, Virginie **DONIER**, Marina **EUDES**, Céline **FERCOT**, Tatiana
GRÜNDLER, Sophie **GROSBON**, Emmanuel **GUEMATCHA**, Olivier
LE BOT, Claire **MAGORD**, Claire **MARZO**, Eric **MILLARD**, Johann **MORRI**,
Carole **NIVARD**, Marc **PICHARD**, David **ROBITAILLE**, Diane **ROMAN**,
Hiroshi **SASANUMA**.

Novembre 2010



REMERCIEMENTS

Ce rapport est le résultat d'une recherche menée de l'automne 2008 à l'automne 2010, dans le cadre du Centre de recherches sur les droits fondamentaux, CREDOF, de l'Université Paris Ouest Nanterre la Défense.

Elle a pu être effectuée grâce au soutien financier de la Mission Recherche Droit et Justice, de l'ONPES et de la DREES, dans le cadre de l'appel à recherche *Droit et Pauvreté*. Nos remerciements vont ainsi à Messieurs Patrick DU CHEYRON, Georges GARIOUD, Didier GELOT et Jérôme MINONZIO, pour la confiance et l'intérêt prêtés à nos travaux.

La recherche a eu le privilège d'associer une quarantaine de chercheurs aux profils complémentaires : français ou étrangers, chercheurs confirmés ou en cours de formation (professeurs des Universités, maîtres de conférences et chargés de recherche, docteurs et doctorants), spécialistes de droit public, de droit privé ou de droit international et européen. Tous ont mis au service de cette recherche leur science, leur temps et leurs qualités personnelles, ce qui a conféré à cette aventure collective une richesse humaine inégalée et offert un cadre de discussion et de réflexion stimulant. Qu'ils soient tous remerciés très chaleureusement et sincèrement.

Tous nos remerciements vont ainsi à Manon ALTWEGG-BOUSSAC, William BAUGNIET, Uladz BELAVUSAU, Myriam BENLOLO-CARABOT, Esther BLAS LOPEZ, Guido BONI, Thomas BOMPARD, Isabelle BOUCOBZA, Mouloud BOUMGHAR, Julien BURDA, Laure CAMAJI, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Leïla CHOUKROUNE, Béatrice DELZANGLES, Virginie DONIER, Marine DURAND, Marina EUDES, Céline FERCOT, Franck GAGNAIRE, Louise GAXIE, Isabelle GIRAUDOU, Carlos GONZALEZ PALACIOS, Tatiana GRÜNDLER, Sophie GROSBON, Emmanuel GUEMATCHA, Thymothé GUYOT-PETIT, Tor Inge HARBO, Anna JARON MACIEVICK, Marion JENKISON, Selma JOSSO, Sylvie JOUBERT, Imad KHILLO, Olivier LE BOT, Ibrahim KABOGLU, Claire MAGORD, Claire MARZO, Bruno MESTRE, Eric MILLARD, Carlos MOLINA, Johann MORRI, Carole NIVARD, Arnaud NOURY, Victor Andres OLARTE, Monica PINTO, Marc PICHARD, Aline RIVERA, David ROBITAILLE, Cédric ROULHAC, Serge SLAMA, Manuel TIRARD, Maria Elisa VILLAS-BOÂS pour leur participation, à des degrés divers, à ce programme.

Une pensée très amicale va à Sophie GROSBON et Céline FERCOT pour avoir participé, avec l'efficacité, la gentillesse et le dynamisme qui sont leurs, à la coordination de l'équipe de recherche.

Un grand merci à Karine LABOUX, de l'EHESP, pour son aide précieuse lors de la mise en page de ce rapport !

Enfin, des remerciements spéciaux sont adressés aux professeurs Michel BORGETTO, Emmanuel DOCKES, Olivier de FROUVILLE, Stéphanie HENNETTE VAUCHEZ, Carlos Miguel HERRERA, Danièle LOCHAK, Robert LAFORE, Sébastien TOUZÉ, pour avoir accepté d'être discutants lors de nos séminaires internes, ainsi qu'à Elin WRZONCKI pour la coopération de la FIDH et Philippe WARIN.

Le titre de cette recherche est inspiré de l'interpellation de Pierre-Henri Imbert, dans un article précurseur : « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », *Revue du Droit Public*, 1989, p. 739 et s.

AVERTISSEMENT

Le présent document n'offre qu'une vision partielle de l'ensemble des travaux menés dans le cadre du programme de recherches « *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux* ». Différentes publications, individuelles ou collectives, ont été effectuées ou sont en cours de soumission à des comités éditoriaux. Ce rapport y renvoie largement.

1) Publications individuelles

Isabelle BOUCOBZA, Tatiana GRÜNDLER, Marc PICHARD et Diane ROMAN, « Les droits sociaux dans le discours de la doctrine française : entre relégation et réception », in Ibrahim KABOGLU (dir.), *Les droits sociaux constitutionnels et la charte sociale européenne*, Université de Marmara, Istanbul, 15-16 octobre 2009, Actes à paraître (2010)

Laure CAMAJI, « La personne : une figure juridique émergente dans le droit de la protection sociale », *Revue de droit du travail*, 2010, n° 4, pp. 211-217

Céline FERCOT, « Les contours du droit à un minimum vital conforme à la dignité humaine : à propos de la décision « Hartz IV » de la Cour constitutionnelle allemande du 9 février 2010 », *RDSS*, 2010, n° 4, p. 653

Sophie GROSBON, note sous CJUE, 13 avril 2010, Nicolas Bressol ea et Céline Chaverot e.a, aff. C-73/08, *Revue des affaires européennes*, à paraître

Claire MARZO, « Vues doctrinales quant à la protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'Homme », *Cahiers de droit européen*, à paraître

Diane ROMAN, « L'universalité des droits sociaux à travers l'exemple du droit à la protection sociale », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 7, 2009, pp. 117-132

Diane ROMAN, « Les droits sociaux, entre « injusticiabilité » et « conditionnalité » : éléments pour une comparaison », *Revue Internationale de droit comparé*, 2009, n° 2, pp. 285-314

Diane ROMAN, « La cristallisation des pensions de retraite britannique devant la Cour européenne des droits de l'Homme, note sous CEDH, Gr. Ch., Carson c. RU », *RDSS*, 2010, n° 3, pp. 474-486

Cédric ROULHAC, « La reconnaissance du caractère discriminatoire du dispositif d'accès aux soins des étrangers en situation irrégulière à Mayotte : une illustration de l'applicabilité et de l'universalité des droits sociaux », *RDSS*, 2010, n° 4, pp. 704-713

Serge SLAMA, « Droit de tous les demandeurs d'asile à des conditions matérielles d'accueil décentes dès leur accueil en préfecture », comm. sur CE, ord. 17 déc. 2009, Min. immigration c. Mlle Salah, *AJDA*, 8 février 2010, pp. 202-209

Benjamin DEMAGNY et Serge SLAMA, « La prise en compte de l'accès effectif aux soins dans le droit au séjour et l'éloignement des étrangers malades : mieux vaut tard que jamais », Comm. CE Sect. 7 avril 2010, *Jabnoun et Bialy*, JCP A 2010, p. 2238 et s.

2) Publications collectives

- Dossier Le juge et les droits sociaux, *Revue de droit sanitaire et social*, 2010, n°5

Diane ROMAN, « Le juge et les droits sociaux : Vers un renforcement de la justiciabilité des droits sociaux ? »

Olivier LE BOT, « La justiciabilité des droits sociaux dans le cadre des procédures d'urgence »

Virginie DONIER, « Le droit d'accès aux services publics dans la jurisprudence : une consécration en demi-teinte »

Sylvie JOUBERT, Droit au logement versus loi DALO, enseignements contentieux pour la justiciabilité des droits sociaux

Tatiana GRÜNDLER, Le juge et le droit à la protection de la santé

Laure CAMAJI, La justiciabilité du droit à la sécurité sociale

Serge SLAMA, La justiciabilité du droit à des conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile

- Un dossier pour la revue *Raison Publique* est en cours de soumission.

Marc PICHARD, L'absence de justiciabilité des droits sociaux a-t-elle un soubassement technique ou politique ?

Louise GAXIE, Du « droit individualiste » au « droit social » : l'histoire d'une juridicisation du social

Isabelle BOUCOBZA, La justiciabilité des droits sociaux dans la doctrine constitutionnaliste, *Attention constructions fragiles !*

Sophie GROSBON, L'instrumentalisation des débats en droit international autour de la particularité des droits sociaux

Carlos GONZALEZ PALACIOS, Présentation de Victor Abramovitch et Christian Courtis, *Los Derechos Sociales Como Derechos Exigibles*, Buenos Aeres 2001, Madrid, 2002

Manuel TIRARD, Présentation de Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2007

« La charte sociale a 50 ans. Réflexions de l'intérieur autour d'un anniversaire », entretien avec Luis JIMENA QUESADA, Université de Valence et membre du Comité européen des droits sociaux (par Diane ROMAN)

- Un **dossier Les droits sociaux en Europe** (coordination : Diane Roman et Claire Marzo) est en cours de soumission à la *Revue internationale de droit comparé*

Claire MARZO, « La protection des droits sociaux dans les pays européens »

Maria Esther BLAS LOPEZ, « Les droits sociaux en Espagne » (traduction Claire MARZO)

Guido BONI, « Les droits sociaux en Italie (traduction Claire MARZO)

Céline FERCOT, « Les droits sociaux en Allemagne et en Suisse : des réticences progressivement surmontées »

Anna M. JARON, « Les droits sociaux en Pologne » (traduction Carole Nivard)

Tor Inge HARBO, « Les droits sociaux en Scandinavie, à la recherche d'un équilibre optimal entre droit et politique, droits et devoirs » (traduction Diane ROMAN)

Ibrahim KABOGLU, « Les droits sociaux en Turquie »

- Un **dossier** consacré à la « **titularité des droits sociaux** » est en préparation

Diane ROMAN, « Les droits sociaux, droits de l'Homme ou droit des groupes ? »

Myriam BENLOLO-CARABOT, « La citoyenneté sociale européenne »

Serge SLAMA, « Étrangers et droits sociaux »

Claire MAGORD, « Le critère des conditions de ressources dans l'accès aux prestations sociales »

Céline FERCOT, « La prise en charge des sans abri en France et aux États-Unis »

Manuel TIRARD, « Le droit à la scolarisation des enfants handicapés en France et aux États-Unis »

3) Documents de travail

Les travaux menés sur la doctrine et le juge sont disponibles en ligne sous forme de working papers sur le site du projet de recherches : <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=143>

Les travaux du groupe de travail « Social Law » de l'Institut Universitaire Européen sont publiés sous forme de working papers : <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/14739>

4) Colloques

Conférence du 10 juin 2010 Les nouveaux « contentieux sociaux » devant le juge administratif, organisée par Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Johann MORRI, Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Avec les interventions de :

Brigitte VIDARD, présidente de section au Tribunal administratif de Paris : « *La mise en œuvre de la loi DALO* »

Diane ROMAN, professeure à l'Université de Tours : « *Quels contentieux du RSA?* »

Serge SLAMA, maître de conférences à l'Université Evry-Val-d'Essonne : « *Les conditions matérielles d'accueil décentes des demandeurs d'asile* »

Robert LE GOFF, président de chambre au Tribunal administratif de Montreuil, « *Le point de vue du juge des référés* »

Benjamin DEMAGNY, juriste au COMEDE, « *Le contentieux du séjour et de l'éloignement des étrangers malades* »

Discutants : Adeline Firmin (ALPIL), Mylène Stambouli (avocate, DALO), Christophe Pouly (avocat, étrangers) et Gérard Sadik (Cimade – chargé de l'asile), Vanina Rochiccioli (avocate, étrangers), Antoine Math

Colloque La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances, Collège de France, 25 et 26 mai 2011 (*Programme prévisionnel*)

25 mai 2011, matinée : Un nouveau contexte pour la justiciabilité des droits sociaux

Ouverture des travaux : Mireille Delmas Marty, Professeure au Collège de France, titulaire de la chaire d'Études juridiques comparatives et internationalisation du droit

Présidence : Daniele Lochak, Professeure émérite de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

1. Rapports introductifs

Droits sociaux : éléments de définition (Véronique Champeil-Desplats, Professeure l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, directrice du CREDOF)

La justiciabilité des droits sociaux : les obstacles classiques (Diane Roman, Professeure à l'École des Hautes Études en Santé Publique)

Étude de cas : le droit à des conditions minimales d'existence (Céline Fercot, docteure de l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne- Université de Cologne)

2. Les acteurs de la justiciabilité

La doctrine : Catarina de Albuquerque, Rapporteuse pour l'ONU pour le projet de protocole additionnel au PIDESC, experte indépendante pour l'accès à l'eau et aux sanitaires (sous réserve)

Les ONG et militants associatifs (table ronde) : Terre des Hommes/FIDH/Droits d'urgence/CIJ (Sandra Ratjen)

25 mai 2011, Après-midi : Le droit international, vecteur de la justiciabilité des droits sociaux

Présidence : Emmanuel Decaux, Université Paris II Panthéon-Assas

Introduction : *Les mutations du droit international*, Sophie Grosbon, Maître de conférences à l'Université François Rabelais, Tours

1. Les Comités des droits sociaux (Table ronde)

- Comité européen des droits sociaux : Luis Jimena Quesada, Professeur à l'Université de Valence, membre du Comité européen des droits sociaux
- ONU: Asbjørn Eide , Professeur à l'Université d'Oslo, rapporteur spécial (sous réserve) ; Christian Tomuschat, professeur émérite à l'Université d'Humboldt, Berlin (sous réserve) ; Philippe Texier, conseiller à la Cour de Cassation, membre du comité des droits sociaux

2. Les juges régionaux et les droits sociaux

- Rapport introductif : Myriam Benlolo-Carabot, Professeure à l'Université de Valenciennes, Emmanuel Guémarcha, Doctorant à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Carole Nivard, Docteure de l'Université Montpellier I,
- Dean Spielmann, Juge à la Cour européenne des droits de l'Homme (sous réserve)
- Víctor E. Abramovich, Professeur à l'Université de Buenos Aires, membre de la Commission Interaméricaine des droits de l'Homme

26 mai, matinée : Les techniques internes de la justiciabilité des droits sociaux

Présidence : I. Kaboglu, Professeur à l'Université de Marmara

1. Typologie des systèmes juridiques : Christian Courtis, professeur à l'Université de Buenos Aires

Etudes de cas : Les exemples symboliques : Inde, Afrique du Sud (David Robitaille, professeur agrégé à l'Université d'Ottawa)

Etudes de cas : Les angles morts de la justiciabilité : Espagne (Gerardo Pisarello, professeur à l'Université de Séville), Maghreb (Imad Khillo, docteur de l'Université d'Aix Marseille 3)

2. Typologie des procédures juridictionnelles : Malcolm Langford, chercheur, Université d'Oslo

Etude de cas : l'affaire du Mininuma au Mexique, Aline Rivera, doctorante à l'Université Paris Ouest Nanterre La défense

26 mai, après midi : Le droit français et les droits sociaux

Présidence : Michel Borgetto, Professeur à l'Université Paris II Panthéon Assas

Introduction : études de cas, Laure Camaji, Maître de conférences, Université de Paris Sud, Serge Slama, maître de conférences, Université d'Evry

Le juge administratif français et les droits sociaux : Yves Struillou, Conseiller d'État ; Virginie Donier, professeure à l'Université de Franche Comté

Le juge judiciaire français et les droits sociaux : Marc Pichard, Professeur à l'Université de Lille 2, Xavier Prétot, Conseiller à la Cour de Cassation, Alain Supiot, Professeur à l'Université de Nantes, Institut Universitaire de France,

Conclusion : La justiciabilité comme condition de l'effectivité des droits ?

Président : Robert Lafore, Professeur à l'Université de Bordeaux IV Montesquieu

Table ronde : Paul Bouchet, conseiller d'État honoraire, ancien président d'ATD Quart Monde (sous réserve), Lucie Lamarche, Professeure titulaire: Chaire Gordon F. Henderson, Université d'Ottawa. Carlos Miguel Herrera, Professeur à l'Université de Cergy Pontoise ; Carlos Molina, Professeur à l'Université de Medellin (sous réserve).

DROITS DES PAUVRES, PAUVRES DROITS ?

Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux

SOMMAIRE

Introduction – La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social, Diane Roman

PREMIÈRE PARTIE –

LES TRANSFORMATIONS D'UNE QUESTION CONTEMPORAINE

Titre 1 – Une question émergente

Chapitre 1 – Les ruptures du droit international, Sophie Grosbon

Chapitre 2 – Les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union Européenne. Entre instrumentalisation et « fondamentalisation », Myriam Benlolo-Carabot

Chapitre 3 – La doctrine des libertés fondamentales à la recherche des droits sociaux, Tatiana Gründler

Titre 2 – Regards croisés

Chapitre 1 – Des expériences contrastées

Section 1 – La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du sud, Véronique Champeil Desplats

Section 2 – La justiciabilité des droits sociaux en Afrique : L'exemple de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, Emmanuel Guématcha

Section 3 – La justiciabilité des droits sociaux en Inde et Afrique du Sud, David Robitaille

Section 4 – La justiciabilité des droits sociaux aux États-Unis, Manon Altwegg, Céline Fercot et Marina Eudes

Section 5 – La justiciabilité des droits sociaux au Japon, Hiroshi Sasanuma

Chapitre 2 – Des protections inégales

Section 1 – Le droit à la protection de la santé, Tatiana Gründler

Section 2 – Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtés du droit à des conditions minimales d'existence en droit comparé, Céline Fercot

Section 3 – Le droit à l'alimentation, Carole Nivard

Section 4 – Les droits des travailleurs, Julien Burda

Section 5°_ La justiciabilité du droit au logement et du droit à la sécurité sociale : les droits sociaux au-delà des droits créances, Diane Roman

**DEUXIÈME PARTIE –
LES ENJEUX D'UNE QUESTION EN DEVENIR**

Titre 1 – Quelles méthodes de réalisation des droits sociaux ?

Chapitre 1 – Droit comparé

Section 1 – Standards jurisprudentiels et contrôle de l'obligation étatique : des contrôles à géométrie variable, Isabelle Boucobza et David Robitaille

Section 2 – Les droits civils au renfort des droits sociaux : l'interchangeabilité des droits fondamentaux dans le discours judiciaire, Diane Roman

Chapitre 2 – Droit français

Section 1 – L'effectivité des droits sociaux dans le cadre des procédures d'urgence, Olivier Le Bot

Section 2 – La protection juridictionnelle des droits sociaux comparée à celle des droits civils : Existe-t-il une réelle différence de mise en œuvre des droits ?

1 – Protection comparée du droit au séjour pour mener une vie privée et familiale normale et pour raison médicale : une approche spécifique du juge dans la protection des droits économiques et sociaux ?, Johann Morri

2 – Comparaison du contentieux des droits de retrait et au respect de la vie personnelle en droit du travail, Thomas Bompard

Titre 2 – Les débiteurs des droits sociaux

Chapitre 1 – Le droit au service public, reflet des obligations pesant sur les personnes publiques, Virginie Donier

Chapitre 2 – La responsabilité sociale des entreprises. A mi-chemin entre la *soft law* et le *jus cogens* : la question de l'effectivité de la protection des droits sociaux par les entreprises multinationales, Claire Marzo.

Chapitre 3 – La justiciabilité de l'obligation alimentaire entre parents et alliés : quels enseignements pour la justiciabilité des droits sociaux ?, Marc Pichard

Chapitre 4 – Les difficultés de la détermination du débiteur : l'exemple du domicile de secours en matière d'aide sociale, Claire Magord

Conclusion, Eric Millard

AUTEURS

Manon Altwegg-Boussac est doctorante à l'Université Paris Ouest – Nanterre La Défense et ATER à l'Université Paris II Panthéon-Assas. Sa thèse de doctorat, sous la direction du Pr. Véronique Champeil-Desplats, porte sur *le changement constitutionnel informel*.

Myriam Benlolo-Carabot est professeure agrégée de droit public à l'Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis. Ses travaux portent sur la citoyenneté de l'Union européenne, les relations et rapports de systèmes entre les ordres juridiques international et européen, et la protection européenne des droits fondamentaux (UE, Conseil de l'Europe).

Thomas Bompard est allocataire-moniteur à la faculté de Droit de Grenoble. Rattaché au Centre de Recherches Juridiques (CRJ, EA 1965), il prépare une thèse sur *Le droit à l'éducation. Contribution à l'étude de la réception des droits-créances par le juge ordinaire*, sous la direction du Professeur Xavier Dupré de Boulois.

Julien Burda a reçu un doctorat en droit international de l'Université Panthéon-Assas Paris II et un doctorat en relations internationales de l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève. Il a rédigé sa thèse sur la protection des droits sociaux fondamentaux et la dimension sociale de la mondialisation. Il travaille actuellement dans un cabinet international à Genève.

Isabelle Boucobza est maître de conférences à l'université Paris Ouest Nanterre la Défense. Ses thèmes de recherche s'inscrivent dans le cadre de la théorie générale du droit et de l'État, et portent notamment sur les questions relatives à la fonction juridictionnelle (v. sa thèse de doctorat, *La fonction juridictionnelle, contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Dalloz, Collection nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, 2005).

Véronique Champeil-Desplats est professeure de droit public à l'Université de Paris Ouest-Nanterre La Défense, directrice du Centre de recherche et d'étude sur les droits fondamentaux, directrice du Master Droits de l'homme et coordinatrice des relations avec l'Espagne et l'Amérique latine pour l'UFR de sciences politiques et juridiques.

Virginie Donier est professeure de droit public à l'Université de Franche-Comté et membre du CRJFC. Ses thèmes de recherche sont le droit de l'action sociale, le droit des services publics et le droit des collectivités territoriales.

Marina Eudes est Maître de Conférences à l'Université Paris Ouest – Nanterre La Défense. Titulaire d'une habilitation à diriger les recherches, elle oriente ses travaux sur le droit international et européen des droits de l'Homme.

Céline Fercot est doctorante à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne et à l'Université de Cologne. Elle soutiendra prochainement une thèse intitulée *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral. Étude de droit comparé allemand, américain et suisse*. Chargée d'enseignement en droit public, ses principaux travaux de recherche portent sur le fédéralisme, la protection des droits fondamentaux et la justice constitutionnelle, essentiellement en droit comparé. Dans le cadre du présent projet de recherches, elle a succédé à Sophie Grosbon en tant que coordinatrice.

Tatiana Gründler est maître de conférences en droit public à l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense et membre du CREDOF. Spécialisée en droit des libertés fondamentales, ses principales recherches portent sur le droit à la protection de la santé, dans ses aspects internationaux et internes.

Sophie Grosbon est maître de conférences en droit public à l'Université François Rabelais, Tours (IUT) et chercheuse au GERCIE (Groupe d'études et de recherches sur la coopération internationale et européennes). Elle a effectué un post-doctorat dans le cadre du programme de recherches sur la justiciabilité des droits sociaux.

Emmanuel Guématcha est ATER à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense. Dans le cadre du projet, il a travaillé sur la prise en compte des droits économiques, sociaux et culturels par la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, et sur la perception qu'a la doctrine de l'opposition Droits civils et politiques / Droits économiques et sociaux en Afrique.

Olivier Le bot est professeur de droit public à l'Université de Nice et rattaché au Cédore. Il conduit ses recherches principalement en droit processuel et droits fondamentaux.

Johann Morri, ancien allocataire de recherche à l'université Paris X Nanterre, est conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel depuis 1999 (tribunal administratif de Montpellier, puis cour administrative d'appel de Versailles). Il a effectué sa mobilité en qualité de chef du bureau du droit international au ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie. Il est actuellement en formation pour une durée d'un an à l'université de Californie (Davis, États Unis).

Claire Magord est allocataire de recherche de la région Rhône Alpes (Cluster 12) et prépare une thèse de droit sur *le parcours contentieux de l'aide sociale* sous la direction d'Isabelle Sayn (CNRS), et la co-direction du Professeur Antoine Jammaud au sein du CERCRID-ERDS de l'Université Jean Monnet de Saint Etienne. Dans le cadre de ses recherches, elle s'attache à étudier l'impact des règles procédurales sur l'accès au juge pour les personnes « vulnérables », et notamment le phénomène de non recours au(x) droit(s).

Claire Marzo est *teaching fellow* à la London School of Economics à Londres, au Royaume-Uni et enseigne le droit communautaire dans les Universités Paris

II et Paris XII où elle a été A.T.E.R en Droit public. Elle a soutenu une thèse de Doctorat de Droit intitulé *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, sous la direction de Madame le Professeur Moreau à l'Institut Universitaire Européen, Florence, Italie. Ses recherches tournent autour du droit communautaire, de la citoyenneté, des droits de l'Homme et de la responsabilité sociale des entreprises.

Eric Millard est professeur de droit public à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense et il est spécialiste des questions de théorie juridique. Il s'attache notamment aux possibilités d'une analyse critique des discours juridiques qui obéirait aux exigences épistémologiques communes à toutes les sciences. Il applique ce travail de déconstruction prioritairement aux questions sociales, du droit de la famille au droit des conflits sociaux.

Carole Nivard est docteure en droit public et qualifiée aux fonctions de maître de conférences. Elle est l'auteure d'une thèse intitulée *La justiciabilité des droits sociaux. Etude de droit conventionnel européen* et est membre de l'Institut européen des droits de l'Homme (IDEDH) de Montpellier (EA 3976).

Marc Pichard est agrégé de droit privé et de sciences criminelles, professeur à l'Université Lille Nord de France-UDSL, codirecteur du Centre de recherches Droits et Perspectives du droit (EA 4487). Après une thèse consacrée à la multiplication des revendications et reconnaissances de droits dans la période contemporaine (*Le droit à. Etude de législation française*, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2006), il se consacre principalement au droit civil, et en particulier au droit des personnes et de la famille.

David Robitaille est professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Il y a soutenu une thèse de doctorat remettant en question les postulats sur lesquels repose l'injusticiabilité des droits économiques et sociaux au Canada, qui a reçu plusieurs prix et sera publiée aux Éditions Bruylant. Dans ses récents travaux de recherches, il s'intéresse notamment aux droits économiques et sociaux dans une perspective théorique et comparée, ainsi qu'aux valeurs véhiculées par le discours judiciaire dominant en matière de pauvreté.

Diane Roman, agrégée de droit public et professeure à l'École des Hautes études en Santé publique (EHESP), est chercheuse au Centre d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF, Université Paris Ouest Nanterre La Défense). Ses travaux portent sur les mutations du droit sanitaire et du droit social dans le cadre du paradigme des droits fondamentaux.

Hiroshi Sasanuma 笹沼弘志 est professeur à l'université de Shizuoka (Japon). Constitutionnaliste, ses recherches concernent principalement la discrimination sociale, les droits des personnes sans domicile, le droit de la sécurité sociale, et l'articulation des mécanismes de protection sociale avec le principe juridique de l'autonomie des personnes. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages sur le droit

constitutionnel japonais, les droits de l'Homme et les droits des personnes démunies.

Les transitions ont été rédigées par Diane Roman, exceptée celle du titre relatif aux débiteurs des droits sociaux, écrite par Virginie Donier, Claire Magord, Claire Marzo et Marc Pichard.

INTRODUCTION

LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX OU LES ENJEUX DE L'ÉDIFICATION D'UN ÉTAT DE DROIT SOCIAL,

DIANE ROMAN

Combattre la pauvreté par le droit¹ ? Éradiquer la faim par les droits de l'Homme² ? Lutter grâce au droit contre la marginalisation des pauvres³ ? Les travaux se succèdent pour affirmer que la lutte contre la misère est non seulement une question juridique, mais aussi un enjeu pour les droits fondamentaux. Droit à l'alimentation, droit à un revenu minimum, droit à la sécurité sociale, droit au logement, droit au travail... « La notion de droits sociaux connaît aujourd'hui un grand succès »⁴, qu'atteste l'abondante littérature anglo-saxonne consacrée, depuis quelques années, au régime juridique des droits sociaux et à la possibilité de garantir en justice leur effectivité⁵.

L'auteure exprime sa gratitude à Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et à Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ pour les longues conversations eues avec elles qui ont nourri cette réflexion ainsi que pour leur relecture attentive. Elle tient également à remercier vivement les participants au projet de recherche dont la disponibilité et l'investissement ont permis un partage d'information et de réflexion qui ont permis la présente analyse. Pour ne pas alourdir le volume des références infrapaginales, ce n'est que lorsque les décisions de justice ne sont pas présentées dans les contributions de ce rapport qu'elles sont indiquées en notes de bas de page de l'introduction.

¹ « Poverty as a human rights violation : grassroots perspectives », *International Social Science Journal*, n° 197/198, Wiley-Blackwell/UNESCO, 2009, pp. 315-519 ; Thomas POGGE (ed.), *Freedom from Poverty as Human Right, Who owes what to the very poor ?*, Oxford University Press, 2007.

² Olivier DE SCHUTTER, Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, *Countries tackling hunger with a right to food approach. Significant progress in implementing the right to food at national scale in Africa, Latin America and South Asia*, Mai 2010.

³ Commission pour la démarginalisation par le droit, « Pour une application équitable et universelle de la loi », Rapport final, 2006.

⁴ Carlos-Miguel HERRERA, *Les droits sociaux*, PUF, *Que sais-je ?*, 2009, p. 3 ; v. aussi Marc PICHARD, *Le droit à ; étude de législation française*, *Économica*, 2006.

⁵ Une première recension, non exhaustive, montre l'intérêt croissant du sujet dans la littérature juridique anglophone : Philip ALSTON (éd.), *Labour Rights as Human Rights*, Oxford University Press, 2006 ; Kitty ARAMBULO, *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Theoretical and Procedural Aspects*, Antwerpen, Intersentia, 1999 ; Daniel M. BRINKS, Varun GAURI, *Courting social justice. Judicial*

Vu de France, le constat peut surprendre, tant a longtemps été soutenue l'idée que la pauvreté a une cause sociale et une solution économique, bien étrangère à l'approche juridique. Plus généralement, l'idée même que le social puisse se penser en termes de droits de l'Homme a longtemps été contestée. Le refus partagé en leur temps, quoique pour des raisons diverses, par Léon Duguit ou Maurice Hauriou de formuler en termes de droits ce qui relevait de la solidarité a marqué durablement la doctrine juridique française⁶. Avant cela, l'hésitation des différents constituants français à qualifier de droits l'assistance sociale et les secours publics, le travail ou la protection de la santé a contribué à laisser le social hors du champ des droits de l'Homme⁷. Pensé davantage en termes de conquêtes sociales des travailleurs, de renforcement de l'État Providence ou de « législation ouvrière », le social est en France, par tradition, plus une question politique que juridique. La tendance se perpétue : alors même que les auteurs spécialistes de droit social (droit du travail et droit de la sécurité et de l'aide sociales) présentent leur discipline comme une branche du droit destinée à protéger les droits des plus faibles et à garantir la justice sociale⁸ ou comme une mise en œuvre du principe de solidarité⁹, le discours doctrinal français s'inscrit assez peu dans le registre des droits de l'Homme en général et des droits sociaux en particulier, à quelques notables exceptions¹⁰.

Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World, Cambridge Univ. Press, 2008 ; Fons COOMANS (ed.), *Justiciability of Economic and Social Rights : Experiences from Domestic Systemes*, Antwerp-Oxford, Intersentia, 2006 ; Christian COURTIS, *International Commission of Jurists (ICJ), Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative Experiences of Justiciability*, 2008, Human Rights and Rule of Law Series No. 2 ; Gràinne DE BURCA, Bruno DE WITTE (ed.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, Goldewijk Berma KLEIN, Baspineiro Adalid CONTRERAS, Paulo César CARBONARI (éd.), *Dignity and Human Rights, The implementation of economic, social and cultural rights*, Antwerpen, Intersentia, 2002 ; Malcolm LANGFORD (éd.), *Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge Press University, 2009 ; Ellie PALMER, *Human Rights Law in Perspective, Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2007 ; Magdalena SEPULVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2003 ; Mark TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights, Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2008 ; v. également la recension effectuée sur le site du projet www.droits-sociaux.u-paris10.fr et par l'ESCR-NET, http://www.escr-net.org/resources/resources_show.htm?doc_id=1052983.

⁶ Louise GAXIE, « Du « droit individualiste » au « droit social » : l'histoire d'une juridicisation du social », article à paraître.

⁷ Diane ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, LGDJ, 2002, p. 249 et s.

⁸ Jean RIVERO et Jean SAVATIER (*Droit du travail*, PUF, 13^e éd. 1993, pp. 33-34) : les auteurs justifient le droit du travail par « la prise de conscience des abus criants » de l'égalité formelle des cocontractants, voulue par le droit des contrats, confrontée à l'inégalité de fait entre employeurs et salariés, placés dans une situation de subordination juridique et économique ; les auteurs assignent ainsi au droit du travail une « finalité sociale et humaine (...) essentielle » qui protège le faible contre le fort.

⁹ Michel BORGETTO et Robert LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 7^e éd., 2009, p. 28 et s.

¹⁰ V. Tatiana GRUNDLER, « La doctrine des libertés fondamentales à la recherche des droits sociaux », *infra*.

Plus encore, une consultation des bases de données juridiques électroniques¹¹ révèle la polysémie de la notion de droits sociaux, qui prête à des usages distincts :

Une étude par mots clés des bases de données Doctrinal ou Jurisclasseur permet de constater une invocation du terme « droits sociaux » dans 3 types de registres :

1) Dans la grande majorité des cas, les « droits sociaux » renvoient aux prérogatives des actionnaires dans une perspective de droits des actionnaires fort éloignée de celle de la présente étude.

2) Dans une thématique de droits fondamentaux : quantitativement marginale, si ce n'est dans le cadre du droit international ou européen, où elle est concurrencée par l'expression « droits sociaux fondamentaux ». Dans ce cadre, l'expression « droits sociaux fondamentaux » se fait par opposition aux « droits civils et politiques » ou par référence au sens que lui confère le droit de l'Union européenne. Elle renvoie principalement aux droits des travailleurs, dans un contexte d'édification d'une liberté de circulation intracommunautaire, sous-tendue par le projet de citoyenneté sociale européenne.

3) L'expression « droits sociaux » peut aussi être utilisée par référence au droit de l'aide et de la sécurité sociales dans le sens de « droit à des prestations sociales » pour désigner les bénéfices résultant de la législation sociale, le plus souvent nationale. C'est ainsi la définition retenue par N. Aliprantis selon qui les droits sociaux « ne supposent pas une relation de travail et (...) ont pour sujet passif non pas un employeur, mais l'État ou une autre autorité publique (...) Ces droits sont ceux qui concernent le bien-être des membres de la société, c'est-à-dire qui visent à assurer des conditions de vie conformes à la dignité humaine : droit au travail, à l'éducation, à la santé, à la sécurité sociale, au logement, à la protection de l'environnement, à la protection de groupes spéciaux tels la famille, les enfants et adolescents, les immigrés, les handicapés, les personnes âgées »¹².

A titre d'exemple, on trouve une telle acception, dans le cadre d'une étude sur les « droits professionnels », dans le sens de « droits à des prestations sociales » et par opposition aux « droits civils » (héritage, filiation etc) issus de la reconnaissance de la personnalité juridique à l'enfant mort né ; dans le sens de droits à des prestations sociales et par assimilation aux obligations alimentaires dans un cadre familial...

De cette polysémie naît une difficulté à saisir une notion homogène. Si d'emblée la signification que lui alloue le droit des sociétés peut être exclue, plusieurs catégories de droits sociaux s'entremêlent. *Droits issus de la relation professionnelle* (droits des salariés par rapport à leurs employeurs) contre *droits à des prestations sociales* désignant les bénéfices résultant de la législation

¹¹ V. Diane ROMAN, « Doctrine de droit social et droits sociaux », Rapport de recherche préliminaire, <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=143>, annexe 1.

¹² Nikitas ALIPRANTIS, « Les droits sociaux sont justiciables », Dr. Soc., 2006, p. 158.

sociale (aide sociale et droits contributifs), droits *fondamentaux très généraux* proclamés par les textes constitutionnels et internationaux (Déclaration universelle de 1948, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels – PIDESC –, Charte sociale européenne – CSE –) contre *droits précisément définis* ouverts par des dispositifs législatifs et réglementaires souvent techniques (revenu de solidarité active, droit à pension de retraite, allocation d'aide au retour à l'emploi, etc.), *droits individuels* (droit au logement, droit à la sécurité sociale) contre *droits collectifs* (action syndicale et droit de grève, protection de la famille), *droits libertés* (droits des travailleurs) contre *droits créances* (droits à des prestations), le contenu des droits sociaux est hétérogène et rend difficile une approche globale.

Un point commun les caractérise toutefois : le sort doctrinal qui leur est historiquement réservé. Présentés comme des droits de la deuxième génération, les droits sociaux sont généralement opposés, dans la doctrine française spécialiste de droit des libertés, aux droits « historiques » de la Déclaration française de 1789. Une conceptualisation doctrinale a érigé les droits sociaux en catégorie spécifique, frappée d'une certaine vulnérabilité normative (*les droits sociaux seraient davantage des programmes, des objectifs, des guides d'action des pouvoirs publics que des droits des individus*) et contentieuse (*faiblement déterminés et sans titulaires précis, les droits sociaux ne pourraient bénéficier d'une protection juridictionnelle*). Le ressort d'une telle systématisation intellectuelle tient la plupart du temps en une opposition entre droits civils et politiques, souvent qualifiés de « droits libertés » et droits sociaux, « droits créances », les uns s'épuisant dans une abstention des pouvoirs publics, les autres exigeant une prestation de ceux-ci. Aussi discutable qu'ait été cette distinction dès son origine¹³, et quelque discutée qu'elle ait pu être par la suite¹⁴, la division duale des droits de l'Homme a été reprise par la plupart des auteurs, s'appuyant pour ce faire sur les partitions du droit international des droits de l'Homme – les traités adoptés dans les années cinquante et soixante ayant entériné le clivage entre droits civils et droits sociaux –. En somme, « si l'on retrouve des énoncés normatifs sur les « droits sociaux » dans la plupart des constitutions occidentales rédigées ces trente dernières années, la doctrine dominante est toujours prête à avancer qu'ils ne seraient pas de véritables droits exigibles au sens juridique du terme, mais plutôt des objectifs, des buts puisque non justiciables devant et (par) les tribunaux »¹⁵. L'unité des droits sociaux viendrait ainsi de leur régime, davantage que de leur contenu, et de la relation que le juge entretiendrait avec leur mise en œuvre. D'où l'intérêt d'une recherche consacrée moins au contenu des droits sociaux qu'à leur justiciabilité

¹³ Michel BORGETTO, *La fraternité en droit public français*, LGDJ, 1993.

¹⁴ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Normativité et effectivité des droits économiques et sociaux dans les débats constitutifs de 1946 », in Commission nationale consultative des droits de l'Homme, acte du colloque *La Déclaration des droits de l'Homme (1948-2008) – Réalité d'un idéal commun ?*, Paris, 2009, La Documentation Française, pp. 31-40.

¹⁵ Carlos Miguel HERRERA, « Sur le statut des droits sociaux – La constitutionnalisation du social », *Revue Universelle des droits de l'Homme*, 2004, vol. 16, n° 1-4, p. 32.

et orientée vers une confrontation du discours doctrinal aux pratiques et politiques judiciaires.

A cette fin, deux choix théoriques porteurs d'une certaine radicalité ont été faits. Tout d'abord, celui d'une large ouverture au droit comparé et d'une attention spéciale portée aux systèmes juridiques des pays émergents. L'hypothèse de départ était en effet que les pays du Sud pouvaient constituer des références importantes, en raison des particularités de leur système juridique : démocraties constitutionnelles innovantes, des nations telles que l'Inde, l'Afrique du Sud, l'Argentine ou le Brésil sont confrontées de longue date à la réalité sociale de la misère et des inégalités. Le traitement juridique de la pauvreté est ancré dans les usages sociaux du droit. Il semblait dès lors que les modes de raisonnement juridictionnels construits à l'échelle nationale ou régionale, en Afrique par la Commission Africaine des droits de l'Homme et des peuples ou en Amérique du Sud par la Cour interaméricaine, offrent autant d'enseignements dont le droit français a à apprendre.

Celui ensuite d'une définition large des droits étudiés. Les droits sociaux, dans le cadre de cette recherche, regroupent un ensemble de droits, tels que le droit au logement, les droits des travailleurs, le droit à la protection de la santé, le droit à la scolarisation ou encore le droit à des moyens convenables d'existence. Ces droits se caractérisent par la réunion de trois critères à la fois d'ordre *formel* (sources et textes proclamatoires), *matériel* (champ d'application) et *téléologique* (objet et finalités de leurs proclamation). Les droits sociaux, dans l'acception qui en est retenue ici, sont des droits garantis par les textes constitutionnels et internationaux dans le champ social (droits des travailleurs, droit à des prestations, droit aux services publics), afin de réduire les inégalités d'ordre économique¹⁶ et dans une perspective de justice sociale : « droits des victimes de l'ordre existant »¹⁷, les droits sociaux se veulent instruments de transformation sociale, par les correctifs qu'ils apportent au libéralisme économique et par l'objectif de fraternité¹⁸ qui les guide. Étudier le régime juridique des droits sociaux, revient à analyser les voies de droit permettant de garantir leur effectivité¹⁹, voies parmi lesquelles figure leur justiciabilité.

Ce terme, d'un usage encore incertain²⁰, a une origine anglo-saxonne. Il désigne la qualité de ce qui est propre à être examiné par des juges²¹. La

¹⁶ Jean-Jacques DUPEYROUX, « Quelques réflexions sur le droit à la sécurité sociale », *Dr. soc.*, 1960, n° 5, p. 288 et s.

¹⁷ Georges BURDEAU, *Traité de science politique*, t. VI, p. 466, note 3.

¹⁸ Marie-Pauline DESWARTE, « Droits sociaux et État de droit », *RDP*, 1995, p. 979.

¹⁹ Sur la question de l'effectivité, v. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'Homme : Approche théorique », in Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Danièle LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, Paris, PU de Paris10, 2008, pp. 11-26 ; François RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, 1989, pp. 126-149.

²⁰ Les définitions suivantes doivent beaucoup au travail de recherche préliminaire effectué, dans le cadre du projet, par Cédric ROULHAC, « Effectivité, justiciabilité, opposabilité, exigibilité », rapport non publié.

justiciabilité des droits renvoie ainsi à une soumission potentielle à l'examen et au contrôle d'une juridiction. Ainsi définie, la justiciabilité est la conséquence du droit au recours et recouperait deux caractéristiques : la capacité intrinsèque du droit à être garanti par un juge et la possibilité formelle qu'il existe un juge pour en connaître. Selon Carole Nivard, « ces deux volets sont en fait pleinement liés puisque le juge peut refuser sa compétence limitée vis-à-vis d'un droit sur le fondement de son caractère impropre au contrôle juridictionnel. L'absence de possibilité formelle est alors fondée sur la capacité intrinsèque du droit. A l'inverse, l'affirmation de leur incapacité est souvent étayée par le refus du juge de définir une obligation juridique sur le fondement de la disposition contenant le droit. L'incapacité est alors fondée sur le rejet formel de compétence du juge »²². Il convient donc, avec cette auteure, de confondre ces acceptions. Un droit justiciable est un droit susceptible d'être contrôlé par un juge et la justiciabilité des droits se définit comme la capacité des tribunaux de connaître de l'allégation de leur violation par des victimes²³.

La question de la justiciabilité des droits sociaux, longtemps ignorée, a récemment été relancée dans les débats doctrinaux français, sous l'influence de Guy Braibant, vice-président de la Convention chargée de la rédaction de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'éminent conseiller, soulignant la diversité des points de vues européens sur la question du régime juridique des droits sociaux, relevait que, pour certains représentants nationaux « les droits sociaux qui sont généralement des droits-créances, comme le droit au travail, ne sont pas justiciables *au sens traditionnel du terme* »²⁴. Et l'auteur de distinguer deux formes de justiciabilité, l'une objective, inscrite dans un contentieux de normes et ne permettant au juge que d'examiner la conformité d'une règle de droit à des énoncés juridiques prééminents afin de sanctionner les normes inférieures contraires ou incompatibles ; l'autre subjective, permettant d'obtenir du juge la satisfaction individuelle d'un droit, soit en nature, soit par compensation. La justiciabilité normative permet *a minima* d'invoquer en justice un droit ou un « principe » pour s'opposer à des mesures générales visant à diminuer le niveau de la protection en cause. Cette « clause de non

²¹ Christian ATIAS, « Justiciabilité », in Loïc CADIET (dir.), Dictionnaire de la justice, PUF, 2004, p. 798.

²² Carole NIVARD, La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen, thèse de doctorat en droit public de l'Université de Montpellier 1, dir. F. SUDRE, 2009, p. 18 et s.

²³ Carole NIVARD, précit.

²⁴ Guy BRAIBANT, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Éd. du Seuil, 2001, p. 45-46 (nous soulignons). V. aussi le compte rendu fait in « L'environnement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 15, 2003, p. 264 : « Il est apparu, à propos de ces droits, que la Convention était partagée entre deux écoles. L'une était représentée principalement par les Allemands et les Espagnols, qui se fondaient sur une conception étroite de la notion de droits, limitée aux droits individuellement justiciables. Le président Herzog nous a indiqué notamment que, dans son pays, on réserve le terme de droits à ce qui peut être invoqué devant un tribunal ; par exemple le « droit au travail » ne signifie pas qu'un chômeur peut demander au juge un emploi, de même que le « droit au logement » ne permet pas à un sans logis de demander en justice un logement. M. Mendez de Vigo, président du groupe des représentants du Parlement européen, a évoqué de façon spectaculaire les millions de requérants allant demander des logements en justice ».

régression»²⁵, selon les mots de Guy Braibant, est typiquement illustrée, en droit français, par le contentieux administratif de l'excès de pouvoir ou le contentieux constitutionnel prévu à l'article 61 de la Constitution. Toutefois, la justiciabilité objective n'a pas qu'une simple portée conservatoire. Plus largement, elle constitue un moyen d'encadrement et, le cas échéant, de réorientation des politiques publiques menées, afin d'en garantir la conformité aux droits constitutionnellement et conventionnellement garantis²⁶. La justiciabilité subjective suppose, en revanche, l'existence d'un droit subjectif dont un individu puisse obtenir le respect en justice en raison de son exigibilité²⁷. Le contentieux subjectif peut s'illustrer par le contentieux européen des droits de l'Homme ou le plein contentieux en droit interne français, où les juges interviennent pour garantir ou rétablir la jouissance d'un droit, à défaut pour réparer les conséquences de l'atteinte²⁸. Ainsi définie, alors que *la justiciabilité renvoie à une procédure, l'exigibilité renvoie à la propriété d'un droit*, la qualité d'une chose susceptible d'être réclamée²⁹ que seuls certains contentieux peuvent garantir. En d'autres termes, l'exigibilité correspondrait à l'« invocabilité directe du droit dans le cadre d'un contentieux subjectif »³⁰.

Ajoutant à la confusion, les notions de justiciabilité et d'exigibilité ont été de surcroît éclipsées, depuis quelques années en France, par celle d'*opposabilité*, qui a bénéficié, spécialement à propos du droit au logement³¹, d'une certaine médiatisation. Ont depuis été tour à tour évoquées la possibilité de mettre en place un droit opposable à la solidarité locale³², à la garde d'enfants en bas âge³³ ou au travail³⁴... L'emballage politique pour ce terme, procédant à un

²⁵ Art. précité, Cahiers du Conseil Constitutionnel, p. 264.

²⁶ Le meilleur exemple en est offert, en dehors du champ des droits sociaux, par la décision relative au régime de la garde à vue (décision n° 2010-30/34/35/47/48/49/50 QPC du 06 août 2010, Miloud K.). A titre d'illustration de la protection des droits sociaux, v. la décision du Conseil Constitutionnel de l'institution d'un droit d'accueil au profit des élèves des écoles maternelles et élémentaires publiques pendant le temps scolaire impliquait la création d'un service public, n° 2008-569 DC, JO 21 août 2008.

²⁷ Sur la définition des droits subjectifs, v. Marc PICHARD, « Les droits sociaux et la doxa des civilistes », Rapport de recherche préliminaire, <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=143>.

²⁸ Des contentieux mettant en cause des droits individuels subjectifs peuvent toutefois avoir une portée bien plus large que celle relative au cas de l'affaire et faire des tribunaux des acteurs majeurs de l'élaboration de politiques publiques. L'exemple le plus connu étant celui des États-Unis, où un maillage de décisions de principe rendues par la Cour suprême a redéfini des pans entiers de l'action publique, de la fin de la ségrégation notamment scolaire à l'environnement ou aux droits des femmes.

²⁹ Benoit GRIMONPREZ, De l'exigibilité en droit des contrats, LGDJ, 2006, p. 4.

³⁰ Laurence GAY, Les « droits-créances » constitutionnels, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 195.

³¹ Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale.

³² Caroline CAYEUX, L'expérience beauvaisienne du Plan d'Harmonie sociale au service du renforcement de l'efficacité de l'action sociale locale, Rapport remis au Premier Ministre, avril 2009.

³³ Lettre de mission adressée le 1^{er} août 2007 au ministre en charge de la famille par le président de la République, souhaitant que soient prises : « toutes les dispositions nécessaires pour que les parents soient en mesure de concilier plus facilement leurs vies professionnelle et familiale, notamment en développant et en diversifiant l'offre de garde d'enfants. Notre objectif est la mise en place d'un droit de garde opposable effectif à la fin de la présente législature ».

³⁴ Alain BOCQUEL et al., Proposition de loi tendant à instaurer un droit au travail opposable, AN, Doc. Parlementaire, n° 472, 5 décembre 2007.

détournement d'une notion classique en droit pour lui conférer une signification nouvelle, a pu irriter la doctrine³⁵. Loin de sa signification technique première³⁶, l'opposabilité des droits sociaux renvoie, dans ce nouveau contexte, à un mécanisme permettant de les garantir³⁷. En ce sens, il prétend assurer l'effectivité d'un droit. Or, comme le notent E. Serverin et Th. Grumbach, il importe de ne pas confondre « opposabilité d'un droit » et « judiciarisation des rapports sociaux »³⁸ : « l'opposabilité d'un droit, c'est la règle applicable à tous. La saisine du juge c'est la potentialité pour ce citoyen de faire appel à cette règle pour convaincre son contradicteur qu'il convient de l'appliquer. Ce n'est que devant la résistance à la reconnaissance d'un droit que naît la nécessité du procès »³⁹. Le rappel est utile, même si sa portée est cantonnée aux cercles savants : la justiciabilité des droits, spécialement des droits sociaux, n'est qu'une technique parmi d'autre permettant la réalisation des droits. Technique « parmi d'autres », mais aucunement technique « comme les autres », tant il s'agit de la plus sujette à discussion et à hésitations. Ce sont ces interrogations (I), dans leurs formulations traditionnelles comme dans leur actualisation et leur remise en question (II), qui sont en jeu ici.

I. La justiciabilité des droits sociaux en questions

La présomption d'injusticiabilité des droits sociaux s'est construite devant la tendance du juge à nier tout caractère opératoire et invocatoire aux droits sociaux, en mettant l'accent sur leur particularité, quitte à minorer son propre rôle (A). Cette position, variable selon les juges (internationaux comme nationaux) et selon la valeur juridique de la norme proclamatoire (traité, constitution, loi), semble toutefois se fissurer et des évolutions, liées au processus de consolidation de l'État de droit, se constatent (B).

³⁵ Evelyne SERVERIN, Tiennot GRUMBACH, « La campagne présidentielle, les juges et le droit social : opposabilité, vous avez dit opposable ? », *Revue de droit du travail*, juin 2007, p. 406.

³⁶ V. la définition classiquement donnée : « Aptitude d'un droit, d'un acte (convention, jugement, etc.), d'une situation à faire sentir ses effets à l'égard des tiers (c'est-à-dire ici de personnes qui ne sont ni titulaires du droit ni parties à l'acte ni ayants cause ou créanciers de ces parties ni concernées en premier par la situation) non en soumettant directement ces tiers aux obligations directement nées de ces éléments (ce qui constitue, dans les cas spécifiés ou cela se produit, une extension de l'effet obligatoire d'un acte par exception au principe de l'effet relatif de celui-ci), mais en les forçant à reconnaître l'existence des faits, droits et actes dits opposables (s'ils sont par ailleurs légalement prouvés), à les respecter comme des éléments de l'ordre juridique et à en subir les effets, sous réserve de leur opposition lorsque la loi leur en ouvre le droit (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Ed. PUF, Coll. Quadrige, 2005, p. 625. Add., Camille KOUCHNER, *De l'opposabilité en droit privé*, thèse, Université Paris X, 2004.

³⁷ Cécile RAPOPORT, « L'opposabilité des « droits-créances » constitutionnels en droit public français », communication présentée aux journées de l'association française de droit constitutionnel, www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC8/RapportTXT.pdf.

³⁸ V. en sens identique le propos du secrétaire général du Conseil constitutionnel qui, au sujet de l'article 5 du Préambule – mais le propos pourrait être généralisé –, écrivait que cette disposition « constitue non un droit subjectif directement justiciable, mais un intérêt collectif opposable au législateur car protégé par le Préambule de 1946 » (Jean-Eric SCHOETTL, note sous CC, n° 2005-523 DC, 29 juillet 2005, LPA, n° 200, 7 octobre 2005, p. 11).

³⁹ Evelyne SERVERIN et Tiennot GRUMBACH, précit.

A. Le *self restraint* juridictionnel

Le caractère non justiciable, ou faiblement justiciable, des droits sociaux est un dogme volontiers repris en canon par la doctrine et le juge. Les raisons généralement invoquées sont diverses. L'absence de juge ou de procédure contentieuse permettant de garantir le droit est souvent mise en avant. Ainsi, les traités internationaux proclamant des droits sociaux (PIDESC, Charte sociale européenne, OIT) n'ont longtemps pas été dotés d'organes contentieux ou quasi contentieux pouvant être saisis par des victimes individuelles. Cette carence contribuait ainsi à justifier l'idée d'une particularité intrinsèque des droits sociaux, dont l'effectivité était mieux susceptible d'être évaluée par voie de rapports étatiques que de plaintes individuelles. Le même argument se retrouvait dans les ordres internes, du fait de la fréquente absence de procédures permettant de saisir de façon satisfaisante un juge pour constater la violation d'un droit social et ordonner son respect. En Espagne, par exemple, bon nombre des dispositions sociales garanties par la Constitution sont écartées du mécanisme d'*amparo* et de la protection constitutionnelle⁴⁰. En Inde ou en Irlande, la même exclusion prévaut⁴¹. Mais, alors même que les conditions de leur saisine sont aménagées, d'autres juges peuvent manifester une réserve ostensible à l'égard des droits sociaux, déclinant ou minimisant leur compétence pour juger du respect des droits sociaux. L'autolimitation est alors justifiée par un double argument, démocratique et technique, dont les ressorts sont souvent mêlés.

1) L'argument démocratique

Le premier argument repose sur l'idée que c'est au Parlement d'effectuer des choix budgétaires et que le juge n'a pas la légitimité pour trancher des questions générales d'ordre économique ou social. Le refus prétorien, fondé sur une certaine interprétation de la séparation des pouvoirs, révèle la crainte du juge de se faire « super législateur » et établit une distinction entre le domaine du Politique et celui du Droit. Ainsi, les implications budgétaires sont présentées comme un frein à la justiciabilité des droits sociaux et des juges rappellent que la question de savoir quelle part du budget de la Nation doit être affectée aux services publics de l'éducation ou de la santé, par exemple, est une question politique et non juridique. « Puisque l'allocation des moyens de l'État dépend des contraintes autres que constitutionnelles, notamment financières ou d'opportunité, ces « droits ne se réalisent que dans la discrétionnalité du législateur, sous la « réserve du possible » selon une formule de la Cour constitutionnelle allemande. Autrement dit, d'un point de vue technique, ils ne

⁴⁰ María Esther BLAS LÓPEZ, « Les droits sociaux en Espagne », article à paraître.

⁴¹ Diane ROMAN, « Les droits civils au renfort des droits sociaux : l'interchangeabilité des droits fondamentaux dans le discours judiciaire », *infra*.

seraient pas des droits fondamentaux mais plutôt des directives, des mandats constitutionnels »⁴².

Certaines décisions de justice étrangères invoquent encore l'argument de la séparation des pouvoirs, soulignant que seule l'élection confère la légitimité pour décider de l'affectation des finances publiques. C'est notamment le cas de la Cour suprême irlandaise⁴³, qui a pu voir dans cette exclusion des juges non pas la preuve d'une volonté de minimiser les questions sociales mais au contraire une tentative pour valoriser la dimension politique de leur réalisation⁴⁴. Aux Etats-Unis, tout particulièrement, la jurisprudence rappelle que c'est le Congrès qui détient les cordons de la bourse : le principe du *power of the purse*⁴⁵ conduit ainsi la Cour suprême à affirmer que les « problèmes insolubles posés par les aspects économiques, sociaux voire philosophiques de l'État Providence ne sont pas l'affaire de la Cour. Si la Constitution peut imposer certaines garanties procédurales en matière de programmes sociaux, (...) elle ne confère pas aux tribunaux le pouvoir de suppléer les autorités publiques investies de la lourde responsabilité de répartir des ressources publiques limitées parmi une multitude de bénéficiaires potentiels »⁴⁶. Si la Cour suprême n'a pas toujours fait

⁴² Carlos-Miguel HERRERA, « État social et droits sociaux fondamentaux », Communication au colloque État et régulation sociale, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2006, <http://matisse.univ-paris1.fr/colloque-es/pdf/articles/herrera.pdf>.

⁴³ Irlande, C.S., O'Reilly v Limerick Corporation [1989] ILRM 181, confirmé par Sinnott v Minister for Education SC [2001] 2 IR 545 (Hardiman J.) : « Costello J. invoked both of the classic reasons for deferring to the local authority's housing policy; (i) the constitutional principle that only the elected branches of government could legitimately decide on the allocation of public funds, and (ii) the fact that the courts did not have the institutional capacity to assess the competing claims on resources and their wider implications. Costello J's reasoning was subsequently reflected in the views of the Constitution Review Group³⁶ set up in 1996 to consider afresh whether enforceable socio-economic rights should be entrenched in the Irish Constitution. The Group concluded that : "...The main reason ...why the Constitution should not confer personal rights to freedom from poverty, or to other specific economic or social entitlements, is that these are essentially political which, in a democracy, it should be [for] the representatives of the elected representatives of the people to address and determine" ».

⁴⁴ Irlande, C.S., T.D. v. The Minister for Education & ors, 17 décembre 2001, [2001] IESC 101 : « The reluctance to elevate social welfare legislation to a higher plane may reflect a moral or political opposition to such change or it may be a recognition of the difficulty of regulating rights of such complexity by fundamental legislation which cannot be altered readily to meet changing social needs. Alternatively it may have been anticipated that the existence of a constitutional right enforceable by the courts would involve – as the present case so clearly demonstrates – a radical departure from the principle requiring the separation of the powers of the courts from those of the legislature and the executive. The inclusion in the Constitution of Article 45 setting out directive principles of social policy for the general guidance of the Oireachtas – and then subject to the express provision that they should not be cognisable by any Court – might be regarded as an ingenious method of ensuring that social justice should be achieved while excluding the judiciary from any role in the attainment of that objective ».

⁴⁵ Gerold FRUG, « The judicial power of the purse », Penn. Law Rev., 126, 1978, p. 715 ; Cathy ALBISA et Jessica SCHULTZ, « The United States », in Martin LANGFORD (dir.), Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law, Cambridge, 2008, p. 102 et s.

⁴⁶ États-Unis, C.S., Dandridge v Williams, 397 US 471 (1970) : « We do not decide today that the Maryland regulation is wise, that it best fulfills the relevant social and economic objectives that Maryland might ideally espouse, or that a more just and humane system could not be devised. Conflicting claims of morality and intelligence are raised by opponents and proponents of almost every measure, certainly including the one before us. But the intractable economic, social, and even philosophical problems presented by public welfare assistance programs are not the business

preuve de cette retenue⁴⁷, elle a désormais, selon ses propres termes, « renoué avec la conception originelle de la constitution selon laquelle les cours ne doivent pas substituer leur convictions socio-économiques à l'appréciation du corps législatif (...) C'est au législateur, pas aux juridictions, de décider de la sagesse et de la pertinence d'une législation. Les juges ne doivent pas substituer leur conception économique et sociale au jugement du corps législatif, qui est élu pour adopter des lois »⁴⁸.

D'autres juges peuvent, contrairement à ceux américain ou irlandais, ne pas décliner totalement leur compétence mais justifier, par le même argument, un contrôle restreint. Ainsi, la Cour européenne, dans le droit fil de sa jurisprudence sur la marge nationale d'appréciation a particulièrement relevé cet argument budgétaire⁴⁹. Si la Convention ne garantit pas en tant que tel un droit à des aides sociales, la Cour a estimé dans un certain nombre d'affaires que l'article 8 entre en ligne de compte s'agissant de griefs sur le financement public devant faciliter la mobilité et la qualité de vie de requérants handicapés⁵⁰, une protection contre la misère⁵¹ ou un accès aux soins⁵². Mais la Cour souligne l'importante marge nationale d'appréciation « lorsque, comme en l'espèce, les questions en litige impliquent de fixer des priorités pour ce qui est de l'affectation des ressources limitées de l'État. Au fait des sollicitations dont est l'objet le régime de santé ainsi que des fonds disponibles pour répondre à ces demandes, les autorités nationales sont mieux placées qu'une juridiction internationale pour procéder à cette évaluation »⁵³.

La marge nationale d'appréciation en matière économique et sociale se retrouve sous des énoncés comparables dans les jurisprudences nationales internes. Ainsi, au Canada, la Cour suprême a eu à apprécier le montant de certaines aides sociales par rapport aux droits sociaux proclamés par la Charte québécoise des droits et libertés de la personne, et notamment au droit à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales susceptibles d'assurer

of this Court. The Constitution may impose certain procedural safeguards upon systems of welfare administration (...). But the Constitution does not empower this Court to second-guess state officials charged with the difficult responsibility of allocating limited public welfare funds among the myriad of potential recipients ».

⁴⁷ V. la fameuse décision de la Cour suprême américaine, *Lochner v. New York* (198 US 45 [1905]) censurant une loi de New York qui limitait la durée quotidienne de travail des ouvriers boulangers, au motif que de telles lois sociales constituent une « ingérence fâcheuse » dans les droits des particuliers. Ce type d'activisme judiciaire a généré un conflit ouvert avec l'administration Roosevelt lors de la mise en œuvre du New Deal ; sur ce point, v. Roger PINTO, *La Cour Suprême et le new Deal : jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis (1933-1936) et réforme du pouvoir judiciaire (1936-1937)*, Bibl. d'histoire politique et constitutionnelle, 1938.

⁴⁸ États-Unis, C.S., *Ferguson v. Skrupa*, 372 US 730-731-732 [1963].

⁴⁹ CEDH, GC, 18 janv. 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, Rec. 2001-I, § 99 : « la question de savoir si l'État accorde des fonds pour que tout le monde ait un toit relève du domaine politique et non judiciaire ».

⁵⁰ CEDH, déc., 14 mai 2002, *Zehnalová et Zehnal c. République tchèque*, Rec. 2002-V ; 14 sept. 2010, *Farcaș c. Roumanie*, 32596/04.

⁵¹ CEDH, 23 avril 2002, *Larioshina c. Russie*, req. 56869/00.

⁵² CEDH, 4 janvier 2005, *Pentiacova et 48 al. c. Moldova*, Rec. 2005-I.

⁵³ *Ibid.*

un niveau de vie décent. Selon les juges majoritaires, bien que la Charte oblige le gouvernement à établir des mesures d'aide sociale, elle soustrait au pouvoir de contrôle des tribunaux la question de savoir si ces mesures sont adéquates. Le libellé de la Charte exige seulement que le gouvernement puisse établir l'existence de mesures susceptibles d'assurer un niveau de vie décent, sans l'obliger à défendre la sagesse de ces mesures. Selon la Cour suprême canadienne, « cette interprétation est aussi compatible avec la compétence institutionnelle respective des tribunaux et des législatures en ce qui concerne l'établissement de politiques sociales fondamentales et leur ajustement dans les moindres détails »⁵⁴. De même, en Israël ou en Allemagne, les juridictions constitutionnelles ont justifié le caractère restrictif de leur contrôle par la souveraineté politique du Parlement pour décider des mesures sociales que les droits constitutionnels exigent⁵⁵.

En France également, la marge d'appréciation du législateur est soulignée. Si le Conseil constitutionnel a pleinement admis la valeur constitutionnelle de l'ensemble du préambule de 1946, et donc des droits sociaux qu'il proclame (droit au travail, droit à la protection sociale, droit à la protection de la famille, droits des travailleurs etc.), ce ne fut que pour leur conférer une portée contraignante assez restreinte⁵⁶. La principale conséquence juridique découlant, pour la puissance publique, des dispositions du Préambule tendant à garantir à l'individu une sécurité matérielle se résume en une exigence de solidarité nationale, pour reprendre la formule parfois utilisée⁵⁷. Le principe, si nouveau soit-il, est fort peu contraignant. En effet, le Conseil se refuse à apprécier le bien-fondé des mesures législatives prises pour concrétiser cette exigence, insistant sur la liberté d'appréciation du législateur. L'article 61 de la Constitution, selon la formule connue, ne confère pas au Conseil un pouvoir d'appréciation et de décision identique au Parlement, surtout à l'égard de droits dont la mise en œuvre suppose un effort financier considérable de la part de la Nation⁵⁸... Le contrôle du juge est donc très atténué : aucune censure n'est intervenue à ce jour sur le fondement des alinéas 5, 10 et 11 du Préambule et des auteurs ont pu mettre en exergue la différence de contrôle exercée par le

⁵⁴ Canada, C.S., Gosselin c. Québec, 19 décembre 2002, 4 R.C.S. 429 ; David ROBITAILLE, « Les droits économiques et sociaux dans les relations État particuliers après trente ans d'interprétation : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques ? », Revue du Barreau du Québec, n° thématique hors série, 2006, p. 455 et s., spéc. p. 472.

⁵⁵ Diane ROMAN, « Les droits civils au renfort des droits sociaux... », *infra*.

⁵⁶ Une remarque identique peut être formulée s'agissant de la jurisprudence administrative. Sur la question, v. Virginie DONIER, « Le droit d'accès aux services publics dans la jurisprudence : une consécration en demi-teinte », RDSS, sept.-oct. 2010, n° 5, p. 800 s. ; « Le droit au service public, reflet des obligations pesant sur les personnes publiques », *infra*.

⁵⁷ Décision n° 96-387 DC du 21 janvier 1997, Prestation spécifique dépendance, cons. 10 et 11. V. aussi décision n° 2003-483 du 14 août 2003, Loi portant réforme des retraites, cons. 7 : « L'exigence constitutionnelle résultant (de l'alinéa 11 du Préambule) implique la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités » ou encore Décision n° 2007-553 DC, 3 mars 2007 Loi relative à la prévention de la délinquance ; référence aux « exigences de solidarité découlant des dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946 ».

⁵⁸ Marie-Pauline DESWARTE, précit., p. 977 : « Le juge constitutionnel est obligé de tenir compte de l'environnement social. Il doit, pour être efficace, en apprécier les capacités sociales. La protection inégale qu'il accorde aux droits sociaux manifeste bien le poids des nécessités ».

Conseil selon que sont en cause des droits civils et politiques ou des droits sociaux, que ce soit pour l'approuver⁵⁹ ou pour la déplorer⁶⁰. La latitude conférée au législateur a pu être expliquée par l'« orientation foncièrement libérale »⁶¹ du Conseil, qui conditionnerait une interprétation restrictive des droits sociaux⁶². Le constat n'est pas isolé : Ran Hirschl a démontré, dans des analyses percutantes, que les Cours, par leur composition et leurs stratégies, représentaient les intérêts des élites conservatrices et qu'elles prônaient, dans leur interprétation des textes constitutionnels, « une conception néolibérale des droits qui reflète et promeut les prémisses idéologiques de l'ordre économique mondial : atomisation sociale, anti-syndicalisme, égalité formelle et politiques étatiques minimalistes »⁶³.

Cet argument démocratique, fondé sur une interprétation rigide de la séparation des pouvoirs et dont le caractère lui-même politique peut être relevé, est fréquemment complété par un argument technique, justifié par le caractère « programmatique » des droits sociaux.

2) L'argument technique

L'argument technique se veut neutre axiologiquement. Loin de s'adosser à une conception politique de la fonction judiciaire dans un État de droit, il se présente comme une conséquence nécessaire de ce qui serait une caractéristique des droits sociaux : leur imprécision et le caractère progressif de leur réalisation leur donneraient un caractère programmatique excluant toute justiciabilité, le juge ne disposant pas de la capacité technique pour évaluer le contenu et sanctionner les atteintes aux droits sociaux⁶⁴. Le juge ne pouvant se faire l'expert du Social, il ne peut être le gardien des droits sociaux. L'argument s'appuie notamment sur l'idée que le raisonnement judiciaire est incapable, par nature, de saisir les problèmes « polycentriques », ces situations dans lesquelles les implications de la décision de justice ont des répercussions non seulement sur les parties, mais au-delà. Cet argument, bien connu de la doctrine anglo-

⁵⁹ Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 428 : « les droits sociaux dits de créance ne sont pas pour l'essentiel soumis au régime juridique des droits et libertés classiques. Ce ne sont pas des droits subjectifs, mais des objectifs dont la prise en compte s'impose à l'État et qui jouent en quelque sorte un rôle correcteur au regard des principes d'essence libérale. Il s'agit, pour l'essentiel, de principes directeurs qui doivent guider le législateur ».

⁶⁰ Michel BORGETTO, « Le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité et les droits sociaux », in *Frontières du droit, critique des droits : billets d'humeur en l'honneur de D. Lochak*, LGDJ, coll. *Droit et société*, 2007, p. 239 et s.

⁶¹ Xavier PRETOT, *Les grands arrêts de la sécurité sociale*, LGDJ, 1998, n° 1, p. 14.

⁶² V. en ce sens Diane ROMAN, « Constitution et solidarité », *Les petites affiches*, 2009, n° 16, pp. 68.

⁶³ Ran HIRSCHL, « The political origins of judicial empowerment through constitutionalization: Lessons from four constitutional revolutions », *Law and Social Enquiry, Journal of the American Bar Foundation*, 2000, 25 (1), 91-149, § 1063 (nous traduisons). Dans le même sens, v. du même auteur, *Towards Juristocracy: the origins and consequences of new constitutionalism*, Harvard univ. press, 2004.

⁶⁴ V. en ce sens, David HOROWITZ, *The Courts and Social Policy*, Washington DC, The Brookings Institute, 1977, pp. 25-32.

saxonne⁶⁵ revêt une portée générale. Il s'est développé notamment dans le débat nord-américain, devant le constat d'une « transformation du régime de la légalité »⁶⁶ due à l'émergence du juge dans le processus de décision politique. Le « *judicial policy-making* » traduit la métamorphose du jugement, non plus seulement adjudication d'un cas individuel mais instrument vers la réalisation d'objectifs socialement et collectivement utiles. Or, l'évolution de l'activité judiciaire, et son instrumentalisation éventuelle par les requérants, « pose la question de sa légitimité – puisque celle-ci reposait jusque là sur la fidélité aux textes et sur la séparation des pouvoirs – mais plus encore celle de sa désirabilité, de la capacité et des conditions dans lesquelles les tribunaux peuvent et doivent assumer les sollicitations qui leur sont adressées »⁶⁷. Cette question des « capacities and incapacities of Courts as social policy-makers »⁶⁸ est particulièrement cruciale en matière de droits sociaux, non seulement en raison de l'inversion de la démarche à laquelle elle procède (extrapolation générale à partir d'un cas individuel soumis aux tribunaux, alors que le processus traditionnel veut que des catégories d'ayant-droits soient définies de façon générale, avant de faire l'objet d'une adjudication individuelle) mais également en raison des conséquences auxquelles elle aboutit. Comme le souligne un juge sud africain, résoudre un litige ayant des implications budgétaires est un problème polycentrique typique : « chaque décision d'attribuer une somme d'argent à une fonction particulière entraîne une diminution des sommes disponibles pour les autres postes budgétaires. Toute modification appliquée à une allocation a un impact, plus ou moins important, sur les autres décisions budgétaires »⁶⁹. Cette considération a été relevée mais néanmoins sèchement balayée par la Haute Cour d'Afrique du Sud dans une décision de 2003⁷⁰ : « le problème de la polycentricité joue clairement comme une contrainte importante dans le procès, notamment quand le litige a des conséquences distributives. Mais la polycentricité ne peut pas être élevée au rang de mantra doctrinal, impliquant, sans plus d'analyse, l'incompétence des cours à sanctionner les obligations légales qui ont des conséquences imprévisibles ».

⁶⁵ Lon FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », *Harvard Law Review*, Vol. 92, 1978, p. 353 ; Aoife NOLAN, Bruce PORTER, Malcolm LANGFORD, « The justiciability of social and economic rights: an updated appraisal », *CHRGJ Working Paper no. 15*, 2007, pp. 14-18.

⁶⁶ Jacques COMMAILLE, Laurence DUMOULIN, « Heurts et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la "judiciarisation" », *L'Année sociologique*, 2009, 59, n° 1, p. 81.

⁶⁷ *Id.*, p. 82.

⁶⁸ David HOROWITZ, *précit.*, p. 67.

⁶⁹ Kate O'REGAN, « Introducing Social and economic Rights », introduction in *Giving Effect to Social and economic Rights : The Role of the Judiciary and other Institutions Workshop*, Cape Town (6 and 7 October 1998), cite par A. Nolan et al., *précit.*

⁷⁰ Afrique du Sud, Haute cour de Justice, 6 fév. 2003, *Rail Commuter Action Group & Ors. v. Transnet Limited & Ors aff. n° 10968/2001*, § 112 : « The problems of polycentricity must clearly act as important constraints upon the adjudication process, particularly when the dispute has distributional consequences. But polycentricity cannot be elevated to a jurisprudential mantra, the articulation of which serves, without further analysis, to render courts impotent to enforce legal duties which have unpredictable consequences ».

Cet argument technique se présente, sous des formes comparables, dans d'autres discours. Ainsi de l'idée qu'en s'immisçant dans les questions politiques, sociales, les cours viseraient l'impossible et s'exposeraient à des effets pervers⁷¹. L'argument a été développé à partir de l'activisme judiciaire indien⁷² : la justiciabilité des droits sociaux ne serait possible que dans certaines hypothèses, lorsqu'il ne s'agirait que de sanctionner des obstacles bureaucratiques ou l'aboulie administrative. En dehors de ces hypothèses extrêmes, la mise en œuvre de politiques sociales suppose nécessairement une contribution du pouvoir exécutif afin de préciser le contenu des droits sociaux. Pour le reste, le flou de leurs dispositions obligerait le juge à une grande prudence. Les droits sociaux apparaissent moins comme des impératifs normatifs immédiatement sanctionnables que comme des objectifs souhaitables et programmatiques.

L'argument est ancien, et bien connu des débats français. La doctrine la plus éminente l'a utilisé à l'encontre des dispositions du préambule de 1946⁷³. Elle a été confortée par la rédaction même des conventions internationales : le libellé des pactes de 1966, transposant en instruments conventionnels les droits proclamés par la DUDH, a renforcé l'impression que les engagements des États ne sont pas du même ordre⁷⁴. Alors que l'article 2 du PIDCP dispose que les États « s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence des droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune... », son pendant du PIDESC prévoit que chacun des États « s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés... ». Plus récemment, le Conseil constitutionnel en a souligné la trace dans la Charte des droits fondamentaux de

⁷¹ Jean-François RENUCCI exprime ainsi sa crainte d'une justiciabilité de la charte par la cour : « On peut cependant espérer que la Cour fera preuve de sagesse et qu'elle n'ira pas aussi loin. Assurément, une approche aussi extensive serait fâcheuse car elle aboutirait à une dénaturation et à une ineffectivité des droits de l'Homme. Il est évident que le refus d'une telle approche n'est pas guidé par une volonté « antisociale » mais par un souci de responsabilité : la plupart des droits économiques et sociaux sont trop imprécis, ce qui entraînerait mécaniquement une hausse importante du nombre des condamnations des États et, corrélativement, une banalisation des atteintes aux droits de l'Homme » (in « Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens », JCP ed. G, 2007, act. 120).

⁷² Jamie CASSELS, « Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible ? », *Am. J. Comp. Law*, (1989) 37 L 495, 515.

⁷³ Ainsi, Jean RIVERO et Georges VEDEL estimaient qu'« il ne faut pas trop serrer les formules et chercher plutôt une intention qu'un programme (...) Le Préambule laisse à la législation le choix des moyens, il en acquiert une grande élasticité d'interprétation » (in « Les principes économiques et sociaux de la Constitution, le préambule », *Droit social*, 1947, réed. Pages de Doctrine, LGDJ, 1980, pp. 139-140). Dans une perspective identique Marcel WALINE considérait que « les dispositions du préambule ont une valeur de droit positif, pourvu seulement qu'elles aient une précision suffisante pour pouvoir être appliquées sans intervention préalable d'une disposition législative ou réglementaire d'application. En cas contraire, elles n'auraient plus immédiatement et directement valeur de droit positif mais seulement celle, purement morale ou politique, d'un conseil donné à l'autorité législative » (note sous CE, 7 juillet 1950, Dehaene, RDP, 1950, p. 696).

⁷⁴ Marie-Joelle REDOR-FICHOT, « L'indivisibilité des droits de l'Homme », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 7, 2009, p. 81.

l'Union européenne⁷⁵. Constatant que la Charte des droits fondamentaux « comporte, à côté de "droits" directement invocables devant les juridictions, des "principes" qui constituent des objectifs ne pouvant être invoqués qu'à l'encontre des actes de portée générale relatifs à leur mise en œuvre »⁷⁶, le Conseil Constitutionnel entérine la distinction entre les droits à part entière et les « principes », insusceptibles d'être invoqués devant un juge. Comme l'explique Véronique Champeil-Desplats, « certainement par crainte compréhensible de protéger les juges contre des revendications exigeant des politiques sociales d'envergure qui dépassent les compétences juridictionnelles, le Conseil a, en décidant de la sorte, fermé les ressorts argumentatifs de certains de « droits »⁷⁷. Une telle position de principe serait justifiée, à en croire l'ancien président du Conseil, Pierre Mazeaud, par un souci de réalisme. La jurisprudence du Conseil, selon ses termes, « a servi à tempérer (la) portée (des droits sociaux), malgré l'affirmation de leur niveau constitutionnel. Ils doivent être considérés comme n'ayant pas un caractère absolu, n'étant pas d'application directe et s'adressant non aux particuliers mais au législateur pour lequel ils constituent des obligations de moyens et non de résultat. En particulier, ils ne sont pas des droits subjectifs, dotés d'une justiciabilité directe. C'est évidemment le réalisme qui a dicté cette solution : le niveau des prestations servies par l'"État Providence" étant conditionné par la situation économique, il ne serait pas raisonnable de le fixer de façon rigide au niveau constitutionnel »⁷⁸.

Cet argument tiré du caractère vague du contenu des droits sociaux est également régulièrement mobilisé par le juge administratif, non sans quelques fluctuations dans sa jurisprudence⁷⁹. Ainsi, par exemple, le Conseil d'État a pu considérer que les droits sociaux constitutionnels, tels que l'alinéa 11 (droit à la santé) ou de l'alinéa 5 (droit à l'emploi), « ne s'impose(nt) à l'autorité administrative, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et limites définies dans les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français »⁸⁰. Or, le renvoi aux

⁷⁵ CC, n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, Traité établissant une constitution pour l'Europe.

⁷⁶ « Au nombre de tels « principes » figurent notamment le « droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux », le « droit de travailler », le « droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle », le « principe du développement durable » et le « niveau élevé de protection des consommateurs ».

⁷⁷ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, note sous CC, n° 2004-505 DC, Rev. Trim. Dr. européen, 2005, n° 2, pp. 557-580.

⁷⁸ Pierre MAZEAUD, « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », conférence prononcée à Erevan, 2005, consultable en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/divers/documents/20051001erevan.pdf>.

⁷⁹ Particulièrement mise en exergue par Marie-Joelle REDOR-FICHOT, art. précité.

⁸⁰ La jurisprudence du Conseil d'État à l'égard du préambule de 1946 ne paraît pas parfaitement univoque. De nombreuses décisions refusent d'admettre l'invocabilité directe des dispositions du Préambule à l'appui de recours pour excès de pouvoir contre des décisions *individuelles* (v. par ex., dans le cadre de contentieux de l'annulation d'arrêtes de reconduite à la frontière : CE, 28 juillet 2004, Préfet de police, req. 253927 ; CE, 28 décembre 2005, Mme AB, 275516 et M. Kabir A, req. 275453 ; 28 septembre 2005, Préfet du Gard, 260485 (al. 11 du préambule) ; v. de même, à propos de la décision de mutation d'un fonctionnaire, CE, 13 mars 2009, req. 319916 : « le principe posé par les dispositions du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958, aux termes desquelles : "Chacun a le devoir de travailler et le droit

précisions conventionnelles ou législatives est de faible portée. En effet, s'agissant des premières, le juge administratif est enclin à considérer que les stipulations conventionnelles énonçant des droits sociaux ne sont pas dotées d'effet direct et ne sont pas invocables devant lui. Le juge administratif refuse ainsi toujours de reconnaître l'applicabilité de la Charte sociale européenne⁸¹ ou du PIDESC⁸². Si le Conseil d'État ne motive pas les raisons de sa qualification, la doctrine considère en général que c'est en raison de leur imprécision que ces stipulations sont écartées des prétoires⁸³. Outre le fait qu'elle méconnaît

d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances" ne s'impose à l'administration, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français ; que, par suite, M. A ne saurait, en tout état de cause, pour critiquer la légalité de la décision de mutation dont il a fait l'objet, invoquer ce principe indépendamment desdites dispositions ».

Toutefois, différentes décisions étendent cette exclusion au bénéfice au *pouvoir réglementaire* (V. par ex., CE, 28 septembre 2005, Préfet du Gard, req. 260485 ; CE, 28 décembre 2005, Préfet de Haute Savoie, req. 274204 : « Le principe posé par les dispositions du cinquième deuxième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958, aux termes desquelles : « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances » ne s'impose au *pouvoir réglementaire*, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français ; que, par suite, M. Burkan ne saurait, en tout état de cause, pour critiquer la légalité de l'arrêté de reconduite à la frontière attaqué, invoquer ce principe indépendamment desdites dispositions » (nous soulignons) alors même que d'autres arrêts ont admis l'invocabilité des droits sociaux constitutionnels dans le contentieux de l'annulation dirigé contre des actes réglementaires (v. par ex. CE, 9 décembre 1996, GISTI, req n°163044 ; CE, 30 juin 2003, Mme Inaya X., n° 246590 ; pour une présentation de la jurisprudence administrative, v. Laure CAMAJI, « La justiciabilité du droit à la sécurité sociale. Éléments de droit français », RDSS, sept.-oct. 2010, n° 5, p. 847 et s.).

Cette contradiction a été soulevée par Yann AGUILA (concl. sur CE Ass., 3 octobre 2008, Commune d'Annecy, RFDA, 2008 p. 1147) selon qui « le caractère général ou imprécis d'un principe constitutionnel n'est pas un obstacle à son application par le juge (...) En revanche, il est vrai que la portée concrète d'un principe peut varier selon son degré de précision, selon son objet, ou selon la nature du contentieux. Certains principes, par leur caractère imprécis, ne peuvent guère avoir d'effets pratiques en l'absence d'une médiation législative. Beaucoup estiment par exemple que le « droit à l'emploi » ou le principe de « solidarité nationale » constituent de simples « déclarations d'intention » - encore que ce terme est ambigu - et qu'ils ne peuvent être directement appliqués par le juge tant que le législateur n'en a pas au préalable fixé les conditions d'application et les limites. La portée d'un principe dépend aussi de son objet, lequel peut être plus ou moins réalisable, voire plus ou moins raisonnable. Pour reprendre le critère de l'ordre raisonnable proposé par le roi du Petit Prince, si la Constitution ordonnait au soleil de se coucher, ou à un général de voler de fleur en fleur, à la façon d'un papillon, ou de se changer en oiseau de mer, une telle disposition n'aurait sans doute qu'un faible effet pratique... Enfin, la portée d'un principe varie selon la nature du contentieux ou de la question posée au juge. (...) Un principe constitutionnel trop général peut difficilement servir de base directe à la reconnaissance d'un droit subjectif au profit d'un particulier. En revanche, il peut normalement toujours être invoqué dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte réglementaire. Le juge des normes doit veiller au respect de la Constitution par les pouvoirs publics - législateur et gouvernement - dans le cadre de leur activité normative ».

⁸¹ CE, 20 avril 1984, *Ministre du budget c. Valton*, Rec. 1984, p. 148 ; CE, 15 mai 1995, *Raut*, n°152417 ; CE, 7 juin 2006, *Association Aides et autres*, AJDA, 2006.2233, note Hervé RIHAL ; RDSS, 2006 p. 1047, note Laurence GAY.

⁸² CE, 5 mars 1999, *Rouquette et Lipietz*, n° 194658, Rec. CE p. 37, RFDA. 1999, p. 357, concl. Christine MAUGÜÉ.

⁸³ V. par ex. Hélène TIGROUDJA, « Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux », RFDA, 2003 p. 156 : « La norme juridique incomplète ou non exécutoire est donc celle qui, par sa nature (imprécise et générale) et/ou son objet (aménager l'exercice d'un droit par exemple), nécessite l'intervention ultérieure des pouvoirs publics et en

l'interprétation du texte par son organe authentique⁸⁴, la position du Conseil d'État a pu être critiquée, aussi bien en doctrine⁸⁵ qu'en interne⁸⁶. Elle a pour effet de priver les droits sociaux conventionnels de mécanismes de garantie judiciaire et d'obliger le juge à des palliatifs qui relèvent de la contorsion sémantique⁸⁷. Quant à la mise en œuvre des sources législatives par le pouvoir réglementaire, là encore, force est de constater la marge d'appréciation importante conférée au pouvoir réglementaire. En effet, la jurisprudence administrative montre les réticences à sanctionner les atteintes à un droit constitutionnel quand bien même celui-ci ferait l'objet des précisions législatives adéquates. Les exemples relatifs aux droits des personnes handicapées suffisent à s'en convaincre, tant le décalage entre l'affirmation législative de droits⁸⁸ et la garantie judiciaire est important. On pourrait ainsi insister sur le droit à

particulier le plus souvent du législateur.», l'auteur soulignant que « l'avenir de cette théorie dépendra de l'évolution de l'exercice par le Conseil d'État de la plénitude de ses compétences face à l'exécutif ». V. également Martine LOMBARD, Gilles DUMONT, *Droit administratif*, Dalloz, 5ème éd., 2003, n° 52 : « les principales conditions de l'applicabilité directe tiennent non seulement à l'objet de la disposition invoquées, mais aussi à sa précision et au fait qu'elle n'appelle pas de mesures nationales complémentaires pour son application ». V. a contrario les arrêts isolés dans lesquels le CE a pu admettre l'invocabilité de telles stipulations, au motif expressément admis de leur « clarté » : CE, 21 oct. 1983, SA GI Motors France, n° 23120, Rec. tables p. 582 : « cons. que l'article 20 de l'ordonnance du 21 aout 1967 n'édicte aucune règle incompatible avec les stipulations d'actes internationaux incorporés dans l'ordre juridique interne par des actes postérieurs, tels que l'article 9 de la CEDH et les articles 12 et 31 de la charte sociale européenne dont les dispositions sont claires » (nous soulignons).

⁸⁴ CoDESC, Observations générales, n° 9, 3 déc. 1998, E/C.12/1998/24, § 13 et 14 : « Le Comité note que certains tribunaux appliquent les dispositions du Pacte, soit directement soit en tant que normes d'interprétation. D'autres tribunaux sont disposés à reconnaître, sur le plan des principes, l'utilité du Pacte pour interpréter le droit national, mais, dans la pratique, l'effet de ses dispositions sur leur argumentation et l'issue de leurs délibérations est extrêmement limité. D'autres encore ont refusé de faire le moindre cas des dispositions du Pacte lorsque des personnes ont essayé de s'en prévaloir. Dans la plupart des pays, les tribunaux sont encore loin de s'appuyer suffisamment sur le Pacte¹⁴. Dans les limites de l'exercice de leurs fonctions de contrôle judiciaire, les tribunaux doivent tenir compte des droits énoncés dans le Pacte lorsque cela est nécessaire pour veiller à ce que le comportement de l'État soit conforme aux obligations qui lui incombent en vertu du Pacte. Le déni de cette responsabilité est incompatible avec le principe de la primauté du droit, qui doit toujours être perçu comme englobant le respect des obligations internationales relatives aux droits de l'Homme ».

⁸⁵ Marie GAUTIER et Fabrice MELLERAY, « Applicabilité des normes internationales », *Jurisqueur adm.*, fasc. 20, 20 Novembre 2003 ; Claudia SCOTTI, « L'applicabilité de la charte sociale européenne dans l'ordre juridique des États contractants », in Jean-François FLAUSS, *Droits sociaux et droit européen: bilan et prospective de la protection normative*, Bruylant, 2002, p. 189 : « La solution de l'arrêt Valton est regrettable, non seulement parce que cette disposition n'a pas été appliquée dans une situation particulièrement propice à son applicabilité directe, mais aussi parce que le rejet de l'applicabilité directe n'est pas motivé, ce qui rend toute contestation difficile ».

⁸⁶ Ronny ABRAHAM, « Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 23 avril 1997, GISTI », *RFDA*, 1997 p. 585.

⁸⁷ V. CE, Aides et autres, précit., dans lequel le Conseil d'État admet l'effet direct de la CIDE qui vise l'intérêt supérieur de l'enfant et refuse celle de la Charte sociale européenne alors même que le Comité européen des droits sociaux, deux ans auparavant, avait considéré que le dispositif français litigieux portait atteinte aux stipulations de la charte (n° 14/2003, FIDH c. France, 3 novembre 2004).

⁸⁸ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

l'éducation⁸⁹, qui, bien que garanti par le service public de l'éducation nationale et protégé par l'existence de voies de droit permettant d'obtenir, sous la contrainte judiciaire, une inscription⁹⁰, a fait l'objet d'une interprétation très restrictive du juge administratif, lequel a attendu 2009 pour admettre qu'une obligation de résultat pesait sur l'État en matière de scolarisation des enfants handicapés⁹¹. Une évolution similaire peut être trouvée dans l'obligation d'aménager les bâtiments publics pour les rendre accessibles aux personnes en situation de handicap. Alors même qu'il s'agit d'une obligation législative⁹² et correspondant à des engagements internationaux de la France⁹³, ce n'est qu'en 2010 que l'État a vu sa responsabilité engagée du fait de l'inadaptation de ses locaux, et encore sur le seul fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, lequel suppose nécessairement un dommage anormal et spécial⁹⁴. Les exemples pourraient être multipliés : ainsi de la jurisprudence sur les expulsions locatives et le concours de la force publique, que le juge autorise en refusant de qualifier l'atteinte à la dignité sociale de trouble à l'ordre public⁹⁵ ou encore de la jurisprudence relative aux arrêtés anti-coupures d'électricité ou d'eau⁹⁶, alors même que la loi fait du logement un « droit fondamental »⁹⁷ et de la lutte contre la précarité énergétique et l'accès à l'eau des priorités nationales⁹⁸... La prudence du juge administratif, pour employer un euphémisme, témoigne bien

⁸⁹ Loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées, art. 1 prévoyait que l'éducation et l'intégration sociale du mineur et de l'adulte handicapés physiques, sensoriels ou mentaux constituent une obligation nationale. L'article L. 112-1 du code de l'éducation, dans sa rédaction issue de la loi du 11 février 2005, rappelle que « Pour satisfaire aux obligations qui lui incombent en application des articles L. 111-1 et L. 111-2 [lesquelles garantissent le droit à l'éducation] le service public de l'éducation assure une formation scolaire, professionnelle ou supérieure aux enfants, aux adolescents et aux adultes présentant un handicap ou un trouble de la santé invalidant. Dans ses domaines de compétence, l'État met en place les moyens financiers et humains nécessaires à la scolarisation en milieu ordinaire des enfants, adolescents ou adultes handicapés ».

⁹⁰ Yann BUTTNER, « Le contentieux de la scolarisation des élèves de l'enseignement public », *Actualité Juridique Famille*, 2004, p. 55 ; François CHOUVEL, « Les conditions d'inscription des élèves dans les écoles publiques : compétence du maire et liberté de choix des parents », *AJDA*, 2003 p. 147.

⁹¹ CE, 8 avril 2009, Laruelle, n° 311434 ; RDP, 2010, p. 197, note Thomas BOMPARD ; RDSS, 2009, p. 556, note Hervé RIHAL, D., p. 1508, note Philippe RAIMBAULT ; mais cette obligation semble cantonnée à l'âge de la scolarisation obligatoire (CAA Versailles, 4 juin 2010, n° 09VE01323, *AJDA*, 2010, p. 2004, concl. Sébastien DAVESNE).

⁹² Art. L. 114-2 CASF : « toute personne handicapée a droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale, qui lui garantit, en vertu de cette obligation, l'accès aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens ainsi que le plein exercice de sa citoyenneté. L'État est garant de l'égalité de traitement des personnes handicapées sur l'ensemble du territoire et définit des objectifs pluriannuels d'actions ».

⁹³ La Convention et son protocole facultatif ont été signés et désormais ratifiés par la France ; sur le texte, v. Augustin BOUJEKA, « La Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées et son protocole facultatif », *RDSS*, 2007 p. 799.

⁹⁴ CE, Ass., 22 octobre 2010, Mme B., n° 301572.

⁹⁵ « Il y aurait ainsi, d'une part, la dignité relevant de l'ordre public et, d'autre part, celle des droits sociaux », peut ainsi en déduire Xavier BIOY (« La dignité justifie-t-elle le refus de concours de la force publique pour expulser un locataire ? », *AJDA*, 2010, p. 451) ; v. aussi Diane ROMAN, « Le juge et les droits sociaux : vers une meilleure justiciabilité des droits sociaux ? », *RDSS*, 2010, n° 5.

⁹⁶ V. Virginie DONIER, articles précités.

⁹⁷ Selon la formule initiale de la loi « Mermaz » n° 89 - 462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

⁹⁸ CASF, art. L. 115-1 et 115-3 ; art. 1 loi n° 90-449 du 31 mai 1990.

d'une conviction ancrée chez les juges français : celle selon laquelle la réalisation progressive des droits sociaux s'oppose à l'application immédiate des droits civils et implique une compétence exclusive du pouvoir législatif et réglementaire pour préciser le contenu du droit.

Cette conviction, longtemps partagée, semble néanmoins se fissurer sous l'effet de différentes initiatives en faveur d'une meilleure protection juridictionnelle des droits sociaux.

B. Les initiatives en faveur d'une meilleure protection juridictionnelle

A la fin du 20^e siècle, le juge Albie Sachs faisait le constat d'une diffusion généralisée de principes fondamentaux, de nature à orienter les programmes gouvernementaux et soulignait sa conviction que la doctrine du nouveau siècle porterait une attention grandissante aux droits sociaux⁹⁹. La prémonition est avérée et la diffusion du modèle et des valeurs de l'État de droit a contribué à inscrire la justiciabilité des droits sociaux dans un agenda judiciaire et politique globalisé.

1) Usages sociaux du droit et judiciarisation des questions sociales

La fin de la guerre froide a contribué à la transformation du discours sur les droits sociaux. Ce « renouveau des droits sociaux » s'inscrit dans une tendance générale, insistant, depuis la chute du mur de Berlin, sur le caractère impératif des valeurs de l'État de droit et des libertés fondamentales. Les droits de l'Homme fournissent désormais un cadre de pensée commun et le juge a acquis, de façon indiscutée, une fonction centrale de gardien sourcilieux des droits dans le paradigme de l'État de droit¹⁰⁰. La « *Rights Revolution* », décrite par certains auteurs¹⁰¹, fait du recours au juge un instrument de protection des droits individuels et de pacification sociale. Cette nouvelle configuration de l'action politique, orientée vers les prétoires et reposant sur une « vision enchantée »¹⁰² du recours au juge, a rapidement conquis le champ social.

A l'échelle internationale, d'abord, où la question sociale est devenue une question mondiale : l'effroi devant la situation sociale économique, sanitaire, environnementale d'une grande partie de l'humanité a entraîné un déplacement de l'action humanitaire sur le terrain juridique. Le mouvement altermondialiste

⁹⁹ Albie SACHS, *Social and economic rights: can they be made justiciable?*, Southern Methodist University School of Law, 1999, p. 18 : « There is growing acceptance all over the world that certain core fundamental values of a universal character should penetrate and suffuse all governmental activity, including the furnishing of the basic conditions for a dignified life for all. I believe that 21st-century jurisprudence will focus increasingly on socio-economic rights ».

¹⁰⁰ Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien, Point Clé, 5^e édition, 2010.

¹⁰¹ Charles R. EPP, *The Rights Revolution. Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, Londres, University of Chicago Press, 1998.

¹⁰² Jacques COMMAILLE, Laurence DUMOULIN, précit., p. 87.

s'est ainsi structuré sur le plan théorique en avançant une réflexion collective sur l'effectivité des droits sociaux grâce aux forums de Porto Alegre, conçus comme une réponse alternative aux rencontres de tonalité libérale de Davos. « Bouée de sauvetage pour temps déprimé, le « droit à » est le signe d'une époque dominée par la figure d'un individu triomphant mais malheureux », note Marc Pichard¹⁰³. De l'Amérique du sud au sous-continent indien, les luttes pour l'accès à l'eau potable et contre la privatisation des services sociaux de base, pour la distribution de médicaments génériques aux séropositifs, contre la marchandisation du vivant, pour la résorption de l'habitat insalubre ou la fin de l'exploitation au travail, le servage et la traite humaine se sont dotées d'une coloration juridique. Qu'elles aient été reformulées en terme de droits de l'Homme (cas des mouvements de « sans », qui invoquent désormais le droit au travail, à l'instruction ou à la santé) ou qu'elles aient donné lieu à la formulation de nouveaux droits (« droits à l'eau », « droit à la terre », « droit à l'assainissement »), les luttes sociales empruntent le langage du droit. Les communautés indigènes, les habitants des bidonvilles, incités par les organisations internationales¹⁰⁴ et puissamment épaulés par des associations, assignent les multinationales¹⁰⁵ ou les autorités locales. En somme, le droit devient une arme, la justice une arène, les « cause lawyers » des acteurs médiatisés¹⁰⁶. Les ONG n'hésitent plus à saisir les tribunaux nationaux ou les organes internationaux pour se plaindre d'une violation de droits fondamentaux résultant de la misère et des inégalités sociales. « C'est la multitude des revendications portées par les mouvements sociaux et singulièrement par le mouvement altermondialiste qui a donné aux (droits sociaux) une importance et une visibilité inédite. (...) Ce sont en effet les mobilisations politiques et sociales autour de ces questions qui ont contribué à faire évoluer les pratiques et les

¹⁰³ Marc PICHARD, ouvrage précit., § 80.

¹⁰⁴ A cet égard, la réflexion et le souci de formation des acteurs locaux et de la société civile qui se pratiquent au sein d'organisations internationales telles que l'UNESCO ou la FAO doivent être soulignés. Peuvent être mentionnés le développement, par l'UNESCO, de partenariats de recherche-action sur les droits économiques, sociaux et culturels, comme celui ARADESC, créé à Rabat en 2006 et regroupant institutions nationales de droits de l'Homme, associations non gouvernementales universités et les centres de recherche, de l'Algérie, de l'Égypte, de la Libye, du Maroc, de la Mauritanie et de la Tunisie. Selon la présentation qui en est faite, son propos est de mettre les connaissances produites par les sciences sociales à la portée de l'action publique et de promouvoir la création de liens étroits entre les chercheurs et les décideurs politiques (www.unesco.org/new/fr/social-and-human-sciences/themes/human-rights/advancement/networks/aradesc/).

¹⁰⁵ Deux exemples, étudiées dans les contributions qui suivent, symbolisent ce mouvement : l'affaire Social and economic Rights Action Center, Centre for Economic and social Rights c. Nigeria contre Nigéria, jugée par la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples en 200, mettant en cause, à l'initiative d'une ONG nigériane, le gouvernement nigérian et le consortium pétrolier NNPC-Shell pour les graves atteintes environnementales, la destruction des habitations et les exactions policières contre la communauté Ogoni ; les actions en justices menées par TAC Campaign Treatment, Ong sud africaine, pour l'accès aux trithérapies des séropositifs sud-africains. Mais la liste des actions en justice est loin de se résumer à ces illustrations: v. à cet égard le récent manuel édité par la Fédération internationale des droits de l'Homme, Entreprises et violation des droits de l'Homme, juillet 2010, <http://www.fidh.org/Corporate-Accountability-for-Human-Rights-Abuses>.

¹⁰⁶ Liora ISRAËL, *L'arme du droit*, Les presses de Sciences Po, 2009. V. aussi *infra*, la conclusion d'Eric MILLARD.

représentations et montré avec force que promouvoir les (droits sociaux) constitue désormais une modalité essentielle dans la lutte pour la dignité humaine et la justice sociale »¹⁰⁷.

Cette nouvelle fonction de l'action en justice, moins tournée vers la résolution d'un cas individuel que vers la promotion d'une cause politique et sociale, se retrouve également dans les pays développés. Partis politiques de gauche, associations militantes et syndicats ouvriers ont connu un *aggiornamento* politique important, dans lequel leur rapport au Droit a été bouleversé. Le « retour du droit » selon le terme employé par Alain Renaut et Lukas Sosoe, pour décrire le renversement qui a fait que les progressistes, abandonnant le logiciel intellectuel marxiste, cessent de voir le droit comme la superstructure de la domination du prolétariat par la bourgeoisie¹⁰⁸, s'illustre dans de nombreux exemples. L'ouvrage célèbre Michael McCann, *Rights at work*, a analysé et popularisé les actions collectives menées en justice par les syndicats américains pour défendre les salariés (femmes et minorités) victimes de discriminations et faire reconnaître l'égalité de rémunération¹⁰⁹. En France également, le social se judiciarise : « l'affaire des recalculés », la contestation en justice du Contrat nouvelle embauche, les recours formulés par le GISTI et d'autres associations pour la protection des droits des étrangers en ont offert des illustrations médiatiques. Et encore ces affaires symboliques ne doivent-elle pas masquer un phénomène de fond : le juge est devenu familier des questions sociales. Ainsi, selon le Conseil d'État dans son rapport pour 2010, 4% du contentieux global des tribunaux administratifs concerne le droit du travail, plus de 6% le contentieux du logement, sans compter l'impact prévisible du transfert aux tribunaux administratifs du contentieux relatifs au RSA. Plus encore, ces chiffres ne reflètent qu'imparfaitement l'intervention du juge en matière sociale : surendettement, contentieux des étrangers, majeurs protégés, contrats de travail précaires, expulsion locative et droit au bail, contentieux des accidents du travail ou de l'invalidité... les exemples fournis par le rapport de la Cour de Cassation en 2009 témoignent de l'importance de l'activité judiciaire à l'égard des personnes vulnérables¹¹⁰.

Cette appropriation de la thématique des droits sociaux comme instrument militant a différentes répercussions. D'une part, le débat sur la justiciabilité des droits sociaux et économiques est désormais investi avec force, y compris au sein de l'entreprise, et bouleverse ainsi certaines certitudes juridiques sur la répartition des rôles entre l'État et le secteur privé, en entraînant l'identification de nouveaux débiteurs. L'exemple de la responsabilité

¹⁰⁷ CEDIPEL-IPAM, Groupe de travail sur les droits fondamentaux, Les droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux : instrument de lutte pour la dignité humaine et la justice sociale, 2005, p. 14.

¹⁰⁸ Alain RENAUT et Lukas SOSOE, Philosophie du Droit, Paris, PUF, 1991.

¹⁰⁹ Michael MCCANN, *Rights at Work : Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago University Press, 1994.

¹¹⁰ C. Cassation, rapport pour 2009, Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de Cassation.

sociale des entreprises, qui a surgi récemment et tend à opposer aux entreprises privées le respect de normes sociales coulées dans le moule des droits sociaux, l'atteste¹¹¹. La contribution de Claire Marzo¹¹² montre bien les conditions – mais aussi les limites – de cette invocation de droits sociaux par les entreprises elles-mêmes. D'autre part, la généralisation de l'invocation de droits sociaux se manifeste jusqu'au sein d'associations classiquement attachées à la défense des droits civils : Amnesty International ou les Ligues des droits de l'Homme ont ainsi inclus dans leurs plate-forme la protection des droits sociaux, sans d'ailleurs que cette « politique des droits sociaux » puisse se réduire à une invocation rhétorique uniforme¹¹³. A l'inverse, des associations dont l'objet initial était davantage le développement et la solidarité ont procédé à une reformulation de leurs revendications en termes de droits sociaux¹¹⁴. Comme le remarquent des acteurs militants, « l'universalité des droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux (DESC) n'est pas un postulat théorique, mais elle est un constat pratique, à travers les luttes qui l'ont affirmée dans le monde entier et à différentes époques. Parler des DESC et de leur universalité en tant que droits humains, c'est s'inscrire dans une histoire concrètement universelle, qui touche souvent de très près les préoccupations de la grande majorité des habitants de la planète »¹¹⁵.

Le discours politique des ONG a contribué à influencer la perception, par les organes internationaux, des obligations étatiques. Ainsi, dans ses observations générales, le CoDESC a analysé la nature des obligations générales pesant sur les États au titre du PIDESC¹¹⁶ et souligné, à rebours des idées reçues tendant à ne voir dans ce pacte qu'un énoncé programmatique, l'existence d'obligations de résultat : parmi elles figurent un engagement conventionnel en faveur de la justiciabilité des droits sociaux. L'énoncé de cette obligation contraste singulièrement avec la vulgate intellectuelle posant une présomption d'injusticiabilité des droits sociaux. Certes, l'attribution d'une compétence juridictionnelle pour la protection des droits sociaux ne conduit pas à méconnaître les spécificités des questions posées par leur contentieux. Comme le souligne le CoDESC, « il faut bien sûr respecter les compétences respectives des différentes branches de l'État mais il y a lieu de reconnaître que, généralement, les tribunaux s'occupent déjà d'un vaste éventail de questions qui ont d'importantes incidences financières. L'adoption d'une classification rigide des droits économiques, sociaux et culturels qui les placerait, par définition, en dehors de la juridiction des tribunaux serait, par conséquent, arbitraire et

¹¹¹ V. les travaux du Représentant spécial de l'Onu : <http://www.business-humanrights.org/Home>.

¹¹² Claire MARZO, « La responsabilité sociale des entreprises. A mi-chemin entre la soft law et le jus cogens : la question de l'effectivité de la protection des droits sociaux par les entreprises multinationales », *infra*.

¹¹³ J. CANTEGREIL et H. ORTIZ, « Les Forums sociaux, nouvel Eldorado des droits de l'Homme ? », La République des idées, février 2004, <http://www.repid.com/spip.php?article176>.

¹¹⁴ V. par exemple l'association Terre des Hommes, qui a mis la revendication des « DESC » au centre de son action <http://www.terredeshommes.fr/spip.php?rubrique4>.

¹¹⁵ CEDIP-IPAM, id.

¹¹⁶ CODESC, Observations générales n° 3, Nature des obligations des États parties, 14 décembre 1990.

incompatible avec le principe de l'indivisibilité et de l'interdépendance des deux types de droits de l'Homme. Elle aurait en outre pour effet de réduire considérablement la capacité des tribunaux de protéger les droits des groupes les plus vulnérables et les plus défavorisés de la société »¹¹⁷.

Ce changement de grille d'analyse, désormais inscrit dans le langage des droits de l'Homme, a contribué à une évolution remarquable du contexte normatif international.

2) L'évolution du contexte normatif

Dans les années 1950, le droit international des droits de l'Homme s'est en grande partie construit autour de la distinction entre droits civils et politiques d'une part, droits économiques et sociaux d'autre part, en réservant à ces derniers une place seconde, et ce au mépris de l'esprit de 1948. En effet, alors que la Déclaration universelle des droits de l'Homme promouvait une mise en œuvre de droits de l'Homme conçus comme interdépendants et indivisibles, la rédaction des pactes de 1966 a abouti à une nette séparation entre droits civils dotés d'une protection renforcée (PIDCP et Comité des droits de l'Homme) et droits sociaux, soumis à une unique procédure de contrôle sur rapport étatique¹¹⁸. La même partition était effectuée en Europe, de façon plus nette encore : aux droits civils, un texte solennel (la Convention européenne) et un juge pouvant être saisi par requête individuelle (la Cour EDH), aux droits sociaux, une charte (la CSE) confiée à des experts indépendants pour un contrôle sur rapport étatique...

La différence de traitement ainsi institutionnalisée a duré un temps, avant d'être progressivement remise en question. Plusieurs faits attestent cette évolution : au sein du Conseil de l'Europe, notamment, la modernisation de la Charte (1996) et l'adoption d'un protocole ouvrant un droit de réclamation collective devant le Comité Européen des droits sociaux a favorisé l'émergence d'un processus « quasi-judiciaire »¹¹⁹. Plus récemment, un tournant majeur a été pris, avec l'adoption du protocole additionnel au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966. A la date symbolique du 10 décembre 2008, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté un Protocole facultatif se rapportant au PIDESC qui habilite le CoDESC à recevoir et examiner des communications présentées par des particuliers victimes d'une violation par un État Partie d'un des droits dans le Pacte¹²⁰. Résultat de plus de

¹¹⁷ CODESC, Questions de fond au regard de la mise en œuvre du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 28 décembre 1998, p. 5.

¹¹⁸ V. Sophie GROSBON, « Les ruptures du droit international », *infra*.

¹¹⁹ Béatrice BOISSARD, « La contribution du comité européen à l'effectivité des droits sociaux », RDP 2010, n° 4, p. 1083.

¹²⁰ Pour une première analyse du régime procédural mis en œuvre par le pacte, v. Christophe GOLAY, « Le protocole facultatif se rapportant au PIDESC », Cahiers critiques du CETIM, n°2, pp. 1-14 ; Claire MAHON, « Progress at the front : the draft optional protocol to the International Covenant on economic, social and cultural rights », *Human Rights Law Review* 8:4 (2008), pp. 617-646 ; Barbara WILSON, « Quelques réflexions sur l'adoption du Protocole facultatif se rapportant

10 années de négociations, ce Protocole tendra à atténuer le déséquilibre entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels, en renforçant la justiciabilité de ces derniers. Autre phénomène marquant, les conventions internationales adoptées récemment proclament indifféremment droits civils et droits sociaux, leur garantissant ainsi un même régime juridique : qu'il s'agisse, par exemple, de la Convention pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, de la Convention pour les droits de l'enfant ou de la récente Convention relative aux droits des personnes handicapées, ou encore, dans un cadre régional, la Convention interaméricaine¹²¹ ou la Charte africaine des droits des peuples¹²², les instruments internationaux reflètent une vision commune de l'indivisibilité et de l'interdépendance des droits de l'Homme.

Par ailleurs, la jurisprudence des différents organes internationaux de protection des droits de l'Homme se caractérise par une volonté de rapprochement de textes, en dépit de la différence de leurs champs d'application. La Cour européenne n'hésite plus à élargir son contrôle aux implications sociales des droits conventionnels¹²³, tout comme elle a promu la Charte sociale européenne parmi ses sources d'interprétation¹²⁴. De son côté, le Comité européen des droits sociaux met en avant l'interdépendance entre Charte sociale européenne et Convention européenne, affirmant que « la Charte a été élaborée comme un instrument de droits de l'Homme destiné à compléter la Convention européenne des Droits de l'Homme. Elle est un instrument vivant, voué à certaines valeurs qui l'inspirent : la dignité, l'autonomie, l'égalité et la solidarité. Les droits qu'elle garantit ne constituent pas une fin en soi mais complètent les droits de la Convention européenne des Droits de l'Homme. D'ailleurs, selon la Déclaration de Vienne de 1993, tous les droits de l'Homme sont « universels, indissociables, interdépendants et intimement liés » (...). Le Comité est par conséquent attentif à l'interaction complexe entre les deux catégories de droits »¹²⁵. Parallèlement, les juges internationaux font une place croissante aux stipulations du PIDESC: ainsi, la Cour Internationale de Justice s'est référée directement au pacte dans son avis consultatif sur les conséquences juridiques

au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies », RTDH, 2009, pp. 295-317.

¹²¹ Le protocole de San Salvador, adopté en 1988, a introduit les droits économiques, sociaux et culturels dans le système interaméricain de protection des droits de l'Homme a ouvert ; Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et al., « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du sud », *infra*.

¹²² V. Emmanuel GUEMATCHA, « La justiciabilité des droits sociaux en Afrique : L'exemple de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples », *infra*.

¹²³ V. Diane ROMAN, « Les droits civils au renfort des droits sociaux : l'interchangeabilité des droits fondamentaux dans le discours judiciaire », *infra*.

¹²⁴ CEDH, GC, 12 nov. 2008, Demir et Baykara, req. 34503/97, § 84, § 65-85 ; sur la question v. Jean-François FLAUSS, « Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux », LPA, 26 juil. 2001, n° 148, p. 9-17 ; Carole NIVARD, thèse précit., § 226 et s, Frédéric SUDRE, « La "perméabilité" de la Convention européenne des droits de l'Homme aux droits sociaux », in Pouvoirs et liberté, Etudes offertes à Jacques Mourgeon, Bruylant, 1998, p. 467-478.

¹²⁵ CEDS, Fédération des ligues des DH c. France, précit., § 27-28.

de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé¹²⁶; de même, la CJUE a admis l'applicabilité du PIDESC dans un litige mettant en cause le droit d'accès à l'enseignement supérieur des étudiants européens¹²⁷, sans que ni l'une ni l'autre de ces juridictions ne semble hésiter devant une éventuelle particularité de ces traités internationaux.

L'humanisation du droit international¹²⁸ reflète la conception désormais diffuse des valeurs sur lesquelles se fonde le modèle de l'État de droit. Or, celui-ci laisse une place centrale au juge, dans un contexte de dépolitisation de nombreuses questions. La frontière entre Politique et Droit se déplace en faveur du second. Le retour du droit, déjà évoqué, crée une demande de droits¹²⁹. Et progressivement s'instille dans le champ des droits sociaux les principes bicentennaires relatifs à l'office du juge, synthétisés de longue date par la Cour suprême américaine dans l'affaire *Marbury vs. Madison* : le rôle du juge est de rappeler le respect des textes suprêmes, y compris au législateur et à l'exécutif. Pour ce faire, il doit nécessairement et peut légitimement effectuer un travail d'interprétation desdits textes et en préciser l'application, tâche d'autant plus féconde que ces textes suprêmes sont souvent rédigés de façon vague ou incomplète. La transformation de l'État de droit en État de droit social a des conséquences importantes : elle rend possible, voire souhaitable, un renforcement de la justiciabilité des droits sociaux. Ce qui implique d'en étudier les contours.

II. La justiciabilité des droits sociaux en action

La mise sur agenda du thème de la justiciabilité des droits sociaux se manifeste à travers une double évolution, à la fois de la définition des obligations étatiques en matière de droits fondamentaux (A) mais aussi de la conception du rôle du juge à l'égard de ces mêmes obligations étatiques (B).

A. D'une division binaire à une distinction ternaire : l'évolution de la conception doctrinale des obligations étatiques

Sous l'influence de la doctrine internationaliste, les catégories traditionnelles sur lesquelles s'était construite la théorie de libertés publiques

¹²⁶ Cour Internationale de Justice, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé, avis consultatif, 9 juillet 2004, CIJ Recueil 2004, p. 136.

¹²⁷ CJUE, 13 avril 2010, Nicolas Bressol et a ; aff. C-73/08, note Sophie GROSBON, Revue des aff. européennes, 2010 (à paraître).

¹²⁸ CIJ, Avis consultatif, Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, 22 juillet 2010, opinion dissidente du juge SKOTNIKOV, § 170.

¹²⁹ Marie-Pauline DESWARTE, art. précit., p. 985 : « Droits sociaux et État de droit sont dès l'origine deux notions étrangères l'une à l'autre, les premiers parce qu'ils s'inscrivent dans une vision subjectiviste et volontariste du droit qui nécessite que l'État prenne en charge le statut de l'individu, le second parce qu'il suppose au contraire une vision objective d'un droit qui s'impose à un État protecteur de ce même statut. Or, l'État libéral, auquel furent arrachés les droits sociaux, veut l'État de droit; il doit pour cela le transformer et a donné naissance à l'État de droit social ».

sont remises en cause. En opposition à la typologie bien connue consistant à distinguer, parmi les obligations mises à la charge des autorités publiques, entre une obligation d'abstention et une obligation d'intervention, s'est élaborée une distinction ternaire, insistant sur d'autres catégorisations et notamment entre une obligation de protéger, de respecter et de réaliser.

1) La relativisation de l'opposition liberté/créance

La clé de voute de la suspicion à l'égard du caractère « authentiquement juridique » des droits sociaux est l'opposition entre les libertés individuelles et les droits-créances, terme souvent utilisé comme un synonyme plus ou moins parfait de droits sociaux. L'ironie de l'histoire est qu'une telle opposition trouve une de ses origines dans la pensée marxiste qui, pour sa part, déqualifiait les droits individuels et abstraits de l'homme bourgeois de la révolution française pour revendiquer des droits réels qui recouvrait peu ou prou ce qui est conventionnellement appelé « droits sociaux ». Autre temps, autre idéologie, par un tour de passe-passe libéral, les libertés individuelles sont devenues de « vrais » droits, tandis que les droits sociaux peinent à une telle reconnaissance. Les soubassements idéologiques de l'État de droit libéral expliquent cette inversion axiologique : le juge, acteur central de l'État de droit, est un bouclier contre l'ingérence étatique et ne saurait, à peine de contradiction intrinsèque, se faire l'épée d'une intervention étatique en matière sociale. Le discours néolibéral, fondé sur une valorisation de l'individualisme a prospéré aux États-Unis, dans le sillage d'Hayek¹³⁰ et a des émules dans les milieux académiques¹³¹.

¹³⁰ « Les anciens droits civils et les nouveaux droits sociaux et économiques ne peuvent pas être assurés en même temps et sont en fait incompatibles : les nouveaux droits ne pourraient être traduits dans les lois contraignantes sans du même coup détruire l'ordre de liberté auquel tendent les droits civils traditionnels. [...] tous ces « droits » sont fondés sur une interprétation de la société comme une organisation délibérément constituée dans laquelle tout le monde a son emploi. Ils ne pourraient être rendus universels au sein d'un système de règles de juste conduite basé sur la conception de la responsabilité individuelle, et donc ils requièrent que la société tout entière soit transformée en une organisation unique, c'est-à-dire devenue totalitaire au sens le plus complet du mot » (Friedrich HAYEK, *Droit, législation et liberté*, PUF, 1976, t. II, pp. 124-125).

¹³¹ Jean-Philippe FELDMAN, « Le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution et la philosophie des droits de l'Homme », *Rec. Dalloz* 2009 p. 1036 et s. : « Il faut donc rappeler qu'il existe deux catégories de droits de l'Homme et seulement deux : les vrais et les faux. Les vrais droits de l'Homme sont effectivement ceux qui ont été proclamés, i.e. les droits que possède chaque individu, qu'il peut opposer au Pouvoir et que les gouvernants ont pour mission, et pour unique mission, de faire respecter. La liste des droits se ramène essentiellement à la trilogie lockienne incluse dans le concept de propriété : la vie, la liberté et la propriété. Les faux droits de l'Homme, ce sont des droits qui ne sont plus proclamés comme faisant partie de la nature éternelle de l'homme, mais des droits inventés de toutes pièces. Il ne s'agit plus alors de s'opposer à l'intervention de l'État au sens large, mais de recourir à lui pour les mettre en œuvre ; il ne s'agit plus de droits-libertés, mais de droits-créances. L'État aurait le devoir, idéalement l'obligation, de tout mettre en œuvre pour assurer à chaque individu ou à chaque groupe telle ou telle créance : il ne s'agit plus de « droits de », mais de « droits à ». Or, le mécanisme a été démontré par Frédéric Bastiat dès le milieu du XIX siècle : l'État ne peut rendre que ce qu'il a d'abord pris et, par surcroît, il n'en peut rendre qu'une partie. Il prend aux uns pour donner aux autres ; il viole les vrais droits de l'Homme pour tenter d'assurer les faux. Tenter, car les faux droits sont un puits sans fond, et pour deux raisons. D'abord, l'État est incapable de les fournir. Ensuite, les faux droits appellent les faux droits. A partir du moment où l'État tend à assurer un droit-créance, par définition arbitraire, il n'y a plus de limite à l'extension de l'État. Perpétuellement insatisfaits en raison de l'incapacité de l'État et du fait que certains individus ou certaines catégories

Mais, indépendamment de cette critique la plus radicale de l'État Providence, d'autres auteurs ont insisté sur la difficulté de concilier droits civils et droits sociaux.

L'exemple le plus autorisé est offert par l'analyse conduite par Jean Rivero. L'éminent auteur affirmait ainsi que « la satisfaction des droits de créance laisse (...) à l'État un pouvoir d'appréciation discrétionnaire extrêmement large, de telle sorte que l'objet du droit reste pratiquement indéfini jusqu'à ce que le législateur ait procédé aux choix nécessaires. Rien de tel lorsqu'il s'agit des libertés, à l'égard desquelles les obligations de l'État sont simples et définies, puisqu'elles se ramènent à une abstention. Enfin, la satisfaction des pouvoirs d'exiger suppose, de fait, un certain niveau de développement. Beaucoup plus que la mise en œuvre des libertés, elle est étroitement dépendante des ressources dont l'État peut disposer, ce qui accuse encore le caractère virtuel et relatif de ces droits. *Ainsi libertés et créances ne relèvent pas, en ce qui concernent leur mise en œuvre, des mêmes techniques juridiques* »¹³². La conditionnalité qui affecterait ces droits serait maximale : droits relatifs, car subordonnés à un niveau de développement, droits imprécis, supposant une compétence exclusive du législateur pour les mettre en œuvre, ils diffèreraient profondément des droits civils et ne sauraient relever d'une identique protection juridictionnelle. Exit donc le recours au juge... Si celui-ci peut protéger la liberté d'expression ou le droit à la vie privée, il ne saurait accorder un logement ou procurer un emploi, dont le bénéfice relève du jeu du marché...

L'affirmation a pu être contestée, à la fois dans ses postulats et ses conséquences. Dans ses postulats, tout d'abord : bon nombre d'auteurs¹³³ admettent désormais que tout droit, toute liberté peut justifier à la fois une abstention (dimension négative) de l'État ou des personnes privées ou une prestation (dimension positive) de l'État ou des personnes privées. La liberté d'aller et venir suppose un domaine public routier et a fondé la reconnaissance d'un droit aux transports ; le droit au juge exige l'existence d'un service public de la justice et une aide judiciaire pour les plus démunis ; la libre communication des idées un financement de la presse, le droit de vote une organisation d'élections et le financement de partis politiques... Il apparaît désormais

socioprofessionnelles bénéficient de ses largesses, d'autres personnes ne manquent pas de venir clamer leur part de spoliation légale. Les faux droits de l'Homme entraînent ainsi des conséquences perverses. Ils minent l'autorité de l'État qui, à force d'étendre ses limites, n'arrive plus à assumer ses fonctions originelles. N'étant plus respectable, l'État en vient à ne plus être respecté. Surtout, les faux droits de l'Homme chassent les bons, à l'image de la fausse monnaie qui fait disparaître la bonne. En effet, on ne peut impunément mêler des droits contre l'État, qui permettent de sauvegarder la sphère de la société civile, et des droits réclamés à l'État, qui dès lors serait obligé d'empiéter sur cette sphère ! (...) Bref, il s'agit d'une machine à faire exploser le Droit » ; v. aussi, du même auteur, « Le président, le Préambule et les droits de l'Homme », JCP G, 2008, act. 50, D. 2009 .

¹³² Jean RIVERO, *Libertés publiques*, PUF, 9^{ème} éd., 2003, pp. 90-91 [1^{ère} éd : 1973], nous soulignons.

¹³³ V. Tatiana GRÜNDLER, précit.

impossible de séparer les droits de l'Homme qui imposent une protection de ceux qui exigent une distribution : il n'existe qu'une catégorie unique rassemblant l'ensemble des droits fondamentaux au sein de laquelle chaque droit se voit reconnaître une double signification protection/attribution. L'obligation étatique d'abstention ou d'intervention peut néanmoins garder une signification. Ainsi, comme l'écrit Emmanuel Dockès, « dans leur face protectrice, les libertés peuvent intégrer cette variabilité des intensités et affirmer la protection de toutes les intensités possibles (...) en revanche dans leur face distributive, les libertés doivent se contenter d'ordonner la distribution d'un minimum (...) Il sera toujours possible de débattre du seuil d'exigence souhaitable ou réalisable de telle ou telle liberté dans son aspect distributeur, mais il apparaît évident que toute distribution est bornée alors que la liberté protégée n'a pas de limites nécessaires a priori. Protection et distribution n'ont donc pas le même objet, même si elles sont les deux conséquences nécessaires de la reconnaissance d'une seule valeur. Mieux, il apparaît parfois que la face protectrice des libertés vient limiter la face attributive de ces mêmes libertés et vice-versa »¹³⁴.

Dans ses conséquences, ensuite. La distinction entre droits civils et droits sociaux et la clause de conditionnalité (précision normative, mise en œuvre par les pouvoirs publics) qui affecterait ces derniers, ont eu pour effet direct de justifier l'incompétence des cours. Sans reprendre ici les arguments déjà exposés, on remarquera que le niveau de précision d'un texte dépend précisément de l'intervention du juge pour l'interpréter et le préciser. Et que la mise en œuvre d'un droit par les pouvoirs publics dépend quant à elle de la conviction que ces mêmes pouvoirs publics ont du caractère obligatoire de leur intervention, ce qui suppose un aiguillon : l'action politique ou la sanction judiciaire... Faute de quoi, le raisonnement circulaire bien connu peut s'enclencher : les droits sociaux ne sont pas justiciables car le juge ne peut en connaître ; le juge ne peut connaître des droits sociaux car ils ne sont pas justiciables... Même si l'assertion de la particularité des droits sociaux relève davantage du poncif¹³⁵ que de l'argument scientifique, elle n'en présente pas moins une part d'exactitude : la difficulté des droits sociaux à trouver leurs juges a entraîné un relâchement du contrôle de la réalisation des droits sociaux et renforcé la conviction de leur relativité. Or, comme le souligne le CoDESC, « il est particulièrement important d'éviter toute présomption de non-application directe des normes du Pacte. En fait, bon nombre de ces normes sont libellées en des termes qui sont au moins aussi clairs et précis que ceux des autres instruments relatifs aux droits de l'Homme, dont les tribunaux considèrent généralement les dispositions comme directement applicables »¹³⁶. D'où la formulation, dans le cadre des travaux du CoDESC, d'une nouvelle typologie.

¹³⁴ Emmanuel DOCKES, Valeurs de la démocratie, Dalloz, 2005, pp. 23-24.

¹³⁵ Constance GREWE et Florence BENOIT-ROHMER, Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs, PU Strasbourg, 2003.

¹³⁶ CODESC, Observation générale n° 9, précit., § 11.

2) La formulation d'une nouvelle typologie : *protect, promote, fulfill*

La doctrine internationaliste, qu'elle soit académique¹³⁷ ou institutionnelle¹³⁸, a proposé de dépasser la distinction entre la réalisation des droits civils, qui nécessiterait une abstention des pouvoirs publics, et celles des droits sociaux, qui supposerait une intervention active de ces derniers. En réalité, tous les droits, quels qu'ils soient, imposent aux États une triple obligation d'abord de *respecter*, de *protéger* ensuite, de *réaliser*, enfin.

Tout d'abord, une obligation de *respecter* les droits s'impose aux États, sous la forme d'une obligation d'abstention leur interdisant de porter atteinte aux droits des individus. Cette obligation permet au Comité des droits sociaux, dans le cadre de son contrôle sur rapport, de condamner toute discrimination dans l'application des droits sociaux, notamment lorsqu'elle est fondée sur le sexe, le handicap ou l'extranéité de l'individu, tout comme elle lui permet de relever une interdiction générale de porter atteinte activement aux droits énoncés dans le Pacte. Ces obligations négatives sont d'application immédiate, loin de l'affirmation programmatique dont sont souvent affublés les droits sociaux. Mais ces obligations négatives ne suffisent pas à elles-mêmes pour assurer le respect des droits sociaux : tout l'enjeu réside dans la définition d'obligations positives, immédiatement applicables, afin d'éviter que les États ne s'abritent derrière le caractère programmatique des droits sociaux ou leur insuffisance de moyens disponibles.

Ce souci a permis de dégager, ensuite, une obligation positive de *protéger* les bénéficiaires de ces droits contre toute violation perpétrée par des tiers, notamment grâce à l'édition d'une législation protectrice et l'instauration de recours juridictionnels adéquats. Cette obligation positive impose une protection contre les discriminations de fait, une protection de la liberté syndicale et du droit de grève. Elle engendre, par exemple, l'obligation de protéger les personnes contre toute atteinte au droit à un logement suffisant perpétrée par des tiers ou encore l'obligation de mise en place d'une législation protectrice en matière de travail des enfants ou de mutilations génitales... Tout l'intérêt de la doctrine du Comité est de démontrer que la mise en œuvre de lois reconnaissant et

¹³⁷ V. par exemple, Fried VAN HOOFF, « The legal nature of economic, social and cultural rights : A rebuttal of some traditional views », in Philip ALSTON & Katarina TOMAŠEVSKI (dir.), *The right to food*, Utrecht, SIM, 1984, p. 97 ; Olivier DE SCHUTTER, « Les générations des droits de l'Homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », in OMIJ (dir.), *Juger les droits sociaux*, Limoges, PULIM, p. 13, 2004.

¹³⁸ V. par exemple, Asbjørn EIDE, Rapporteur spécial, Rapport sur la sécurité alimentaire, E/CN.4/Sub2/1987/23 ; CoDESC, Observation générale n° 12, Droit à une alimentation suffisante, 12 mai 1999, E/C.12/1999/5, page 5, § 15 ; la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples fait siennes également cette distinction. V. CADHP, Communication 155/96, Social and economic Rights Action Center, Center for Economic and social Rights / Nigeria, 30ème session ordinaire, 13-27 octobre 2001, § 44 et s. ; CADH, 20 mars 2009, rapport sur le fond, n°. 27/09, affaire 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros, c. El Salvador (prise en charge par la sécurité sociale d'un traitement par trithérapie au profit de personnes séropositives).

protégeant les droits économiques et sociaux est une obligation d'application immédiate en ce que son effectivité réside davantage dans la volonté des gouvernants de prendre en compte ces droits que dans la disponibilité de ressources suffisantes. En somme, le Comité établit que le Pacte ne contient pas de vagues objectifs, intraduisibles en droit interne et insusceptibles de recours, mais bien de véritables droits subjectifs dont les individus doivent pouvoir se prévaloir à l'égard des tiers.

Enfin, un souci identique se retrouve dans l'obligation de *réaliser* ces droits, qui correspond à une obligation d'intervention de l'État. Cette dernière obligation, loin de caractériser par nature la protection des droits sociaux, vaut aussi pour les droits civils et politiques, dont la réalisation peut avoir un coût pour les finances publiques... Elle constitue toutefois un aspect essentiel de la réalisation des droits sociaux. Cet aspect économique étant indéniable, il serait irréaliste de demander à chaque État partie d'assurer immédiatement la réalisation de l'ensemble des droits garantis. Ceci n'empêche toutefois pas le Comité de contrôler la nature adéquate des mesures adoptées. Sans fixer de « marche à suivre » générale, le Comité adopte une démarche toute pragmatique, exempte de dogmatisme, en dégagant une double ligne directrice : d'une part, il interdit toute mesure régressive, notamment lorsqu'elle n'est pas justifiée par des considérations économiques. Ceci conduit le Comité à suivre de près les conséquences sociales des plans d'ajustements structurels mis en place par les États à la demande du FMI ou de la Banque Mondiale et son adéquation aux objectifs de développement pour le Millénaire supposés devoir être réalisés à l'horizon 2015¹³⁹ ; d'autre part, le Comité affirme que chaque État a une « obligation fondamentale minimum » de réaliser l'ensemble des droits contenus dans le Pacte, dépassant de la sorte très nettement le postulat initial de droits « virtuels », de « pseudo droits », dont le degré de réalisation est insusceptible de vérification, voire de sanction...

Or, c'est sur ce dernier point seulement que différerait l'étendue des obligations au regard de la nature des droits en cause, la mise en œuvre des droits sociaux étant conditionnée par une « clause du possible »¹⁴⁰. L'État doit tout mettre en œuvre, notamment « au maximum des ressources disponibles » pour garantir le plus tôt possible l'intégralité des droits sociaux. Mais, là encore, la contingence dans la mise en œuvre des droits sociaux résultant de cette progressivité n'est-elle pas absolue. En effet, selon le Comité onusien, le Pacte de 1966 garantit le respect d'un noyau dur (*core content*¹⁴¹) de chaque droit qui doit être garanti quelles que soient les ressources financières des États. « Chaque

¹³⁹ Parmi ces objectifs se trouvent la réduction de l'extrême pauvreté et la faim, accès à l'éducation primaire pour tous, la promotion de l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes, la réduction de la mortalité infantile, l'amélioration de la santé maternelle, la lutte contre le VIH/sida, le paludisme et d'autres maladies, <http://www.un.org/french/millenniumgoals>.

¹⁴⁰ Sur cette notion, v. C. FERCOT, « La justiciabilité des droits sociaux en Allemagne et en Suisse : des réticences progressivement surmontées », article à paraître.

¹⁴¹ Katherine YOUNG, « The minimum core of economic and social rights : a concept in search of content », *Yale J. Int'l Law*, 2008, vol. 33, pp. 113-175.

État partie a l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits. Ainsi, un État partie dans lequel, par exemple, nombreuses sont les personnes qui manquent de l'essentiel, qu'il s'agisse de nourriture, de soins de santé primaires, de logement ou d'enseignement, est un État qui, à première vue, néglige les obligations qui lui incombent en vertu du Pacte. Le Pacte serait largement dépourvu de sa raison d'être si de sa lecture ne ressortait pas cette obligation fondamentale minimum. De la même façon, il convient de noter que, pour déterminer si un État s'acquitte de ses obligations fondamentales minimum, il faut tenir compte des contraintes qui pèsent sur le pays considéré en matière de ressources (...). Pour qu'un État partie puisse invoquer le manque de ressources lorsqu'il ne s'acquitte même pas de ses obligations fondamentales minimum, il doit démontrer qu'aucun effort n'a été épargné pour utiliser toutes les ressources qui sont à sa disposition en vue de remplir, à titre prioritaire, ces obligations minimum»¹⁴². La clause de progressivité a une portée d'autant plus limitée que le CoDESC a dégagé différents critères pour examiner les efforts fournis par les États pour s'acquitter de leurs obligations. Quatre caractéristiques notamment sont utilisées : examen de la *dotation*, c'est-à-dire la mise à disposition de ressources suffisantes ; de *l'acceptabilité* par les usagers ; de *l'adaptabilité*, au sens où la mise à disposition des ressources doit s'effectuer de telle sorte qu'elle s'adapte aux changements sociaux et, enfin, examen de *l'accessibilité*, ce qui implique l'absence de discrimination, qu'elle soit physique, culturelle ou économique.

L'apport intellectuel majeur de cette nouvelle classification des obligations étatiques se vérifie dans l'examen empirique de la jurisprudence, qu'elle soit internationale ou nationale.

B. Justiciabilité et effectivité des droits sociaux

Les politiques jurisprudentielles menées en matière de droit à la protection de la santé, droit à des conditions minimales d'existence, droit à l'alimentation ou de droits des travailleurs, droit au logement ou à la sécurité sociale, analysées *infra*, jettent un doute sérieux sur la pseudo caractéristique des droits sociaux : leur nature de « droit créance » et la difficulté qui en résulterait de les protéger en justice. Demeure une question, centrale, dont la difficulté ne peut être éludée : le contrôle juridictionnel permet-il d'assurer l'effectivité des droits sociaux ?

A en croire l'étymologie, l'effectivité renvoie à l'achèvement, à la finition. Ainsi, selon Pierre Sargos, « le rôle du juge dans le concept d'effectivité des droits sociaux doit être d'en garantir l'accomplissement »¹⁴³, au point qu'il existerait « un nouveau droit fondamental à vocation transversale (...), un droit à l'effectivité des droits fondamentaux devant gouverner toutes les normes,

¹⁴² CoDESC, Observation générale n° 2, précité, § 10.

¹⁴³ Pierre SARGOS, « Approche juridictionnelle de l'effectivité des droits sociaux », *Justice et Cassation*, 2006, p. 423.

fussent-elles de nature « technique »¹⁴⁴. Or, un constat s'impose : si les cours disposent potentiellement des outils nécessaires pour assurer la réalisation des droits sociaux (1), en revanche, ce recours aux tribunaux n'est pas toujours une garantie absolue de leur effectivité (2).

1) L'existence de contrôles juridictionnels

L'étude pragmatique des solutions jurisprudentielles permet indiscutablement de relativiser la spécificité du contrôle des droits sociaux. Le panorama dressé par les contributions des auteurs à ce rapport ainsi que dans les autres publications rattachées à la recherche conduite le montre à l'envi : la justiciabilité des droits sociaux prend différentes formes. Annulation de normes portant atteinte aux droits sociaux dans le cadre d'un contentieux objectif, indemnisation du préjudice ou réparation en nature dans le cadre d'un contentieux subjectif, injonctions¹⁴⁵, procédures en référé¹⁴⁶, recours d'*amparo* ou de tutelle¹⁴⁷, mesures de précaution¹⁴⁸ saisine de juridictions internationales ou d'organismes quasi-judiciaires (CEDS, CoDESC)... Les voies de la justiciabilité des droits sociaux sont nombreuses¹⁴⁹. De nombreuses analyses doctrinales ont tenté d'en tirer des typologies. Ainsi, selon M. Tushnet, il convient de dépasser l'opposition entre deux modèles idéal-typiques de cours : aux juridictions puissantes (*strong courts*) une interprétation exigeante des droits sociaux qui permettrait, au terme d'un contrôle intensif, d'imposer des décisions contraignantes, aux juridictions faibles (*weak courts*) une position plus souple, fondée sur une interprétation minimaliste des droits laissant aux autorités publiques une marge de manœuvre importante pour leur mise en œuvre. Or, l'auteur montre que des *continuums* existent : certaines juridictions développent une interprétation des textes constitutionnels et internationaux qui est plus incitative qu'impérative, instaurant de la sorte les conditions d'un dialogue avec les autorités politiques et administratives. Ces dernières ne se voient pas assigner un résultat défini par le juge mais sont astreintes à une obligation de diligence, sous le contrôle plus ou moins sourcilieux du juge¹⁵⁰. L'approche comparatiste met ainsi en exergue l'émergence de standards d'évaluation comparables, entre marge d'appréciation laissée au politique et contrôle du caractère raisonnable des mesures adoptées pour la protection des

¹⁴⁴ Id., p. 430.

¹⁴⁵ Aoife NOLAN, Bruce PORTER, Malcolm LANGFORD, précit.

¹⁴⁶ Olivier LE BOT, « La justiciabilité des droits sociaux dans le cadre des procédures d'urgence », RDSS, 2010 n° 5, à paraître ; « L'effectivité des droits sociaux dans le cadre des procédures d'urgence », *infra*.

¹⁴⁷ Véronique CHAMPEIL DESPLATS, « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du Sud », *infra*.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ V., pour un panorama complet, Christian COURTIS, « Standards to make ESC Rights justiciable : a summary exploration, Erasmus L. Rev., vol. 2, n°4, 2009, pp. 379 et s., Malcolm LANGFORD, Social rights jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2008.

¹⁵⁰ Mark TUSHNET, Weak courts, strong rights, Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law, Princeton University Press, 2008.

droits sociaux. Tout en soulignant la marge d'appréciation qui revient aux pouvoirs publics, les Cours s'engagent dans un contrôle du caractère « raisonnable » et adéquat des mesures adoptées. Se forment ainsi procédés de contrôle juridictionnels proches, si ce n'est commun, dans des systèmes juridiques aussi différents que ceux italien, français, canadien, indien ou sud-africain¹⁵¹.

Car le raisonnement judiciaire suivi pour la protection des droits sociaux n'est pas fondamentalement différent de celui utilisé pour les droits civils. L'étude de quelques exemples issus de contentieux français révèle qu'il n'existe pas une différence de nature dans l'intensité du contrôle exercé sur certains droits civils et certains droits sociaux. Ainsi, l'analyse de Johann Morri, comparant la protection du droit au respect de la vie privée et du droit aux soins dans le contentieux du séjour des étrangers démontre que, quel que soit le droit en cause, le juge oscille entre « audace » et « frilosité » et qu'il est, dans tous les cas, particulièrement attentif à l'impact économique des décisions qu'il est amené à rendre. L'étude menée parallèlement par Thomas Bompard comparant les garanties juridiques dont bénéficient droit au respect de la vie personnelle et droit de retrait des salariés, en arrive à la conclusion – surprenante au regard des présupposés traditionnels – que le droit de retrait est mieux protégé que le droit au respect de la vie personnelle dans les relations de travail, ce qui souligne le volontarisme du juge.

Au terme d'une comparaison de grande ampleur, Christian Courtis relève que l'examen du caractère « raisonnable », « adéquat » ou « proportionnel » de l'atteinte aux droits est une caractéristique commune du contrôle de constitutionnalité exercé par les cours suprêmes, indépendamment de leurs traditions juridiques respectives. En utilisant ces standards, le contrôle juridictionnel se fonde toujours sur un examen des moyens retenus par l'autorité publique par rapport aux buts poursuivis. Seule diffère l'étendue du contrôle exercé : certains contrôles sont stricts, tandis que d'autres peuvent être plus soucieux de la marge d'appréciation des pouvoirs publics¹⁵². A cet égard, une auteure a pu dresser une typologie des modes de contrôle exercés par les Cours constitutionnelles, à partir de l'exemple sud africain, entre contrôle déférent et contrôle péremptoire¹⁵³. En tout état de cause, la perspective comparatiste conduit à nuancer fortement l'idée d'une « injusticiabilité par nature » des droits sociaux.

¹⁵¹ Isabelle BOUCOBZA et David ROBITAILLE, « Standards jurisprudentiels et contrôle de l'obligation étatique en droit comparé : des contrôles à géométrie variable », *infra*.

¹⁵² Christian COURTIS, art. précit., *Erasmus law review*, p. 391.

¹⁵³ Katherine G. YOUNG, « A Typology of Economic and Social Rights Adjudication », *Int. Journal of Constitutional Law*, 2010, n° 3, à paraître: L'auteur distingue ainsi, à partir de l'exemple sud-africain et parmi les différentes techniques de contrôle utilisées par les Cours, le « deferential review », le « conversational review », l'« experimentalist review », le « managerial review » et le « peremptory review ». Ces différentes techniques permettent à la Cour sud-africaine de se faire le catalyseur d'une transformation constitutionnelle.

Néanmoins, si l'injusticiabilité des droits sociaux est une théorie fautive, la justiciabilité de ces droits ne garantit pas toujours leur effectivité.

2) L'insuffisance des contrôles juridictionnels

La justiciabilité des droits n'est pas toujours synonyme d'effectivité, pour au moins deux raisons.

D'une part, car les décisions des juges, encadrées certes par les règles de droit applicables, le sont tout autant par le contexte politique de la décision. Le contexte politique et social contribue largement à influencer et façonner la décision de justice. Des travaux ont souligné le lien existant entre l'activisme de la société civile à un moment donné et l'orientation du contrôle juridictionnel des droits sociaux¹⁵⁴. En Afrique du Sud spécialement, ou en Inde également, c'est la pression politique qui a autorisé les juges à prendre les décisions marquantes. En d'autres termes, la protection des droits sociaux n'est garantie que dans un contexte de mobilisation militante ou de configuration politique exceptionnelle. Car quand bien même le juge accepterait d'intégrer la protection des droits sociaux à son raisonnement, les résultats ne conduisent pas pour autant à un nécessaire renforcement des droits sociaux.

Ce constat explique la tonalité nuancée, voire pessimiste, du dossier consacré, dans le cadre du projet de recherches, à la situation française et paru à la *Revue de droit sanitaire et social*¹⁵⁵. Deux exemples illustrent le propos. La jurisprudence de la Cour de Cassation traduit un net infléchissement, depuis deux ans, en faveur de la justiciabilité des droits sociaux. La Cour admet désormais que soit invoquée la violation du PIDESC ou de conventions de l'OIT. Or, ce renforcement de l'invocabilité des droits sociaux n'aboutit pas toujours à un renforcement effectif de ces mêmes droits. Ainsi, par exemple, alors qu'elle était saisie de la question de savoir si un salarié injustement licencié devait bénéficier, sur le fondement du PIDESC, d'un droit à réintégration, la Cour a considéré que, si le droit d'obtenir un emploi est invocable, il doit être concilié avec la liberté d'entreprendre de l'employeur, la conciliation opérée par le juge jouant en faveur du dernier et laissant peu de place au premier¹⁵⁶. Autre exemple, il est désormais commun de constater le développement d'une jurisprudence consacrée aux droits sociaux des étrangers. La plupart des auteurs soulignent que c'est par application du principe d'égalité que les discriminations dans l'accès aux prestations sociales ont été progressivement supprimées du droit français. Or, une étude plus fine suscite un « malaise (...) grandissant lorsqu'on prête attention aux moyens employés pour contrôler la réglementation de l'accès des étrangers à la protection sociale. Le jeu du principe d'égalité est d'emblée mis en doute au motif que les étrangers et les

¹⁵⁴ Siri GLOPPEN, « Legal enforcement of social rights : enabling conditions and impact assessment », *Erasmus Law Review*, vol. 2, n°4, 2009, pp. 466 et s.

¹⁵⁵ Dossier « Le juge français et les droits sociaux », *RDSS*, 2010, n° 5.

¹⁵⁶ C. Cass., C. soc., Mme X. c. Société Dreyfus déballage ; *Dr. soc.*, 2010 p. 815, note (critique) Jean MOULY.

nationaux sont dans des situations différentes au regard de la réglementation sur l'accès et le séjour sur le territoire national »¹⁵⁷. L'élasticité de la définition du principe d'égalité est alors pleinement utilisée pour justifier des différences de traitement dans la protection sociale, telles que la condition de régularité du séjour et la limitation de la liste des titres de séjour pour accéder aux prestations sociales¹⁵⁸.

D'autre part, si la justiciabilité des droits sociaux permet, en théorie, d'en améliorer l'effectivité (« le problème de l'efficacité des droits proclamés par les déclarations est entièrement lié aux techniques et aux procédures de leur défense » affirmait Gurvitch¹⁵⁹), l'appréciation de l'impact du recours aux tribunaux est malaisée, pour au moins deux raisons : d'abord, la question du recours à la justice pour garantir les droits sociaux est une question en soi, qui mobilise davantage les sociologues que les juristes¹⁶⁰, mais dont les caractéristiques sont globalement tenues pour acquises : les violations les plus graves des droits sociaux ne donnent pas lieu à des actions en justice, la saisine du juge étant statistiquement l'apanage des classes moyennes et supérieures. Il a fallu l'invention des *Public Interest litigations* indiennes ou des *açao civil publica* brésiliennes pour que la voix des plus pauvres soit portée en justice. Ensuite, l'appréciation de l'impact concret de l'intervention judiciaire est épistémologiquement complexe. Il est frappant de constater que la plupart des études portant sur la justiciabilité des droits sociaux se terminent avec celle-ci, sans chercher à mesurer l'impact effectif du recours au juge sur la mise en œuvre des droits¹⁶¹. S'il est fréquent que le juriste relève l'audace du juge sud-africain pour exiger la distribution de rétroviraux aux mères et jeunes enfants séropositifs (aff. *TAC Campaign*), du juge sud américain pour ordonner la protection des enfants des rues (aff. *Villagran Morales c. Guatemala*), ou du juge français pour invalider le Contrat nouvel embauche, il est plus rare de trouver des analyses sur les effets concrets des jugements (à l'égard des requérants individuellement comme à l'égard des tiers aux procès), sur leur impact sur la législation et les programmes politiques mis en œuvre et, plus difficilement quantifiable encore, sur la force persuasive de la rhétorique judiciaire à l'égard

¹⁵⁷ Laure CAMAJI, « La justiciabilité du droit à la sécurité sociale. Éléments de droit français », précit.

¹⁵⁸ V. par exemple : condition de régularité du séjour (CE 6 nov. 2000, Gisti, n°204784 ; Cass. soc. 19 déc. 2002, n°00-22085, JCP G 2003, IV, 1340 ; CE 7 juin 2006, Aides et Gisti, précit. ; cass. civ. 2^e 4 juil. 2007, n°06-16857 ; cass. civ. 2^e 10 avril 2008, n°07-12202), liste des titres de séjour (CE Sect., 23 avril 1997, Gisti, précit. ; CE, 12 déc. 2003, Ammouche, n°235234 ; cass. civ. 2^e, 11 mars 2010, n°09-12754, JCP S 2010, n°24 p.44, note A. DEVERS).

¹⁵⁹ Georges GURVITCH, *La déclaration des droits sociaux*, 1946, rééd. Dalloz, 2009, p. 42.

¹⁶⁰ v. la recherche menée par Philippe WARIN, Catherine CHAUVEAUD et Pierre MAZET, *Accéder au droit pour recourir aux droits, Appel à projet ONPES MiRe Droit et pauvreté 2008*; sur la thématique de l'accès aux droits : Michel BORGETTO, Michel CHAUVIÈRE, *Les débats sur l'accès aux droits sociaux. Entre lutte contre les exclusions et modernisation administrative*, Rapport CERSA/CNAF, Coll. Dossiers d'études, CNAF, n° 60 ; « L'accès aux droits », *Informations sociales*, CNAF, n° 120, 2004.

¹⁶¹ D'où l'importance du programme international de recherche mené par Sirri GLOPPEN, Christian Michelsen Institute, *Right to health through litigation? Can court enforced health?*, Research Council of Norway (GLOBVAC), 2008-2010 : <http://www.cmi.no/file/?325>.

d'autres litiges (phénomène boule de neige qui permet une protection en cascade de nouveaux droits). Or, ces impacts peuvent être nuancés : soit que la décision soit restée lettre morte, soit qu'elle n'ait que peu de répercussion hormis le cercle des requérants, soit qu'elle ait un effet négatif pour d'autres groupes, restés en dehors du prétoire en raison d'un processus de réaffectation des ressources, soit enfin qu'elle ne suscite une contre-réaction du législateur¹⁶². Il importerait dès lors que des outils précis soient élaborés pour évaluer la portée du recours au juge en matière sociale¹⁶³. Lorsqu'elles sont menées, ces études insistent, là encore, sur l'importance du contexte politique et social dans lequel s'exerce l'action en justice : une décision individuelle négative peut en effet avoir, paradoxalement, des répercussions sociales très favorables à une amélioration de la protection des droits sociaux, en ce qu'elle aura révélé une faille dans le système juridique et souligné, par son impuissance, l'urgence d'une modification normative. L'attention des médias au sort des laissés-pour-compte d'un procès peut susciter la mobilisation politique et aboutir à des résultats bien supérieurs à ceux auxquels serait parvenus une cour¹⁶⁴.

Or, cette discussion sur les effets de la judiciarisation des mouvements sociaux, bien connue des débats nord-américains¹⁶⁵, n'a pas encore pris en Europe continentale, où prédomine une « vision enchantée »¹⁶⁶ du rôle judiciaire. L'enthousiasme avec lequel fut accueillie la mécanique de la loi DALO l'atteste. Mais ici et là des voix viennent troubler l'harmonie. Elles peuvent émaner de militants, qui constatent que le juge n'est pas le seul moyen de garantie, ni toujours le meilleur en fonction des droits considérés¹⁶⁷. Ainsi, par exemple, une certaine désillusion quant au rôle du juge en matière de droits au séjour des étrangers peut apparaître parmi les associations d'aide aux étrangers et les travailleurs sociaux, qui redécouvrent les vertus d'un échange direct avec l'administration¹⁶⁸. Ainsi également du recours accru aux Autorités

¹⁶² Phénomène bien connu du droit au séjour des étrangers, cette contre-réaction se rencontre aussi en matière de droits sociaux : v. par exemple le projet de loi immigration, intégration et nationalité, en cours d'examen parlementaire, qui a intégré le 16 septembre 2010 un amendement présenté par M. MARIANI visant à supprimer le droit effectif au séjour des étrangers malades (CESEDA, art L313-11 11), dont l'objet est expressément de revenir sur la jurisprudence du Conseil d'État du 7 avril 2010, Jabnoun et Bialy, JCP A 2010, p. 2238, note Benjamin DEMAGNY et Serge SLAMA.

¹⁶³ Sirri GLOPPEN, précit., p. 473.

¹⁶⁴ Daniel M. BRINKS, Varun GAURI, Introduction, in *Courting social justice*, précit., p. 24.

¹⁶⁵ Gerald N. ROSENBERG, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, University Of Chicago Press, 2^e éd., 2008.

¹⁶⁶ Jacques COMMAILLE et Laurence DUMOULIN, précit., p. 87.

¹⁶⁷ V. par ex. cette narration de mobilisations sociales par les collectifs d'intermittents et précaires, affirmant la nécessité de rapports de force politiques et le caractère vain des actions juridiques dans certaines situations http://www.cip-idf.org/article.php?id_article=4570.

¹⁶⁸ V. les propos de la présidente du GISTI, association orientée dès sa naissance vers l'action juridique qui remarque que « sans être la panacée, le droit est une arme parmi d'autres. Sans illusion sur la portée des armes juridiques (...) L'objectif assigné aux actions contentieuses rencontre pour autant des écueils. Outre qu'une grande partie des recours n'aboutit pas, les solutions jurisprudentielles sont trop souvent impuissantes à réformer les pratiques ou donnent lieu à une parade du législateur, qui les réduit à néant » (Nathalie FERRÉ, « "Agir au soutien des étrangers" : l'exemple du Groupe d'information et de soutien des immigrés », in Emmanuel

administratives indépendantes¹⁶⁹ (Halde, Défenseur des enfants), à des modalités para-juridictionnelles, à des associations de proximité, à des procédés « mous » (rapports, campagnes d'information sur l'accès aux droits). Elles peuvent émaner de la doctrine, qui souligne qu'« en matière de droits de l'Homme, non seulement la proclamation ne suffit pas, mais (...) la mise en place de mode juridictionnels de protection et de garantie non plus ; ou pour le dire autrement, il n'y a pas de magie du juge constitutionnel qui permettrait que soudain soit levées les difficultés politiques auxquelles sont confrontées les sociétés »¹⁷⁰. On peut ainsi, avec Stéphanie Hennette-Vauchez, regretter qu'« à tout vouloir couler dans les formes du droit, c'est bien l'imaginaire nécessaire à l'avancement de la machine que l'on risque fort de gripper »¹⁷¹.

Pourtant, ladite machine a bien besoin d'avancer : les objectifs chiffrés et mesurables de développement pour le Millénaire prévoyaient des résultats chiffrés et mesurables en terme de réduction de la pauvreté, de la faim, de la maladie, de l'analphabétisme, de la dégradation de l'environnement et de la discrimination à l'égard des femmes à l'horizon 2015¹⁷². En dépit de cela, plus d'un milliard de personnes, soit un sixième de la population mondiale, continuent de vivre dans une pauvreté extrême, sont mal nourries et manquent d'accès à l'eau potable, aux services sociaux et soins de santé nécessaires à une vie saine dans sa définition la plus simple. Dans de nombreux pays comptant parmi les plus pauvres, l'espérance de vie est la moitié de celle des nations les plus riches, 40 ans au lieu de 80. Le changement climatique, les prix élevés des produits alimentaires et du pétrole produisent déjà de graves conséquences économiques et sanitaires¹⁷³. Les projections sont pires encore et donnent, à l'horizon 2050, plus de 3,5 milliards d'humains habitant des cités insalubres, privés de logement en dur, d'électricité et d'égout¹⁷⁴. Au rythme actuel des progrès, comme vient de l'admettre le PNUD¹⁷⁵, il est peu probable que la proportion de personnes vivant avec moins de un dollar par jour ne réduise de

DOCKES (dir.), *Au cœur des combats juridiques – Pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, 2007, p. 100).

¹⁶⁹ Le Comité des droits sociaux souligne le rôle capital des institutions nationales (commissions nationales des droits de l'Homme, les bureaux des médiateurs, militants des droits de l'Homme ainsi que les défenseurs du peuple) en matière de droits sociaux et les exhorte à intensifier leurs interventions (CoDESC, *Le rôle des institutions nationales des droits de l'Homme dans la protection des droits économiques, sociaux et culturels*, Observation générale n°10, 1998, E/C.12/1998/25).

¹⁷⁰ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Conclusion », *La Convention européenne des droits de l'Homme vue d'ailleurs ; acteurs du dedans » et du « dehors » dans la promotion d'une norme de référence*, Rapport de recherche pour la mission droit et justice, dact., 2010, p. 216 ; add., pour des conclusions comparables, Jean-Pierre CHAUCHARD, *Variations sur les droits sociaux*, Droit social, 2010, p. 947 et s.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² <http://www.un.org/french/millenniumgoals>

¹⁷³ http://siteresources.worldbank.org/INTGLOMONREP2008/Resources/4737994-1207342962709/8944_Web_PDF.pdf.

¹⁷⁴ Nations Unies, Comité des droits de l'Homme, *Droits de l'homme et extrême pauvreté*, 23 février 2004, §7, E/CN.4/2004/43.

¹⁷⁵ PNUD, *Beyond the Midpoint: Achieving the Millennium Development Goals*, 27 janvier 2010, <http://content.undp.org/go/newsroom/publications/poverty-reduction/poverty-website/mdgs/beyond-the-midpoint.en>.

moitié en Afrique sub-saharienne d'ici 2015 ; dans les pays en voie de développement, un quart des enfants continuent d'être sous-alimentés, et 100 pays manqueront d'atteindre la parité entre les sexes dans le domaine de l'inscription dans l'éducation primaire et secondaire. En Europe aussi, l'effectivité des droits sociaux demeure peu de chose : comme le rappelle l'ONPES, « la pauvreté n'est pas un phénomène lointain pour les Européens »¹⁷⁶ : augmentation du nombre de chômeurs non indemnisés, nombre croissant de travailleurs pauvres, seuils importants d'illettrisme (9 % de la population active). Certes, « on ne meurt plus de faim (ou presque) en France aujourd'hui, même si 2,9 % des Français indiquent ne pas avoir fait de repas complet pendant au moins une journée au cours des deux dernières semaines. La situation du logement n'a rien à voir avec celle des pays pauvres : moins de 1 % de ménages n'ont pas d'eau chaude. Mais la pauvreté est relative au niveau de vie d'ensemble de la société. Les catégories sociales défavorisées vivent loin de la norme de la société de consommation française de ce début de XXI^e siècle. Dans l'un des pays les plus riches au monde, 32,3 % des ménages ne peuvent se payer une semaine de vacances une fois par an, 32,6 % n'ont pas les moyens de remplacer des meubles, 10 % de recevoir des amis ou de la famille »¹⁷⁷.

Il semble dès lors moins incongru, au regard de ces chiffres effarants, de mener une analyse juridique de la pauvreté : celle-ci est indispensable, pour au moins deux raisons.

D'abord, parce que « la pauvreté ne se traduit pas seulement par l'absence de biens matériels et de possibilités telles que l'emploi, la propriété des biens de production ou encore par l'absence d'épargne. Elle signifie aussi l'absence de biens incorporels ou sociaux, tels que l'identité juridique, la santé, l'intégrité physique, la sécurité, la capacité de s'organiser, celle d'exercer une influence politique ou de revendiquer des droits et de vivre dans le respect et la dignité »¹⁷⁸. La pauvreté, qui est une atteinte brutale aux droits fondamentaux¹⁷⁹ est la nouvelle frontière de la lutte pour les droits de l'Homme¹⁸⁰. Comme le souligne l'ONU, les collectivités victimes de la pauvreté sont souvent dans l'impossibilité de faire entendre leurs préoccupations, d'obtenir réparation lorsqu'elles subissent une injustice, de participer à la vie publique ou encore d'influencer des politiques qui, en définitive, conditionnent leur vie. « Victimes de ces exclusions, non seulement elles ne disposent pas de la protection ou des droits garantis par la loi mais, qui plus est, elles ne peuvent protéger ou faire fructifier les quelques ressources dont elles disposent à cause

¹⁷⁶ ONPES, Rapport de l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale, 2007-2008, La documentation française, p. 19.

¹⁷⁷ Source : Observatoire des inégalités, http://www.inegalites.fr/spip.php?article509&id_mot=76.

¹⁷⁸ Rapport du Secrétaire général de l'ONU, « Démarginalisation des pauvres par le droit et élimination de la pauvreté », 13 juillet 2009, A/64/133, § 7.

¹⁷⁹ Geneviève KOUBI, « La pauvreté comme violation des droits humains », Rev. Int. des sciences sociales, 2004/2, n° 180, p. 361 et s. (v. *supra*).

¹⁸⁰ Pierre SANÉ, « La pauvreté, nouvelle frontière de la lutte pour les droits de l'Homme », Rev. Int. de Sciences sociales, 2004/2, n° 180, p. 303.

de l'effet cumulé de l'exclusion et de la discrimination. La difficulté d'obtenir justice renforce incontestablement l'exclusion et la pauvreté »¹⁸¹. Seul le langage du droit, et l'action des juristes, peut transformer ce constat.

D'autre part, si l'urgence est à l'action politique et à l'économie, le droit est un aiguillon puissant pour garantir l'efficacité de celles-ci et le juge un acteur efficace pour garantir l'effectivité de droits universellement proclamés mais inégalement respectés. Dans un contexte de transfert des compétences étatiques à des institutions régionales et de mondialisation des échanges ouvrant libre champ aux entreprises multinationales, les juges sont un puissant agent de sollicitation de l'action étatique¹⁸². D'où l'insistance mise sur leur intervention. Ainsi, par exemple, lorsque le Conseil de l'Europe adopte une recommandation sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité, l'accent est mis non seulement sur la reconnaissance d'un tel droit mais également sur le fait que « le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires devrait être justiciable, toute personne en situation d'extrême précarité devant pouvoir l'invoquer directement devant les autorités et le cas échéant devant les tribunaux »¹⁸³.

Le constat est ancien, et le XXI^e siècle offrira peut être une réponse à l'interrogation désespérée de Jean Jaurès : « Mais quand donc la République s'occupera-t-elle de faire pénétrer dans sa magistrature le sens du progrès social ? A la Cour de cassation, au Conseil d'État, les hommes mêmes qui sont le plus nettement républicains et qui sont capables du plus haut courage pour la défense du droit individuel sont dans l'ordre des questions sociales des réactionnaires inconscients ou forcenés. C'est un des plus grands malheurs qui puissent affliger la démocratie. C'est un des plus grands périls qui puissent la menacer. Sa « justice » travaille contre la justice, contre le droit nouveau »¹⁸⁴. Car il se pourrait que le droit et les juristes soient en partie responsables de cet état.

¹⁸¹ Rapport du Secrétaire général de l'ONU, « Démarginalisation des pauvres par le droit et élimination de la pauvreté », précit., § 8.

¹⁸² V. en ce sens Carlos-Miguel HERRERA, « L'autre combat pour l'universel, les droits sociaux », in Gilles MANCERON et Emmanuel NAQUET, *Être Dreyfusard aujourd'hui*, PU Rennes, 2009, p. 506.

¹⁸³ Conseil de l'Europe, Comité des ministres, recommandation n° R (2000) 3, adoptée le 19 janvier 2000, principe 3. Pierre LAMBERT, commentant cette résolution, souligne qu'« il peut dépendre en dernière analyse des cours et tribunaux, que ce soit au niveau international ou national, de contribuer au moins à réduire, sinon à éradiquer, le dénuement des plus démunis et à ne pas réserver la garantie des droits de l'Homme aux seuls détenteurs de la richesse et de l'aisance matérielle » (in « Le droit de l'Homme à un niveau de vie suffisant », RTDH, 2000, p. 694).

¹⁸⁴ Jean JAURES, « Réaction sociale et magistrature », *L'Humanité*, 13 mai 1904.

PREMIÈRE PARTIE -
LES TRANSFORMATIONS D'UNE
QUESTION CONTEMPORAINE

TITRE 1 - UNE QUESTION ÉMERGENTE

La justiciabilité des droits sociaux est un enjeu récent. Si le XIXe siècle, caractérisé par la prise de conscience de la misère ouvrière, a permis la conceptualisation et la proclamation des droits sociaux, ce n'est qu'à la fin du XX^e siècle que la question de leur garantie juridictionnelle s'est posée. Trois champs témoignent de cette évolution profonde : celui du droit international, spécialement du droit international des droits de l'Homme, qui a servi de matrice conceptuelle à la réflexion sur la justiciabilité des droits sociaux (Chapitre 1) ; celui du droit européen ensuite, où la transformation du droit communautaire en droit de l'Union a renouvelé l'approche des droits sociaux, entre instrumentalisation et fondamentalisation (Chapitre 2) ; celui de la doctrine académique française, enfin, qui prenant note des ruptures connues sur la scène internationale et européenne, offre la possibilité de repenser le régime juridique et la protection juridictionnelle des droits sociaux (Chapitre 3).

CHAPITRE 1 - LES RUPTURES DU DROIT INTERNATIONAL,

SOPHIE GROSBON

Le 10 décembre 2008, soixante ans jour pour jour après l'adoption de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH), l'Assemblée générale des Nations Unies, notant que tous les êtres humains peuvent « se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la Déclaration », rappelant que la Déclaration universelle des droits de l'Homme et les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme reconnaissent que l'idéal de l'être humain libre, libéré de la crainte et de la misère, ne peut être réalisé que si sont créées les conditions permettant à chacun de jouir de ses droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux, réaffirmant que tous les droits de l'Homme et libertés fondamentales sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés » adopte le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Protocole facultatif au PIDESC)¹ ouvrant ainsi la voie à une procédure internationale de communication individuelle en cas de violation d'un des droits garantis par ledit Pacte.

Il aura donc fallu attendre la fin de la guerre froide, l'émergence des pays du sud, l'enracinement des procédures onusiennes de garanties des droits de l'Homme, la chute d'un mur, la construction d'un autre, la récurrence des crises économiques, l'apologie puis la critique du néolibéralisme, un millénaire et quelques objectifs, le développement de la société civile internationale, et au milieu de cette grande Histoire, la force de conviction et l'acharnement de quelques hommes, de quelques femmes, pour qu'enfin puisse être adopté le mécanisme quasi-juridictionnel qui devrait permettre d'aligner le régime juridique des droits sociaux sur celui des droits civils en permettant à un individu de saisir un Comité international pour faire constater la violation d'un de ses droits issus du PIDESC.

Rappelons alors que la Déclaration universelle consacre aussi bien des droits civils et politiques (DCP), qu'un certain nombre de droits économiques, sociaux et culturels (DESC)². Le jour de son adoption, l'Assemblée générale des Nations Unies demande à la Commission des droits de l'Homme de préparer en priorité un projet de pacte contraignant – et non plus seulement déclaratif - relatif aux droits de l'Homme et à leurs mesures de mise en œuvre³. L'opposition

¹ Rés. 63/117 (10 décembre 2008).

² V. not. les art. 22 à 26 DUDH.

³ Rés. 217 (III) E (10 décembre 1948).

idéologique de la guerre froide ne facilite pas les négociations sur le contenu des droits de l'Homme. Mais un consensus semble se dégager autour de l'idée selon laquelle les droits civils et politiques engendrent une obligation d'abstention de la part des Etats, une obligation de ne pas agir, obligation dont le respect ou la violation peut facilement être constaté par un juge. En revanche, les droits économiques, sociaux et culturels entraîneraient une obligation d'agir et de mettre en œuvre des politiques économiques et sociales propres à en garantir l'effectivité. Cette obligation relèverait alors de choix législatifs et gouvernementaux arbitrants entre les différents moyens de réaliser ces droits mais également entre différentes priorités budgétaires – la concrétisation des droits sociaux étant perçue comme nécessairement coûteuse. Le juge ne pourrait dès lors s'immiscer dans ces matières et examiner le (non)respect des droits sociaux sans porter atteinte à la séparation des pouvoirs au niveau national, à la souveraineté étatique au niveau international⁴. Entérinant la conception selon laquelle les deux catégories de droits nécessitent des mesures de mise en œuvre et des modalités de contrôle différents, l'Assemblée générale prie la Commission de rédiger deux pactes distincts, l'un consacré aux droits civils et politiques et l'autre aux droits économiques, sociaux et culturels⁵.

Une quinzaine d'année de négociations plus tard, le 16 décembre 1966, l'Assemblée générale adopte le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)⁶. Le premier consacre alors des droits dont la violation doit pouvoir faire l'objet de recours au niveau national (art. 2 § 3), ainsi que d'une communication interétatique (art. 41) ou individuelle (premier protocole facultatif au PIDCP) devant le Comité des droits de l'Homme au niveau international. Le deuxième reconnaît un certain nombre de droits dont la réalisation, nécessairement progressive, tributaire du niveau de développement, des ressources disponibles par chaque Etat et de la coopération internationale (art. 2 § 1), ne sera examinée que par le biais de rapports étatiques précisant les progrès accomplis et remis au Conseil économique et social (art. 16). La distinction entre les deux catégories de droits paraît alors intrinsèque, la différence de régime totalement indépassable, l'absence de justiciabilité des droits sociaux – et donc d'effet direct du PIDESC – entièrement et fermement justifiée⁷.

C'est en 1987, par le biais d'une instance onusienne, que provient la rupture paradigmatique : Asbjørn Eide, rapporteur à la Sous-Commission des Droits de l'Homme sur le droit à une alimentation suffisante estime que ces

⁴ V. Com. DH, E/CN.4/640 (16 avril-19 mai 1951).

⁵ Rés. 543 (VI) (5 février 1952).

⁶ Rés. 2200 A (XXI).

⁷ V. not. Jacques MOURGEON, « Les pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme », *AFDI*, 1967, p. 326 ; Marc BOSSUYT, « La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels », *RDH*, 1975, p. 783 ; E. W. VIERDAG, « The legal nature of the rights granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Netherlands YIL*, 1978, p. 69.

travaux nécessitent une réflexion sur la nature des droits économiques, sociaux et culturels. Il remet alors en cause les oppositions traditionnelles entre les deux catégories de droits et affirme que tous les droits de l'Homme impliquent trois niveaux d'obligations à la charge des Etats : l'obligation de respecter, de protéger et de réaliser⁸.

L'obligation de **respecter** exige que l'Etat *s'abstienne d'entreprendre une action* qui violerait l'intégrité de l'individu ou qui empiéterait sur sa liberté, y compris sur sa liberté d'utiliser les ressources matérielles disponibles pour satisfaire ses propres besoins fondamentaux.

L'obligation de **protéger** requiert de l'Etat qu'il *prenne des mesures* pour empêcher que les droits et libertés fondamentales d'un individu soient violés par l'action d'autres individus. Ceci inclut la protection des ressources matérielles d'un individu contre d'autres individus qui en entraveraient la jouissance.

L'obligation de **réaliser** impose à l'Etat *de prendre les mesures* nécessaires pour garantir la satisfaction des besoins fondamentaux d'un individu s'il ne peut y parvenir seul grâce à un effort personnel⁹.

L'Etat a donc un double rôle : chaque droit de l'Homme qu'il soit civil, politique, économique, social ou culturel implique une obligation négative d'abstention, « de respecter », mais également une obligation positive d'action, « de protéger », « de réaliser ». Dans leur dimension positive, tous les droits de l'Homme nécessitent une intervention politique, législative ou gouvernementale et le déploiement de ressources propres à garantir leur réalisation. Dans leur dimension négative, tous les droits de l'Homme impliquent une obligation de résultat, dont le respect peut facilement être contrôlé par un juge¹⁰.

Il devient ainsi théoriquement envisageable qu'un juge puisse contrôler le respect de l'obligation de ne pas s'immiscer dans la jouissance d'un droit social, comme il le fait pour les droits civils. En revanche, s'agissant de l'obligation de protéger et de réaliser, le rôle du juge peut paraître encore plus délicat, plus contestable, puisqu'il s'agit réellement de vérifier que les organes législatifs et exécutifs ont adopté des mesures et mis en place des politiques garantissant les droits sociaux. C'est donc sous cet aspect, que la justiciabilité des droits sociaux fait craindre un gouvernement des juges ou une intervention dans les affaires intérieures de l'Etat – dans l'hypothèse d'une procédure internationale de communication.

Pourtant, au niveau international, un certain nombre d'organes, en exerçant des compétences quasi-juridictionnelles, vont témoigner de la possibilité d'accorder une justiciabilité aux droits sociaux, et ce, non seulement dans leur dimension négative mais également dans leurs deux dimensions

⁸ E/CN.4/Sub.2/1987/23 (7 juillet 1987), § 66.

⁹ *Idem*, § 66-69.

¹⁰ *Ibid.*, not. § 43- 48, § 70-73, § 115-117.

positives (I). Cette pratique viendra renforcer la conviction du Comité des Droits économiques, sociaux et culturels, moteur et promoteur du protocole facultatif au PIDESC, autrement dit de la justiciabilité internationale des droits issus de ce Pacte (II).

I. La possibilité d'une justiciabilité internationale des droits sociaux

Si, jusqu'ici, les Comités internationaux habilités à examiner des communications individuelles, ne sont pas compétents pour appliquer directement le PIDESC, ils appliquent et interprètent les conventions qu'ils ont en charge de faire respecter de manière à garantir certains droits sociaux, que l'obligation contrôlée relève alors du respect, de la protection ou de la réalisation de ces droits (A). Parallèlement, la Cour internationale de Justice, compétente en matière de différends interétatiques, a reconnu récemment que le PIDESC pouvait être invoqué directement devant elle. Il ne s'agissait pas alors d'une instance juridictionnelle mais d'une procédure consultative, mais l'absence de contestation de cette invocabilité et l'influence des avis de la Cour sur l'évolution du droit, en particulier en matière de droits de l'Homme¹¹, laissent envisager la possibilité d'une telle invocabilité lors d'une future procédure contentieuse (B).

A. La protection quasi-juridictionnelle des droits sociaux par les Comités internationaux

Lors de l'examen de communications individuelles relatives à une violation du PIDCP, le Comité des droits de l'Homme (CDH) a pu parfois constater la potentialité sociale de certains droits civils et politiques et accorder ainsi une justiciabilité indirecte à certains droits sociaux (1). Mais c'est sans doute le principe de non-discrimination, que différents Comités internationaux ont en charge de faire respecter par la procédure quasi-juridictionnelle, qui entretient une relation forte avec les droits sociaux, et qui leur offre alors une forme de justiciabilité égalisatrice (2).

1) La justiciabilité indirecte des droits sociaux par l'application des droits civils et politiques

Dès l'entrée en vigueur du Protocole facultatif au PIDESC, le CDH doit faire face à des communications fondées sur le PIDCP et d'autres instruments internationaux comme le PIDESC pour revendiquer différents droits à certaines prestations sociales (telles que des soins médicaux, une bourse d'études, la gratuité des transports, l'octroi d'un emploi ou d'un logement). La réponse du CDH est alors sans appel : sa compétence *ratione materia* ne concerne que les

¹¹ Gilbert GUILLAUME, « La Cour internationale de Justice et les droits de l'Homme », *Droits fondamentaux*, 2001, pp. 28-29.

violations des droits reconnus dans le PIDCP (art. 1^{er} du PF) à l'exclusion des autres instruments internationaux¹².

Pour autant, le PIDCP garantit entre autres la liberté syndicale (art. 22 § 1) et la liberté de l'enseignement (art. 18 § 4), droits également consacrés par le PIDESC (art. 8 et 13 § 3). Le CDH offre donc une justiciabilité à ces droits, mais uniquement dans leur rédaction issue du PIDCP à l'exclusion explicite de celle parfois plus généreuse prévue par le PIDESC¹³. Notons en outre, que la protection de ces deux libertés par le CDH concerne toujours l'obligation négative de s'abstenir de toute ingérence dans l'exercice de ces droits.

Toutefois, le CDH va progressivement admettre la potentialité sociale de certains droits civils et politiques et renforcer ainsi indirectement l'effectivité des droits sociaux. Ainsi lorsqu'il estime que l'interdiction du travail forcé ou obligatoire (art. 8 § 3 PIDCP) peut être invoquée à l'encontre d'un régime d'assurance-chômage imposant en contrepartie de la prestation sociale un travail dégradant ou déshumanisant, il est possible de considérer qu'il veille indirectement à l'absence d'ingérence disproportionnée dans le droit à la sécurité en cas de chômage (art. 25 § 1 DUDH)¹⁴. Ou encore, lorsqu'il constate que le refus d'un Etat d'autoriser un avortement thérapeutique peut constituer une immixtion arbitraire dans le vie privée (art. 17 PIDCP), une violation de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (art. 7 PIDCP) et que, couplé à l'absence d'appui médicale et psychologique, il fait apparaître une violation du droit des mineurs à une protection (art. 24 § 1)¹⁵, on n'est pas loin d'une justiciabilité du droit aux soins engendrant une obligation aussi bien négative que positive, une obligation de respecter aussi bien qu'une obligation de réaliser.

De manière plus prégnante encore, le CDH n'hésite pas à affirmer que l'obligation de respecter l'interdiction des traitements cruels, inhumains et dégradants implique l'obligation de fournir et de garantir un certain nombre de droits sociaux aux détenus : « minimum de surface et de volume d'air pour chaque détenu, installations hygiéniques suffisantes, vêtements ne devant en aucune manière être dégradants ou humiliants, fourniture d'un lit séparé et alimentation d'une valeur nutritive suffisante pour assurer la santé et la vigueur des détenus » . C'est quasiment alors « le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant » « y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants » (art. 11 PIDESC) qui est ainsi garanti en faveur des détenus, qui par hypothèse ne peuvent s'assurer eux-mêmes la jouissance de ce droit. Le Comité écarte d'ailleurs expressément deux objections caractéristiques à la justiciabilité des droits sociaux, ces « normes minima » « doivent être observées quel que soit

¹² CDH, 25 août 1977, C.E., 13/1977 ; CDH, 26 mars 1980, K.L., 59/1979 ; CDH, 6 avril 1983, I.M., 129/1982 ; CDH, 2 mars 1985, J.D.P, 178/1984.

¹³ CDH, 18 juillet 1986, J.B., 118/182, § 6.4.

¹⁴ CDH, 31 octobre 2005, Faure, 1036/2001, § 7.5 (a contrario).

¹⁵ CDH, 24 octobre 2005, K.N.L.H., 1153/2003.

le niveau de développement de l'Etat partie » et « même si des considérations économiques ou budgétaires peuvent rendre ces obligations difficiles à respecter ». Ces exigences sont donc d'applicabilité immédiate et d'invocabilité directe devant le Comité, quels que soient les choix politiques et les coûts que leur réalisation nécessite¹⁶.

Le PIDCP semble donc receler de dispositions susceptibles de permettre au CDH de garantir, sous certains aspects, des droits sociaux, même si le Comité conserve une certaine mesure dans son interprétation¹⁷. Cette utilisation des droits civils et politiques offrant une justiciabilité indirecte aux droits sociaux ne semble pas avoir été fortement contestée. La protection des droits sociaux par l'intermédiaire du principe de non-discrimination a soulevé d'avantage de résistance.

2) La justiciabilité égalisatrice des droits sociaux par l'application du principe de non-discrimination

Dix ans après son entrée en vigueur, le Comité des droits de l'Homme rend une de ses constatations les plus audacieuses : l'article 26 PIDCP interdit « toute discrimination de droit ou de fait dans tous les domaines relevant de l'autorité et de la protection des pouvoirs publics ». Dès lors, le principe de non-discrimination énoncé ne vaut pas seulement à l'égard de la jouissance des droits garantis par le Pacte, mais aussi à l'égard de toute la législation d'un pays que celle-ci soit à caractère social ou non. Autrement dit, si un Etat reconnaît certains droits sociaux ou offre certaines prestations sociales, il doit garantir la jouissance de ceux-ci sans discrimination aucune¹⁸. Le principe de non-discrimination dans la jouissance des droits sociaux devient donc d'application immédiate et d'invocabilité directe. Le Comité élargit alors le cercle des bénéficiaires potentiels de prestations sociales sans égard pour les ressources disponibles, financières notamment, d'une telle décision.

Pour autant, si cette interprétation téméraire de l'art. 26 est susceptible d'avoir une influence considérable sur la manière dont les législations sociales seront désormais examinées par le CDH, sa mise en œuvre reste mesurée : classiquement tout d'abord, le Comité accepte qu'une distinction puisse être justifiée par des motifs objectifs et raisonnables : ainsi, alors que constitue une discrimination injustifiée le fait d'exiger d'une femme de prouver son statut de « soutien de famille » pour bénéficier d'une allocation chômage¹⁹ ou l'octroi de pensions inférieures aux militaires de l'armée française de nationalité sénégalaise par rapport à celles octroyées aux militaires français²⁰, est justifiée l'exigence conditionnant l'octroi d'une allocation familiale à la preuve que les

¹⁶ CDH, 21 juillet 1994, A. Womah Mukong, 458/1991, § 9.3.

¹⁷ V. par ex. CDH, 23 juillet 1997, J. et J. Hendrika van Oord, 658/1995.

¹⁸ CDH, 9 avril 1987, Broeks, Danning, Zwaan-de Vries, 172/1984, 180/1984, 182/1984, § 12.3.

¹⁹ CDH, 9 avril 1987, Broeks, Zwaan-de Vries, 172/1984, 182/1984

²⁰ CDH, 13 avril 1989, Gueye, 196/1985.

parents interviennent effectivement dans l'éducation des enfants recueillis vivant à l'étranger (condition pourtant non exigée pour les enfants naturels)²¹.

De manière plus originale, le Comité estime que l'interdiction de discrimination « ne s'étend pas aux différences de résultats que peut donner l'application » « uniforme » de règles communes » dans l'attribution de prestations sociales. Il refuse alors de s'intéresser aux conséquences discriminatoires d'une loi uniformément appliquée et de consacrer une obligation de traiter différemment les personnes se trouvant dans des situations différentes. Ceci lui permet d'accepter, dans certains cas, facilement, l'absence de discrimination ou sa justification, offrant ainsi une souplesse à l'interdiction de l'art. 26, mais rendant parallèlement son application peu prévisible et aléatoire²². Cependant, atténuant quelque peu cette pratique, le Comité accepte désormais qu'une violation de l'article 26 puisse résulter également d'une « discrimination indirecte » autrement dit de « l'effet discriminatoire d'une règle [...] apparemment neutre ou dénuée de toute intention discriminatoire », si ces effets « affectent exclusivement ou de manière disproportionnée des personnes particulières en raison de leur race, couleur, sexe » ou de tout autre situation sur la base de laquelle il est interdit de fonder une discrimination directe²³.

En dépit de l'application de l'art. 26 aux discriminations directes et indirectes en matière sociale, la « politique quasi-judiciaire » du Comité semble mesurée : d'un côté, il refuse une conception strictement individualiste du principe de non-discrimination appliqué aux droits sociaux, qui impliquerait que l'Etat doive garantir tous les choix individuels par l'octroi de prestations sociales. C'est d'ailleurs bien souvent le choix par un individu de la situation dans laquelle il se trouve qui conduira le Comité à refuser de qualifier la discrimination et confortera l'objectivité et la rationalité des distinctions sur lesquelles l'Etat a décidé de fonder sa législation sociale. Ainsi, est justifiée la distinction entre couple marié et non-marié dans l'octroi de prestations sociales en raison du choix des couples de ne pas se marier et de refuser les droits et obligations liés au mariage²⁴. En revanche, n'est pas justifiée la distinction fondée sur l'orientation sexuelle interdisant aux couples homosexuels un avantage social octroyé aux couples hétérosexuels non mariés²⁵.

D'un autre côté, le Comité se garde d'une conception trop interventionniste de l'application du principe de non-discrimination dans la jouissance des droits sociaux : il affirme clairement les limites de sa compétence en indiquant que l'art. 26 ne contient pas l'obligation d'adopter un régime de

²¹ CDH, 23 octobre 1992, Lahcen, 406/1990.

²² V. par ex. : CDH, 24 mars 1988, P.P.C., 212/1986 ; CDH, 29 mars 1989, Vos, 218/1986 ; CDH, 30 octobre 1989, H.A.E.D.J., 297/1988 ; CDH, 26 juillet 1993, A.P.L., 478/1991.

²³ CDH, 22 septembre 2003, Althammer, 998/2001, § 10.2 (à propos de la suppression d'une allocation).

²⁴ CDH, 9 avril 1987, Danning, 180/1984, § 14 ; V. également : CDH, 5 avril 1988, Blom, 191/1985, § 10.3 ; CDH, 19 mars 2010, Novotny, 1778/2008, § 6.3.

²⁵ CDH, 6 août 2003, Young, 941/2000, § 10.4.

mise en œuvre des droits sociaux, il impose seulement, lorsque de tels régimes existent, qu'ils respectent l'interdiction de discrimination²⁶. Mais en outre, sur le fond, il refuse de protéger, par le biais de la non-discrimination, les droits sociaux contre une politique économique nationale particulièrement austère : un plan général de restructuration de l'administration en vue d'obtenir la stabilité économique et l'équilibre budgétaire, dans le cadre du processus de libéralisation du commerce et qui vise donc à réduire le surnombre des fonctionnaires en licenciant *les plus âgés* ne constituent pas une discrimination injustifiée²⁷.

L'interprétation du Comité tendant à appliquer l'article 26 au régime des droits sociaux ne s'est pourtant pas faite sans de nombreuses contestations, provenant des Etats, des juridictions nationales et également de quelques membres du Comité, les arguments – très classiques - des uns confortant ceux des autres : « il résulte de la coexistence [des deux Pactes], ouverts à la signature le même jour, que l'article 26 [PIDCP] ne peut concerner que les droits civils et politiques mentionnés par ce pacte et a pour seul objet de rendre directement applicable le principe de non-discrimination propre à ce pacte »²⁸, voire aux droits civils et politiques non contenus dans ce Pacte. Les discriminations dans la jouissance des droits sociaux tombent uniquement sous le coup de l'article 2 § 2 PIDESC, dont le respect est contrôlé par voie de rapports. S'il en est ainsi c'est parce que la législation sociale, établie dans un but de justice sociale doit nécessairement faire des distinctions. Il revient alors au corps législatif de chaque pays, qui connaît le mieux les besoins socio-économiques nationaux de s'efforcer de réaliser la justice sociale et en choisissant sur quelle base il effectuera ces distinctions, le Comité ne devant intervenir qu'en cas de distinctions « manifestement discriminatoires ou arbitraires »²⁹. L'élimination des discriminations en matière de droits sociaux est progressive, fonction des besoins sociétaux et des ressources disponibles. « Les parties contractantes ont de propos délibéré décidé de faire cette distinction [entre les deux pactes] dans les systèmes de contrôle international, parce que, *de par leur nature et leur contenu, les droits économiques, sociaux et culturels, ne se prêtent pas à l'examen judiciaire d'une plainte émanant d'un Etat partie ou d'un particulier* »³⁰ et en tout état de cause, l'interdiction de discrimination peut être invoquée pour

²⁶ CDH, 9 avril 1987, Broeks, Danning, Zwaan-de Vries, 172/1984, 180/1984, 182/1984, § 12.5.

²⁷ CDH, 27 mars 2006, R. S. Hinojosa Solis, 1016/2001 ; comp. avec les interprétations beaucoup plus politiques des opinions individuelles de MM. W. KÁLIN, E. JOHSON, M. O'FLAHERTY ET H. SOLARI-YRIGOYEN.

²⁸ CE Ass., avis, 15 avril 1996, Mme Doukouré, Conclusions contraires de Philippe MARTIN, Commissaire du Gouvernement, RFDA, 1996, p. 808 (refus du Conseil d'Etat de suivre les constatations du CDH, 13 avril 1989, Gueye, 196/1985 sur les mêmes faits et le même problème de droit) ; Jean DHOMMEAUX, « L'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le droit des pensions », RFDA, 1996, p. 1239.

²⁹ Opinions individuelles de MM. K. HERNDL, R. MÜLLERSON, B. NDIAYE, W. SADI, sous CDH, 23 octobre 1992, Lahcen, 406/1990 ; v. également opinions individuelles de MM. N. Ando, K. Herndl et B. Ndiaye, sous CDH 31 mars 1992, Sprenger, 395/1990.

³⁰ CDH, 9 avril 1987, Broeks, 172/1984, § 8.3-8.5 (nous soulignons) ; CDH, 7 avril 1994, Cavalcanti, 418/1990 § 5.5-5.6 ; CDH, 25 novembre 1998, Cornelis Hoofdam, 602/1994, § 8.5.

interdire les ingérences de l'Etat dans l'exercice des droits fondamentaux, mais elle ne peut être invoquée pour créer de nouveaux droits ou pour bénéficier de prestations sociales positives³¹.

Malgré ces critiques, le Comité tient le cap et finalement la justiciabilité des droits sociaux, par l'intermédiaire du principe de non-discrimination, est devenue classique. Plus intéressant alors, est le lien que les Conventions sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales (Conv. EDR) et de discrimination à l'égard des femmes (Conv. EDAW) établissent entre la non-discrimination, la protection et la mise en œuvre des droits sociaux, lien relayé par les Comités en charge du respect de ces conventions dans le cadre des procédures de communications.

Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR) peut recevoir des communications individuelles de la part de personnes se prétendant victimes d'une violation par un Etat partie d'un article de la Conv. EDR. Or, en vertu de l'article 5 e) Conv. EDR, les Etats s'engagent à éliminer et interdire la discrimination raciale et à garantir le droit de chacun à l'égalité dans la jouissance d'un certain nombre de « droits économiques, sociaux et culturels » cités par la Convention à titre illustratif : droit au travail, à la protection contre le chômage, liberté syndicale, droit au logement, à la santé, à la sécurité sociale, à l'éducation.

Contrairement aux affaires portées devant le CDH, ce n'est pas l'obligation de respecter le principe de non-discrimination dans l'octroi de droits sociaux qui est principalement en jeu devant le CEDR. Il s'agit en effet essentiellement d'affaires dans lesquelles l'Etat n'a pas suffisamment protégé un individu contre la discrimination qu'il subissait du fait d'un autre individu le privant ainsi de la jouissance de ses droits sociaux. Ainsi, viole l'art. 5 e) l'Etat qui ne protège pas suffisamment une salariée contre un licenciement discriminatoire³², qui ne lutte pas contre les discriminations opérées par les agences immobilières³³ ou qui cède à la pression des habitants hostiles à la construction de logements sociaux bénéficiant principalement aux Roms³⁴. Le Comité ne se prive pas alors pas de recommander l'adoption de *mesures concrètes* pour faire cesser la discrimination invitant l'Etat à faire usage de ses bons offices pour assurer un nouvel emploi à la victime ou à revenir sur sa décision favorable à la construction de logements sociaux³⁵.

Il devient alors de plus en plus difficile de continuer à soutenir que les droits sociaux sont intrinsèquement injusticiables, quand, par le biais de la protection contre la discrimination, on arrive à des solutions quasi-juridictionnelles, auxquelles on aurait pu aboutir si la justiciabilité directe des

³¹ Opinions individuelles de MM. A. Amor et A.T. Khalil, CDH, 30 mars 2007, X., 1361/2005.

³² CEDR, 28 mai 1984, A. Yilmaz-Dogan, 1/1984 (droit au travail).

³³ CEDR, 21 mars 2001, F.A., 18/2000 (droit au logement).

³⁴ CEDR, 7 mars 2005, L.R., n° 31/2003 (droit au logement des roms).

³⁵ V. aussi, à propos du droit à l'éducation, CEDR, 8 août 2007, Murat Er, 40/2007.

droits sociaux avait été reconnue. En l'espèce, si les victimes avaient pu se prévaloir de l'obligation de protéger leurs droits au travail ou au logement contre des tiers, elles n'auraient vraisemblablement pas obtenu de décisions différentes de celles rendues par le CEDR, qui demande que l'Etat, non seulement adopte et applique des législations réprimant la discrimination horizontale, mais également (dans le cas du logement des Roms) confirme sa politique de logements sociaux.

Il reste alors un obstacle à franchir pour constater la possible justiciabilité des droits sociaux : il s'agit de savoir si un organe quasi-juridictionnel peut imposer à l'Etat non seulement le respect et la protection des droits sociaux, mais également leur réalisation. C'est cette difficulté ultime, tant elle touche aux choix gouvernementaux et législatifs, que commence à lever le Comité pour l'élimination de la discrimination faite aux femmes (CEDAW).

De manière classique, eu égard par exemple à la pratique du CDH, les articles 10 à 14 de la Conv. EDAW prescrivent aux Etats d'adopter les mesures nécessaires pour éliminer la discrimination en vue d'assurer un certain nombre de droits sociaux sur la base de l'égalité homme-femme. Mais la Convention ne limite pas la garantie de l'égalité homme-femme à l'octroi de droits sans discrimination ou à la lutte contre les discriminations pratiquées par des tiers : elle impose également l'octroi de droits sociaux aux femmes. Les droits sociaux ne se situent donc pas seulement *en aval* du principe de non-discrimination, mais également *en amont* : ils doivent être garantis en application du principe de non-discrimination, mais ils sont également nécessaires à la réalisation de la non-discrimination. Il ne s'agit donc plus d'appliquer la non-discrimination à un droit établi mais d'établir un droit social pour lutter contre les discriminations. Ainsi, les Etats doivent instituer « l'octroi de congés de maternité payés » (art. 11 § 2b), fournir aux femmes enceintes « des services appropriés », « au besoin, gratuits » et « une nutrition adéquate » (art. 12 § 2) et assurer aux femmes rurales l'accès à un certain nombre de droits et services sociaux (art. 14 § 2).

Le CEDAW accepte alors l'invocabilité de ces articles par la voie des communications, sans considérer nullement qu'ils sont de réalisation progressive, et alors même qu'au niveau interne, l'Etat concerné faisait valoir l'absence d'applicabilité et d'effets directs. Le Comité est ainsi en mesure de constater une violation de la Convention, lorsque le droit à des congés maternité n'est pas garanti nationalement, même si le régime juridique de ce droit ressort exclusivement de la compétence nationale, sous réserve du respect des exigences de la Convention³⁶. Parallèlement, le Comité constate que l'absence de soins fournis aux femmes enceintes constitue une violation de la convention, confirmant ainsi la justiciabilité de l'obligation de réaliser les droits sociaux par des mesures positives, même si ceci implique une modification législative³⁷.

³⁶ CEDAW, 14 août 2006, Mme Dung Thi Thuy Nguyen, 3/2004.

³⁷ CEDAW, 14 août 2006, A.S., 4/2004.

Par le biais de la procédure de communication individuelle, les Comités, gardiens du PIDCP, de la Conv. EDR et de la Conv. EDAW ont taillé une brèche dans l'impensable justiciabilité des droits sociaux³⁸. Il reste qu'aucun comité n'était jusqu'ici compétent pour recevoir des communications relatives à une violation du PIDESC. Dès lors, ce pacte restait injusticiable et les garanties quasi-juridictionnelles offertes aux droits sociaux par les différents Comités, lacunaires. C'est alors la Cour internationale de Justice qui va offrir au PIDESC sa première application internationale autonome.

B. L'application autonome du PIDESC par la Cour internationale de justice

La Cour internationale de Justice (CIJ) comme son ancêtre, la Cour Permanente de Justice internationale (CPJI), ne peut pas être saisie par les individus. Mais saisies par un organe international compétent, ces deux cours ont pu se prononcer sur diverses questions relatives aux droits de l'Homme. La CPJI a ainsi eu l'occasion de faire respecter la liberté de l'enseignement dans sa dimension tant négative³⁹ que positive⁴⁰. Elle contribua surtout indirectement, par une interprétation large des compétences de l'Organisation Internationale du Travail, à renforcer les droits sociaux des travailleurs non manuels⁴¹ et des agriculteurs, affirmant d'ailleurs que ces derniers doivent bénéficier, au même titre que les autres travailleurs, entre autres, d'un salaire assurant un niveau de vie convenable, d'une journée de travail limitée à huit heures, d'un repos hebdomadaire⁴².

Devant la CIJ, les droits sociaux protégés par la DUDH ou par le PIDESC ont pu être invoqués, dans leur dimension tant négative que positive, par certains Etats⁴³ ou par certains juges dissidents⁴⁴. Le 9 juillet 2004, au sein

³⁸ Brèche qui pourra être confirmée par le Comité des droits des personnes handicapées chargé de l'application de la Convention y relative, qui contient un certain nombre de droits sociaux et dont le protocole permettant les communications individuelles est entré en vigueur le 3 mai 2008.

³⁹ CPJI, avis du 6 avril 1935, Ecoles minoritaires en Albanie, AB64, p. 20 : l'interdiction des écoles privées rompt l'égalité de traitement en privant la minorité linguistique des institutions appropriées, alors que la population majoritaire continue à bénéficier des institutions étatiques.

⁴⁰ CPJI, arrêt du 26 avril 1928, Ecoles minoritaires en Haute Silésie, A15, p. 41 : l'Etat doit respecter les dispositions internationales imposant de créer des écoles publiques permettant aux enfants issus des minorités de suivre une instruction dans leur langue maternelle.

⁴¹ CPJI, avis du 15 novembre 1932, OIT-Travail de nuit des femmes, AB50.

⁴² CPJI, avis du 12 août 1922, OIT-Agriculture, B02, p. 23-28.

⁴³ V. not. : CIJ, 20 mars 1993, Requête introductive d'instance, Application de la convention pour la prévention et répression du crime de génocide, § 132 : la Yougoslavie violerait de nombreux droits garantis par la DUDH dont les art. 22-26 relatifs aux DESC.

⁴⁴ V. not. les opinions dissidentes de M. WEERAMANTRY, suite à l'avis CIJ, 8 juillet 1996, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, p. 506 : les armes nucléaires portent atteinte aux droits aux soins médicaux (art. 25, par. 1), à la protection de la maternité et de l'enfance (art. 25, par. 2) au droit à la vie culturelle (art. 27, par. 1) DUDH, ou suite à l'avis CIJ, 8 juillet 1996, Licéité de l'utilisation des armes nucléaires, p. 144-145 : par l'art. 12 PIDESC, « Chaque Etat est [...] tenu de respecter le droit à la santé de tous les membres de la communauté internationale. [...] Le libellé du pacte va au-delà de la simple reconnaissance ou de la déclaration d'intention », puisqu'en vertu de l'art. 2§1, les Etats « s'engagent » à garantir les droits sociaux. L'art. 2§2 (non-

de son avis sur *les conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé*, la CIJ accepte à son tour de reconnaître l'existence d'une violation du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels par un Etat (1), contribuant ainsi à préciser le régime juridique applicable aux droits sociaux (2).

1) La reconnaissance d'une violation du PIDESC

Selon la CIJ, la construction du mur séparant les territoires israéliens et palestiniens méconnaît de nombreuses conventions internationales relatives aux droits de l'Homme (CIDH) en restreignant la liberté de circulation des palestiniens, entravant ainsi la production agricole, l'accès aux services de santé et d'éducation ainsi que l'approvisionnement en eau. Ainsi, « la construction du mur [...] entrave[...] l'exercice par les intéressés des droits au travail, à la santé, à l'éducation et à un niveau de vie suffisant tels que proclamés » par le PIDESC (§ 133-134), sans que soient respectées les exigences que l'art. 4 du Pacte fait peser sur toutes limitations aux droits du PIDESC⁴⁵, en particulier le fait qu'elles doivent être établies « exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique » (§ 136).

C'est alors la reconnaissance d'une violation du PIDESC, mais plus encore la recherche d'une justification à cette violation, qui renforcent théoriquement la possible justiciabilité des droits sociaux : ceux-ci ne sont plus de simples déclarations d'objectifs grandement utopiques, puisqu'une Cour peut les appliquer, en prenant en considération les exigences diverses qui pèsent sur un Etat et qui sont susceptibles de justifier objectivement la nécessité d'une mesure restrictive. Finalement, c'est l'existence d'un contrôle par le juge de la nécessité d'une atteinte aux droits de l'Homme, qui rend leurs lettres de noblesse juridique à ces derniers et qui leur permet d'accéder au statut de « véritables droits ». Ainsi, le respect des droits sociaux comme celui des droits civils « est susceptible de faire l'objet d'une détermination objective *in concreto*, si l'on prend la peine d'appliquer la méthodologie découlant de la prise en compte du principe d'intangibilité : détermination d'une atteinte au droit, puis recherche d'une justification de l'atteinte par l'utilisation des critères de légalité de l'omission et de la nécessité de cette omission au regard d'un « but légitime » dans une société démocratique »⁴⁶.

En 2004 donc, l'invocabilité d'une violation du PIDESC dans le cadre d'un différend entre Etats ne semble poser aucune difficulté ni à la Cour, ni à l'Etat

discrimination dans la jouissance des DESC) « ajoute une obligation de prendre des mesures effectives pour garantir le droit à la santé à la population mondiale » (nous soulignons).

⁴⁵ Art. 4 PIDESC : « [...] dans la jouissance des droits assurés par l'Etat conformément au présent pacte, l'Etat ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique ».

⁴⁶ Olivier DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international*, Pédone, 2004, p. 257.

mis en cause qui ne cherche à aucun moment à soulever l'injusticiabilité du Pacte, ni à la doctrine⁴⁷, qui ne relève pas, ne serait-ce qu'étonnée, cette nouveauté – à une époque pourtant où, à l'ONU, on débat fortement de l'(in)opportunité de mettre en œuvre une procédure de communication relative au PIDESC. Cette invocabilité peut en effet sembler évidente : ce n'est pas parce qu'une convention n'est pas d'applicabilité et d'invocabilité directes au niveau national et qu'elle ne souffre d'aucune procédure de communication individuelle au niveau international, qu'elle ne pose pas de réelles obligations interétatiques contraignantes susceptibles d'engager la responsabilité internationale d'un Etat et d'être invoquées devant la Cour internationale de Justice.

Pourtant, il eût été envisageable d'objecter à cette invocabilité l'idée selon laquelle les Etats parties au Pacte n'ont pas prévu de procédure de communication étatique, contrairement à ce qu'ils ont mis en place à l'art. 41 PIDCP, parce que, de par leur nature, les droits sociaux ne se prêtent pas à l'examen judiciaire d'une plainte émanant d'un Etat partie. Ou encore, à l'image du seul juge qui évoque le sujet au sein de son opinion individuelle, on eût pu estimer qu'il n'est pas nécessairement « judicieux de solliciter des avis consultatifs de la Cour sur le respect par les Etats parties de leurs obligations » résultant des deux PI « qui font l'objet d'un suivi plus détaillé de la part d'organes créés à cette fin », ce d'autant plus que la « situation » du PIDESC « est encore plus singulière étant donné les programmes exigés pour la réalisation de cette catégorie de droits »⁴⁸ et brandir ainsi à nouveau l'argument de la progressivité pour justifier l'exclusivité d'un examen sur rapport.

Il reste qu'en l'espèce, la Cour s'est prononcée sur une obligation de respecter les droits sociaux, sur la violation d'une obligation d'abstention, de non-ingérence et donc sur le type d'obligations dont la justiciabilité est la moins controversée. Pourtant, la reconnaissance de cette violation entraîne des obligations qui peuvent avoir une forte influence sur les choix politiques et budgétaires de l'Etat concerné, puisqu'il s'agit de mettre un terme à l'édification du mur, de démanteler l'ouvrage et de réparer tous les dommages causés du fait des destructions d'habitations, de commerces, d'exploitation agricole (§ 149-153). Tout se passe alors comme si les implications politiques et financières d'une décision de justice étaient beaucoup plus acceptables dans le cadre d'une obligation de réparation que dans le cadre d'une obligation de réaliser (les droits sociaux).

⁴⁷ V. not. : Juan Manuel GOMEZ-ROBLEDO, « L'avis de la CIJ sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé : timidité ou prudence ? », RGDIP, 2005, p. 521 ; Nicolas HAUPAIS, « Les obligations de la puissante occupante au regard de la jurisprudence et de la pratique récentes », RGDIP, 2007, p. 117 ; Guislain POISSONNIER et Pierre OSSELAND, « Les colonies israéliennes de Cisjordanie en droit international », RGDIP, 2010, p. 63.

⁴⁸ Mme HIGGINS, Opinion individuelle sous CIJ, avis du 9 juillet 2004, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé, § 26-27.

2) Le régime juridique des droits sociaux précisé

L'Etat d'Israël contestait l'applicabilité des CIDH aux territoires palestiniens et affirmait que les obligations qui lui incombent en la matière n'étaient applicables qu'à l'intérieur de son propre territoire. La Cour rejette cette interprétation : le PIDESC « ne comporte aucune disposition quant à son champ d'application » probablement parce que les droits qu'il garantit « ont pour l'essentiel une portée territoriale » (§ 112). Aucune explication ne précise cette affirmation, qui semble aller dans le sens d'une vision des droits sociaux comme impliquant prioritairement une obligation positive des Etats, la fourniture et la garantie d'un certain nombre de prestations sociales, qui naturellement ne pourraient se développer que dans le cadre d'un territoire déterminé et dans une relation Etat/habitants donnée.

La Cour adopte toutefois une conception relativement large (et logique) de la compétence territoriale en précisant que le PIDESC « s'applique à la fois aux territoires placés sous la souveraineté d'un Etat partie » – sur son territoire national donc – « et à ceux sur lesquels un tel Etat exerce une juridiction territoriale » autrement dit, sur les territoires que l'Etat contrôle (§ 112). Ainsi, « sans que la solution soit parfaitement claire, la Cour semble relier l'application [du PIDESC] à une situation de contrôle territorial sur les territoires occupés, ce qui indique *a contrario* qu'une absence de contrôle aurait abouti à la conclusion que le pacte en cause est inapplicable. Il en résulte que les deux pactes ne sont pas soumis à des conditions d'application exactement similaires »⁴⁹, que le régime juridique applicable à ces deux catégories de droit diffère, puisque la Cour estime que le PIDCP doit être respecté au sein et en dehors du territoire national, sans référence aucune à la notion de juridiction territoriale.

L'obligation de respecter, de s'abstenir de porter atteinte aux droits du PIDESC s'applique alors sur le territoire national et sur les territoires contrôlés pour les compétences exercées à ce titre, mais elle concerne également l'obligation de « ne pas faire obstacle à l'exercice de tels droits » dans les domaines où la puissance occupée a sauvegardé une compétence (§ 112). Ces obligations ne cessent pas en cas de conflit armé (§ 106). Le respect du droit au travail, à la santé, à l'éducation à un niveau de vie suffisant ne constitue pas pour autant une obligation *erga omnes*, puisqu'en deçà du célèbre *obiter dictum* de l'Arrêt *Barcelona Traction* qui conférait ce statut à tous « les droits fondamentaux de la personne humaine »⁵⁰, la CIJ ne le reconnaît en l'espèce qu'au droit des peuples à l'autodétermination et à certaines obligations relevant du droit international humanitaire (§ 159).

En simple procédure consultative, c'est-à-dire sans créer du droit par une jurisprudence, mais également quasiment sans contestation sur ce point, la Cour internationale de justice accepte que le PIDESC puisse être invoqué

⁴⁹ Nicolas HAUPAIS, précit., p. 139.

⁵⁰ Philippe WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale », RGDI, 2004, p. 1036.

devant elle lors d'un différend interétatique⁵¹. Pour interpréter le PIDESC, elle utilise les observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CODESC) sur les rapports étatiques comme « un moyen complémentaire d'interprétation » (au sens de l'art. 32 de la Convention sur le droit des traités). En revanche, elle utilise la pratique du CDH (qu'il s'agisse des constatations suite à une communication, de ses observations finales ou générales) comme « prémisses d'interprétation » du PIDCP. Cette grande « déférence » qui « procède d'un choix discrétionnaire » de la Cour⁵² pourrait éventuellement s'appliquer au CEDAW et au CEDR renforçant ainsi le poids juridique de leur pratique, en matière de droits sociaux en particulier. La Cour pourra alors peut-être également témoigner d'un respect identique face à la pratique du CODESC, lorsque celui-ci, conformément aux souhaits qu'il réitère depuis son entrée en vigueur, statuera sur les communications alléguant d'une violation du PIDESC.

II. La concrétisation de la justiciabilité internationale du PIDESC

Alors que l'art. 28 PIDCP prévoit l'institution d'un Comité des droits de l'Homme, organe du traité, spécialement dévolu à l'examen du respect du Pacte et composé d'experts siégeant à titre individuel, l'art. 16 PIDESC donne au Conseil économique et social (ECOSOC), organe intergouvernemental des Nations Unies, compétence pour examiner les rapports étatiques sur la mise en œuvre du Pacte, témoignant ainsi encore de la difficulté d'accepter un contrôle international indépendant en matière de droits sociaux. L'ECOSOC crée alors, pour se faire assister dans cette tâche, un groupe de travail composé d'experts gouvernementaux. Ce n'est que le 28 mai 1985, dans sa résolution 1985/17, que l'ECOSOC change la composition de cet organe en créant le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, composé d'experts indépendants, siégeant à titre individuel. La première session du CODESC aura lieu deux ans plus tard, mais depuis, il n'a cessé d'œuvrer en faveur de la reconnaissance de la justiciabilité tant nationale qu'internationale du PIDESC, en démontrant l'absence d'obstacle au contrôle juridictionnel du respect du pacte (1) et en déclenchant la construction du PF au PIDESC (2).

A. La démonstration méthodique de la justiciabilité des droits sociaux

D'un point de vue substantiel, le CODESC précise rapidement la nature des obligations découlant du PIDESC, tordant le cou à son impensable justiciabilité (1). D'un point de vue procédural, sa méthode d'examen des

⁵¹ Cette justiciabilité pourra peut-être être confirmée prochainement lors d'une procédure contentieuse : V. CIJ, 31 mars 2008, Requête introductive d'instance, Epannage aérien d'herbicide.

⁵² Raphaële RIVIER, « Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Cour internationale de Justice, Avis consultatif du 9 juillet 2004 », AFDI, 2004, p. 300-301.

rapports étatiques laisse transparaître la tentation d'un mécanisme officieux de communications (2).

1) La nature des obligations découlant du PIDESC

Afin de guider les Etats dans la rédaction de leurs rapports, le CODESC va rapidement adopter un certain nombre d'« observations générales » qui précisent les obligations découlant des dispositions du PIDESC. En 1990 en particulier, il s'intéresse à l'article 2 § 1 qui pose la nature de ces obligations et sur lequel se sont cristallisés tous les développements relatifs à la réalisation nécessairement progressive des DESC justifiant ainsi leur absence d'applicabilité immédiate et de justiciabilité. Le CODESC bouscule alors ces perceptions et présente une nouvelle appréhension de la nature des obligations issues du PIDESC⁵³. Tout d'abord, le Pacte impose « diverses obligations ayant un effet immédiat », au premier rang desquelles figurent l'obligation de garantir les DESC sans discrimination et l'obligation d'agir « dans un délai raisonnablement bref » par des mesures délibérées et concrètes en vue d'assurer le plein exercice de ces droits (§ 1-2), obligation sans laquelle la réalisation contraignante du Pacte serait dépourvue de tout contenu effectif. Certes, il ne peut être exigé des Etats la réalisation immédiate, pleine et entière des droits issus du Pacte. Mais les Etats doivent « œuvrer aussi rapidement et aussi efficacement que possible pour atteindre cet objectif ». En conséquence, « toute mesure délibérément régressive » au regard de la réalisation des droits sociaux « doit impérativement être examinée avec le plus grand soin, et pleinement justifiée par référence à la totalité des droits sur lesquels porte le Pacte, et ce en faisant usage de toutes les ressources disponibles » (§ 9).

Le Comité indique ensuite que « chaque Etat partie a l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits. Ainsi, un Etat partie dans lequel, par exemple, nombreuses sont les personnes qui manquent de l'essentiel, qu'il s'agisse de nourriture, de soins de santé primaires, de logement ou d'enseignement, est un Etat qui, à première vue, néglige les obligations qui lui incombent en vertu du Pacte ». Il semble donc que la réalisation des obligations fondamentales minimums doive également être mise en œuvre immédiatement et « pour qu'un Etat partie puisse invoquer le manque de ressources lorsqu'il ne s'acquitte même pas de ses obligations fondamentales minimums, il doit démontrer qu'aucun effort n'a été épargné pour utiliser toutes les ressources qui sont à sa disposition en vue de remplir, à titre prioritaire, ces obligations minimums » (§ 10).

Ces indications sur la nature des obligations découlant du Pacte permet de rappeler utilement aux Etats, que les dispositions du PIDESC ne sont pas de simples objectifs, de simples déclarations d'intention, mais qu'au contraire, elles sous-tendent des obligations contraignantes : la réalisation progressive

⁵³ Observation générale n° 3, La nature des obligations des Etats parties, E/1991/23 (14 décembre 1990).

n'autorise pas les Etats à rester inactifs, au contraire, elle leur impose d'agir en vue de cette réalisation, de ne pas prendre de mesures régressives et de garantir le respect des obligations fondamentales minimums. La précision de ces obligations, mais également des motifs susceptibles de justifier d'éventuels manquements permet alors au CODESC d'indiquer implicitement qu'il est possible, pour un juge, de se fonder sur certains éléments pour déterminer, en droit, si les obligations du Pacte ont été respectées et donc que la réalisation des DESC ne relève pas exclusivement de la sphère politique.

Le Comité précise par ailleurs que certaines dispositions du Pacte « sont susceptibles d'être immédiatement appliquées par des organes de caractère judiciaire » dans « de nombreux systèmes juridiques nationaux » et cite alors classiquement l'interdiction de discrimination et un certain nombre de libertés protégées par le Pacte. Mais il ajoute à cette liste des droits qui nécessitent avant tout pour leur réalisation de fortes actions étatiques et la disposition de ressources importantes, tel que le droit à un enseignement primaire gratuit pour tous (§ 5). Il précise quelques années plus tard qu'« il n'existe dans le Pacte aucun droit qui ne puisse être considéré, dans la grande majorité des systèmes, comme comportant au moins quelques aspects importants qui sont invocables ». On ne peut opposer à l'invocabilité des DESC le fait qu'elle conduit le juge à se prononcer sur l'allocation des ressources, question qui relèverait par principe des autorités politiques, puisqu'on ne refuse pas en d'autres matières que les tribunaux puissent traiter « d'un vaste éventail de questions qui ont d'importantes incidences financières ». Par ailleurs, « bon nombre » de dispositions du Pacte « sont libellées en des termes qui sont au moins aussi clairs et précis que ceux des autres instruments relatifs aux droits de l'Homme, dont les tribunaux considèrent généralement les dispositions comme directement applicables ». Ainsi, conclut le Comité, « l'adoption d'une classification rigide des droits économiques, sociaux et culturels qui les placerait, par définition, en dehors de la juridiction des tribunaux serait [...] arbitraire et incompatible avec le principe de l'indivisibilité et de l'interdépendance des deux types de droits de l'Homme »⁵⁴.

C'est désormais à l'aune de ces précisions relatives aux obligations incombant aux Etats que le Comité resserre son contrôle des rapports étatiques n'hésitant désormais plus à relever que le manque de ressources matérielles du Rwanda est impropre à justifier l'interdiction de syndicats, que la pauvreté de la Colombie ne la dégage pas des obligations qui lui incombent en vertu du Pacte ou à regretter l'absence d'invocabilité directe du Pacte devant les tribunaux néerlandais⁵⁵. Parallèlement, il continue, par la pratique des obligations générales, à préciser les obligations découlant des droits issus du Pacte, en

⁵⁴ Observation générale n° 9, Application du Pacte au niveau national, E/C.12/1998/24, (3 décembre 1998), § 9-11.

⁵⁵ Observations finales citées par Jean DHOMMEAUX, « La contribution du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies à la protection des droits économiques, sociaux et culturels », AFDI, 1994, p. 647-648.

appliquant à chaque droit la théorie de l'aspect tridimensionnelle des obligations découlant du PIDESC (respecter, protéger, réaliser)⁵⁶.

Ainsi, dès lors que la teneur des obligations du PIDESC a été précisée, que la réalisation progressive ne s'oppose plus à une certaine application immédiate, que les droits issus du Pacte sont suffisamment précis pour être appliqués par les juges nationaux en dépit des ressources qu'ils nécessitent, il devient plus difficile de s'opposer à une procédure de communication internationale. Autrement dit, « le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a fourni suffisamment de précisions sur le contenu des obligations imposées aux Etats parties au Pacte pour que ces obligations puissent être considérées comme « justiciables », c'est-à-dire pour qu'il soit possible au Comité de porter une appréciation motivée en droit sur l'allégation que contient une communication individuelle selon laquelle un Etat partie n'a pas respecté ces obligations »⁵⁷. Les précisions apportées par le Comité relatives à la nature des obligations découlant du Pacte vont d'ailleurs le conduire à faire évoluer son examen des rapports vers un mécanisme officieux de communications.

2) Vers un mécanisme officieux de communications⁵⁸

Au sein du PIDESC, le seul mécanisme d'examen international initialement prévu est celui de la présentation périodique de rapports établis par les Etats parties et relatifs aux mesures adoptées et aux « progrès accomplis » dans la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels. Ces rapports sont transmis à l'ECOSOC et aux institutions spécialisées concernées (art. 16-17). Il est possible de voir dans cette procédure la recherche d'un moyen de pression *a minima*, incitant les Etats à réellement adopter des mesures de mise en œuvre du Pacte. Cette incitation se retrouve également dans la potentielle diffusion internationale des progrès accomplis et plus précisément dans la possibilité offerte à l'ECOSOC de renvoyer les rapports étatiques à la Commission des droits de l'Homme aux fins d'études et de recommandations générales et de présenter à l'Assemblée générale de l'ONU des rapports contenant des recommandations générales et un résumé des renseignements reçus des Etats parties et des institutions spécialisées (art. 19 et 21).

Il n'est toutefois jamais question, par l'examen sur rapport, de montrer du doigt et de chercher à condamner un Etat, même moralement, en l'absence de progrès accomplis, et encore moins en cas de violation du Pacte. La non-réalisation des obligations issues du Pacte ne semble jamais relever d'une faute,

⁵⁶ V. not. Observation Générale n° 12, Le droit à une nourriture suffisante, E/C.12/1999/5, (12 mai 1999), § 15 ; Observation générale n° 13, Le droit à l'éducation, E/C.12/1999/10, (8 décembre 1999), § 46.

⁵⁷ Olivier DE SCHUTTER, « Le Protocole Facultatif au Pacte International Relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels », RBelg.DI, 2006, p. 20.

⁵⁸ Réflexion directement inspirée de Matthew CRAVEN, « Towards an unofficial petition procedure : A review of the role of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights », in Social Rights as Human Rights: A European Challenge, Krzysztof DRZEWICKI et al. (eds), Abo/Turku, 1994, p. 91.

d'une action ou d'une omission dont l'Etat porterait la responsabilité. Au contraire, l'art. 17 considère seulement que des « facteurs » ou des « difficultés » peuvent empêcher l'Etat de s'acquitter pleinement de ses obligations. Il peut alors en faire état dans ses rapports, ce qui permet à l'ECOSOC d'informer les institutions internationales susceptibles de fournir une assistance (art. 22). Autrement dit, le mécanisme de surveillance internationale ne vise à pas porter un jugement négatif sur la non-réalisation du Pacte par les Etats, mais seulement à les inciter doucement, à les aider internationalement sur la voie de cette réalisation.

Pourtant, le CODESC qui examine les rapports depuis 1987 modifie fondamentalement le sens de cette procédure, en demandant aux Etats de rendre des comptes sur la mise en œuvre de leurs obligations et en se prononçant sur la violation des dispositions du Pacte, violation qui peut résulter autant d'une action positive que d'une abstention : ainsi, en 1989, la France porte atteinte aux droits du Pacte en imposant une condition de nationalité à l'octroi d'une allocation en faveur des personnes handicapées, et en 1991, l'Equateur est invité à harmoniser son code du travail avec les normes internationales⁵⁹. Dans ces dernières observations finales relatives au rapport français, le Comité n'hésite pas à noter que « le nombre des hébergements d'urgence [...] est trop faible pour répondre à la demande grandissante », « que les progrès accomplis pour favoriser la réinsertion sociale des personnes sans domicile sont encore insuffisants » et à recommander « de prendre toutes mesures appropriées pour améliorer sur les plans quantitatif et qualitatif les dispositifs d'accueil »⁶⁰. On est alors bien loin d'une pure incitation par la remise de rapport et d'une simple proposition d'assistance internationale.

Nécessairement, l'examen par le Comité ne peut plus dès lors se contenter de la présentation d'un état des lieux par les Etats parties, et sous certains aspects, ses méthodes vont s'avérer plus inquisitoriales : la lecture du rapport étatique le conduit à demander au représentant de l'Etat concerné des précisions sur le respect des droits économiques, sociaux et culturels. Si les informations étatiques sont insatisfaisantes, le CODESC demande la mise en place d'une procédure d'enquête. Parallèlement, un souci du contradictoire émerge et le Comité accepte que des organisations non gouvernementales lui apportent à différents stades de l'examen des présentations écrites et orales et lui déposent un rapport alternatif à celui présenté par l'Etat, dont il tiendra compte dans sa demande de précisions à l'Etat mais également dans ses observations finales⁶¹. Il n'est plus alors question pour l'Etat uniquement de se congratuler au sujet des progrès accomplis ou de se plaindre des difficultés

⁵⁹ Observations finales citées par Jean DHOMMEAUX, « La contribution du Comité des droits économiques, sociaux et culturels... », précit., p. 647-648.

⁶⁰ E/C.12/FRA/CO/3, (9 juin 2008), § 25 et 46.

⁶¹ Matthew CRAVEN, « The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights », in *Economic, Social and Cultural Rights: a Textbook*, Asbjørn EIDE et al. (eds), M. Nijhoff, 2001, p. 463-465.

rencontrées. Il s'agit désormais de se justifier de l'état actuel des DESC sur son territoire.

Mais plus encore, il est arrivé au Comité, alerté d'une violation d'un droit social par une ONG en dehors du processus d'examen des rapports étatiques, de demander à l'Etat concerné un rapport *ad hoc* sur le problème soulevé et d'adresser, sur la base de celui-ci et des informations alternatives fournies par les ONG, un certain nombre de recommandations à l'Etat pour que la pratique contestée cesse. La différence entre la procédure d'examen sur rapport et celle de communications déposées par un groupe de personnes alléguant de la violation d'un droit social s'amenuise peu à peu⁶². Il ne restait plus alors qu'à conforter et à entériner la justiciabilité internationale des DESC devant le CODESC par la création d'un PF au PIDESC.

B. La construction progressive du protocole facultatif

Refusant la différenciation dite intrinsèque entre les droits économiques, sociaux et culturels et les droits civils et politiques qui avait jusqu'ici justifié des modalités de contrôle international différentes pour le PIDCP et le PIDESC, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels va promouvoir dès le début des années 90, l'adoption d'un protocole facultatif (1), qui, finalement, une fois adopté par l'Assemblée générale des Nations unies, atteste d'une très grande similitude avec la procédure de communication ouverte en cas de violation du PIDCP, tout en conservant malgré tout une certaine spécificité (2).

1) Dix-sept ans de réflexion...

Dès sa 4^{ème} session, en 1990, le CODESC évoque la nécessité de réfléchir sur l'opportunité d'une procédure de communication relative aux violations du PIDESC⁶³. A la demande du Comité, Philip Alston, son Président, prépare au sein de différentes notes les éléments d'une discussion sur le sujet⁶⁴, qui sont ensuite régulièrement débattus en séance plénière. On s'interroge alors sur la justiciabilité des droits sociaux, sur l'opportunité d'une procédure internationale de communications, sur les droits susceptibles d'être couverts par un tel mécanisme, sur la possibilité ou non laissée aux Etats parties d'exclure certains droits de cette protection, sur les auteurs de telles communications, particuliers, groupes, organisations non gouvernementales, Etats parties...

Mais malgré ces questionnements, les membres du Comité tiennent à souligner, dès la deuxième Conférence mondiale sur les droits de l'Homme en 1993 – chargée de faire le point sur les progrès réalisés et les obstacles rencontrés depuis l'adoption de la Déclaration universelle – leur fort soutien à l'adoption d'une procédure de communications en lien avec le PIDESC et leurs

⁶² Idem, p. 466-467.

⁶³ E/C.12/1990/3 (15 janv.-2 fév. 1990).

⁶⁴ E/C.12.1991/WP.2 (25 oct. 1991) ; C/C.12/1992/WP.9 (27 nov. 1992).

propositions en la matière⁶⁵. Ils reçoivent alors un écho favorable et les représentants des 171 Etats présents encouragent alors, par le biais de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne, la Commission des droits de l'Homme à poursuivre, en coopération avec le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, l'étude d'un PF au PIDESC⁶⁶.

A la demande de la commission, Philip Alston commence à dégager les pistes d'un réel projet de protocole⁶⁷, encouragé dans cette voie par le soutien et par la rédaction de propositions alternatives en provenance de juristes engagés au sein de la société civile internationale⁶⁸. En 1996, après de longs débats, le Comité adopte le rapport final qui synthétise les différents éléments de discussion et qui propose un projet de protocole facultatif à la Commission des droits de l'Homme⁶⁹.

Face à une réception du rapport relativement indifférente de la part des Etats⁷⁰, ce n'est qu'au début des années 2000, que la Commission, poussée par le Haut commissariat aux droits de l'Homme⁷¹ semble prendre réellement le processus en main : elle nomme alors un expert indépendant, Hatem Kotrane, chargé d'examiner le projet sur la base des différents travaux institutionnels ou associatifs entrepris sur le sujet⁷². Au sein de deux rapports, celui-ci défend clairement l'adoption d'un protocole au PIDESC, mais il estime parallèlement que de nombreuses questions doivent être approfondies par la création d'un groupe de travail de la Commission chargé d'examiner les différentes options⁷³. En 2004, le groupe de travail tient sa première session. Sa composition « non limitée » permet non seulement aux Etats d'y participer mais également aux organisations non gouvernementales bénéficiant d'un statut consultatif auprès de l'ECOSOC. Sous la présidence de Catarina de Albuquerque, le groupe étudie

⁶⁵ E/1993/22, (7 décembre 1992), § 234 ; E/C.12/1992/2, Annex IV (11 December 1992)

⁶⁶ A/CONF.157/23 (25 juin 1993), § 75.

⁶⁷ E/C.12/1994/12 (9 novembre 1994) ; E/C.12/1996/CRP.2/Add.1.

⁶⁸ Fons COOMANS et Fried VAN HOOFF (éd.), *The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights : Proceedings of the Expert meeting on the Adoption of an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Utrecht, Netherlands Institute of Human Rights, 1995, 242 p. ; D'une manière générale, la rédaction du PF a particulièrement engagé la société civile internationale, parfois soutenue par certains gouvernements. V. not. : Commission internationale de Juristes, *Droits économiques, sociaux et culturels et le rôle des juristes*, Bangalore, oct.-déc. 1995, *La Revue*, 1995, 235 p ; Michel DOUCIN, Cheffi BRENNER et al., *Séminaire de réflexion sur le projet de Protocole au Pacte des DESC*, Nantes, 5-7 sept. 2005, <http://www.irenees.net/fr/dossiers/dossier-143.html> ; les travaux de la Coalition internationale d'ONG pour un Protocole Facultatif au PIDESC, <http://www.opicescr-coalition.org/francaishome.htm>.

⁶⁹ E/CN.4/1997/105, Annexe IV (6 déc. 1996).

⁷⁰ Anastasia ILIOPOULOU et Arnaud JAUREGUIBERRY, « Protocole Facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels instituant un mécanisme de plainte, Un entretien avec Catarina de Albuquerque », *Droits fondamentaux*, 2008-2009, <http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?article139>.

⁷¹ E/CN.4/2001/62, Add. 2 et Add. 1 (20-22 mars 2001) ; V. également : E/2006/86 (21 juin 2006) ; E/2009/90 (8 juin 2009).

⁷² E/CN.4/RES/2001/30 (20 avril 2001).

⁷³ E/CN.4/2002/57 (12 fév. 2002) ; E/CN.4/2003/53 (13 janv. 2003).

l'opportunité d'un PF⁷⁴, jusqu'à ce que le Conseil des droits de l'Homme, lors de sa première session en 2006, lui demande officiellement d'en commencer la rédaction⁷⁵. Le processus s'accélère alors considérablement, malgré des désaccords persistants : en avril 2008, un premier projet⁷⁶ est présenté au Conseil des droits de l'Homme, qui l'adopte 2 mois plus tard⁷⁷ et le transmet à l'Assemblée Générale de l'ONU⁷⁸.

Le projet de protocole présenté par le CODESC en 1996 avait pu être considéré comme « indubitablement ambitieux » et vraisemblablement peu acceptable par les Etats⁷⁹. Pourtant, le texte adopté par l'Assemblée générale, le 10 décembre 2008, est finalement très proche du projet du Comité. Certes certaines dispositions ont été assouplies, mais d'autres encore plus contraignantes, ont été ajoutées. La balle est donc désormais dans le camp des Etats car ce mécanisme ambitieux – proche de ceux existants pour d'autres Conventions, tout en gardant une spécificité propre – n'entrera en vigueur qu'après le dépôt du dixième instrument de ratification.

2) Le nouveau mécanisme : un cadre commun, des dispositions spécifiques

Les rédacteurs du nouveau protocole ont cherché à reprendre autant que possible les dispositions existantes telles qu'interprétées par les différents Comités en matière de communications et ceci, non seulement parce que l'expérience a permis de dégager un certain nombre de bonnes pratiques, mais également parce qu'une procédure semblable à celle applicable à d'autres droits fondamentaux contribue à témoigner de l'absence de distinction intrinsèque entre les différentes catégories de droits.

Tout d'abord, une procédure presque identique à celle qui existe au sein de l'art. 41 PIDCP est mise en place : les communications interétatiques (art. 10 PF) ne peuvent être présentées et ne peuvent viser que les Etats qui ont expressément reconnu la compétence du CODESC en la matière. « Ni juridictionnels, pas même 'quasi-juridictionnels' », les Comités deviennent alors d'« amiables compositeurs » cherchant à rapprocher les points de vue quant à la conduite à adopter pour être en conformité avec les Pactes⁸⁰. Ils dressent des rapports indiquant les faits, les positions étatiques en présence et éventuellement la solution trouvée. Le CODESC se voit alors reconnaître un pouvoir supplémentaire par rapport au CDH : il peut en cas d'échec du

⁷⁴ Rés. de la Com. DH, 2003/18 (22 avril 2003).

⁷⁵ Rés. 1/3 (29 juin 2006).

⁷⁶ A/HCR/8/7 (6 mai 2008).

⁷⁷ Rés. 8/2 (18 juin 2008).

⁷⁸ Pour un récit précis sur la construction du Protocole : Claire MAHON, « Progress at the Front : The Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », HRLR, 2008, p. 617.

⁷⁹ Matthew CRAVEN, « The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights », précit., p. 470.

⁸⁰ Jacques MOURGEON, précit., p. 359-360.

règlement amiable, communiquer ses vues propres sur le sujet aux *seuls* Etats intéressés, témoignant ainsi d'une certaine indépendance vis-à-vis des parties.

La procédure de communication individuelle se rapproche également à de maintes égards des textes et pratiques existants : la compétence *ratione personae* du CODESC est semblable à celle prévue par le PF à la Conv. EDAW qui était en cela novateur par rapport au PF au PIDCP : non seulement les particuliers, mais également les groupes de particuliers, qui se prétendent victimes d'une violation d'un droit garanti par le PIDESC peuvent présenter une communication individuelle. Plus encore, celle-ci peut être présentée au nom des victimes (avec leur consentement en principe), ce qui permet (entre autres) aux organisations non gouvernementales spécialisées dans la défense des droits sociaux de déposer des communications, sans avoir à justifier d'une quelconque habilitation onusienne. Malgré les controverses en la matière liées en particulier à la crainte d'un afflux de communications et au risque d'*actio popularis*, le choix a donc porté sur une compétence *ratione personae* large du côté des auteurs et classique du côté de l'Etat défendeur, qui doit nécessairement être partie au Protocole.

Plus encore, une procédure d'autosaisine du Comité permet aux ONG de l'avertir d'atteintes graves ou systématiques à l'un des DESC et de l'inciter à enquêter alors même que les victimes, par crainte des représailles ne leur auraient pas donné leur mandat⁸¹ : l'enquête peut alors se dérouler sur le territoire de l'Etat concerné, le Comité peut présenter des observations et recommandations, demander à l'Etat d'y répondre et publier un compte rendu succinct des résultats (art. 11). Cette procédure également prévue au sein du PF à la Conv. EDAW reste cependant tributaire d'une coopération étatique forte, puisqu'il s'agit d'une clause facultative soumise à déclaration étatique et puisque les visites sur le territoire national et la publication des résultats dépendent d'un accord express de l'Etat concerné.

S'agissant des communications individuelles, classiquement, la compétence *ratione loci* concerne des auteurs relevant de la juridiction d'un Etat Partie, la compétence *ratione temporis* est limitée aux faits postérieurs à l'entrée en vigueur du PF sauf violation continue, les voies de recours internes doivent avoir été épuisées, sauf délais de procédure déraisonnables, la communication être présentée dans les 12 mois suivant la décision interne définitive, une exception de recours parallèle est posée et les demandes incompatibles avec le Pacte, manifestement mal fondées, insuffisamment étayées ou abusives sont irrecevables. Ces conditions devraient alors permettre de limiter le nombre de communications et de concentrer le Comité sur des sujets où son intervention s'avère indispensable. Ce même souci peut conduire le Comité à écarter, en l'absence de graves questions d'importance générale, les communications « dont il ne ressort pas que l'auteur a subi un désavantage notable ». Spécificité au

⁸¹ Claire MAHON, précit., p. 641.

regard des autres procédures internationales, cette condition se rapproche pourtant grandement de la clause d'absence de « préjudice important » créée par le Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'Homme.

La compétence *ratione materia* a fait l'objet d'intenses débats, même si finalement, elle est semblable à celles prévues par les PF au PIDCP et à la Conv. EDAW : il s'agissait essentiellement de choisir entre une approche globale intégrant la protection de tous les DESC énoncés dans le Pacte, sans distinction entre eux, et une approche sélective permettant aux Etats de choisir les droits pouvant faire l'objet d'une communication et d'élargir le champ de cette justiciabilité petit à petit en fonction de leur niveau de développement et de leurs ressources. Afin d'éviter la hiérarchisation entre les droits et de conserver un parallélisme avec le PF au PIDCP, c'est finalement l'approche globale qui a été privilégiée, la communication pouvant concerner une violation « d'un des droits économiques, sociaux et culturels énoncés dans le Pacte ». Il restait alors la question non moins épineuse de la justiciabilité du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Celui-ci n'a en définitive pas été écarté expressément de la procédure, même si, commun aux 2 Pactes (art. 1), ce droit pourra ne pas être considéré comme spécifiquement économique, social ou culturel. A l'image du CDH, le CODESC pourra décider que ce droit ne peut être invoqué qu'en lien avec l'invocation de la violation d'un autre article du Pacte⁸².

L'examen de la communication relève davantage de spécificité que les conditions de recevabilité : tout d'abord, le Comité met ses bons offices au service d'un règlement amiable mettant fin au différend, phase de conciliation absente des autres protocoles facultatifs mais présente au sein de certains systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme. Ensuite et surtout, « lorsqu'il examine les communications [...], le Comité détermine le caractère approprié des mesures prises par l'Etat Partie » (art. 8 § 4) pour « assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte » (art. 2 § 1 PIDESC). « Ce faisant, il garde à l'esprit le fait que l'Etat Partie peut adopter un éventail de mesures pour mettre en œuvre les droits » concernés (art. 8 § 4 PF). La disposition rappelle alors que la réalisation des droits sociaux nécessite l'adoption d'un certain nombre de mesures, que le Comité n'est pas compétent pour choisir lesquelles, compétence dévolue aux autorités politiques nationales, mais qu'il reste compétent pour déterminer l'aptitude de ces mesures à atteindre le but fixé : la réalisation des DESC et le respect du PIDESC⁸³.

Sur la base de cet examen et conformément aux pratiques des autres Comités, le CODESC remet alors ses constatations accompagnées de ses recommandations, l'Etat Partie doit alors indiquer dans les six mois les actions menées à la lumière de celles-ci. Les Etats parties ne s'engagent donc pas à se

⁸² Idem, p. 632.

⁸³ Barbara WILSON, « Quelques réflexions sur l'adoption du protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies », RTDH, 2009, p. 305.

conformer aux constatations du Comité (contrairement à l'art. 46 CEDH), formulation qui aurait « transform[é] la nature de la procédure de quasi judiciaire en judiciaire » sans présenter les garanties procédurales qui doivent aller en principe de pair avec la judiciarisation⁸⁴. Mais il est tout à fait envisageable que le CODESC se conforme à la pratique du CDH en vue de renforcer l'effectivité de ses constatations : il pourra ainsi demander régulièrement aux Etats des comptes sur le suivi des différends, nommer un rapporteur spécial à cet effet, publier intégralement ses constatations et les mesures de suivi, au sein de son rapport annuel et établir des communiqués de presse, autant de « soft procedures » « essentiellement fondées sur la persuasion et, dans une certaine mesure, sur l'aversion que peuvent éprouver des gouvernements d'être mis au pilori pour violation des droits de l'Homme », ainsi que sur la pression de l'opinion publique internationale⁸⁵.

Il existe cependant une particularité remarquable dans la manière dont est pensée la mise en œuvre des constatations relatives à une violation du PIDESC : l'art. 14 permet au Comité de transmettre aux institutions internationales compétentes les besoins de conseil et d'assistance techniques qu'il a pu observer au cours d'une procédure, mais également « toute question » « qui peut les aider à se prononcer (...) sur l'opportunité de mesures internationales propres à aider l'Etat Partie à progresser sur la voie de la mise en œuvre des droits reconnus dans le Pacte ». Un fond d'affectation spéciale est également créé pour « fournir aux Etats Parties une assistance spécialisée et technique » et renforcer les « capacités nationales » en vue d'une meilleure application des droits consacrés par le PIDESC. Le protocole semble ainsi rappeler, à toutes fins utiles, tel un serpent de mer, que la pleine réalisation des droits économiques, sociaux et culturels dépendra (entre autres) de la coopération internationale et des ressources disponibles.

Le PF au PIDESC opère donc une synthèse audacieuse entre une volonté forte de justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels et la crainte d'un empiètement sur des choix politiques relevant de la politique gouvernementale, entre un effort d'identification à la procédure offerte aux droits civils et politiques et un souci lié à la réalisation spécifique des droits sociaux, entre la réitération de dispositions traditionnelles et l'intégration moderne des bonnes pratiques développées par les différents Comités. Il est encore trop tôt, à l'heure où sur 160 Etats Parties au PIDESC, 35 ont signé le protocole et seulement 3 l'ont ratifié (l'Equateur, l'Espagne, la Mongolie), pour savoir si les Etats relèveront le pari de cette audace ou lui tourneront le dos. Mais déjà, l'initiative commence à laisser des traces, et conformément au désir des acteurs centraux de ce texte, la porte ouverte à la justiciabilité

⁸⁴ E/CN.4/1997/105, Annexe IV, (6 décembre 1996), § 47.

⁸⁵ Alexandre KISS, « La protection des droits de l'Homme et les techniques de mise en œuvre du droit international », in *La protection des droits de l'Homme et l'évolution du droit international*, A. Pédone, 1998, p. 154-156.

internationale permet d'accepter peu à peu l'invocabilité nationale⁸⁶, stade ultime de l'efficacité du droit international des droits de l'Homme.

⁸⁶ Cass. soc., 16 décembre 2008, Eichenlaub c./Axia France, n° 05-40.876

CHAPITRE 2 - LES DROITS SOCIAUX DANS L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE. ENTRE INSTRUMENTALISATION ET « FONDAMENTALISATION » ?,

MYRIAM BENLOLO-CARABOT

Processus d'intégration économique, la construction communautaire n'a pas au départ placé comme priorité affichée la promotion d'une Europe sociale. Les réticences étatiques à transférer aux Communautés ou à l'Union des compétences significatives dans ce domaine ont rendu sans objet dans l'ordre juridique communautaire les controverses et enjeux connus des ordres juridiques internes, comme la justiciabilité, ou la définition même des droits sociaux. Dans ce contexte, on ne saurait s'étonner de la rareté, jusqu'à une période récente, des études portant sur la prise en compte des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire, la question étant généralement englobée dans une réflexion plus générale, soit dans une perspective internationale¹, soit dans une approche comparative entre les droits nationaux et l'Union européenne (UE)².

Les évolutions substantielles des traités constitutifs des Communautés et de l'UE, et notamment leur recentrage autour du citoyen européen³ et de la protection des droits fondamentaux⁴, ont cependant entraîné une mutation du discours doctrinal, qui vise désormais à rendre compte tant de la consistance que de la spécificité d'une conception communautaire des droits sociaux⁵. Portée par

¹ Nikitas ALIPRANTIS, *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux. Défis à l'échelle mondiale*, Bruylant, 2009 ; Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, *Perspectives nationales et internationales des droits sociaux*, Bruylant, 2009 ; Jean-François FLAUSS, *Droits sociaux et droit européen*, Bruxelles, Bruylant 2003.

² Laurence GAY, Emmanuelle MAZUYER, Dominique NAZET-ALLOUCHE, *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droits européen*, Bruylant, 2006 ; Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne. Étude comparée*, Bruylant, 2000.

³ La citoyenneté européenne est consacrée dans le traité de Maastricht en 1992 (articles 8 à 8 E du traité instituant la Communauté européenne (TCE). Elle occupe aujourd'hui une place centrale dans le traité sur l'UE tel que révisé par le traité de Lisbonne, V. l'article 9 du TUE et la deuxième partie du traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE), « Non-discrimination et citoyenneté de l'Union », articles 18 à 25.

⁴ Article 2 du TUE.

⁵ V. par exemple Catherine PELISSIER, *La protection des droits économiques et sociaux fondamentaux dans la Communauté européenne*, thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2001 ; Sandrine MAILLARD, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, PU Aix-en-Provence, 2008, 472 p. ; Claire MARZO, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, thèse de doctorat, Institut universitaire européen, 2009, 717 p.

la Cour de justice de l'UE, qui tient dans ce processus un rôle tout à fait déterminant, l'affirmation des droits sociaux dans l'ordre juridique de l'UE reste cependant très ambiguë. Instruments d'approfondissement du marché intérieur et des libertés économiques ou fondements d'une Union centrée sur l'Homme, les droits sociaux tels qu'appréhendés par la doctrine et le juge communautaires apparaissent comme un révélateur des tensions caractéristiques de cet ordre juridique singulier qu'est l'UE.

I. Les droits sociaux, instruments d'approfondissement du marché intérieur dans l'ordre juridique de l'Union européenne

Les difficultés à établir une compétence de l'Union en matière sociale ont pour conséquence de reléguer les droits sociaux au rang de « parents pauvres » du processus d'intégration : ce n'est que progressivement et avec réticences que sont inscrits dans les traités des compétences et des objectifs sociaux (A). Dans ce contexte juridique, la fonction des droits sociaux ne peut être analysée que de manière indirecte et fonctionnelle, comme un corollaire indispensable à la réalisation du marché intérieur (B).

A. Une prise en compte laborieuse des droits sociaux dans l'ordre juridique de l'UE

S'il faut prendre acte de l'évolution substantielle des traités constitutifs dans le domaine social (1), la prise en compte des droits sociaux dans l'ordre juridique de l'UE reste empreinte d'une grande ambiguïté (2).

1) Une prise en compte progressive des droits sociaux dans le droit primaire de l'UE

Les relations entre le droit communautaire et les droits sociaux ont longtemps été jugées sévèrement par la doctrine, qui n'a eu de cesse de dénoncer une prise en compte très insuffisante des droits sociaux et la part trop belle réservée à l'économie. Le droit primaire originaire est en effet d'un silence assourdissant sur les questions sociales. L'article premier du TCEE, tel qu'il est rédigé en 1957, dispose que « [l]a Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des Etats membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les Etats qu'elle réunit ». La seule référence au social figure dans le Préambule, qui dispose que les Etats membres sont « décidés à assurer par une action commune le progrès économique et social de leur pays en éliminant les barrières qui divisent l'Europe », et qui fixe comme but essentiel du traité l'« amélioration constante des conditions de vie et d'emploi de leurs peuples ».

La signature de l'Acte Unique européen, qui assigne pour la première fois des objectifs sociaux à la Communauté, le protocole social annexé au traité de Maastricht, puis surtout la signature du traité d'Amsterdam, marquent des étapes importantes dans l'élaboration d'une politique sociale communautaire. « Eléments objectifs [qui] obligent à revisiter des problématiques antérieures »⁶, les innovations des traités successifs et notamment, la référence récurrente aux droits sociaux fondamentaux opérée par le traité d'Amsterdam, avec un renvoi à la Charte sociale de 1961 et celle de 1989, permettent « une occupation de plus en plus tangible du terrain de la régulation normative par le droit dérivé »⁷. Les institutions communautaires sont en effet habilitées à agir par voie de directives dans des domaines importants (conditions de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs, information et consultation, intégration des personnes exclues du marché du travail, égalité de traitement entre les hommes et les femmes), construisant ainsi indéniablement un droit social communautaire⁸.

Le traité de Lisbonne étoffe substantiellement les références aux objectifs sociaux. L'article 9 du traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) dispose que l'Union « dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, [...] prend en compte les exigences liées à la promotion d'un niveau d'emploi élevé, à la garantie d'une protection sociale adéquate, à la lutte contre l'exclusion sociale ainsi qu'à un niveau élevé d'éducation, de formation et de protection de la santé humaine ».

2) Une prise en compte hésitante

Les évolutions du droit primaire ne lèvent pas, loin de là, toutes les ambiguïtés quant à l'effectivité des droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union. En effet, la politique sociale de l'Union ne paraît pas véritablement motivée par un objectif de protection des « droits sociaux fondamentaux », tant apparaît vague la référence à ces derniers et large la marge de manœuvre laissée aux autorités nationales. Pour de nombreux auteurs, l'article 136 du TCE se contente d'une référence aux droits sociaux fondamentaux sans en imposer le respect⁹. Apparaît ici une problématique très spécifique à l'ordre

⁶ Jean-François AKANDJI-KOMBE, « Charte sociale et droit communautaire », *La Charte sociale européenne*, Bruylant, 2001, pp. 149-177.

⁷ Marie-Ange MOREAU, « L'utilisation des droits sociaux fondamentaux par les travailleurs dans l'Union européenne », in Jean-Yves CHEROT, Tobias VAN REENEN (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*, PU Aix Marseille, 2005, pp. 187-188.

⁸ Parmi les instruments normatifs les plus importants, V. la directive n° 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976, relative à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JO L 39 du 14 février 1976, p. 40 ; Directive n° 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JO L 183 du 29 juin 1989, p. 1 (ainsi que les nombreuses directives particulières prises sur la base de cette directive) ; Directive n° 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, JO L 225 du 12 août 1998, p. 16. Pour une vue d'ensemble, V. Frédéric BARON, *Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne*, PUAM, 1998, 613 p.

⁹ Ricardo GOSALBO BONO, « Les politiques et actions communautaires », RTDE, 1997, p. 780, spéc. p. 784 ; Catherine HAGUENAU-MOIZARD, « Le Traité d'Amsterdam, une négociation

juridique communautaire, celle de la compétence des institutions communautaires pour prendre des mesures dans le domaine social. Parce que le postulat de départ est que l'on ne peut consacrer dans l'ordre juridique communautaire que des droits qui présentent un lien étroit avec une compétence existante de la Communauté européenne, l'effet direct de ces droits est nié : de ce fait, devraient être écartés les droits pour lesquels l'Union n'a aucune compétence, comme le droit au logement ou le droit au maintien de la sécurité sociale. Or, exiger un lien entre le droit et l'existence d'une compétence communautaire ne saurait être admis que pour la garantie effective du droit et non sa reconnaissance¹⁰. En ce qui concerne donc le respect des droits, qui concerne tous les droits sociaux, il existerait une obligation générale imposée aux autorités publiques de ne pas méconnaître certaines exigences minimales.

Quelles que soient l'étendue et la nature actuelles de la compétence communautaire, la logique économique des traités fondateurs continue d'imprégner la prise en considération des droits sociaux. L'article 136 du TCE, qui énonce ambitieusement les objectifs sociaux de la Communauté et des Etats membres, situe leur réalisation dans la perspective du marché commun. Aux termes de l'article 136, alinéa 3, l'évolution vers la réalisation de ces objectifs « résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par le présent traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives ». La réalisation des droits sociaux n'est ainsi envisagée que comme une résultante du marché commun, dont le bon fonctionnement reste l'objectif central dans les traités communautaires. Elément tout à fait important, l'article 136, devenu article 151, reste inchangé dans ses termes dans le TFUE. L'instrumentalisation des droits sociaux dans l'approfondissement du marché unique reste donc tout à fait d'actualité, comme l'atteste le raisonnement du juge de l'Union européenne¹¹.

B. Les droits sociaux, corollaires du marché intérieur pour le juge de l'UE

Si, très tôt, le juge communautaire n'a eu de cesse d'étendre le champ d'application du droit communautaire à certaines prestations sociales (1), il est réticent à admettre leur pleine effectivité en dehors des finalités économiques des traités fondateurs (2).

inachevée », RMC, n° 417, avril 1998, p. 249. Pour Jean-François AKANDJI-KOMBE, la Charte sociale est promue non pas en tant que mesure de validité du droit dérivé, mais comme base ou point d'appui de la politique sociale communautaire, précit.

¹⁰ Jean-François AKANDJI-KOMBE, précit.

¹¹ Bien que concurrencée par d'autres logiques, visant à « fondamentaler » les droits sociaux, V. *infra*, II.

1) La volonté du juge de l'Union d'inclure les droits sociaux dans le champ d'application matériel des traités

Même si le juge communautaire n'a eu de cesse de confirmer le caractère programmatique des objectifs sociaux énoncés dans l'Acte unique européen¹², il a dans le même temps concilié les objectifs de réalisation du marché intérieur et de protection des droits sociaux. Démontrés par certains auteurs¹³, la compatibilité entre le processus d'intégration et la protection nécessaire de certains droits sociaux, voire même le caractère indispensable de la garantie des droits sociaux pour l'approfondissement du marché commun, ont été illustrés par une jurisprudence fournie de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Dès 1964, l'arrêt *Unger*, qui donne la possibilité à une citoyenne hollandaise sans emploi d'accéder aux services sociaux de la République fédérale d'Allemagne où elle séjourne pour convenances personnelles mais non pour la recherche ou l'occupation d'un emploi¹⁴, oblige le Conseil des ministres à substituer au Règlement 3 « concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants »¹⁵ le Règlement 1408/71 relatif « aux travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté »¹⁶. La modification n'est pas seulement sémantique : elle permet de prendre acte de l'importance progressivement donnée par la Cour de Luxembourg au simple déplacement dans l'espace communautaire, quels que soient les motifs à l'origine de celui-ci¹⁷, y compris donc s'il s'agit de rechercher une protection sociale adéquate.

Les domaines dans lesquels un tel mouvement est perceptible sont très nombreux : donnant une interprétation particulièrement constructive du règlement 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs¹⁸, qui dispose

¹² Pour un exemple particulièrement significatif, V. CJCE, 29 septembre 1987, Giménez Zaera / Instituto Nacional de la Seguridad Social et Tesorería General de la Seguridad Social, aff. 126/86, Rec. 1987, p. 3697.

¹³ V., outre les ouvrages de droit matériel communautaire : Frédéric BARON, *Marché intérieur et droit social dans l'UE*, PUAM, 1998 ; Lammy BETTEN, Delma MACDEVITT, *The Protection of Fundamental Social Rights in the EU*, Boston, Kluwer Law international, 1996 ; Jean-Pierre PUISSOCHET, « La progression des droits sociaux dans une Communauté économique, les apports récents de la CJCE », in *Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, p. 433 ; Wolfgang DÄUBLER, « Les droits sociaux dans l'UE. De la symbolique à la pratique politique ? », in Mario TELÓ, *Démocratie et construction européenne*, Editions de l'ULB, 1995, p. 314 ; Marie-Ange MOREAU, « L'utilisation des droits sociaux fondamentaux par les travailleurs dans l'UE », in Jean-Yves CHEROT, Tobias VAN REENEN, *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*, PUAM, 2005, p. 175 ; Sophie ROBIN-OLIVIER, « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *Droit social*, 1999, pp. 609 et s.

¹⁴ CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, aff. 75/63, Rec., p. 349.

¹⁵ Règlement (CEE) du Conseil n° 3 du 25 septembre 1958, concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants, JOCE B 030, 16 décembre 1958, p. 561, modifié par le Règlement (CEE) du Conseil n° 24/64 du 10 mars 1964, JOCE n° 47, 18 mars 1964, p. 746.

¹⁶ Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JOCE L 149, 5 juillet 1971, p. 2.

¹⁷ Sur ces jurisprudences, V. Patrick DOLLAT, *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne*, Bruylant, 1998, p. 102 ; Myriam BENLOLO CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant, 2006, p. 485.

¹⁸ Règlement n°1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JO L 257 du 19 octobre 1968, p. 2.

notamment dans son préambule que « la mobilité de la main d'œuvre dans la Communauté doit être pour le travailleur un des moyens qui lui garantissent la possibilité d'améliorer ses conditions de vie et de travail et de faciliter sa promotion sociale », la Cour a par exemple estimé que les membres de la famille du ressortissant communautaire avaient droit à un enseignement général, un apprentissage et une formation professionnelle dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'État membre d'accueil à la condition qu'ils résident sur le territoire¹⁹. Les membres de la famille²⁰ ont aussi accès aux avantages sociaux accordés au ressortissant communautaire²¹, ces « avantages sociaux » étant eux-mêmes interprétés particulièrement soupagement²². Seront considérés comme des avantages sociaux par le juge communautaire des aides aussi différentes qu'une allocation de maternité²³, une allocation pour handicapés adultes²⁴, des allocations d'attente²⁵, ou encore un revenu garanti aux personnes âgées²⁶. L'extension très singulière du principe d'égalité de traitement porte ce mouvement d'inclusion des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire, et ce, dès les premières années du processus d'intégration.

Ce mouvement très remarquable n'entraîne pourtant pas une réflexion élaborée du juge communautaire sur la « fondamentalité » de certains droits sociaux. Perçus comme des corollaires nécessaires du processus d'intégration, les droits sociaux ont peine à s'imposer comme tels dans le raisonnement du juge, souvent prompt à favoriser les libertés économiques de libre circulation, promues au rang de libertés fondamentales. Il y a là un décalage tout à fait net avec le discours doctrinal, celui-ci s'efforçant, tant bien que mal²⁷, de systématiser l'existence et la consistance juridique de droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire.

¹⁹ V. entre autres, sur la question des bourses et allocations, CJCE, 3 juillet 1974, Casagrande / Landeshauptstadt München, aff. 9/74, Rec. 1974, p. 773.

²⁰ Sur les membres de la famille, V. entre autres Constança DIAS URBANO DE SOUSA, « Le droit des membres de la famille du citoyen de l'Union européenne de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, dans la directive 2004/38/CE », in Jean-Yves CARLIER, Elspeth GUILD (dir.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E.*, Bruylant, 2006, pp. 103-125.

²¹ CJCE, 30 septembre 1975, Cristini / S.N.C.F., aff. 32/75, Rec. 1975, p. 1085.

²² Pour une analyse d'ensemble, v., entre autres, Jean-Pierre PUISSOCHET, « La progression des droits sociaux dans une Communauté économique, les apports récents de la CJCE », in *Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, p. 433 ; Claire MARZO, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, précit., pp. 285-287.

²³ CJCE, 10 mars 1993, Commission / Luxembourg, aff. C-111/91, Rec. 1993, p. I-817.

²⁴ CJCE, 27 mai 1993, Schmid / État belge, aff. C-310/91, Rec. 1993, p. I-3011.

²⁵ CJCE, 20 juin 1985, ONEM / Deak, aff. 94/84, Rec. 1985, p. 1873.

²⁶ CJCE, 12 juillet 1984, Castelli / ONTPS, aff. 261/83, Rec. 1984, p. 3199.

²⁷ V., pour une analyse du discours doctrinal communautariste, Myriam BENLOLO-CARABOT, Béatrice DELZANGLES, Selma JOSSO, « Les droits sociaux appréhendés par la doctrine de droit communautaire. Renouvellement ou fin d'une catégorie juridique ? », consultable en ligne : <http://www.droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=143>

2) Les réticences du juge de l'Union à assurer l'effectivité des « droits sociaux fondamentaux »

Les réticences du juge de l'Union à donner une effectivité réelle aux droits sociaux sont perceptibles tant dans le traitement réservé à certains instruments juridiques communautaires ou internationaux, que dans la conciliation que le juge opère entre les libertés dans la réalisation du marché commun. Quant au premier point, il faut noter la relative rareté des prises de position jurisprudentielles faisant référence à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux. Dénoncée par la doctrine²⁸, cette indifférence confirme les hésitations du juge à consacrer une catégorie juridiquement bien établie de « droits sociaux fondamentaux ». Dans l'arrêt *Blaizot*, prononcé le 2 février 1988 au sujet de l'interprétation de la notion de « formation professionnelle », la Cour considère l'enseignement universitaire comme un moyen de réaliser les objectifs poursuivis par la Communauté en matière d'éducation, citant la Charte sociale européenne en appui à son raisonnement²⁹. Plus récemment, la Cour a accepté de considérer en examinant une directive communautaire que « le législateur communautaire a entendu se conformer aux objectifs de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. (...) ». La Cour ajoute que « L'article 136 se réfère également à la Charte sociale européenne (...) »³⁰. D'une manière plus explicite, la Cour a fait référence à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux au sujet du congé parental, reconnaissant « le caractère fondamental de ce droit social [...] »³¹.

Quant au deuxième point, la doctrine a souvent et à juste titre mis l'accent sur la confrontation entre la logique économique de marché et les droits sociaux³². Les libertés fondamentales sont souvent analysées comme des dangers pour les législations nationales protectrices des droits sociaux. En témoignent les très nombreux arrêts de la CJCE, dans lesquels la juridiction communautaire a pu privilégier la réalisation d'une liberté économique au détriment d'un avantage social³³. La problématique reste tout à fait actuelle,

²⁸ Eliane VOGEL POLSKY, « L'Europe sociale de l'an 2000, la Charte sociale et le système communautaire », Charte sociale européenne, Actes du Colloque de Grenade, 26-27 octobre 1987, Conseil de l'Europe, 1989, pp. 46 et s.

²⁹ CJCE, 2 février 1988, *Blaizot c. Université de Liège e.a.*, aff. 24/86, Rec., p. 379, point 17.

³⁰ CJCE, 20 septembre 2007, *Sari Kiiski*, aff. C-116/06, Rec., point 48. V. aussi Tribunal de la fonction publique, 26 octobre 2006, *Pia Landgren*, aff. F-1/05, Rec., 2006, p. I-A-1-123, points 69 à 72.

³¹ CJUE, 16 septembre 2010, *Zoi Chatzi*, aff. C-149/10, point 63. V. aussi l'arrêt du 10 juin 2010 de la CJUE, *INPS c. Bruno et Pettini*, aff. C-395/08 et C-396/08, points 31 et 32 : la Cour rappelle que l'article 136 renvoie à la Charte sociale européenne, et estime qu'eu égard « à ces objectifs, la clause [...] doit être comprise comme exprimant un principe de droit social de l'Union qui ne saurait être interprété de manière restrictive ».

³² Alain BUZELAY (dir.), *Une Europe sociale: pourquoi... jusqu'où ?*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, notamment la contribution de Gérard LYON-CAEN, « Le droit social dans la CE », pp. 83-125.

³³ Quelques exemples parmi tant d'autres : question des horaires de travail des employés (CJCE, aff. 145/88, *Sunday Training*) ou problème du statut monopolistique du travail sur les docks incompatible avec l'art. 30 du traité (CJCE, aff. C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova*).

même si certains conflits semblent moins vivaces³⁴, comme l'attestent les prises de position récentes après les arrêts *Laval* et *Viking*, prononcés par la CJCE en décembre 2007³⁵. Dans sa tentative de conciliation de l'exercice des droits syndicaux et de la libre prestation de services, la Cour reconnaît que le droit de grève est un droit fondamental. Largement approuvé sur ce point, le raisonnement de la juridiction communautaire se trouve cependant sévèrement critiqué par la doctrine quant aux limitations posées dans l'exercice de ce droit afin de ne pas entraver le libre établissement ou la libre prestation de services d'une entreprise³⁶. Critiquée pour son dirigisme, la Cour peut l'être aussi paradoxalement quand elle renvoie au juge national le soin de faire certains arbitrages, masquant mal son malaise et ses difficultés à concilier certaines exigences sociales et l'impact de la libéralisation du marché européen, dans des domaines sensibles comme l'éducation³⁷ ou la santé³⁸.

Dans ce contexte juridique, il est bien difficile pour la doctrine de systématiser l'existence dans l'ordre juridique de l'UE d'un corpus indiscutable de droits sociaux fondamentaux. Coexistent plutôt de multiples constructions doctrinales, proposant des catalogues de droits considérés comme des droits sociaux fondamentaux (égalité entre les hommes et les femmes, libre circulation des travailleurs, droit à la mobilité professionnelle, droit d'entrée et de séjour)³⁹. Pour certains auteurs, il faut entendre par « droits sociaux fondamentaux » certains « droits sociaux minimaux » formant un plancher minimum commun⁴⁰. Pour d'autres, comme le Professeur Rodière, les droits qualifiés de fondamentaux sont ceux respectés par et dans l'ordre juridique communautaire. Cette donnée générale « s'étend aux droits sociaux fondamentaux »⁴¹, mais sans que l'on puisse établir de catalogue. Les oppositions doctrinales se cristallisent bien sûr sur l'étendue et le contenu de ce catalogue, notamment sur l'inclusion des « droits du travailleur » dans les droits sociaux. De manière tout à fait frappante, la doctrine ne s'appuie pas sur la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux pour définir le droit social fondamental, ce texte étant la plupart du temps analysé fort succinctement, parfois de manière ouvertement

Pour un panorama très complet, V. Miguel POIARES MADURO, « L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'UE », in Philip ALSTON, *L'Union européenne et les droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 465-489.

³⁴ Etienne PATAUT, Sophie ROBIN-OLIVIER, « Europe sociale ou Europe économique », *Revue du droit du travail*, février 2008 ; Alberto ALEMANNI, « A la recherche du juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur », *RDUE*, 2004, n° 4, p. 709 ; Théodore GEORGOPOULOS, « Libertés fondamentales communautaires et droits fondamentaux européens : le conflit n'aura pas lieu », *LPA*, 2004, n° 6, p. 11.

³⁵ CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05 ; Par ex : Jean-Sylvestre BERGE, Sophie ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, PUF, 2008, p. 312.

³⁶ Pour un exemple plus récent, V. CJUE, 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-271/08.

³⁷ V. par ex. CJUE, arrêt du 13 avril 2010, *Bressol et Chaverot*, aff. 73/08.

³⁸ V. par ex. CJCE, 16 mai 2006, *Yvonne Watts*, aff. C-372/04, *Rec.*, p. I-4325.

³⁹ Jean-François AKANDJI-KOMBE, « Conseil de l'Europe et droit communautaire », in Jean-François AKANDJI-KOMBE, *précit.*, pp. 149-177 ; du même auteur, « Le développement des droits fondamentaux dans les traités », in Stéphane LECLERC, Jean-François AKANDJI-KOMBE, *L'UE et les droits fondamentaux*, Bruylant, 1999, pp. 31 et s.

⁴⁰ Emmanuelle MAZUYER, *précit.*

⁴¹ Pierre RODIERE, *Droit social de l'UE*, Paris, LGDJ, 2008, p. 139.

critique⁴². Déclaration politique dénuée de réelle portée, la Charte de 1989 n'a pour la doctrine qu'un rôle limité⁴³.

Des évolutions substantielles du droit de l'Union permettent cependant d'envisager une nouvelle dynamique. La question de la « fondamentalisation » des droits sociaux se trouve désormais posée dans l'ordre juridique de l'Union.

II. Une « fondamentalisation » ambigüe des droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne

En fondant désormais l'Union sur le respect des droits de l'Homme, les traités permettent une protection juridictionnelle plus effective de certains droits sociaux (A). L'instauration de la citoyenneté européenne pousse elle aussi, d'une autre manière, à la « fondamentalisation » de ces droits (B).

A. Les droits de l'Homme, fondement nouveau pour une prise en considération des droits sociaux dans l'ordre juridique de l'UE

Le principe d'égalité entre les hommes et les femmes, et plus encore, la clause générale de non-discrimination, permettent au juge communautaire, et ce, avant que ne soit conférée une valeur juridique contraignante à la Charte des droits fondamentaux, de donner pleine effectivité à certains droits fondamentaux dont la dimension sociale est avérée (1). Quant à la Charte des droits fondamentaux, ses conséquences sur la justiciabilité des droits sociaux paraissent aujourd'hui incertaines, tout en étant riches de potentialités (2).

1) Le principe de non-discrimination, instrument efficace de promotion des droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union

Retentissant, l'arrêt *Defrenne* du 8 avril 1976⁴⁴ reconnaît l'effet direct de l'article 119 relatif à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, amenant la doctrine à saluer la consécration d'une conception globale de la société, dans laquelle l'économie et le social doivent aller de concert. Pour la Cour de justice en effet, l'article 119 remplit une double finalité, éviter d'une

⁴² Pierre RODIERE note « l'usage – ou l'abus – largement fait de qualificatifs vagues (« juste », « équitable », « suffisant », « décent ») ou de principes cadre » dans la charte, précit., p. 151. V. aussi Christopher LINGLE, « The EC Social Charter, social democracy and post-1992 Europe », *West European Politics*, janvier 1991, pp. 129-138 ; Sophie ROBIN-OLIVIER, « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *Droit social*, 1999, pp. 609-621 ; Jean DUREN, « La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux devant le Parlement », *RMCUE*, janvier 1991, pp. 19-25 ; Philippa WATSON, « The Community Social Charter », *CMLR*, 1991, pp. 37-68 ; Bob HEPPLER, « The Implementation of the Community Charter of fundamental social rights », *Modern Law Review*, septembre 1990, pp. 643-654. V. cependant pour une approche différente Paul TEAGUE, John GRAHL, « The European Community Social Charter and labor market regulation », *Journal of Public Policy*, juin 1991, pp. 207-232.

⁴³ Philippe POCHET, « L'actualité du droit du travail communautaire : la mise en œuvre de la Charte de 1989 », *Droit social*, 1993, pp. 695-701.

⁴⁴ CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne c. Sabena*, aff. 43/75, Rec., p. 455.

part que des entreprises ayant éliminé les discriminations salariales ne subissent un désavantage concurrentiel par rapport à celles qui n'ont pas encore aboli les discriminations, et assurer d'autre part la réalisation des « objectifs sociaux » de la Communauté, « celle-ci ne se limitant pas à une union économique, mais devant assurer en même temps, par une action commune, le progrès social et poursuivre l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi des peuples européens »⁴⁵. Le principe d'égalité de rémunération fait donc partie « des fondements de la Communauté »⁴⁶. Confirmée par une jurisprudence constante⁴⁷, cette conception permet « d'entendre la dénomination économique comme couvrant une Communauté économique et sociale »⁴⁸.

L'introduction d'une clause générale de non-discrimination dans la version révisée du TCE à Amsterdam (article 13) a permis d'accentuer ce mouvement et de donner compétence à la Communauté, le Conseil statuant à l'unanimité, pour lutter contre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les croyances, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. La Cour a pu ainsi développer une jurisprudence audacieuse visant à donner plein effet aux directives adoptées sur ce fondement, notamment la directive n° 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁴⁹. Dans l'arrêt *Mangold*, la Cour estime que la directive ne consacre pas elle-même le principe d'égalité de traitement, celui-ci trouvant sa source « dans divers instruments internationaux et les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ». Le principe de non-discrimination en fonction de l'âge « doit ainsi être considéré comme un principe général du droit communautaire »⁵⁰.

2) Les conséquences de l'adoption de la Charte des droits fondamentaux

Le processus d'élaboration de la Charte et sa proclamation en 2000 provoquent un renouvellement important du discours doctrinal relatif aux droits sociaux, désormais étudiés comme une catégorie juridique à part entière (a). Les effets de la Charte sur le raisonnement du juge sont eux plus aléatoires, la pratique jurisprudentielle restant très lacunaire (b).

⁴⁵ *Ibid.*, point 10.

⁴⁶ *Ibid.*, point 12.

⁴⁷ Pour un exemple récent, V. CJCE, 6 décembre 2007, Ursula Voß c. Land de Berlin, aff. C-300/06, Rec., p. I-10575.

⁴⁸ Paul REUTER, « Commentaire de l'article 1 », in Commentaire article par article du TCEE, sous la direction de Vlad CONSTANTINESCO et al., p. 27, note 31.

⁴⁹ JO L 303, p. 16.

⁵⁰ CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, aff. C-144/04, Rec., p. I-9981, points 75 et 76. Pour une confirmation, V. CJUE, 19 janvier 2010, Seda Küçükdeveci, aff. C-555/07, arrêt qui fait référence à la Charte des droits fondamentaux (v. *infra*) et qui pose un raisonnement tout à fait novateur quant à l'effet direct horizontal des directives et ses conséquences sur le rôle du juge national ; V. aussi CJUE, 12 octobre 2010, Andersen, aff. C-499/08 ; 12 octobre 2010, Rosenbladt, aff. C-49/09.

a) Les conséquences sur le discours doctrinal : une mutation avérée

La doctrine de droit communautaire, qui pourtant analyse la place et la fonction des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire⁵¹ s'interroge peu sur la qualification, la définition ou le contenu des droits sociaux jusqu'en 2000, date d'élaboration et de proclamation de la Charte des droits fondamentaux⁵². Ce n'est qu'à partir du moment où le droit social n'est plus conçu comme simple instrument du marché commun, mais aussi comme un droit de l'Homme devant être garanti comme tel, que la doctrine s'interroge sur des problématiques connues des droits internes, comme par exemple le caractère « mixte » de certains droits⁵³, à la fois droits civils et politiques et droits sociaux (exemple du droit à la santé, souvent mis en évidence⁵⁴), ou l'inclusion de certains droits, comme la protection de l'environnement et celle des consommateurs, dans la catégorie « droits sociaux ».

« La question des droits sociaux représente (...) l'enjeu principal de la Charte »⁵⁵. Ces propos, tenus par Guy Braibant, sont largement admis par le reste de la doctrine. Les auteurs relèvent les nombreuses avancées de la Charte dans la manière de traiter les droits sociaux qui ne sont plus relégués au second plan. La distinction classique entre droits civils et politiques et droits sociaux est reprise par la doctrine qui analyse la Charte des droits fondamentaux, du moins comme point de départ du raisonnement et de la démonstration des auteurs⁵⁶. Sont rappelées la thèse générationnelle des droits fondamentaux et les différences de statut et de régime qui séparent les droits civils et politiques (DCP) des droits économiques, sociaux et culturels (DESC). Pour autant, les auteurs ne renvoient pas tous aux mêmes références historiques, juridiques ni aux mêmes présupposés. Pour certains, c'est une approche chronologique qui est

⁵¹ *Supra*, I.

⁵² Longtemps sans valeur juridique contraignante, la Charte fait désormais partie du droit primaire, l'article 6, § 1, du TUE disposant que « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE [...], laquelle a la même valeur juridique que les traités ».

⁵³ Le rapport du Comité des sages de 1996, Pour une Europe des droits civiques et sociaux, constitue une exception notable au désintérêt de la doctrine, avant 2000, pour la distinction traditionnelle entre droits civils et politiques et droits sociaux. Il fait la distinction entre droits pouvant être invoqués immédiatement et droits ayant un caractère programmatique. Le Comité ne prend cependant pas position sur la question de la justiciabilité des dispositions programmatiques.

⁵⁴ Marie-Claire PONTHEAU, « Le principe de l'indivisibilité des droits : l'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux », RFDA, 2003, p. 930 ; Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : quel apport à la protection des droits ? », Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Les mutations contemporaines du droit public. Paris, Dalloz, 2002, p. 100 ; Philippe GUILLOT, « Le modèle européen de société », in La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Laurence BURGORGUE-LARSEN (dir.), Bruylant 2005, p. 387.

⁵⁵ Guy BRAIBANT, « Conclusions des actes du Colloque de Strasbourg relatif à la Charte », in Florence BENOIT-ROHMER, La charte des droits fondamentaux de l'UE, RUDH, 2000, n° ½, p. 67.

⁵⁶ Par ex. Guy BRAIBANT, « La Charte des droits fondamentaux », Droit social, 2001, n° 1, pp. 69-75 ; Olivier DE SCHUTTER « La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire », Revue universelle des droits de l'Homme, 2000, fasc. 12, pp. 33-34.

privilegiée, les auteurs proposant des lectures parfois différentes des catégories et du caractère nouveau des droits consacrés par la Charte⁵⁷. Parfois, la distinction entre DCP et DESC est fondée à la fois sur le droit national et sur le droit international⁵⁸, parfois sur le seul droit international⁵⁹. Tantôt le droit international est accusé de générer une hiérarchie des droits⁶⁰ ; tantôt, il est valorisé⁶¹. Les auteurs insistent souvent sur la situation au sein du Conseil de l'Europe, qui a d'abord reconnu les droits civils et politiques (CEDH) puis les droits sociaux (CSE)⁶². D'autres auteurs enfin utilisent les notions de « libertés formelles » et « libertés réelles »⁶³ pour renvoyer à la distinction binaire⁶⁴.

Quelles que soient les justifications et explications, la doctrine est en revanche quasi unanime sur la rupture, ou du moins sur l'apparence de rupture, que propose la Charte des droits fondamentaux à propos de la dichotomie entre les droits civils et politiques et les droits sociaux. La Charte énonce en effet le principe d'indivisibilité dans son Préambule : *Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité*. Elle est structurée autour de six valeurs, Dignité, Liberté, Egalité, Solidarité, Citoyenneté, Justice. Ces valeurs constituent *les liens unissant les droits civils et politiques et les droits sociaux et affirmant leur indivisibilité*⁶⁵. Le plan thématique retenu dans la Charte marque ainsi une volonté « de briser avec une tradition divisant, mais aussi hiérarchisant les droits fondamentaux »⁶⁶. Bien plus, il « met en lumière l'excessif simplisme des catégories traditionnelles »⁶⁷. La Charte prévoit en outre la possibilité pour l'autorité compétente d'intervenir afin de définir les conditions d'exercice des droits invoqués dans le cadre de l'emploi (liberté professionnelle ; liberté d'association syndicale, droit à la protection contre le licenciement injustifié ou abusif, droits des travailleurs migrants à l'égalité de

⁵⁷ Marie-Claire PONTTHOREAU, « Le principe de l'indivisibilité des droits : l'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux », précit., p. 928 ; Guy BRAIBANT, « La Charte des droits fondamentaux », précit., p. 73 ;

⁵⁸ Pierre RODIERE, « Les droits sociaux fondamentaux face à la Constitution européenne », in Laurence GAY, Emmanuelle MAZUYER, Dominique NAZET-ALLOUCHE, précit., p. 237 ; Jean-Marie SERVAIS, *Droit social de l'UE*, Bruylant, 2008.

⁵⁹ Guy BRAIBANT, « La Charte des droits fondamentaux », précit., p. 72.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Jean-Marie SERVAIS, précit., p. 54.

⁶² Par ex. Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, précit., p. 141 ; Jean-Marie SERVAIS, précit., p. 55.

⁶³ Distinction marxiste selon laquelle les libertés formelles sont celles qui ne prévoient pas de moyens économiques pour être mises en œuvre et qui, partant, n'ont de contenu que pour la bourgeoisie qui dispose de tels moyens et les libertés réelles qui sont, quant à elles, effectives et qui sont à tous les citoyens.

⁶⁴ V. par ex. Jean-Marie SERVAIS, précit., p. 53 ; Marie-Claire PONTTHOREAU, « Le principe de l'indivisibilité des droits : l'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux », précit., p. 929.

⁶⁵ Marie-Claire PONTTHOREAU, *Ibid.*, p. 929.

⁶⁶ Pierre RODIERE, « Les droits sociaux fondamentaux face à la Constitution européenne », précit., p. 237.

⁶⁷ Marie-Claire PONTTHOREAU, « Le principe de l'indivisibilité des droits : l'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux », précit., p. 928.

traitement) ou d'apporter à ces droits certaines restrictions⁶⁸. Parce que ces restrictions doivent viser un but légitime et demeurer proportionnées, on a pu estimer que « rien dans ce régime (...) ne distingue fondamentalement ces droits “sociaux” des droits “civils et politiques” »⁶⁹.

Les conséquences de la Charte sur la justiciabilité des droits sociaux font cependant l'objet de controverses doctrinales importantes, non encore tranchées par le juge de l'Union.

b) Les conséquences de la Charte sur la justiciabilité des droits sociaux : une mutation potentielle ?

La question de la justiciabilité des droits économiques et sociaux « fut au cœur des controverses au moment de l'élaboration de la Charte »⁷⁰. La Charte des droits fondamentaux déclare, à la fin de son Préambule, que « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés ci-après ». Si la distinction entre droits et libertés n'est pas discutée par la doctrine, une grande partie des commentaires relatifs à la Charte porte sur la distinction entre droits et principes qui constitue, pour certains, « l'un des apports les plus originaux » de ce texte⁷¹. S'il paraît clair en effet pour la doctrine que tous les droits sociaux ne peuvent prétendre à une garantie équivalente⁷², la question de savoir si la distinction entre les droits et les principes recoupe celle entre les droits civils et politiques et les droits sociaux est beaucoup plus délicate. Fruit d'un compromis résultant de la controverse à l'égard des droits sociaux dont la formulation a donné lieu à d'âpres discussions au moment de l'élaboration du texte⁷³, la distinction entre droits et principes est soit minimisée⁷⁴, soit utilisée pour justifier le fait que les droits sociaux « appellent à [des] dispositions

⁶⁸ Explications relatives à la Charte élaborées sous l'empire de la Première Convention et retouchées sous la direction de la seconde.

⁶⁹ Olivier DE SCHUTTER, « La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire », RUDH, 2000, vol. 12, n° 1/2, p. 42.

⁷⁰ Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et Lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », Cahiers de droit européen, 2004, pp. 685 et s.

⁷¹ Guy BRAIBANT, « Conclusions des actes du Colloque de Strasbourg relatif à la Charte », précit., p. 67.

⁷² Guy BRAIBANT, *ibid.* : « On ne dit pas “les” droits économiques et sociaux mais “des” droits économiques et sociaux. Des membres de la Convention qui ne sont pas favorables aux droits sociaux tirent partie de cette rédaction qui n'est certainement pas due au hasard. Cela signifie qu'il faut opérer une sélection ». V. aussi Olivier DE SCHUTTER, qui distingue les « véritables droits créances » des autres droits, « La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire », précit., p. 35.

⁷³ Guy BRAIBANT, *ibid.*, p. 72.

⁷⁴ « La Charte, en s'articulant autour de six valeurs fondamentales, formalise (...) la déconnexion entre la classification générationnelle et la protection juridique », c'est-à-dire entre l'idée que les droits civils et politiques, apparus en premiers, obligeraient l'Etat à s'abstenir tandis que les droits sociaux, reconnus après, entraîneraient une obligation d'action, Marie-Claire PONTTHOREAU, « Le principe de l'indivisibilité des droits : l'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux », précit., p. 930.

complémentaires » au niveau communautaire ou au niveau national⁷⁵, la distinction « réintrodui[sant] (...) un doute sur l'équivalence des droits fondamentaux »⁷⁶ et remettant donc en cause l'indivisibilité des droits affichée par la Charte. Principes « boucliers » contre droits « épées »⁷⁷, justiciabilité « objective » ou « normative », justiciabilité « indirecte » permettant de distinguer « l'invocabilité réduite » de la « pleine invocabilité »⁷⁸, « justiciabilité active » contre justiciabilité « médiante » des principes sociaux⁷⁹, renvoyant à une invocabilité par voie d'exception⁸⁰, les termes se multiplient pour rendre compte d'un même malaise, la doctrine peinant et à donner un sens à la distinction, et à mesurer de ce fait l'apport de la Charte⁸¹. De fait, il n'existe pas de liste de droits ou de principes dans la Charte. Le mot « principe » n'apparaît pas dans la Charte en dehors du Préambule. La Charte emploie le plus souvent le terme de droit, parfois de liberté. Il faut alors se référer aux explications relatives à la Charte pour voir apparaître la notion de « principe ».

Devant ces incertitudes, le travail du juge paraît essentiel. Le juge pourrait en effet être en mesure de lutter contre la passivité des institutions communautaires et/ou nationales qui se refuseraient à prendre des mesures de mise en œuvre⁸². L'invocabilité indirecte permettrait ainsi de ne pas faire régresser le niveau de protection sociale déjà atteint dans le cadre communautaire et/ou national, « telle une clause de *stand still* » (la violation d'un principe déjà « promu » par un acte de droit dérivé pourrait être censurée au regard des exigences de ce principe) »⁸³. Le principe d'indivisibilité pourrait aussi constituer une directive d'interprétation juridictionnelle, l'interdépendance des droits supposant que chaque droit soit interprété dans le contexte de tous les autres : « la CJCE pourrait s'appuyer sur ce principe pour donner plus de poids

⁷⁵ Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La place de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans la Constitution européenne », précit., p. 238.

⁷⁶ Pierre RODIERE, « Les droits sociaux fondamentaux face à la Constitution européenne », précit., p. 237.

⁷⁷ Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et Lumières... », précit., p. 689.

⁷⁸ Pierre RODIERE, « Les droits sociaux fondamentaux face à la Constitution européenne », précit., p. 249.

⁷⁹ Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et Lumières... », précit., p. 689.

⁸⁰ Elle permet d'attaquer une norme, une loi, une directive ou encore un règlement européen devant le juge administratif saisi par voie d'exception et de soutenir que cette norme viole un des principes affirmés dans la Charte.

⁸¹ La différence de justiciabilité entre les droits et les principes peut aussi être remise en cause pour elle-même : pour Olivier DE SCHUTTER, les principes sociaux sont plus que de simples « objectifs purement programmatiques » et il convient « de présumer » leur justiciabilité », « La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire », précit., p. 42. Cependant, il existe une certaine ambiguïté du propos dès lors que l'auteur estime par la suite que les principes énoncés par la Charte ne sont pas justiciables car programmatiques, idem, p. 47. Contra, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La place de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans la Constitution européenne », précit., p. 238.

⁸² Pour Laurence BURGORGUE-LARSEN, il existe « une brèche dans l'interprétation de l'invocabilité minimale des "principes" que le juge pourrait habilement saisir afin de ne pas rendre purement formelle ou encore « théorique et illusoire » - pour reprendre un dictum fameux de la Cour de Strasbourg – la consécration du socle social de la Charte », (« Ombres et Lumières ... », précit., p. 690).

⁸³ *Ibid.*, p. 690.

aux droits sociaux et ainsi justifier un rééquilibrage entre droits sociaux et libertés économiques »⁸⁴.

Les contraintes du juge communautaire sont cependant importantes : d'une part, ses interprétations pourraient être neutralisées par les explications qui accompagnent la Charte, et qu'il doit dûment prendre en considération⁸⁵. Les explications ont en effet « la fâcheuse conséquence de congeler la jurisprudence en matière de protection des droits fondamentaux à l'échelle européenne »⁸⁶. L'utilisation obligatoire des explications du Praesidium, si elles étaient « la condition sine qua non pour une future valorisation identitaire »⁸⁷ et si elles permettent de minimiser les risques de divergences jurisprudentielles⁸⁸, circonscrivent « considérablement » la marge de manœuvre interprétative des juges⁸⁹. D'autre part, le lien entre les droits fondamentaux et les règles de compétence établi par la Charte (celle-ci est limitée au domaine d'application du droit communautaire), et la méthode systématique qui suppose une interprétation des droits en fonction des règles de compétence établies risquent de limiter la marge de manœuvre de la Cour⁹⁰. Enfin, la Pologne, le Royaume-Uni dès la signature du traité de Lisbonne, et la République tchèque au moment de la ratification, ont obtenu un *opt-out* formalisé dans le premier cas par un protocole dérogatoire qui porte précisément sur la justiciabilité de la Charte.

La Cour optera-t-elle pour une interprétation autonome, au regard de la logique interne du système qu'elle institue ?⁹¹ Le caractère récent de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ne permet pas de répondre pour l'heure à cette interrogation, les prises de position étant trop rares et parcellaires. On notera que la Charte a été invoquée par le juge de l'Union pour renforcer son argumentaire visant à promouvoir certains droits sociaux déjà bien établis dans le droit de l'Union : c'est le cas du principe de non-discrimination en fonction de l'âge, consacré comme un « principe général du droit de l'Union » par une interprétation audacieuse de la clause générale de non-discrimination⁹², et dont la qualité et l'importance ont été confirmées dans un arrêt du 19 janvier 2010, l'arrêt *Kücükdeveci*. La Cour rappelle sa jurisprudence *Mangold* et ajoute qu'il « convient de relever que l'article 6, paragraphe 1, TUE énonce que la Charte des droits fondamentaux de l'UE a la même valeur juridique que les traités. Selon l'article 21, paragraphe 1, de cette charte, « est interdite toute discrimination fondée notamment sur [...] l'âge »⁹³. De manière sans doute plus audacieuse, et dans un raisonnement qui n'est pas sans rappeler celui tenu par

⁸⁴ Marie-Claire PONTTHOREAU, « Le principe de l'indivisibilité des droits ... », précit., p. 935.

⁸⁵ Article 6, § 1, alinéa 3 du TUE.

⁸⁶ Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et Lumières ... », précit., pp. 681-682.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*, p. 672.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 674.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

⁹² V. *supra*, 1, sur l'arrêt *Mangold*, CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04, Rec., p. I-19981.

⁹³ CJUE, 19 janvier 2010, Seda Küçükdeveci, aff. C-555/07, point 22.

la Cour européenne des droits de l'Homme dans le domaine des droits sociaux⁹⁴, la Cour vient de conclure à la violation d'une disposition de la directive n° 2003/88 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail⁹⁵ et visant à limiter la durée hebdomadaire du travail. Le requérant contestait une décision de mutation prise par son employeur, dont il estimait qu'elle n'avait été prise qu'en raison du fait qu'il avait demandé une réduction de son temps de travail conformément aux dispositions de la directive. Pour la Cour, une telle mutation forcée vide de toute substance le droit conféré par l'article 6 de la directive relative à la durée maximale de travail hebdomadaire. La Cour estime en outre que « le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective, garanti par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, [...], serait substantiellement affecté si un employeur, en réaction à une plainte ou à une action en justice engagée par un travailleur en vue d'assurer le respect des dispositions d'une directive visant à protéger sa sécurité et sa santé, était en droit de prendre une mesure telle que celle en cause au principal. En effet, la crainte de pareille mesure de rétorsion contre laquelle aucun recours juridictionnel ne serait ouvert risquerait de dissuader les travailleurs s'estimant lésés [...] de faire valoir leurs droits par voie juridictionnelle et partant, serait de nature à compromettre gravement la réalisation de l'objectif poursuivi par la directive »⁹⁶.

Centrée sur l'Homme, l'Union se fonde aussi désormais sur la citoyenneté, instrument de promotion des droits sociaux dans l'ordre juridique de l'UE.

B. La citoyenneté européenne, nouveau moteur des droits sociaux dans l'ordre juridique de l'UE

La liberté de circulation et de séjour, droit cardinal de la citoyenneté européenne, associée à une conception extensive du principe d'égalité, permet l'émergence d'une « citoyenneté sociale » (1), dont les limites sont sans cesse réduites ou redéfinies par la juridiction de l'Union (2).

1) L'émergence d'une « citoyenneté sociale »

La doctrine, au départ réticente à reconnaître une réelle valeur ajoutée à la citoyenneté européenne, s'intéresse depuis peu de manière approfondie à la dimension sociale de la notion⁹⁷. Depuis une dizaine d'années, les arrêts de la CJCE sont très souvent relatifs à l'octroi de droits sociaux aux ressortissants communautaires amenés à faire usage de leur liberté de circulation, la Cour

⁹⁴ V. Diane ROMAN, *infra*.

⁹⁵ Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, JO L 299, p. 9.

⁹⁶ CJCE, 14 octobre 2010, Günter Fuß, aff. C-243/09, point 66.

⁹⁷ Les deux derniers exemples les plus significatifs sont les thèses précitées de Sandrine MAILLARD et de Claire MARZO.

n'ayant de cesse de combler les lacunes du droit dérivé⁹⁸. La doctrine a mis l'accent sur l'extension radicale de l'applicabilité du principe d'égalité, dans des décisions devenues célèbres, comme l'arrêt *Martinez Sala*⁹⁹, qui appuie la reconnaissance du droit à un avantage social (une allocation d'éducation pour enfant) sur le statut de citoyenne de la requérante, ressortissante espagnole, inactive, résidant en Allemagne, ou plus récemment, l'important arrêt *Rudy Grzelczyk* en date du 20 septembre 2001¹⁰⁰, rendu au sujet du refus de la Belgique d'accorder le minimum de moyens d'existence (« minimex ») à un ressortissant communautaire de nationalité française, poursuivant ses études universitaires en Belgique, et réclamant le bénéfice de cette aide sociale pour financer sa quatrième et dernière année d'étude. Dans l'arrêt *Marie-Nathalie D'Hoop*¹⁰¹, la Cour juge inapplicable le droit communautaire relatif aux travailleurs, qui exige que l'individu ait déjà accédé au marché du travail pour pouvoir prétendre à une allocation de chômage. C'est donc au nom du principe d'égalité et de la citoyenneté européenne que la requérante peut obtenir une allocation l'aidant dans sa recherche d'un premier emploi, qui plus est dans son propre Etat¹⁰². Dans l'arrêt *Collins* du 23 mars 2004, la Cour inclut dans le champ d'application du traité une prestation de nature financière destinée à faciliter l'accès à l'emploi sur le marché du travail d'un Etat membre¹⁰³. Finalement, cette jurisprudence, qui se développe alors même que les Etats gardent leurs compétences en matière de sécurité sociale ou d'éducation, aboutit à une extension remarquable de l'accès aux prestations sociales relevant de la solidarité nationale aux citoyens inactifs, étudiants ou sans emploi. L'idée sous-jacente est que « bien que les gouvernements nationaux gardent la compétence exclusive pour régir des matières telles que la sécurité sociale ou la politique d'éducation, ils ne peuvent restreindre l'exercice des droits garantis par le traité

⁹⁸ Norbert REICH et Selvita HARBACEVICA, « Citizenship and Family on Trial : a Fairly Optimistic Overview of Recent Court Practice With Regard to Free Movement of Persons », C.M.L.Rev., juin 2003, vol. 40, n° 3, p. 627.

⁹⁹ CJCE, 12 mai 1998, *Martinez Sala*, aff. C-85/96, Rec., p. I-2691. V. en ce sens Siofra O'LEARY, « Putting Flesh on the Bones of European Union Citizenship », E.L.Rev., 1999, pp. 77-78, l'auteur estimant que l'arrêt « confirms that Union citizenship explodes the "linkages" which E.C. law previously required for the principle of non discrimination to apply, namely performance or involvement in an economic activity as workers, established persons or providers and recipients of services, preparation for a future economic activity as a student or stagiaire or some sort of relationship with an economic actor as a family member or dependant ».

¹⁰⁰ CJCE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, aff. C-184/99, Rec., p. I-6193.

¹⁰¹ CJCE, 11 juillet 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop c. Office national de l'emploi*, aff. C-224/98, Rec., p. 6191. Sur cet arrêt, V. le commentaire d'Anastasia ILIOPOULOU et Helen TONER, « A New Approach to Discrimination against Free Movers ? D'Hoop v/ Office National de l'Emploi », E.L.Rev., 2003, vol. 28, n° 3, pp. 389-397.

¹⁰² Sur l'importance de ces jurisprudences et la notion de discrimination à rebours, V. Myriam BENLOL CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant, 2006, pp. 517-538. Sur le principe de non-discrimination, Anastasia ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruylant, 2008.

¹⁰³ CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, Rec., p. I-2703.

afin d'assurer que les fonds et les ressources financières pertinents ne bénéficient qu'à leurs propres ressortissants nationaux »¹⁰⁴.

La jurisprudence de la CJCE consacre sans doute l'émergence d'une « citoyenneté sociale ». L'autonomisation des droits attachés à la citoyenneté européenne et la déconnexion toujours plus grande de la faculté d'exercer les libertés communautaires de l'exercice d'une activité économique permettent de donner tout son sens à cette notion¹⁰⁵. La Cour recherche, par l'intermédiaire de la citoyenneté européenne, des discriminations indirectes qui lui permettent de mettre en œuvre les conditions d'une véritable intégration sociale¹⁰⁶.

2) Des limites clairement circonscrites

Le droit dérivé autorise les Etats membres à déroger au droit de séjour du citoyen européen, ainsi qu'à l'octroi de prestations sociales. La Cour juge par exemple légitime pour un Etat de vouloir s'assurer de l'existence d'un lien réel entre le demandeur d'allocations et le marché géographique du travail en cause, tout comme elle ne peut que prendre acte des limitations au droit de séjour, le citoyen de l'Union ne pouvant demeurer sur le territoire d'un Etat membre pour plus de trois mois que s'il dispose pour lui et sa famille de ressources suffisantes pour ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil¹⁰⁷. Ces limites font cependant l'objet d'une définition communautaire, la Cour ayant progressivement précisé, s'agissant par exemple d'une aide couvrant les frais d'entretien des étudiants, qu'il était légitime pour un Etat membre de n'octroyer une telle aide qu'aux étudiants ayant démontré un certain degré d'intégration dans la société de cet Etat »¹⁰⁸. Le critère de résidence peut ainsi conditionner l'accès à une allocation de recherche d'emploi¹⁰⁹, à une allocation de chômage¹¹⁰, à un prêt étudiant¹¹¹, à une bourse d'entretien aux étudiants¹¹². L'utilisation toujours plus importante du critère de

¹⁰⁴ Conclusions de l'Avocat général POIARES MADURO présentées le 10 octobre 2007, affaire Jundt, aff. C-281/06, point 19.

¹⁰⁵ Très nombreuses références doctrinales : entre autres, V. Claire MARZO, « Vers une citoyenneté sociale européenne ? », *Droit social*, février 2007, pp. 218-224 ; Nelly ACH, « La citoyenneté européenne au service d'une Europe sociale », *Journal des tribunaux Droit européen*, 2006, fasc. 129, pp. 129-134 ; Pierre RODIERE, « Droit social, libre circulation des personnes et citoyenneté européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice », *RTDE*, 2006, pp. 142-163 ; Florence ZAMPINI, « La jurisprudence de la Cour de justice et les étudiants : du droit à la non-discrimination en matière d'accès à l'enseignement universitaire dans l'Etat d'accueil à l'octroi de prestations sociales », *RAE*, 2005, pp. 63-82.

¹⁰⁶ Sur ce point et pour l'analyse d'une jurisprudence fournie, V. Claire MARZO, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, Thèse IUE Florence, 2009, dactyl., p. 324 et s.

¹⁰⁷ Article 7, 1, b), de la directive n°2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, JOUE L 229 du 29 juin 2004, p. 35.

¹⁰⁸ CJCE, 15 mars 2005, Bidar, aff. C-209/03, Rec., p. I-2119, point 57.

¹⁰⁹ CJCE, Collins, précit.

¹¹⁰ CJCE, 18 juillet 2006, De Cuyper, aff. C-406/04, Rec., p. I-6947.

¹¹¹ CJCE, Bidar, précit.

¹¹² CJCE, 18 novembre 2008, Förster, aff. C-158/07, Rec., p. I-8507.

résidence permet ainsi l'émergence progressive d'un territoire communautaire¹¹³ et la concrétisation d'une solidarité sociale communautaire.

Cette solidarité sociale trouve plus particulièrement à s'exprimer dans l'interprétation que fait la Cour de la condition de « ressources suffisantes » posée par le droit dérivé au maintien du droit de séjour dans l'Etat membre d'accueil. La Cour propose une interprétation constructive de cette condition dans l'arrêt *Trojani*, estimant que « si les États membres peuvent conditionner le séjour d'un citoyen de l'Union économiquement non actif à la disponibilité de ressources suffisantes, il n'en découle pas pour autant qu'une telle personne ne peut pas bénéficier, pendant son séjour légal dans l'État membre d'accueil, du principe fondamental relatif à l'égalité de traitement tel que consacré à l'article 12 CE », ce qui rend donc contraire au droit communautaire toute mesure d'éloignement¹¹⁴. Dans un arrêt récent, la Cour a été plus loin encore, en jugeant qu'une personne travaillant par intermittence et n'ayant pas de ressources propres suffisantes pouvait néanmoins séjourner sur le territoire d'un Etat membre afin de permettre à son enfant, dont elle a la garde, de poursuivre ses études dans cet Etat¹¹⁵.

Tardive et encore lacunaire, la prise en compte des droits sociaux dans l'ordre juridique de l'UE n'en est pas moins indéniable. Restent bien sûr les tensions propres au processus d'intégration communautaire, les finalités économiques des traités rendant laborieuse toute conceptualisation des droits sociaux sur un autre fondement. Le processus de construction de la citoyenneté européenne, visant à rendre plus humaine l'Union tout en en réservant le privilège aux nationaux des Etats membres, illustre avec acuité ces ambiguïtés.

¹¹³ Myriam BENLOLO CARABOT, précit., p. 582 et s.

¹¹⁴ CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, aff. C-456/02, Rec. 2004, p. I-7573, point 40.

¹¹⁵ CJUE, 23 février 2010, *Maria Teixeira*, aff. C-480/08 ; dans le même sens, V. l'arrêt du même jour, *Ibrahim*, C-310/08.

CHAPITRE 3 - LA DOCTRINE DES LIBERTÉS FONDAMENTALES À LA RECHERCHE DES DROITS SOCIAUX,

TATIANA GRÜNDLER

« Classer, diviser, en groupes, en "types" : quoi de plus naturel dans l'activité intellectuelle ordinaire ? »¹ L'activité de classification est, comme l'exprime Guy Haarscher, une entreprise communément pratiquée par le juriste, y compris celui spécialisé dans le droit des libertés fondamentales. Confronté à un enrichissement constant des droits, le juriste a pour ambition compréhensible de les classer et de les répertorier, dans un souci louable de clarification. Aussi de nombreuses typologies des droits de l'Homme, fondées sur divers critères, ont-elles été proposées. Au-delà des critiques qui peuvent être opposées à ces classifications - toute classification comportant, pour paraphraser Frédéric Sudre², une part d'arbitraire et ne pouvant, dès lors, être pleinement satisfaisante - il convient de garder à l'esprit qu'une telle tâche, bien que courante, n'est jamais anodine. Ainsi, de manière sans doute insidieuse, les classifications opérées entre les droits de l'Homme conduisent à hiérarchiser ces droits, en permettant de distinguer ceux qui seraient essentiels de ceux qui le seraient moins³.

L'étude de la doctrine des libertés fondamentales confirme cette analyse. Diverses catégorisations de droits de l'Homme sont proposées, puis, immédiatement débattues et conduisent imperceptiblement à une hiérarchisation des droits de l'Homme. Concernant plus spécifiquement la place conférée aux droits sociaux dans ces classifications, une ligne de partage apparaît selon le media d'expression de la doctrine. Tandis que les auteurs de manuels retiennent, dans leur très grande majorité, une présentation dichotomique des droits de l'Homme et pérennisent ainsi la vision binaire des droits (I), nombre d'articles ont pour objet ou pour effet incident d'interroger l'acception duale des droits de l'Homme (II). Ces deux modes d'expression, par delà leurs différences d'approche, se rejoignent toutefois dans le fait que les droits sociaux ne sont pas, pour la doctrine des libertés fondamentales et comme le suggère le titre de cette contribution, un objet juridique certain.

¹ Guy HAARSCHER, « De l'usage légitime – et de quelques usages pervers – de la typologie des droits de l'Homme », in Emmanuelle BRIBOSIA, Ludovic HENNEBEL, *Classer les droits de l'Homme*, Bruylant, 2004, p. 25.

² Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 8^e éd., 2006, p. 258.

³ Karel VASAK, « Les différentes typologies des droits de l'Homme », in Emmanuelle BRIBOSIA, Ludovic HENNEBEL, *précit*, pp. 11-12.

I. Le succès de l'acceptation dichotomique des droits de l'Homme

La discipline des libertés publiques a été enseignée dans les facultés de droit françaises de manière autonome à partir de 1954, d'abord, de façon facultative, puis, très rapidement, en tant que matière obligatoire. Parfois accompagnée de travaux dirigés, elle est aujourd'hui dispensée aux étudiants de troisième année de licence sous le titre de « Droit des libertés fondamentales » et fait donc l'objet d'un nombre conséquent d'ouvrages de type manuels.

Ces manuels retiennent une présentation classique des droits et libertés reposant sur des classifications traditionnelles et peu discutées. Sur ce point, un paradoxe est à relever. En schématisant quelque peu le propos, on peut affirmer que c'est la présentation des droits sociaux la moins approfondie qui bénéficie de la plus large diffusion. Les manuels sont en effet assez indigents sur la question des droits sociaux et, plus généralement, sur la pertinence des classifications, partant de l'idée qu'il s'agit d'une chose acquise et non discutable, du moins, au regard de la prétention pédagogique que se sont assignée leurs auteurs. Pourtant, ils participent grandement de la diffusion et de la pérennité de la vision dichotomique des droits de l'Homme compte tenu du large public étudiant visé.

L'appréhension dichotomique des droits de l'Homme conduit, tout d'abord, à établir les droits sociaux en catégorie (A) et, ensuite, à en déduire leur caractère de droits de second rang (B).

A. Les droits sociaux, une catégorie de droits de l'Homme

1) Constatant l'hétérogénéité des droits de l'Homme, les auteurs réalisent des classifications. La catégorisation des droits opérée dans les manuels révèle que la majeure partie de la doctrine française adhère à la thèse de la dichotomie des droits et libertés. De ce point de vue, Jean-Jacques Sueur et Robert Charvin font figure d'exception en défendant ardemment « une conception unitaire des droits de l'Homme »⁴.

Toutefois, au-delà de cet apparent consensus, des différences apparaissent entre les auteurs. D'abord, tous n'adoptent pas la même posture face à cette diversité des droits de l'Homme, diversité à laquelle contribue l'émergence des droits sociaux : à la critique portant sur le risque de dilution⁵, de

⁴ Les deux auteurs reconnaissent que la présentation traditionnelle de type dichotomique traduit une évolution bien réelle, mais en tempèrent immédiatement la pertinence en relevant qu'il n'est pas exact historiquement d'opposer, terme à terme, les droits civils et politiques, encore appelés droits de la première génération, et les droits économiques et sociaux dits de seconde génération. (Robert CHARVIN, Jean-Jacques SUEUR, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 1994, pp. 24-25).

⁵ Jean Rivero dénonce la tendance consistant à créer « un droit à tous les besoins et à toutes les aspirations de l'homme (...) Si généreuse soit cette inflation, elle est dangereuse, comme toute inflation, car elle risque d'ôter à la notion de droits de l'Homme son caractère opérationnel » (Jean RIVERO, *Les libertés publiques*, t. 1, « Les droits de l'Homme », PUF, Thémis, 1991, p. 135). Cette

banalisation et donc d'affaiblissement des droits de l'Homme s'oppose l'analyse positive qui souligne l'enrichissement des droits de l'Homme⁶. Ensuite, tous n'ont pas la même analyse de cette dichotomie. Mis à part les très rares auteurs déjà évoqués qui la rejettent⁷, un certain nombre d'entre eux, tout en conservant une analyse binaire des droits, se montrent critiques à l'égard de certaines catégorisations.

D'aucuns⁸ soulignent ainsi le caractère simplificateur de la distinction générationnelle des droits très largement utilisée dans les manuels étudiés pour relater la stratification progressive des droits de l'Homme⁹. Elle est pourtant conservée tout comme la distinction issue de la doctrine internationaliste sur laquelle elle s'adosse opposant les droits civils et politiques aux droits économiques et sociaux¹⁰. Est de ce point de vue particulièrement topique l'analyse de Frédéric Sudre qui, après avoir qualifié de trompeuse la classification générationnelle ternaire des droits de l'Homme et de mystificateur le discours qui la véhicule¹¹, utilise la catégorie de droits civils et politiques pour désigner des droits « inhérents à la personne ou permettant la participation de l'individu à la Cité » et celle de droits économiques, sociaux et culturels qui recouvre des « droits intéressant la situation matérielle de l'individu »¹².

D'autres émettent des réserves concernant les classifications, elles aussi très répandues dans la doctrine de libertés, fondées sur le critère du rapport à l'État ou du rôle de celui-ci. Le rapport à l'État confirmerait la bipartition des droits de l'Homme entre droits civils et politiques opposables à l'État, c'est-à-dire destinés à préserver l'individu de l'arbitraire étatique et les droits économiques, sociaux et culturels exigibles de l'État, donc supposant de celui-ci une intervention destinée à garantir l'éducation ou la sécurité sociale¹³. Le rôle de l'État ou plus généralement le rôle des pouvoirs publics sert également d'assise à

critique est pérenne puisqu'elle figure dans des écrits plus récents (Pierre-Henri PRELOT, *Droit des libertés fondamentales*, Hachette Supérieur, 2007 p. 18).

⁶ Jean-Jacques ISRAËL évoque « l'enrichissement du contenu des droits de l'Homme par leur évolution historique » (in *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, 1999, p. 21).

⁷ Sur la critique des catégorisations simplificatrices et la défense de l'unité des droits de l'Homme, voir Robert CHARVIN, Jean-Jacques SUEUR, précit., p. 24.

⁸ « Toute simplification est nécessairement erronée. C'est donc uniquement pour une plus grande clarté de présentation que l'on reprendra ici la distinction désormais classique entre les trois générations de droits » (Jean MORANGE, *Manuel des droits de l'Homme et libertés publiques*, PUF, 2007, p. 55).

⁹ Les auteurs parlent de stratifications successives pour évoquer le fait que chaque courant de pensée a enrichi l'édifice sans faire disparaître l'influence du précédent. V. en particulier Claude-Albert COLLIARD, Roseline LETTERON, *Libertés publiques*, Dalloz, 2005 et Dominique BREILLAT, *Libertés publiques et droits de la personne humaine*, Gualino, Mementos, 2003.

¹⁰ Les deux catégories sont généralement considérées par la doctrine comme correspondantes. Pour preuve voir Louis FAVOREU : « on passe de la notion de droits individuels civils et politiques de la première génération, datant de la Révolution française, aux droits économiques et sociaux de la deuxième génération, de l'après Seconde Guerre mondiale (...) » (Louis FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2000, p. 21). V. également Robert CHARVIN, Jean-Jacques SUEUR, précit., p. 24 et Jean MORANGE, précit., p. 55.

¹¹ Frédéric SUDRE, précit., p. 101.

¹² Frédéric SUDRE, précit., p. 129.

¹³ Patrice MEYER-BISCH, *Le corps des droits de l'Homme*, Editions universitaires Fribourg-Suisse, 1992, p. 129.

la division des droits. Issue des travaux de Jellinek relatifs aux rapports entre l'État et les individus, cette opposition entre les droits imposant une abstention de l'État (statut négatif chez Jellinek) et ceux exigeant des prestations de l'État (statut positif), se reflète plus ou moins clairement dans des formules aussi diverses que « droits d'être »/« droits d'obtenir », « libertés négatives »/libertés positives », « droits-libertés »/« droits-créances », « droits de »/« droits à ». A l'encontre de cette classification est soulevé son caractère non opératoire qui tient, selon Claude-Albert Colliard et Roseline Letteron, au fait que « les libertés négatives ne se traduisent jamais par une totale abstention de l'État qui doit au moins définir les conditions de leur exercice »¹⁴. Cette catégorisation est cependant largement conservée, la plupart des auteurs se ralliant à la position de Gilles Lebreton selon qui, s'il est vrai que l'intervention publique est toujours nécessaire, elle ne serait pas du même ordre dans les deux hypothèses : alors qu'elle serait simplement destinée à faciliter l'exercice des droits-libertés qualifiés par l'auteur de « pouvoirs d'autodétermination », elle serait exigée pour l'existence même des droits-créances¹⁵. Comme le soulignait déjà l'instigateur de cette distinction, Jean Rivero, l'objet des droits-créances reste indéfini tant que l'État n'est pas intervenu¹⁶.

Les autres classifications reposant sur l'objet des droits (corps ou esprit), leur mode d'exercice (individuel ou collectif) ou encore leur fonction (vis-à-vis de l'individu appréhendé en tant que personne physique, membre de la société ou encore acteur économique) souffrent également de critiques ne serait-ce qu'en raison de la grande porosité entre les différentes catégories ainsi établies¹⁷.

Comment expliquer que, malgré leurs limites et insuffisances, ces diverses classifications - première/deuxième génération, droits civils et politiques/droits économiques, sociaux et culturels, droits-libertés/droits-créances, obligations d'abstention/obligations positives, droits de/droits à, etc. - soient retenues dans les manuels sans d'ailleurs y être véritablement discutées ? L'explication réside certainement dans l'objectif pédagogique assigné à de tels ouvrages. L'approche générationnelle des droits, de ce point de vue, a le mérite de permettre « à la fois de les différencier dans la forme et de rendre compte de la succession historique de phases complémentaires tant dans la revendication que dans la reconnaissance »¹⁸. Le choix de ces classifications n'est donc pas exclusif d'une prise de distance à leur encontre. On peut aussi penser que participe de ce conservatisme la volonté de ne pas exposer les étudiants à un

¹⁴ Claude-Albert COLLIARD, Roseline LETTERON, précit., p. 159. V. aussi André ROUX qui souligne que « pour la plupart de ces droits fondamentaux [droits classiques] l'on trouve une articulation entre les interdictions d'agir et des obligations de prestations parfois très importantes. A l'inverse, la concrétisation de droits considérés comme de purs droits à des prestations peut fort bien comprendre des interdictions » (in Louis FAVOREU et alii, précit., p. 137). V. encore Jacques MOURGEON pour qui la classification « droits de »/« droits à » ignore que les droits dérivent tous du Pouvoir (Jacques MOURGEON, *Les droits de l'Homme, Que sais-je ?*, 1728, 1998).

¹⁵ Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Armand Colin, 2008, p. 16.

¹⁶ Jean RIVERO, précit., p. 121.

¹⁷ Jean-Jacques ISRAËL, précit., p. 51.

¹⁸ Louis FAVOREU et alii, précit.

risque en leur proposant une présentation plus audacieuse des droits de l'Homme se détachant de ce que la majorité de la doctrine tient pour acquis.

2) Les différentes classifications des droits de l'Homme établies renseignent en creux sur les principales caractéristiques des droits sociaux. En effet, de ces présentations livresques, un certain nombre de conclusions sur les droits sociaux peuvent être tirées. Il en ressort plus ou moins explicitement que ces droits sont d'abord situés d'un point de vue temporel : ils sont présentés dans le discours comme des droits de la deuxième génération, c'est-à-dire consacrés lors d'une deuxième vague d'affirmation des droits de l'Homme, à une période où la préoccupation de l'égalité concrète¹⁹ émerge et s'ajoute à celle de la liberté. Ce souci d'égalité conduit à l'identification d'un autre trait caractéristique, tenant cette fois à leur objet social (travail, éducation, santé, logement), les droits sociaux étant vus comme des droits destinés à répondre à un besoin²⁰. Il en résulte que le titulaire du droit n'est pas tout homme mais l'individu concerné par le besoin évoqué, ce que traduit l'expression chère à Georges Burdeau de droits de « l'homme situé », notamment les groupes de personnes défavorisées²¹. Enfin, et surtout, c'est une caractéristique concernant leur régime qui est utilisée à des fins de définition - ce qui traduit l'ambivalence des rapports entre définition et régime, les catégorisations fondant un régime différent, mais le régime justifiant aussi certaines catégorisations -, et qui constitue la caractéristique privilégiée dans le discours : les obligations positives que de tels droits imposent à l'État et plus largement aux pouvoirs publics, se concrétisant par des prestations matérielles, économiquement coûteuses.

L'ensemble de ces particularités des droits sociaux par rapport aux autres droits, du point de vue de la période de leur consécration, de leur objet et de leur régime, mises en exergue par les auteurs, contribue à ce que ces droits apparaissent dans les ouvrages comme les parents pauvres des droits de l'Homme.

B. Les droits sociaux, des droits de second rang

Les auteurs déduisent de cette structure binaire des droits et libertés des différences de valeur et/ou de régime²². Par exemple, Jacques Fialaire établit une hiérarchie au sein des droits constitutionnellement consacrés entre ceux, de premier rang, pour lesquels la liberté est la règle et ceux de second rang n'ayant un caractère ni général ni absolu, d'application non uniforme, cédant devant une norme de premier rang et qui recouvrent principalement les libertés

¹⁹ Claude-Albert COLLIARD et Roseline LETTERON insistent par exemple sur l'objet des droits sociaux qui est de « rétablir une certaine égalité sociale » (précit., p. 35).

²⁰ V. en particulier Georges BURDEAU, *Libertés publiques*, 1972, p. 375 et Danièle LOCHAK, *Les droits de l'Homme*, PUF, La découverte, Repères, 2002, p. 45.

²¹ Georges BURDEAU, précit.

²² Jean-Jacques SUEUR et Robert CHARVIN évoquent des « droits de seconde zone », (précit., 5^e éd., 2007, p. 99).

économiques et les droits économiques et sociaux²³. Rarement explicitée, l'idée de hiérarchie entre les droits de l'Homme irrigue nombre de manuels. Et c'est sans doute le danger essentiel de cette entreprise de classification.

1) Cette hiérarchie apparaît d'abord de manière latente dans le silence gardé par les ouvrages sur le régime des droits sociaux. En ne traitant pas des droits sociaux²⁴ ou, du moins, en excluant les droits sociaux de type droits-créances²⁵ de la partie de l'ouvrage consacrée au régime des libertés, la majorité de la doctrine semble estimer que les droits de la deuxième catégorie ne bénéficient pas, si ce n'est du même régime juridique, du même intérêt scientifique. L'ensemble des manuels de libertés comporte une partie relative à la théorie générale des droits et libertés, partie dans laquelle les différentes typologies sont présentées et une autre, consacrée au régime juridique de ces mêmes libertés. Or, force est de constater que les droits sociaux en sont absents. Une nuance mérite d'être apportée : elle concerne les droits qualifiés de sociaux en raison de leur objet (droits répondant à un besoin social), mais proches du modèle des libertés dites classiques s'agissant de leur régime juridique dans la mesure où ils n'impliquent pas une prestation de la part des pouvoirs publics²⁶. Jean-Jacques Israël étudie ainsi dans la seconde partie de son manuel le droit de grève et la liberté syndicale. Une exception est également à relever, l'ouvrage de Arlette Heymann-Doat et Gwénaële Calvès se distinguant par son évocation de plusieurs droits sociaux (droit à la protection de la santé, droit au logement, droit à l'éducation) au titre des droits dits de solidarité²⁷.

Soulignons encore que les auteurs ne justifient pas le choix des libertés et droits retenus dans leurs études autrement que par l'idée d'une hiérarchie qui s'imposerait d'elle-même. Ils traitent donc de ce qu'ils estiment être les « principales libertés », les libertés d'une « particulière importance dans la vie quotidienne des individus » ou encore celles qui « paraissent fondamentales au citoyen »²⁸. Une telle classification hiérarchisante est toujours réalisée au détriment des droits sociaux.

Émerge donc l'idée qu'il y aurait de « vrais droits de l'Homme » et de « faux droits », parmi lesquels figureraient les droits dits sociaux. Cette idée est renforcée par leur présentation, non comme de véritables droits dont l'individu

²³ Jacques FIALAIRE, Eric MONDIELLI, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Ellipses, 2005, pp.88- 89.

²⁴ V. notamment Claude-Albert COLLIARD, Roseline LETTERON, précit., Jean MORANGE, précit., Jacques ROBERT, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 1994, Gilles LEBRETON, précit.

²⁵ Jean-Jacques ISRAËL, précit.

²⁶ Dans les manuels sus évoqués, seuls les droits du travailleur sont présentés dans la partie consacrée au régime des libertés fondamentales.

²⁷ Arlette HEYMANN-DOAT, Gwénaële CALVES, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, LGDJ, 9^e éd., 2008.

²⁸ V. respectivement Jean-Jacques ISRAËL et Jacques ROBERT, précit. On peut ajouter Louis FAVOREU évoquant, s'agissant des droits de la première génération, les « droits et libertés les plus fondamentaux » (Louis FAVOREU et alii, précit., p. 62).

est titulaire²⁹, mais sous la forme de devoirs de la société³⁰ voire de simples programmes reprenant une analyse classique de la doctrine constitutionnaliste³¹.

Même un auteur comme Jean-Jacques Israël, qui réfute, malgré son quasi silence sur le régime des droits sociaux, la thèse de la hiérarchie des droits estimant qu'il ne peut exister de différence de valeur juridique entre eux, admet l'existence d'une différence de traitement des droits de l'Homme³².

2) Quand il est abordé, le régime des droits sociaux est présenté comme moins protecteur. L'idée générale est que la protection la plus forte bénéficierait aux seuls droits dits de première génération autrement désignés sous le vocable droits civils et politiques. Plusieurs arguments sont avancés à l'appui de cette thèse : la précision des termes dans lesquels ces droits sont consacrés, l'abstention attendue de l'État pour leur mise en œuvre et l'existence de procédures de type juridictionnel au plan international.

Les différences de régime mises en exergue selon la catégorie d'appartenance des droits concernent les techniques de garantie : principalement juridiques pour les droits civils et politiques - avec la hiérarchie des normes et le contrôle juridictionnel - elles sont davantage matérielles s'agissant des droits sociaux (on pense à la mise en place de services publics), ce qui constitue pour certains auteurs une véritable infirmité pour ces droits³³.

Une des différences majeures attribuées à la nature des droits est l'accès possible ou non au juge. Pour Michel Levinet, les droits civils et politiques seraient plus clairement justiciables que les droits sociaux qui ne bénéficieraient, pour leur part, que d'une « justiciabilité relative »³⁴ du fait notamment des ressources économiques nécessaires à leur effectivité. L'auteur prend toutefois la précaution de souligner l'hétérogénéité de la catégorie des droits sociaux, réduisant implicitement la pertinence de son analyse aux seuls

²⁹ Frédéric SUDRE écrit ainsi que l'individu en [des droits économiques sociaux et culturels] est le bénéficiaire virtuel », (précit., p. 257). Il s'agirait selon l'auteur de « principes souhaitables qui font partie de la nébuleuse des droits de l'Homme mais qui ne s'inscrivent pas dans le champ du droit ».

³⁰ Gilles LEBRETON, précit., p. 95.

³¹ Georges BURDEAU affirme que les droits sociaux visent à « tracer, pour l'avenir, un programme au législateur » (précit., p. 372). D'autres auteurs estiment que « le réalisme veut que l'on considère les droits-créances comme des droits plus programmatiques que prescriptifs » (Claire MARLIAC, *L'essentiel des droits politiques, économiques et sociaux*, Gualino, Les Carrés, 2003, p. 52).

³² Jean-Jacques ISRAËL, précit., p. 53.

³³ Ainsi, Frédéric Sudre souligne que la « réalisation de ces droits suppose la mise en œuvre de moyens économiques, financiers et sociaux, faisant défaut pour nombre d'États » de sorte que les droits sociaux sont des droits contingents, subordonnés aux possibilités matérielles d'une société donnée, à un moment donné de son histoire (précit., p. 256).

³⁴ Michel LEVINET évoque les « droits [de 2^e génération] qui seraient caractérisés par une justiciabilité relative puisque leur mise en œuvre appellerait l'adoption de mesures complémentaires, par exemple, par voie législative, et dépendrait des ressources économiques et financières publiques » (*Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant, Nemesis, Droit et justice, n° 82, 2008, 2^e éd, p. 75).

droits sociaux de type droits-créances quand il souligne la pleine justiciabilité du droit de grève, de la liberté syndicale et de la non discrimination dans l'emploi.

Les auteurs raisonnant à partir du modèle des droits civils et politiques - en particulier le droit de propriété - considérés comme premiers, les droits sociaux apparaissent dans les manuels comme une catégorie de droits de second rang. Ce biais dans l'analyse est moins présent dans les articles écrits par les membres de la doctrine de libertés fondamentales.

II. Une critique de la vision duale des droits de l'Homme

Un certain nombre d'auteurs³⁵ menant leur activité de recherche dans le domaine des droits de l'Homme s'interrogent sur la pertinence et, en réalité, sur les limites des typologies traditionnelles sur lesquelles la catégorie de droits sociaux se fonde. C'est donc *in fine* le dualisme des droits de l'Homme qu'ils discutent.

Au-delà de cet objet commun distinguant cette partie de la doctrine des auteurs de manuels qui tiennent ces typologies pour acquises, les différences réapparaissent. Une grande variété d'analyses ressort de leurs écrits tant sur la question des classifications de droits proprement dites (A) que sur les conséquences qui y sont attachées du point de vue du régime de ces droits (B), sans d'ailleurs que ce lien de cause à effet entre nature juridique et régime juridique soit univoque.

A. La pertinence de la catégorie « droits sociaux » interrogée

L'ensemble des classifications traditionnelles se retrouve dans les articles de doctrine. Mais c'est sur la thématique générationnelle des droits de l'Homme que les auteurs concentrent l'essentiel de leur réflexion, certainement en raison du succès dont elle a fait l'objet³⁶. Les réserves émises plus globalement sur les différentes typologies rejaillissent sur la délimitation de la catégorie des droits sociaux.

1) La présentation générationnelle des droits, empruntée au droit international³⁷, est encore majoritairement conservée³⁸. Elle n'est pas pour

³⁵ Une petite vingtaine d'articles ont été répertoriés.

³⁶ Jean-Jacques SUEUR, « Régénération des droits de l'Homme et/ou consécration de droits nouveaux », in Geneviève KOUBI et alii, *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 129.

³⁷ Karel VASAK, « Le droit international des droits de l'Homme », RCDAl, 1974, t. 140, pp. 344-345.

³⁸ Pour un certain nombre d'auteurs, bien que la présentation en générations de droits ne soit pas imposée par la structure même des droits fondamentaux, elle s'avère utile pour comprendre le développement historique de ces droits (Robert PELLOUX, « Vrais et faux droits de l'Homme. Problème de définition et de classification », RDP, 1981, p. 53, Jean MORANGE, « Droits civils et politiques », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, pp. 536-538 ou encore Alessandro PIZZORUSSO, « Les générations de droits », in Constance GREWE,

autant exempte de critiques soulignant son simplisme³⁹ et le fait qu'elle n'emporterait pas d'effets juridiques, alors même que c'est l'objet généralement assigné à tout effort de catégorisation juridique⁴⁰. Elle est parfois revisitée. Ainsi, Jean-François Akandji-Kombe offre une conception renouvelée de la question, affirmant que les générations qui, traditionnellement, opposent les droits civils et politiques aux droits économiques, sociaux et culturels traverseraient en fait la catégorie des droits économiques sociaux et culturels. Les droits dits économiques appartiendraient à la première, tandis que les droits sociaux relèveraient de la deuxième. De façon plus singulière, l'analyse générationnelle est réfutée avec virulence par Marie-Joëlle Redor. Instrumentalisée, selon l'auteur, par les tenants de la dichotomie des droits, cette présentation servirait la thèse de la hiérarchie des droits en partant du postulat que les droits les plus importants ont été proclamés les premiers. Or, pour l'auteur, deux critiques doivent être adressées à une telle analyse : d'une part, le fait que l'on trouve trace de consécration anciennes des droits économiques et sociaux⁴¹ et, d'autre part, le fait que cette relative antériorité des droits dits civils et politiques est le résultat d'un rapport de force donné⁴². Une voie médiane entre ceux qui conservent la thèse générationnelle et ceux qui la nient, tracée par François Rangeon, consiste à souligner que, s'il est juste d'un point de vue historique, de faire remonter les prémisses des « nouveaux droits » bien avant le milieu du 20^e siècle⁴³, l'absence de concomitance entre ce qu'il est convenu de nommer les deux générations de droits reste indéniable. Si concomitance il y a, c'est, souligne-t-il, seulement entre deux éléments de nature

Florence BENOÎT-ROHMER (Dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, PU Strasbourg, 2003, p. 17).

³⁹ De la simplicité, seul mérite de la prétendue typologie des trois générations, selon Emmanuel DECAUX (in Emmanuelle BRIBOSIA, Ludovic HENNEBEL, « La question de la typologie des droits de l'Homme dans le système universel ») au simplisme critiqué par Marie-Claire PONTTHOREAU (« Le principe de l'indivisibilité des droits. L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux », RFDA, 2003, p. 929), il n'y a qu'un pas, celui de la simplification, précisément recherchée par certains (Evangelia GEORGISTI, « De « l'impossible justiciabilité » des droits sociaux fondamentaux », <http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Evangelia%20Georgitsi.pdf>).

⁴⁰ Pour Jean-François AKANDJI-KOMBE, c'est d'ailleurs précisément la finalité de cette catégorisation générationnelle : « Derrière la théorisation des droits de l'Homme en termes de génération, il y avait et il y a précisément le postulat d'une cohérence interne de chaque « âge » de droits, une cohérence forte susceptible de produire des conséquences juridiques » (« Droits économiques, sociaux et culturels », in Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii (Dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, 2008, p. 255).

⁴¹ Les revendications des droits économiques et sociaux sont anciennes et datent en Angleterre du 17^e siècle, en France du 18^e siècle ; quant à leur reconnaissance, elle remonte à la déclaration des droits figurant dans la Constitution de 1793, au plan national et, au niveau international, à la première charte de l'OIT de 1919.

⁴² Les déclarations de droits sont l'œuvre de ceux ayant conquis le pouvoir et consacrent donc les droits dont ceux-ci ont besoin.

⁴³ On pense au projet de Siéyès, lors de la Révolution française, à la déclaration des droits de 1793 ainsi qu'à la Constitution de 1848.

bien distincte : entre l'idée des droits-créances et la consécration des droits-libertés⁴⁴.

Cette dispersion de la doctrine se retrouve dans la réflexion qu'elle conduit de façon plus précise sur la notion même de droits sociaux.

2) Rares sont ceux qui rejettent purement et simplement la catégorie⁴⁵, mais tout aussi rares sont ceux qui s'accordent sur les frontières de ladite catégorie.

A titre liminaire, évoquons deux points terminologiques qui sont le signe de cette incertitude. Le fait tout d'abord que l'expression « droits sociaux » ne soit pas unanimement employée. D'aucuns, souvent issus de la doctrine internationaliste, lui préfèrent des expressions plus compréhensives, telles que droits économiques, sociaux et culturels⁴⁶ ou droits économiques et sociaux⁴⁷. Le fait ensuite que l'expression « droits sociaux » est diversement comprise. Alors que certains relèvent, à l'instar de Michel Borgetto, que tout droit est par essence social, d'autres, comme Marie-Pauline Deswarte, insistent au contraire sur la pertinence de l'adjectif social parce qu'il souligne, d'une part, que le titulaire de ces droits est l'« homme situé », victime d'une injustice sociale et, d'autre part, que le sujet passif du droit est la société, devenue débitrice. De cette appréciation ressortent les deux critères de définition des droits sociaux rencontrés dans la doctrine, à savoir le besoin et l'intervention des pouvoirs publics. Si la doctrine ne s'accorde pas sur les contours de la catégorie des droits sociaux, c'est en réalité parce qu'elle ne s'accorde pas sur le critère d'appartenance à la catégorie. A l'instar des conceptions anglo-saxonne et nordique, les droits sociaux peuvent être définis comme des droits d'inspiration sociale visant le « bien-être » des membres de la société⁴⁸, répondant à un besoin,

⁴⁴ François RANGEON, « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du préambule de la Constitution de 1946 », in Geneviève KOUBI et alii, *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 173.

⁴⁵ Selon les terminologies employées, les auteurs ne classent pas nécessairement les droits en rapport avec la relation de travail au sein des mêmes sous-catégories des droits économiques et sociaux. Ils peuvent être inclus tantôt dans la catégorie des droits économiques (Paul ORIANNE, « Mythe ou réalité des droits économiques, sociaux et culturels », *Mélanges offerts à Jacques VELU*, t. 3, *Présence du droit public et des droits de l'Homme*, 1992, Bruylant), tantôt dans celle des droits sociaux (Alain SAUVIAT, « Les droits sociaux dans le bloc de constitutionnalité français », *Juger les droits sociaux*, Actes du colloque organisé par ADEAGE, 19 octobre 2001, PULIM, *Les Chroniques de l'OMIJ*, n° 2, 2004, p. 49).

⁴⁶ V. Jean-François AKANDJI-KOMBE (précit.) et Marc BOSSUYT (précit.). Ce dernier distingue les droits économiques (liés au travail), les droits sociaux (qui recouvrent la sécurité sociale, l'assistance et le logement) et les droits culturels (dans lesquels on trouve principalement l'éducation et la culture). Après avoir réalisé cette répartition, il en souligne les limites, constatant qu'il n'existe aucun critère juridique permettant de distinguer les droits entre eux. Néanmoins, cette différence entre droits civils et politiques et droits sociaux existe selon lui, le critère, non juridique donc, étant l'exigence ou non d'un apport financier de l'État, ce qui renvoie peu ou prou à la question des obligations positives et négatives de l'État.

⁴⁷ Robert PELLOUX, précit.

⁴⁸ C'est la définition retenue par Nikitas ALIPRANTIS (précit.). Une telle vision semble partagée par Marc BOSSUYT qui, sans procéder à un effort de définition, énumère, au titre des droits dits sociaux, des droits portant effectivement sur les conditions d'existence : sécurité sociale, logement, assistance, etc.

avec une idée de protection qui peut s'appliquer tant aux travailleurs qu'aux plus démunis⁴⁹. A ce critère matériel parfois critiqué en ce qu'il n'emporterait pas d'effet juridique, peut être préféré celui reposant sur la nature positive des obligations que les droits sociaux feraient peser sur les pouvoirs publics⁵⁰. Dans ce schéma-là, à l'inverse de l'hypothèse précédente, les droits en rapport avec la relation de travail (droit de grève, liberté syndicale) sont exclus de la catégorie des droits sociaux pour rejoindre éventuellement la catégorie des droits économiques⁵¹. Le sort réservé aux droits du travailleur est révélateur de l'étendue des divergences entre les auteurs selon que ces droits sont considérés simplement comme faisant partie des droits sociaux et constituant, du fait de leur régime juridique propre⁵², une sous-catégorie ou encore comme étant exclus des droits sociaux⁵³.

La majeure partie des auteurs se rejoint néanmoins sur l'existence d'une différence entre les droits-libertés et les droits-créances⁵⁴, catégorisation qui peut recouper⁵⁵ celle opposant droits civils et politiques et droits sociaux, quand ceux-ci sont entendus structurellement ou, au contraire, constituer une sous-catégorie des droits sociaux définis à partir de leur seule inspiration sociale, c'est-à-dire appréhendés d'un point de vue matériel⁵⁶.

Une telle hétérogénéité dans la définition donnée des droits sociaux fait apparaître la dualité des liens entre catégorisation et régime puisque la construction d'une catégorie « droits sociaux » définie matériellement permet de justifier que ces droits soient soumis à un régime distinct⁵⁷, tandis que, pour une autre partie de la doctrine, c'est l'existence d'un régime différent - caractérisé pour l'essentiel par une intervention positive de l'État - de certains droits qui fonde l'instauration d'une catégorie, celle des droits sociaux, catégorie qui, à son tour, justifie un régime particulier, caractérisé cette fois par une justiciabilité moindre.

⁴⁹ Jean-François AKANDJI-KOMBE, précit.

⁵⁰ Pour Robert PELLOUX, qui admet la difficulté de définir les droits sociaux, il s'agit de « droits d'exiger de l'individu » ; quant à Evangelia GEORGISTI, elle estime que ce qui les caractérise, ce sont les obligations positives pesant sur l'État.

⁵¹ Selon Paul Orianne, les droits économiques sont ceux du travailleur tandis que la sécurité sociale et l'assurance sociale relèvent des droits sociaux (in « Mythe ou réalité des droits économiques, sociaux et culturels », précit.).

⁵² Alain SAUVIAT, précit.

⁵³ Nikitas ALIPRANTIS, précit.

⁵⁴ V. toutefois la position contraire de Marie-Claire PONTHEAU qui souligne que tous les droits imposent des actions positives de l'État (précit.).

⁵⁵ Marc BOSSUYT, « La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels », *Revue des droits de l'Homme*, 1975, vol VIII, 4, p. 783.

⁵⁶ Elle constitue alors une sous-catégorie des droits sociaux (Michel BORGETTO, « Droits sociaux », Denis ALLAND, Stéphane RIALS (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, pp. 555-556 ; Jean MORANGE, « Droits civils et politiques », précit., pp. 536-538, Robert PELLOUX, « Vrais et faux droits de l'Homme. Problème de définition et de classification », précit.).

⁵⁷ V. cependant la position différente de Evangelia Georgisti qui estime que, si la catégorie « droits sociaux » est fondée sur leur inspiration sociale, elle est alors sans effet juridique.

B. La spécificité du régime des droits sociaux questionnée

Plusieurs arguments sont fréquemment avancés pour justifier l'existence d'un régime propre aux droits sociaux, distinct de celui applicable aux libertés classiques et marqué par leur injusticiabilité. Or, il ressort de la lecture des principaux articles de doctrine que deux traits, traditionnellement admis au titre des caractéristiques des droits sociaux, sont en réalité communs à l'ensemble des droits de l'Homme, simplement à des degrés variables, ce qui affaiblit la thèse de la non justiciabilité.

1) Les soubassements de la thèse classique de l'injusticiabilité des droits sociaux sont remis en cause par une partie des auteurs. Le raisonnement plus ou moins explicitement tenu est le suivant : les droits sociaux sont des « droits à » dont la mise en œuvre exige une intervention des pouvoirs publics, en particulier du législateur. Une telle analyse est renforcée par les écrits de constitutionnalistes selon lesquels, dans le Préambule de la Constitution de 1946, on ne trouve que des principes - et non des règles - programmatiques s'adressant au législateur, travaux qui insistent donc sur le besoin de la loi comme relais entre la Constitution et le titulaire du « droit ». En conséquence, au nom de la théorie de la séparation des pouvoirs, l'intervention du juge pour la sanction de ces droits, par exemple en cas de non concrétisation par le législateur, est exclue. Dans une telle hypothèse, par son intervention, le juge empièterait sur deux fonctions du Parlement, représentant de la nation, la délimitation de la politique sociale, d'une part, et la détermination des dépenses publiques *via* le vote du budget, d'autre part.

Toutefois, des tempéraments sont apportés à ce raisonnement à partir du constat selon lequel il ne s'agirait pas là d'une propriété des droits sociaux. L'ensemble des droits de l'Homme, y compris les droits-libertés, nécessitent une intervention de l'État et, en particulier, du législateur, ne serait-ce que pour réglementer leur exercice. C'est uniquement l'ampleur de cette intervention qui fluctue selon le type de droit en cause. L'impact financier des décisions de justice rendues à propos de droits dits de première génération peut même être tout à fait conséquent quand on pense aux implications matérielles et humaines, et donc financières, qui découlent d'un droit au procès équitable pour ne prendre que l'exemple le plus communément retenu par la doctrine.

2) La thèse selon laquelle les droits sociaux seraient injusticiables sort affaiblie de ces analyses qui nuancent les spécificités des droits sociaux. Elle demeure néanmoins pérenne dans la doctrine des droits fondamentaux. Et de ce point de vue, mérite d'être souligné le paradoxe, au moins terminologique, qu'il y a à désigner des droits prétendument non justiciables sous le vocable de « droits-créances » étant entendu que la notion civiliste de créance a pour sens précis de permettre la poursuite - y compris devant le juge - du débiteur indélicat.

Certains réfutent donc encore toute justiciabilité des droits sociaux, mais d'autres auteurs leur reconnaissent une justiciabilité spécifique. Partant du lien

ténu qui existe entre les droits de ce type et la loi, la seule justiciabilité envisageable serait la « justiciabilité normative », pour reprendre l'expression de Guy Braibant⁵⁸, au sens où le contrôle du juge ne pourrait porter que sur les modalités de leur concrétisation par le législateur. Quelques auteurs, tel Nikitas Aliprantis, encore minoritaires dans les écrits, soutiennent même la thèse d'une justiciabilité totale des droits sociaux, réfutant l'ensemble des arguments généralement avancés à l'encontre de l'accès au juge.

L'idée que la protection juridictionnelle est moins adaptée aux droits sociaux qu'aux droits civils et politiques reste ancrée dans la doctrine juridique. Elle est toutefois de plus en plus affaiblie sur le plan théorique sous l'effet d'une réflexion féconde portant sur la pertinence scientifique des catégorisations traditionnelles.

A cet égard, un colloque qui s'est tenu en 2009 à l'Université de Caen mérite d'être mentionné⁵⁹. La doctrine de libertés publiques y était présente dans une belle diversité. S'y est formée une sorte d'union sacrée autour de l'indivisibilité des droits, insistant sur la stérilité que présentait, d'un point de vue scientifique, la distinction traditionnelle en catégories. Cette rencontre révèle, qu'au-delà de ce qui constitue encore la ligne majoritaire, des inflexions, voire des renversements de tendance, sont en cours. De sorte que l'on peut s'interroger sur l'écart croissant entre l'état de la réflexion de la doctrine contemporaine et la réception de ses travaux dans les manuels.

Conclusion

Au-delà des différences notables relevées dans le discours doctrinal sur les droits sociaux selon le média utilisé, plusieurs questions récurrentes émergent, qui révèlent le flou juridique entourant ce qu'il est convenu de désigner sous l'expression « droits sociaux ».

Les divergences entre les auteurs sur les contours de la catégorie des droits sociaux - que révèle, à titre principal, l'attitude d'inclusion ou, à l'inverse, d'exclusion des droits du travailleur, et que souligne également, à titre subsidiaire, l'hétérogénéité des listes données de droits sociaux - témoignent de l'incapacité de la doctrine à trouver un critère juridique unificateur. Les principes d'égalité, de fraternité, de solidarité ou de dignité sociale ont tour à tour été convoqués par la doctrine des libertés fondamentales sans, toutefois, constituer le critère objectif de détermination des droits pouvant être considérés comme sociaux⁶⁰.

⁵⁸ Guy BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001.

⁵⁹ « L'universalisme des droits en question(s). Les 60 ans de la Déclaration universelle des droits de l'Homme », Caen, 15 mai 2009, *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n° 7, juin 2009.

⁶⁰ L'existence de droits qualifiés de mixtes par la doctrine – tels la liberté syndicale rattachée aux droits sociaux par le biais du travailleur, mais tout aussi indiscutablement dérivée du droit civil et politique que constitue la liberté de réunion – témoigne des difficultés de l'entreprise de

Une telle insuffisance conceptuelle, qui s'explique pour partie par un certain désintérêt de la doctrine spécialisée dans les libertés fondamentales pour la question sociale⁶¹, ne serait pas gênante si les tentatives de classification n'avaient d'autres prétentions que celle de souligner la multitude, la diversité et le caractère évolutif des droits de l'Homme. Mais, les conséquences attachées aux classifications des droits de l'Homme et, en particulier, à celles qui, sous des formes variées, distinguent les droits dits sociaux des autres droits de l'Homme, sont plus fondamentales puisqu'elles participent de la construction, puis de la pérennisation d'une vision hiérarchisée des droits de l'Homme qui tend notamment à légitimer, en le tenant pour donné, le régime moins protecteur des droits sociaux.

D'ailleurs, l'ambiguïté des liens établis par les auteurs entre la définition et le régime des droits sociaux démontre la versatilité des concepts et le subjectivisme entourant la réflexion sur ces droits, rendant difficile le débat dès lors que le régime est présenté à la fois comme une qualité intrinsèque des droits sociaux et comme un effet de la qualification de droit social.

classification en l'absence de critère pertinent (Frédéric SUDRE, précit., p. 238, Patrice MEYER-BISCH, précit., p. 141).

⁶¹ Témoignage de ce désintérêt les très rares références par les membres de la doctrine à la pauvreté (Jacques ROBERT, précit., Robert CHARVIN, Jean-Jacques SUEUR, précit.) et la timidité qu'ils manifestent à l'égard du thème de la dignité sociale (Jacques FIALAIRE, Eric MONDIELLI, précit.)

TITRE 2 - REGARDS CROISÉS

Etudier *la* justiciabilité des droits sociaux serait une gageure, tant celle-ci peut prendre des formes et des procédures différentes selon les systèmes juridiques et les droits sociaux envisagés. D'où la nécessité de croiser les regards, et de prendre la mesure du contraste existant entre les expériences nationales et régionales (Chapitre 1) et des différences de garanties dont peuvent bénéficier certains droits sociaux (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 - DES EXPÉRIENCES CONTRASTÉES

La garantie juridictionnelle des droits sociaux est la résultante de différents facteurs conjugués, qui relèvent avant tout de traditions et de configurations locales. Le rôle reconnu au juge en est un : la conception de la séparation des pouvoirs, les luttes de pouvoirs internes aux systèmes politiques influencent grandement la représentation du juge comme gardien des droits de l'Homme et calibrent l'étendue de ses pouvoirs. Mais il n'est pas le seul élément à prendre en compte : le primat politique, l'attention plus ou moins grande portée à la question sociale, le souci de justice sociale contribuent également à faire du juge un acteur social. Or, cette conjonction est éminemment variable selon les systèmes politiques et juridiques. D'où le choix, dans le cadre d'une recherche sur la justiciabilité des droits sociaux, d'une large ouverture au droit comparé. Si les travaux menés ailleurs ont permis de mettre en lumière les traits communs et les différences existants au sein de certains pays européens¹, une attention spéciale est ici portée aux systèmes juridiques des pays émergents. L'hypothèse de départ est en effet que les pays du Sud peuvent constituer des références importantes, en raison des particularités de leur système juridique : démocraties constitutionnelles innovantes, des nations telles que l'Inde, l'Afrique du Sud (Section 3), l'Argentine ou le Brésil (Section 1) sont confrontées de longue date à la réalité sociale de la misère et des inégalités. Le traitement juridique de la pauvreté est ancré dans les usages sociaux du droit et il reçoit un accueil d'autant plus favorable que le juge se veut le gardien de l'État de Droit post colonial ou dictatorial. Il semble dès lors que les modes de raisonnement juridictionnels construits à l'échelle nationale ou régionale, en Afrique par la Commission Africaine des droits de l'Homme et des peuples (Section 2) ou en Amérique du Sud par la Cour interaméricaine (Section 1), offrent autant d'enseignements éclairants. *A contrario*, l'exemple nord-américain s'avère davantage fécond par la vivacité de sa doctrine académique (Section 4). Quant à l'exemple du Japon (Section 5), il montre comment les traditions nationales peuvent contribuer à acclimater des expériences et des conceptualisations importées.

¹ V. les travaux publiés sous forme de working paper issus d'un séminaire organisé en juin 2009 dans le cadre de l'Institut européen de Fiesole <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/14739> et proposés pour publication, dans une version traduite et remaniée, à la Rev. Internationale de droit comparé.

SECTION 1 -

LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX EN AMÉRIQUE DU SUD,

VÉRONIQUE CHAMPEIL DESPLATS

La possibilité d'invoquer des droits sociaux devant un juge est, dans de nombreux États d'Amérique Latine, une question d'une particulière actualité. Plusieurs facteurs peuvent l'expliquer.

Des facteurs historiques, tout d'abord. Certains États d'Amérique Latine, tels que le Mexique et le Brésil, ont été les précurseurs du « constitutionnalisme social »¹, même si leurs expériences respectives n'ont pas connu une postérité identique. La Constitution mexicaine du 5 février 1917 est ainsi souvent considérée comme l'une des premières au monde à avoir consacré les droits au travail, à la propriété sociale de la terre, à l'éducation et à l'assistance sociale. Au Brésil, sous la double influence du socialisme et du positivisme sociologique, les droits sociaux sont vite apparus comme une condition de la réalisation des droits individuels et de la protection des plus pauvres face aux propriétaires terriens et aux conséquences de l'industrialisation. Toutefois, la Constitution de 1934, d'inspiration sociale, a tourné court en raison de l'instauration d'une dictature.

Des facteurs économiques et sociaux, ensuite. L'espace latino-américain est le théâtre de criantes inégalités économiques et sociales, plusieurs États revendiquant détenir le record du plus grand écart de revenus sur la planète. Une chose est certaine : les situations de plus grandes richesses côtoient celles de plus grandes pauvretés, et un fort taux d'habitants latino-américains vit en dessous du seuil de pauvreté absolu.

Des facteurs politico-intellectuels, enfin. Les sociétés latino-américaines se caractérisent par un niveau de culture et de conscience sociale et politique élevé, même s'il existe des disparités d'un groupe social à l'autre. Les élites intellectuelles, quelles que soient leur sensibilités politiques, ont un très haut niveau de formation et de réflexion critique. Il est à ce titre significatif que les dictatures militaires qui se sont succédé tout au long du XX^e siècle sur le continent n'aient eu de cesse d'éliminer les militants politiques et les intellectuels tout particulièrement de gauche, ce qui a conduit une partie de ces

¹ Carlos HERRERA, « Sur le statut des droits sociaux. La constitutionnalisation du social », RUDH, 2004, vol. 16, n°1-4, p. 33

derniers à s'engager dans des organisations de guérilla armées. Ce phénomène a son importance pour la compréhension du succès qu'a pu ensuite acquérir auprès de certains juristes, qu'ils soient universitaires, avocats, juges ou militants associatifs, la question de la justiciabilité des droits sociaux. Beaucoup conçoivent en effet dorénavant le droit comme un moyen d'action non violent et en prônent un usage alternatif en faveur des causes sociales².

Ces usages sont bien sûr très variables selon les États, selon les causes, selon les auteurs, selon les juges. Pour obtenir un aperçu sinon exhaustif, du moins représentatif des débats doctrinaux et de l'attitude des juges en Amérique Latine à l'égard de la question de la justiciabilité des droits sociaux, cinq États « tests » ont été choisis : l'Argentine, le Brésil, la Colombie, le Mexique et le Pérou³. Les décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme seront aussi évoquées. D'autres États comme le Chili, l'Équateur, le Venezuela ou la Bolivie, auraient pu aussi retenir l'attention en raison de leur actualité juridique et politique. Il semble toutefois qu'une analyse plus approfondie de la question dans ces États n'aurait pas apporté de modifications sensibles aux conclusions idéal-typiques auxquelles l'étude des cinq États-tests permet de parvenir.

Après avoir exposé l'état de débats doctrinaux sur la justiciabilité des droits sociaux en Amérique Latine (I), on évaluera la façon dont les juridictions latino-américaines peuvent la consacrer (II).

I. Les droits sociaux et leur justiciabilité : état des débats doctrinaux

La compréhension des débats doctrinaux sur la justiciabilité des droits sociaux dans les États d'Amérique Latine (B), appelle un aperçu préalable de l'état de la doctrine latino-américaine et de son appréhension des droits sociaux (A).

A. Doctrine et droits sociaux en Amérique Latine : aperçu général

L'état de la doctrine juridique latino-américaine varie fortement d'un État à l'autre. Les États observés présentent trois configurations. Dans certains États, la doctrine en général et la doctrine sur les droits sociaux en particulier atteignent des niveaux quantitatifs et qualitatifs tout à fait comparables aux États européens. Cela peut s'expliquer soit par des raisons liées à l'importance historique de la question sociale (Brésil, Mexique), soit par l'histoire académique et de la pensée juridique (Brésil, Argentine). Dans d'autres États, l'activité

² V. Oscar CORREAS, *Acerca de los derechos humanos*, México, Ediciones Coyoacán, 2003

³ Ont participé à ce travail à titre de correspondant Monica PINTO, professeure à l'Université de Buenos Aires, et son équipe de recherche pour l'Argentine, Maria-Elisa VILLAS-BÔAS, docteur en droit, pour le Brésil, Victor Andrés OLARTE doctorant, et Carlos MOLINA, professeur à l'Université de Medellin, pour la Colombie, Alina RIVERA MALDONADO, doctorante, pour le Mexique, Carlos GONZALES PALACIOS, doctorant, pour le Pérou.

doctrinale est moins volumineuse mais en cours de développement. C'est le cas de la Colombie où les débats doctrinaux sur les droits sociaux ont pris une envergure nouvelle en raison de l'activisme stimulant de la Cour constitutionnelle créée en 1991. Enfin, le Pérou présente un faible niveau d'activité doctrinale tout particulièrement en matière de droits sociaux. Cette situation est liée aux très forts enjeux politiques qui entourent la question. Celle-ci est en effet pris en tenaille entre, d'un côté, la doctrine conservatrice et néo-libérale dominante (surtout à Lima) qui refuse de considérer les droits sociaux comme de véritables droits en dépit de leur reconnaissance dans la Constitution et de l'existence de programmes sociaux et, d'un autre côté, l'extrême gauche qui a longtemps préféré recourir à des méthodes radicales et violentes plutôt que de discourir sur la justiciabilité des droits. Dans ce contexte, les travaux sur les droits sociaux n'ont d'assise que localement, en « province où la doctrine est plus critique et revendicatrice »⁴ mais ne dispose souvent que de faibles moyens de diffusion, ou, à l'autre extrême, internationalement⁵, mais dans des publications parues loin du Pérou.

Quelle que soit leur intensité nationale respective, on soulignera que, dans tous les États observés, émergent à côté d'une doctrine classique de type dogmatique, conservatrice et souvent hostile aux droits sociaux, de nouveaux courants doctrinaux, minoritaires mais non marginaux, faisant preuve d'une maîtrise des travaux de théories juridiques de très haut niveau, d'une propension à l'inventivité et à la réflexion critique, et d'une ouverture internationale manifeste. Certains travaux de ces auteurs sont devenus des ouvrages de référence, cités tant dans toute l'Amérique Latine ainsi qu'en Espagne. On pense tout particulièrement à l'ouvrage des argentins V. Abramovich et C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*⁶.

L'aperçu général de l'appréhension des droits sociaux dans les doctrines latino-américaines s'articulera en quatre points portant sur leur définition (1), leur présentation en termes de générations de droits (2), leur fondamentale (3) et la détermination de leurs titulaires (4).

1) Définitions des droits sociaux

Les travaux doctrinaux latino-américains proposent des définitions assez classiques des droits sociaux, mais avec quelques variantes selon les contextes historiques, politiques ou académiques propres à chaque État.

⁴ Carlos GONZALES PALACIOS, « Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux au Pérou », in *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux- Rapport d'étape*, p. 103, http://droits-sociaux.free.fr/Projet/rapports_scientifiques.pdf.

⁵ V. par exemple, sur un tout autre sujet, Clara SANDOVAL, « The challenge of Impunity in Peru : The significance of the Inter-American Court of Human Rights », *Essex Human Rights Review*, vol. 5, n°1, 2008, p. 97.

⁶ Madrid, Trotta, 2002.

Au Brésil, par exemple, les droits sociaux sont essentiellement définis par des critères générationnels et fonctionnels. Ils sont présentés comme des droits de deuxième génération, se rapportant aux conditions d'égalité entre les individus. Ils ont pour fonction de permettre « l'accès » de tous « à une vie digne, au développement personnel » et d'assurer « l'exercice effectif de la liberté »⁷.

En Colombie, on rencontre des modes de définitions très divers. Certains auteurs mettent l'accent sur le critère générationnel, d'autres sur la nécessité de l'intervention de l'État, d'autres encore, sur la complémentarité que les droits sociaux présentent avec les libertés individuelles en assurant à l'individu son plein épanouissement en société⁸.

Enfin au Mexique, la définition des droits sociaux est le plus souvent centrée sur leur fonction économique et sociale. Les droits sociaux visent à améliorer les conditions de vie des démunis. Ils doivent assurer à chacun une existence digne. Ils sont alors un instrument de justice sociale qui justifie l'intervention de l'État pour répondre aux besoins essentiels des personnes en matière de logement, de santé, d'éducation, etc.⁹.

2) Droits sociaux et générations de droits

La présentation des droits et des libertés en termes de générations successives est commune dans les doctrines latino-américaines. Les droits sociaux sont considérés comme des droits de deuxième génération après celle des libertés individuelles et des droits civils et politiques, et avant celle de droits « globaux » ou liées aux nouvelles technologies (droits à un environnement sain, à la paix ou au respect de l'intégrité du corps humain). De façon assez classique également, de nombreux auteurs prennent argument de ce découpage générationnel pour minimiser la valeur et la portée normative des droits sociaux.

Partout toutefois, certains cherchent à relativiser la présentation générationnelle tout comme les conséquences juridiques qui lui sont associées. Les arguments peuvent varier en fonction des spécificités constitutionnelles nationales.

En Argentine, des auteurs comme V. Abramovich et C. Courtis¹⁰ soutiennent ainsi que les droits sont dits de « deuxième génération » en raison de leur apparition à un moment historique postérieur à d'autres, mais que cela ne signifie pas qu'ils soient de « deuxième niveau » ou de moindre importance.

⁷ Maria-Elisa VILLAS-BÔAS, « Derechos de los pobres, ¿pobres derechos? Investigacion sobre la justiciabilidad de los derechos sociales- Brasil », in « 4- Doctrine sud-américaine et droits sociaux », précit., p. 47.

⁸ Angel HERREÑO, ¿Todo o nada? Principio de integralidad y derechos sociales, Bogotá, Textos de Aquí y Ahora, n° 11. ILSA, 2008, p. 72.

⁹ Alina RIVERA MALDONADO, « Doctrine sur les droits sociaux au Mexique », in « 4- Doctrine sud-américaine et droits sociaux », précit., p. 96.

¹⁰ Précit.

Cet argument est partagé ailleurs. Au Mexique ou au Brésil, l'accent est mis sur l'indivisibilité, la complémentarité et l'unité des droits de l'Homme. Au Brésil, les auteurs peuvent s'appuyer sur un argument de texte, à savoir celui de la Constitution. Celle-ci comprend en effet un titre général consacré aux « droits fondamentaux », englobant sans distinction autre que thématique tous les droits et libertés : « droits et devoirs individuels et collectifs », « droits sociaux », « droits de nationalité » et « droits politiques ». Certains, à l'instar du portugais J. Miranda, préfèrent alors utiliser le terme de « dimension » plutôt que de « génération », ce premier paraissant moins clivant¹¹. Bien plus, le colombien A. Herreño s'engage dans une remise en cause radicale de la présentation de l'histoire des droits de l'Homme par séquence générationnelle. Pour l'auteur, « la lutte pour les droits ne s'est pas faite de manière interrompue et centrée sur des catégories spécifiques ». Les revendications politiques n'ont jamais été déconnectées de revendications sociales. En conséquence, « la division entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels » est tout au plus « conventionnelle »¹².

3) Droits fondamentaux et droits sociaux

La question de savoir si les droits sociaux peuvent être considérés comme des droits fondamentaux est récurrente, tout particulièrement parce que dans certains États (la Colombie, le Pérou) le caractère fondamental des droits conditionne la recevabilité des recours d'*amparo* ou d'*acción de tutela*. Trois positions doctrinales peuvent être distinguées.

Selon un premier courant, classique, les droits sociaux ne sont pas des droits fondamentaux, mais des « normes programmatiques » dépourvues d'effet normatif contraignant.

Un deuxième courant soutient que seuls les droits sociaux qui assurent un « minimum existentiel », c'est-à-dire un « minimum nécessaire à la survie »¹³, tels que l'éducation primaire ou les services essentiels de santé, peuvent être considérés comme fondamentaux¹⁴.

Un troisième courant estime que tous les droits sociaux sont, sans réserve, fondamentaux. Trois raisons peuvent être invoquées : un argument de texte là où la constitution procède elle-même à la qualification (Brésil), un argument historique lié à l'indissociabilité des luttes pour la reconnaissance des libertés individuelles et des droits sociaux, un argument axiologique selon lequel

¹¹ Maria-Elisa VILLAS-BÔAS, précit., p. 47.

¹² Angel HERREÑO, précit.

¹³ Ricardo LOBO TORRES, « O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais », *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, jul.-set. 1989, pp. 29-49.

¹⁴ Carlos MOLINA, « Justiciabilidad de los derechos humanos en Colombia », in « 4- Doctrine sud-américaine et droits sociaux », précit., p. 73.

les droits sociaux concourent à la réalisation de l'égalité sociale et à la sauvegarde de la dignité de la personne humaine¹⁵.

4) Titularité

L'idée selon laquelle les droits sociaux sont des droits collectifs, c'est-à-dire dont la titularité n'appartient pas à une personne considérée individuellement, mais est étendue à des groupes spécifiques d'individus, jusqu'à bénéficier à la société tout entière, est très répandue en Amérique Latine. Toutefois le débat sur la titularité des droits prend parfois de tournures particulières selon les histoires et les contextes sociaux propres à chaque État. Ainsi par exemple la doctrine mexicaine a longtemps considéré que les droits sociaux posés par la constitution de 1917 ne bénéficiaient qu'aux ouvriers et aux paysans les plus démunis ayant participé à la Révolution. Les droits sociaux sont ainsi conçus comme des droits de protection, des droits destinés à remédier à des déséquilibres économiques et sociaux. Ce ciblage des bénéficiaires des droits sociaux expliquerait que, dans la constitution mexicaine, les droits au travail et à la propriété sociale de la terre aient été plus développés que d'autres tels que les droits à l'éducation, à la protection de la santé ou à un logement digne¹⁶.

Une telle conception se retrouve aussi au Brésil ou en Colombie. D'ailleurs, ceux qui défendent une titularité plus large des droits sociaux, le font souvent en opposition explicite à celle-ci. A. Herreño défend ainsi l'universalité des droits sociaux en insistant sur le fait qu'ils ne sont pas « exclusivement reconnus pour les groupes de marginaux, personnes vulnérables ou travailleurs ». Il rejette également la possibilité d'une titularité individuelle car la vocation des droits sociaux est de produire des effets collectifs et universels au bénéfice de tous¹⁷.

B. Les débats doctrinaux sur la justiciabilité des droits sociaux

Dans tous les États d'Amérique Latine, la possibilité d'invoquer devant un juge des droits sociaux divise la doctrine. La thèse selon laquelle les droits sociaux ne sont que des normes programmatiques et donc, à la différence des droits civils et politiques, ne sont pas justiciables, a longtemps prédominé (1). Mais, dans tous les États émergent de nouveaux courants doctrinaux qui contestent cette conception de façon très argumentée (2).

1) Les arguments contre la justiciabilité des droits sociaux

L'absence de justiciabilité des droits sociaux est soutenue dans tous les États. Partout, les distinctions entre les droits économiques, sociaux et culturels

¹⁵ Angel HERREÑO, précit.

¹⁶ Alina RIVERA MALDONADO, précit.

¹⁷ Angel HERREÑO, précit.

et les droits civils et politiques apparaissent « comme le résultat de décisions politico-idéologiques », plutôt qu'elles ne reposent « sur des arguments juridiques clairs et solides qui donneraient un réel fondement à une supposée différence »¹⁸. Toutefois, ne serait-ce que pour maquiller les présupposés politiques, les arguments techniques et juridiques ne sont pas inexistants. On peut les regrouper en 3 types.

La divisibilité des droits. Cette thèse prend appui sur la présentation de l'émergence des droits en génération et sur l'affirmation des droits au niveau international dans deux pactes distincts à savoir, le Pacte international sur les droits civils et politiques et le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels.

Le caractère programmatique des droits sociaux. A l'inverse des droits civils et politiques qui constitueraient de véritables droits subjectifs invocables en justice, les droits sociaux seraient « symboliques », « programmatiques » et « à faible potentiel juridique ». Leur justiciabilité est conditionnée à l'existence d'une loi qui les met en œuvre mais c'est alors cette loi qui permet de fonder les recours.

La compétence et la légitimité des juges. Tandis que les droits civils et politiques impliquent une obligation d'abstention de la part des autorités publiques ou de toute personne privée et que le contrôle juridictionnel se limiterait à l'annulation ou à la condamnation des actes qui enfreignent cette obligation, les droits sociaux seraient porteurs d'obligations positives qui conduisent les juges à formuler des injonctions et des obligations d'action. Or, ce type de décisions porterait atteinte au principe de séparation des pouvoirs et à la compétence législative en matière de finances publiques. En tout état de cause, les mécanismes juridictionnels seraient inadaptés pour assurer la garantie des droits sociaux.

2) Les arguments en faveur de la justiciabilité des droits sociaux

La relativisation de la distinction entre des droits civils et politiques invocables devant les juges et des droits sociaux qui ne le seraient pas a pour fondements premiers les principes d'indivisibilité et d'interdépendance des droits de l'Homme. Elle repose sur l'idée que les différences éventuelles entre les droits et libertés ne sont pas substantielles mais reposent sur un ensemble de choix et « de croyances contingentes »¹⁹. Cinq types d'arguments peuvent le démontrer.

¹⁸ M. PINTO, « Derechos de los pobres, ¿pobres derechos? Investigacion sobre la justiciabilidad de los derechos sociales- Argentina », in « 4- Doctrine sud-américaine et droits sociaux », précit., p. 18 et s., et A. RIVERA, précit.

¹⁹ Monica PINTO, précit., p. 18.

La force des textes. Comme l'affirmait R. Barbosa²⁰ à propos de la Constitution brésilienne de 1932 : « une constitution n'énonce pas des conseils, des avis ou de simples recommandations, mais de vrais ordres dictés par le peuple ». Toutes ces dispositions sont donc sources d'obligations. On retrouve l'argument au niveau international. Pour certains, l'exigence d'« interprétation de bonne foi conforme au sens courant des termes (du traité) dans le contexte où ils sont utilisés » rend « irraisonnable de penser que les normes qui protègent les droits économiques, sociaux et culturels manquent de forces obligatoires »²¹.

L'État social de droit, la fonction sociale des juges et la pensée juridique. L'intégration des droits sociaux dans les textes constitutionnels institue un État social de droit dont il revient aux juges, et tout particulièrement aux juges constitutionnels, d'assurer la garantie au même titre que tout type de droits. Le concept d'État social de droit attend donc pour sa pleine réalisation l'engagement des juges, mais aussi celui de la pensée juridique. Comme le souligne M. Pinto, le concept d'État social de droit n'a pas encore été théorisé à la hauteur de celui d'« État de droit libéral ». Ainsi, s'il est possible que la justiciabilité des droits sociaux n'implique pas les mêmes mécanismes que celle des droits civils et politiques, cela ne signifie pas que leur absence de garantie échappe à toute sanction juridictionnelle. La justiciabilité des droits sociaux exige un effort d'imagination de la part des juristes et des juges²².

L'identité structurelle des énoncés juridiques affirmant des droits. Les droits sociaux ne sont pas plus abstraits ou imprécis que les droits civils et politiques. Les termes d'égalité, de liberté, de propriété ou d'accès au logement ne posent pas aux juges de problèmes d'interprétation très différents. Les droits sociaux peuvent donc tout autant être considérés comme des droits subjectifs que les droits civils et sont porteurs des mêmes types d'obligations, d'action ou d'abstention.

La réalité de la pratique juridictionnelle. « Les tribunaux interviennent généralement sur une gamme considérable de questions ayant des conséquences importantes sur les ressources disponibles de l'État ». L'argument des coûts est donc souvent brandi au prix d'une minimisation du coût de l'effectivité des droits civils et politiques et d'une maximisation de celui des droits sociaux²³.

L'évolution du droit international et l'indivisibilité des droits. Pour répondre à ceux qui prennent prétexte de l'existence des deux pactes internationaux de New York pour établir une différence de nature entre les droits civils et politiques et les droits sociaux, une partie de la doctrine affirme l'indivisibilité et l'interdépendance des droits de l'Homme posées par la Déclaration universelle des droits de l'Homme et soutenue, sur le continent

²⁰ Roberto BARBOSA, *Comentários à Constituição Federal brasileira*, V. II., H. Pires (coord), São Paul, Saraiva & Cia, 1932.

²¹ Monica PINTO, précit.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

américain, par la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'Homme²⁴.

Ces arguments mobilisés en faveur de la justiciabilité des droits sociaux s'inscrivent souvent dans des constructions doctrinales visant plus largement à construire un concept d'exigibilité des droits sociaux, à l'adresse tout autant des juges que des autorités administratives et des services sociaux. Il s'agit ainsi d'engager une redéfinition des politiques publiques et des obligations de l'État en matière sociale dans laquelle les juges sont une des parties prenantes.

II. Des réponses jurisprudentielles contrastées : entre rejet, prudence et audace

Les décisions des juges latino-américains et de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme en matière de droits sociaux offrent un panorama contrasté. Si beaucoup de juges rejettent de façon très classique les recours fondés sur des droits sociaux, d'autres les acceptent sous des conditions variables (A) et définissent des obligations à la charge des autorités publiques adaptées à chaque cas d'espèce (B).

A. Une justiciabilité à géométrie variable

L'attitude des juges à l'égard des droits sociaux diffère d'un État à l'autre et, au sein d'un même État, d'une juridiction à l'autre, d'un droit à l'autre, d'un cas d'espèce à l'autre. Si de très nombreux juges restent encore réticents à l'idée d'imposer des obligations de faire aux autorités publiques sur le fondement de la violation de droits sociaux, d'autres s'y emploient nettement. A cet égard, la formulation des textes constitutionnels ne prédétermine que faiblement les solutions juridictionnelles, ce qui convainc, si besoin en était, qu'en la matière les juges disposent d'un large pouvoir interprétatif. Si l'on peut concevoir que le silence ou l'ambiguïté des textes favorisent les interprétations les plus diverses, leur clarté apparente stimule aussi parfois l'imagination des juges pour la contrarier dans un sens plus ou moins favorable, selon leur sensibilité, à la justiciabilité des droits sociaux.

Au Brésil par exemple, les recours fondés sur des droits sociaux sont largement acceptés dans la mesure où l'article 5 § 1 de la constitution prévoit que toutes les normes qui définissent des droits fondamentaux sont d'application immédiate, sans introduire de distinction entre les droits civils, politiques et sociaux. Pourtant, même s'ils sont aujourd'hui de moins en moins nombreux, certains tribunaux ont pu refuser d'obliger l'État à fournir des prestations assurant la garantie des droits sociaux²⁵.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Brésil, Tribunal de apelacion de São Paulo, Ag. Instr. N° 42 530 5/4, 2a Câmara de Dereito Público, Rel. Des. Alves Bevilacqua, 11.11.1997.

Au Mexique, alors même que les textes constitutionnels ont été à l'avant-garde du constitutionalisme social (*supra*), les tribunaux restent imprégnés de l'idée que les droits sociaux ne sont que des énoncés programmatiques ou de simples « directives » dépourvus d'effets concrets²⁶ et d'obligations pour l'État. Hormis l'admission, pour des raisons historiques, des recours des paysans fondés sur le droit du travail ou la propriété collective des terres, le seul cas significatif où un recours d'*amparo* invoquant la violation d'un droit social, en l'occurrence le droit à la santé, a été déclaré recevable et a abouti au fond, est récent et reste isolé (*infra*).

Après avoir exposé les voies de recours qui peuvent être ouvertes aux prétentions fondées sur des droits sociaux (1), seront évoquées les techniques interprétatives utilisées par les juges pour admettre leur recevabilité (2).

1) Les voies de recours ouvertes aux prétentions fondées sur des droits sociaux

A côté des procédures juridictionnelles de droit commun, presque tous les pays d'Amérique Latine se sont dotés d'un recours d'*amparo* qui peut aussi prendre le nom d'*acción de tutela* en Colombie, de *recurso de protección* au Chili ou de *mandado de injunção* et de *mandado de segurança* au Brésil. Ces recours s'effectuent selon des modalités et des procédures diverses d'un État à l'autre : *amparo* à titre seulement individuel au Mexique ou également collectif en Argentine²⁷ ; *amparo* placés en dernière instance sous l'autorité d'une Cour suprême (Argentine, Brésil, Mexique), ou d'une Cour constitutionnelle spécifique (Colombie, Pérou). Quoi qu'il en soit, ces recours reposent tous sur un même principe : offrir aux individus ou à des entités collectives, une voie spéciale de recours quand ils estiment que leurs droits et libertés fondamentaux ou constitutionnellement garantis sont violés.

Dans quelle mesure ces procédures ont-elles été ouvertes aux recours fondés sur des droits sociaux ? La réponse varie selon les États et les droits considérés.

En Argentine, on relève une dizaine de recours d'*amparo* significatifs fondés sur des droits sociaux. La Cour Suprême de Justice de la Nation a admis des recours tant à titre individuel²⁸ que collectif²⁹ qui invoquaient la protection

²⁶ Mexique, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XV, registro n°187926, Pleno, enero 2006, p. 6 et t. XVII, tribunales colegiados, registro n°184751, febrero 2003, p. 1156.

²⁷ Art. 43 de la Constitution argentine.

²⁸ Argentine, C.S., *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*, 24/10/2000.

²⁹ Argentine, C.S., *Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.688, 01/06/2000* ; voir aussi *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala IV, Viceconte, Mariela C. c. Ministerio de Salud y Acción Social*, 02/06/1998.

du droit à la santé ou le droit à l'éducation³⁰. De même, la Cour d'appel du contentieux administratif et fiscal de la Ville autonome de Buenos Aires a admis un recours d'*amparo* individuel sur le fondement du droit à un logement digne et a affirmé, à l'occasion, la justiciabilité de tous les droits économiques, sociaux et culturels³¹. Elle a réitéré en accueillant un recours d'*amparo* collectif fondé sur le droit à l'eau potable et en insistant sur l'indivisibilité et l'interdépendance des droits de l'Homme³².

Au Brésil, la Constitution de 1988 prévoit deux types de procédure spéciale en matière de droits et libertés : le *mandado de segurança* et le *mandado de injunção*. Le *mandado de segurança* (article 5, LXIX de la Constitution) vise à protéger tout droit non couvert par le principe d'*habeas corpus*, « lorsque les responsables de l'illégalité ou de l'abus de pouvoir sont des autorités publiques » ou des agents exerçant des pouvoirs publics. Ce recours peut être individuel ou collectif (association, syndicats, partis politiques représentés au Congrès national, *class action*). Le *mandado de injunção* peut, quant à lui, être formé devant les tribunaux par toute personne, y compris des associations, « toutes les fois que l'absence de normes rend impossible l'exercice des droits et libertés constitutionnels ainsi que des prérogatives inhérentes à la nationalité » (art. 5, LXXI)³³.

En Colombie, la Constitution de 1991 a créé une *acción de tutela* (article 86 de la Constitution) qui peut être introduite devant toute juridiction par toute personne, sans obligation de représentation par un avocat, lorsque celle-ci estime qu'un de ses droits fondamentaux a été violé. La juridiction transmet le recours pour examen à la Cour constitutionnelle. Ce recours rencontre un vif succès. S'agissant des droits sociaux, la Cour considère en principe qu'ils n'ont pas d'effet direct. Elle a pu le rappeler au sujet du droit au logement³⁴ ou du droit à la sécurité sociale³⁵. Toutefois, elle a ouvert des possibilités de recours au cas par cas, en fonction des circonstances de l'espèce (*infra*).

Au Mexique, il existe un recours d'*amparo* qui s'exerce à titre individuel, en cas de préjudice personnel et direct. Hormis le cas particulier des recours des paysans face aux réformes agraires³⁶, seule l'invocation du droit à la santé dans l'affaire « Mininuma » - du nom d'une communauté d'habitants vivant dans des

³⁰ Argentine, C.S., Ferrer De Leonard, Josefina Y Otros C. Superior Gobierno De La Provincia De Tucumán S/Amparo, 12/08/2003 ; voir aussi Superior Tribunal de Justicia – Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia contra Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, 19/03/2008.

³¹ Argentine, Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, Mansilla, María M. c. Ciudad de Buenos Aires, 13/10/2006.

³² Argentine, Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. Ciudad de Buenos Aires, 18/97/2007.

³³ Humberto NOGUIERA ALCALÁ, Teoría y dogmática de los derechos fundamentales, Mexico, 2003, UNAM, p. 205.

³⁴ Colombie, Cour constitutionnelle, arrêt T-495/95.

³⁵ Colombie, Cour constitutionnelle, arrêt T-585/99.

³⁶ Héctor FIX-ZAMUDIO, Ensayos sobre el derecho de amparo, México, UNAM, 1993, pp. 30-31.

conditions d'extrême pauvreté et dépourvue de tout accès à des soins médicaux-³⁷ a conduit à reconnaître la justiciabilité d'un droit social.

Au Pérou, la violation de droits sociaux peut être invoquée dans le cadre d'une procédure spéciale du droit du travail définie dans *Ley Procesal del trabajo* n° 26636. Mais il existe plus généralement un recours d'*amparo* qui doit être formé devant le juge civil de première instance ou la Cour supérieure d'appel correspondante. Le Tribunal constitutionnel se prononce définitivement sur la demande. Le recours est ouvert à toute personne qui estime violé un de ses droits fondamentaux (autres que ceux protégés par l'*habeas corpus* et l'*habeas data* qui font l'objet de procédures particulières), par un acte ou une omission de toute autorité publique, fonctionnaire ou personne (article 200 al. 2 de la Constitution de 1993). Pour le moment, le Tribunal constitutionnel a admis la recevabilité de plusieurs recours en matière de santé (*infra*)³⁸, de santé mentale³⁹, de spectacles culturels⁴⁰, de pensions de retraite, de maintien d'avantages sociaux liés aux activités du travail⁴¹ et, surtout, d'éducation⁴². En revanche, les juges ont été moins favorables aux recours fondés sur les droits à l'alimentation, au logement, à l'élargissement d'un revenu d'existence minimum hors cas de pensions de retraite⁴³.

S'agissant enfin du système interaméricain de protection des droits de l'Homme, les recours sont ouverts après épuisement des voies de recours internes. Outre la possibilité d'invoquer le droit syndical (art. 8.1) et le droit à l'éducation (art. 13) en vertu de l'article 19.6 du Protocole additionnel de San Salvador adopté le 17 novembre 1988 et entré en vigueur le 16 novembre 1999, la Commission et la Cour interaméricaines ont admis une dizaine de recours relatifs à la protection de droits sociaux en recourant à diverses techniques interprétatives.

2) Les techniques d'admission indirecte de la justiciabilité des droits sociaux

Si la justiciabilité des droits sociaux est parfois acceptée de façon directe comme Brésil, en Argentine ou, pour le droit à l'éducation, au Pérou et devant la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, elle est souvent soumise à des conditions. On peut isoler trois types de technique d'accueil conditionné des

³⁷ Mexique, Sentencia 1157/2007-II, 11 de julio 2008, Juez Séptimo de Distrito en el estado de Guerrero.

³⁸ Pérou, Tribunal constitutionnel, Azanca Alhelí Meza García, n°2945-2003-AA/TC, § 30.

³⁹ Pérou, Tribunal constitutionnel, R.J.S.A. Vda. de R. n°3081-2007-PA/TC.

⁴⁰ Pérou, Tribunal constitutionnel, Ley de tributación municipal: espectáculos públicos n°0042-2004-AI/TC.

⁴¹ Pérou, Tribunal constitutionnel, Elías Toledo Gutiérrez, n° 1396-2004-AA/TC.

⁴² Pérou, Tribunal constitutionnel, Huaroto Palomino c. Decano de la facultad de medicina humana de la Universidad Nacional de Ica, 18 février 2005, Exp. n°0091-2005-PA/TC, § 6.

⁴³ V. Carlos GONZÁLES PALACIOS, <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/dossiers/Perou.pdf>.

recours : a) la connexité, b) la double facette des droits et libertés, c) la prise en compte d'un minimum vital et de l'état de vulnérabilité des personnes.

a) La connexité

L'exigence de connexité consiste à n'admettre la justiciabilité des droits sociaux que dans la mesure où ces derniers sont invoqués à l'appui de droits civils et politiques.

Cette technique a très tôt été développée par la Cour constitutionnelle colombienne qui accueille des recours dès lors qu'elle considère que l'absence de garantie de droits sociaux a pour effet la violation de droits fondamentaux civils et politiques⁴⁴. Par exemple, le droit à la santé, en principe non invocable dans le cadre d'une *acción de tutela* le devient, lorsque l'absence de prestation de soins met en péril la vie de la personne malade. Pour admettre des *acciones de tutela* fondées sur des droits sociaux, la Cour exige alors : (i) un rapport de *conexidad* avec un droit fondamental civil et politique; (ii) un péril grave et imminent pour la vie humaine et la santé ; (iii) une situation d'extrême nécessité, et (iv) des possibilités réelles pour l'État d'assurer la prestation⁴⁵. La Cour a ensuite assoupli les conditions de recevabilité en prenant davantage en considération la situation sociale des requérants (l'incapacité économique d'assurer le paiement des prestations dont ils ont besoin) et la nécessité de l'action en justice pour obtenir l'effectivité du droit invoqué⁴⁶.

Au Pérou, le Tribunal constitutionnel a aussi admis des recours dans lesquels il estimait que l'absence de garantie des droits sociaux compromettait celle de libertés individuelles ou de droits civils et politiques. Le Tribunal considère que « sans éducation, santé et qualité de vie digne en général, il est difficile de parler de liberté et d'égalité sociale ». La garantie des droits et libertés doit donc être pensée « de façon indissociable et interdépendante »⁴⁷. Là encore, la santé offre un cas paradigmatique. Alors même que le Tribunal constitutionnel reconnaît qu'elle est une « condition indispensable pour le développement » de la personne et « un moyen fondamental pour atteindre le bien-être individuel et collectif »⁴⁸, il estime que le droit à la santé n'implique « qu'un simple plan d'action pour l'État »⁴⁹. Il n'en admet la fondamentalité et la justiciabilité que lorsque l'invocation de ce droit est liée de façon inséparable au droit à la vie⁵⁰.

⁴⁴ Colombie, Cour const., Arrêt T-491/92.

⁴⁵ Colombie, Cour const., SU-819/99 ; V. Victor Andrés OLARTE, <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/dossiers/Colombie.pdf>.

⁴⁶ Colombie, Cour const., Arrêt T-760/08.

⁴⁷ Pérou, Tribunal constitutionnel, José Correa Condori c. Ministerio de Salud n° 2016-2004-AA/TC, § 10 et § 27.

⁴⁸ Pérou, Tribunal constitutionnel, Azanca Alhelí Meza García, n° 2945-2003-AA/TC.

⁴⁹ Pérou, Tribunal constitutionnel, José Correa Condori c. Ministerio de Salud, précit.

⁵⁰ V. Carlos GONZÁLES PALACIOS, précit.

b) La double facette des droits et libertés : les effets sociaux des droits civils et politiques

L'idée est ici que tous les types de droits ou libertés sont porteurs aussi bien d'obligations « négatives » d'abstention que d'obligations « positives » d'action ou de prestation. A contre-courant des représentations classiques de l'opposition entre les droits civils et politiques et les droits sociaux, il est admis que la garantie de ces derniers peut reposer sur une abstention des autorités publiques⁵¹ tandis que, à l'inverse et surtout, celle des premiers peut faire naître des obligations de prestation.

En Colombie, la Cour a ainsi condamné la plus importante entreprise de transport public de bus de Bogotá pour violation du principe de libre circulation en raison de l'absence d'équipements adaptés pour les personnes handicapées. La Cour exige des autorités publiques et de l'entreprise la mise en œuvre d'un plan d'action, devant dans les deux ans, permettre le transport de toutes personnes handicapées⁵². Certaines décisions juridictionnelles mexicaines font également produire ce type d'effets aux droits civils et politiques.

Ce type de technique trouve enfin un écho au sein des décisions de la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'Homme. La Cour tire par exemple du droit à ne pas être arbitrairement privé de sa vie, une obligation étatique de créer des moyens nécessaires à la garantie de conditions de vie digne pour les enfants des rues⁵³ ou prend appui sur le droit de propriété pour accueillir la demande de retraités péruviens voulant obtenir le versement de certaines pensions⁵⁴.

c) Minimum vital et état de vulnérabilité

Les juges peuvent enfin accueillir des recours fondés sur des droits sociaux lorsqu'ils considèrent qu'est en jeu un minimum vital (*mínimo vital* ; *o direito ao Mínimo existencial*⁵⁵), un « noyau essentiel minimal, non négociable dans le débat démocratique »⁵⁶. S'agissant des individus les plus vulnérables, les juges vont jusqu'à reconnaître le droit subjectif à un minimum vital.

La Cour colombienne, par exemple, admet que même en l'absence de lois, l'individu en situation de vulnérabilité peut effectuer une *acción de tutela* en vue d'obtenir des autorités publiques des prestations nécessaires à sa survie. Elle estime qu'il s'agit là d'une obligation liée aux principes de dignité humaine et

⁵¹ Colombie, Cour const., Arrêt T-1318/05. La cour admet un recours fondé sur le droit au logement pour ingérences arbitraires de l'autorité publique.

⁵² Colombie, Cour const., Arrêt T-595/02, §§ 5.1. à 5.5.

⁵³ CIDH, Villagrán Morales c. Guatemala, 11 septembre 1997.

⁵⁴ CIDH, Los cinco pensionistas c. Perú, 28 février 2003, §147; CIDH Acevedo Buendía c. Perú, 1er juillet 2009, §§67 à 73 ; § 85.

⁵⁵ V. Ricardo LOBO TORRES, *O Direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

⁵⁶ Colombie, Cour const., T-426/92.

d'État social de droit⁵⁷. Elle a fait application de cette jurisprudence en faveur des enfants, des personnes âgées, des femmes⁵⁸ et des populations victimes de déplacements forcés pour cause de conflits armés. S'agissant de ces dernières, la Cour estime qu'il existe des « droits minimaux » qui conditionnent leur subsistance et leur dignité et que les autorités publiques doivent garantir en toute circonstance⁵⁹. Pour déterminer le contenu minimal des droits sociaux exigibles, la Cour se réfère alors aux observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Elle a ainsi procédé s'agissant du droit à la santé⁶⁰ ou le droit au logement⁶¹.

La référence au minimum vital a également intégré les décisions du Tribunal constitutionnel péruvien. Celui-ci a notamment admis la recevabilité d'un recours visant à la reconnaissance d'un droit au versement de pension de retraite dans le mesure où ce droit permet d'assurer l'effectivité du droit à la vie et le droit à un *minimum vital*⁶².

Un des traits marquants de ces décisions est que les juges admettent la recevabilité de recours d'*amparo* ou d'*acción de tutela* en reconnaissant le caractère fondamental des droits invoqués, non pas en toute généralité, mais en fonction de l'état de la personne qui les invoque. Un droit est d'autant plus fondamental, et donc justiciable, que la personne qui requiert sa mise en œuvre se trouve démunie. En ce sens, la Cour colombienne a reconnu le caractère fondamental du droit au logement pour les personnes victimes de déplacement forcé, en raison de leur situation de spéciale vulnérabilité et marginalité⁶³. Dans le même sens, le Tribunal constitutionnel péruvien a affirmé de façon générale que les droits sociaux « ne peuvent être exigés de la même manière dans tous les cas », notamment en raison de la limitation des ressources budgétaires de l'État. Les droits sociaux, et en l'occurrence le droit à la santé, ne peuvent alors être invoqués en justice qu'en fonction de la gravité ou du caractère raisonnable du cas (personne atteinte du VIH⁶⁴), de leur lien avec d'autres droits fondamentaux et de la disponibilité budgétaire de l'État⁶⁵.

B. Les effets de la justiciabilité

L'accueil de recours fondés sur des droits sociaux permet, d'une part, de préciser les bénéficiaires des droits et corrélativement les responsables de leur violation (1). Il conduit, d'autre part, les juges à définir des obligations à la charge des autorités publiques (2).

⁵⁷ Colombie, Cour const., C-251/97.

⁵⁸ Colombie, Cour const., SU-062/99.

⁵⁹ Colombie, Cour const., T-025/04.

⁶⁰ Colombie, Cour const., T-859/03, référence à l'observation générale 14.

⁶¹ Colombie, Cour const., C-936/03, référence à l'observation générale 4.

⁶² Colombie, Cour const., Affaire Manuel Anicama Hernández, n° 1417-2005-PA/TC, § 37.

⁶³ Colombie, Cour const., SU-585/06.

⁶⁴ En ce sens, V. l'affaire José Correa Condori, précit.

⁶⁵ V. Carlos GONZÁLES PALACIOS, précit.

1) L'identification de bénéficiaires et des responsables

En principe, tout individu peut prétendre bénéficier de la justiciabilité des droits sociaux. Pour les personnes incapables d'agir en justice, les juges admettent une représentation légale par les parents ou par des tuteurs. Ce sont ainsi les parents des enfants mineurs ou de déficients mentaux⁶⁶ qui agissent en justice pour faire respectivement valoir le droit à une éducation élémentaire gratuite ou le droit à la santé. L'action de personnes morales ayant pour objet la défense des droits des individus, tels que les associations ou les syndicats, est également admise.

L'intérêt particulier des droits sociaux, qui plus est lorsqu'ils sont invoqués dans le cadre d'un recours d'*amparo* collectif, est qu'ils peuvent avoir des retombées immédiates sur des ensembles d'individus qui dépassent la ou les seules personnes qui requièrent. En Argentine, le droit à la santé a pu bénéficier à toutes les personnes souffrant du Sida, aux enfants handicapés, à tous les enfants âgés de 45 jours à 5 ans, à une population de 3 500 000 personnes potentiellement exposées à une épidémie de fièvre, ou à l'ensemble des habitants privés d'accès à l'eau potable⁶⁷. Au Mexique, malgré le caractère individuel et l'effet en principe *inter pares* du recours d'*amparo*, le jugement de l'affaire *Minimuma* bénéficie potentiellement aux 300 habitants de la communauté et aux 30 000 habitants de la Municipalité de Metlatonoc dans laquelle vit cette communauté⁶⁸. Mais ce jugement reste isolé.

L'admission de recours fondés sur des droits sociaux implique aussi l'identification de personnes responsables de leur violation. Si l'État national est le plus souvent désigné comme responsable de l'absence de mise en œuvre des droits sociaux, les solutions peuvent être plus complexes, notamment lorsqu'un État présente une structure fédérale. En Argentine, selon les droits en cause et la répartition des compétences entre les différents niveaux territoriaux, les juges peuvent déclarer responsables soit l'État fédéral, soit les États fédérés, soit les deux conjointement⁶⁹. Au Brésil, l'État fédéral, les États fédérés et les municipalités se rejettent très souvent la responsabilité de la mise en œuvre des droits sociaux, notamment en matière de santé. Chacun défend la responsabilité individuelle de l'autre selon un principe de proximité : d'abord les municipalités, puis les États fédérés et enfin l'État fédéral. Mais dans la grande majorité des cas, les juges retiennent une responsabilité solidaire. Les recours en

⁶⁶ Colombie, Cour const., Affaire n° 02480-2008-PA/TC.

⁶⁷ V. arrêts précités.

⁶⁸ R. GUTIÉRREZ RIVAS, Alina RIVERA MALDONADO, « El Caso *Minimuma*; un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México », *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LIX, n° 251, México, UNAM, enero-junio 2009, p. 12.

⁶⁹ Equipo de Investigación de la Universidad de Buenos Aires, M. Pinto (dir.), <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/dossiers/Argentine.pdf>.

manquement peuvent alors être introduits simultanément contre toutes les entités estimées responsables par les requérants⁷⁰.

Enfin, dans certains États, la responsabilité d'entreprises en charge de missions publiques peut également être engagée. La Cour constitutionnelle colombienne a ainsi déclaré responsable une entreprise de transport public qui n'avait pas prévu d'équipements permettant le déplacement de personnes handicapées (*supra*)⁷¹.

2) Obligations positives et exigence de progressivité

Dans la mesure où la garantie des droits sociaux appelle souvent l'institution de mécanismes ou de prestations spécifiques, les juges qui acceptent leur justiciabilité peuvent être conduits à définir de façon constructive des obligations d'agir à la charge des personnes tenues pour responsables.

En Argentine, la Cour suprême de justice de la nation a, dans l'affaire des malades du Sida, retenu la responsabilité de l'État national pour fourniture tardive de médicaments. Selon la Cour, l'État doit adopter les mesures nécessaires pour assurer l'accès sur tout le territoire aux médicaments appropriés⁷². Dans une autre affaire, la Cour a ordonné au gouvernement d'assurer la provision, brutalement interrompue, de médicament à un enfant handicapé. Elle précise que l'État ne peut « se délier de son devoir de promouvoir et de faciliter les prestations de santé nécessaires aux enfants mineurs, sous prétexte de l'inactivité d'autres entités publiques ou privées ». Il doit, conformément aux engagements internationaux de l'Argentine, « développer un plan d'action pour la protection de l'enfance »⁷³. S'agissant du droit à un logement digne, la Chambre d'appel de la ville de Buenos Aires se montre tout aussi incisive. Elle estime que « le droit au logement implique, par sa nature même, le devoir des autorités publiques de garantir un niveau minimum d'effectivité, ce qui exige l'adoption de mesures positives d'action lorsque le niveau de satisfaction du droit n'atteint pas celui de standards minima ». « La satisfaction du droit au logement suppose alors une progression de l'intervention » des autorités publiques dans le temps. Celles-ci doivent s'employer à « améliorer les conditions de jouissance et d'exercice des droits sociaux dans le cadre de leur moyens techniques et financiers »⁷⁴ et s'abstenir de toutes mesures qui abaisseraient le niveau de jouissance des droits considérés. En l'espèce, la Chambre ordonne le versement mensuel d'allocations jusqu'à ce que les requérants puissent bénéficier du programme de logement de la ville de

⁷⁰ V. pour la fourniture de médicaments, Brésil, STJ, 17 nov. 2003, RESP, 507205/PR, Rel. Ministro José Delgado, DJ.

⁷¹ Colombie, Cour const., Arrêt T-595/02.

⁷² Argentine, C.S., Asociación Benghalensis y otros..., précit.

⁷³ Argentine, C.S., Campodónico de Beviacqua, Ana Carina..., précit. V. aussi affaire Viceconte, Mariela C..., précit, dans laquelle l'État a été enjoint de ne pas interrompre les campagnes de vaccination.

⁷⁴ Argentine, C.S., Mansilla, María M..., précit.

Buenos Aires, ou jusqu'à ce que leur situation d'urgence ait disparu⁷⁵. Cette juridiction adopte une approche similaire en matière de distribution d'eau potable. Elle exige du gouvernement de la ville de Buenos Aires la garantie « sans exception, sans délai et sans interruption, de la distribution d'eau, en fonction des besoins fondamentaux de la population, jusqu'à l'exécution d'une politique sanitaire définitive ». Elle considère que « le droit à la jouissance et à la fourniture d'eau potable – en tant qu'élément indispensable à la vie – est un devoir des autorités publiques qui suppose un niveau minimum d'effectivité ». Celles-ci doivent adopter des mesures permettant d'atteindre le niveau « de standard minimum exigible »⁷⁶. Enfin, s'agissant du droit à l'éducation maternelle, le Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rappelle que ce droit suppose quatre types d'obligation, à savoir le respecter, le garantir, le protéger et le promouvoir. Les autorités publiques ont alors le devoir d'assurer et de financer l'accès à l'école maternelle en instituant des structures éducatives et en définissant des programmes permanents de scolarisation⁷⁷.

Les juges brésiliens, tout particulièrement en matière de santé, exigent aussi des prestations de la part des pouvoirs publics et de nombreux arrêts sont relatifs à l'obligation de fournitures de médicaments⁷⁸.

Lorsqu'elle admet les recours fondés sur des droits sociaux, la Cour colombienne se montre également très constructive. Elle affirme l'obligation de développement progressif du contenu des droits sociaux et, corrélativement, l'interdiction de régression du niveau de protection. Elle a estimé ainsi contraires à la constitution des dispositions législatives qui réduisaient, sans justification précise, le niveau de contribution annuelle de l'État pour le financement de l'assurance santé des personnes n'ayant pas les moyens de contracter une assurance privée⁷⁹, ou qui excluaient du système de santé des forces armées d'anciens bénéficiaires ne pouvant accéder à aucun autre mode d'assurance⁸⁰. La Cour a également saisi l'occasion d'un recours relatif à la stabilité des contrats et des conditions du travail pour affirmer de façon générale que l'exigence de progressivité du niveau de protection des droits sociaux implique l'obligation corrélatrice pour le législateur de ne pas abaisser les niveaux de protection déjà atteints (un effet cliquet, en quelque sorte)⁸¹. « Toutefois, elle admet que cette obligation ne peut pas être absolue parce que les États peuvent rencontrer, à un certain moment, des difficultés qui rendent impossible le maintien des conditions antérieures. Dans ce cas, les mesures

⁷⁵ Argentine, C.S., Equipo de Investigación de la Universidad de Buenos Aires, précit.

⁷⁶ Précit.

⁷⁷ Argentine, C.S., Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, précit.

⁷⁸ Brésil, STF, RE 407902, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 26/05/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-04 PP-00816 RF v. 105, n. 405, 2009, p. 409-411 ; STJ, RMS 28.338/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 17/06/2009

⁷⁹ Colombie, Cour const., C-1165/00.

⁸⁰ Colombie, Cour const., C-671/02.

⁸¹ Colombie, Cour const., C-038/04.

adoptées doivent être justifiées suivant un principe de proportionnalité en vertu duquel il appartiendra au juge constitutionnel de vérifier que : (i) les nouvelles mesures n'ont pas été prises d'une façon inopinée, mais qu'elles répondent à des études attentives ; (ii) le législateur a envisagé d'autres alternatives, mais qu'il n'en a pas trouvé de plus efficace ; (iii) la mesure adoptée est proportionnée aux objectifs poursuivis »⁸².

Au Mexique, le cas *Minimума* a également fourni l'occasion aux juges d'affirmer que pour remédier à la violation du droit à la santé, « les autorités sanitaires doivent mettre en œuvre les conditions qui permettent à ses habitants l'accès aux services de santé, en garantissant et en construisant des infrastructures nécessaires telles qu'un centre de Santé qui corresponde aux exigences définies dans le plan national de santé »⁸³.

Enfin, la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'Homme se sont elles aussi engagées dans la détermination d'obligation positive et le rappel du principe de progressivité. Elles prennent en l'occurrence appui sur l'article 26 de la Convention éponyme : « Les États parties s'engagent, tant sur le plan intérieur que par la coopération internationale - notamment économique et technique - à prendre des mesures visant à assurer progressivement la pleine jouissance des droits qui découlent des normes économiques et sociales et de celles relatives à l'éducation, la science et la culture, énoncées dans la Charte de l'Organisation des États Américains, réformée par le Protocole de Buenos Aires, ce, dans le cadre des ressources disponibles, et par l'adoption de dispositions législatives ou par tous autres moyens appropriés ». Si certains auteurs estiment que la Commission et la Cour pourraient adopter une interprétation encore plus large des droits sociaux couverts par cette protection, il n'en demeure pas moins qu'à une dizaine de reprises, ces instances ont fait usage de l'article 26 pour exiger des États des prestations adaptées à la satisfaction de droits sociaux. La Commission a ainsi rappelé au sujet du droit à la santé, invoqué en l'occurrence pour accéder à des médicaments contre le VIH, que l'obligation d'assurer la garantie des droits économiques, sociaux et culturels implique l'interdiction d'adopter des mesures régressives par rapport au niveau de protection déjà atteint. Elle considère toutefois en l'espèce que l'État salvadorien n'a pas méconnu ses obligations⁸⁴. La Commission veille également au respect l'obligation de développement progressif des droits économiques, sociaux et culturels au moment des rapports d'activité État par État. Elle a ainsi rappelé à la Colombie⁸⁵ que cette obligation supposait que l'accès aux droits ne disparaisse pas avec le temps ou que l'État ne retarde pas indéfiniment leur mise en œuvre ou, au Pérou, qu'il convenait d'assurer une réalisation constante des droits

⁸² Victor Andrés OLARTE, précit.

⁸³ V. Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS, Alina RIVERA MALDONADO, précit., p. 14.

⁸⁴ CIDH, Affaire 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros, c. El Salvador, 20 marzo 2009, § 106.

⁸⁵ CIDH, Troisième rapport sur la situation des droits de l'Homme en Colombie, OEA/Ser.L/V/II. Doc.9 Rev.1, 26/02/1999.

concernés⁸⁶. Enfin la Cour et le Commission peuvent en vertu de l'article 63.2 de la Convention ordonner les mesures provisoires qu'elles jugent nécessaires, « dans les cas d'extrême gravité » requérant une intervention urgente afin d'éviter des dommages irréparables sur les personnes. La Commission a ainsi pu demander à l'État péruvien d'assurer les soins nécessaires aux habitants de la ville La Oroya victimes d'un très haut niveau de pollution de l'air, du sol et de l'eau en raison de la diffusion de particules des métaux par les industries de métallurgie avoisinantes⁸⁷.

Conclusion

L'inventivité d'une partie de la doctrine latino-américaine sur la question de la justiciabilité des droits sociaux et le relais juridictionnel qu'elle peut susciter ne pourraient être appréciés à leur juste mesure sans rappeler qu'hormis les recours massifs en matière de droit à la santé au Brésil ou en Colombie, l'accueil des recours fondés sur des droits sociaux reste pour le moment mitigé. Par ailleurs, cette inventivité est stimulée par le travail, sur le terrain, de réseaux associatifs très actifs qui ont trouvé dans un usage alternatif du droit un moyen de redéfinition des luttes sociales. Même si l'affaire est perdue au fond, l'important est la visibilité de l'action auprès de l'opinion publique.

Mais la possibilité d'obtenir du juge la mise en œuvre des droits sociaux n'est, pour beaucoup, qu'un élément de transformation sociale, dont l'urgence et l'adéquation varie d'un État à l'autre. La doctrine latino-américaine favorable aux droits sociaux estime dans sa grande majorité que l'accès au juge n'est qu'un outil, certes important, mais insuffisant. L'intervention de l'État par la définition de politiques publiques structurelles reste perçue comme un élément essentiel pour la garantie des droits sociaux. En Colombie, l'activisme de la Cour constitutionnelle a même conduit certains auteurs, comme C. Molina, pourtant favorables aux droits sociaux, à dénoncer le « tout juridictionnel », les décisions de la Cour se substituant à celles qui devraient être prises par les responsables politiques. Un des enjeux de la justiciabilité des droits sociaux apparaît donc ici nettement : jusqu'à quel point, une fois leur compétence en la matière établie, les juges peuvent-ils être les acteurs de la mise en œuvre de politiques sociales ?

⁸⁶ CIDH, Deuxième rapport sur la situation des droits de l'Homme au Pérou, OEA/Ser.L/V/II.106. Doc.59 Rev. 2/06/2000, chap. VI.

⁸⁷ CIDH, Comunidad de la Oroya, Pérou, 2007, § 50 ; voir aussi Oscar González Anchurayco y miembros de la Comunidad de San Mateo de Huanchor, Pérou, § 49.

SECTION 2 -

LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX EN AFRIQUE : L'EXEMPLE DE LA COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES,

EMMANUEL GUÉMATCHA

Le 27 juin 1981, le continent africain s'est doté d'une Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples (CADHP) qui consacre des droits dits économiques, sociaux et culturels (DESC). Remettant en cause la conception d'une particularité des droits sociaux, la Charte africaine insiste sur l'indivisibilité des droits de l'Homme, affirme que les droits économiques, sociaux et culturels sont indissociables des droits civils et politiques,¹ et marque ainsi la volonté de ne pas considérer les droits sociaux comme des « sous-droits ».

Certes, l'histoire et la problématique des droits sociaux sur le continent africain sont bien antérieurs à 1981. Certains auteurs considèrent ainsi que la reconnaissance des droits sociaux était déjà une réalité dans la société traditionnelle africaine d'avant la colonisation². Après la colonisation, des auteurs ont traité des droits sociaux sur ce continent, soit pour défendre l'indivisibilité des droits de l'Homme³ soit pour dénoncer la violation des droits sociaux⁴. Mais la question de la justiciabilité de ces droits en Afrique, c'est-à-dire de la possibilité de saisir un organe judiciaire ou quasi-judiciaire chargé du contrôle du respect de ces droits et de la constatation de leur violation, est rarement abordée par les auteurs avant l'adoption de la Charte africaine.

L'adoption de la Charte africaine en 1981 va changer cette situation. La Charte crée un organe chargé du contrôle du respect par les Etats Parties de tous les droits de l'Homme consacrés dans le Charte : La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples⁵. Dès lors, la justiciabilité des droits

¹ V. Préambule de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples.

² V. par exemple Keba M'BAYE, *les droits de l'Homme en Afrique*, Pedone, Paris, 2002, p. 71 et s. ; Fatsha OUGUERGOUZ, *La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples. Une approche juridique des droits de l'Homme entre tradition et modernité*, PUF, Paris, 1993, pp. 11-12.

³ V. par exemple Ait-Ahmed HOCINE, *L'afro-fascisme : les droits de l'Homme dans la Charte et la pratique de l'O.U.A.*, L'Harmattan, Paris, 1980, p. 29 ; Allan MC CHESNEY, « The Promotion of Economic and political Rights : Two African Approaches », *Journal of African Law*, vol. 24, 1980, (pp. 163-205), spéc. p. 165.

⁴ Par exemple pour la violation du droit à la santé : Ozita C. EZE, « Right to health as Human Right in Africa », in René Jean DUPUY, *Le droit à la santé en tant que droit de l'Homme*, Colloque La Haye, 27-29 Juillet 1978, Sijthoff and Noordhoff, 1979, pp. 76-93.

⁵ Article 30 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples. Ci-après la Commission.

sociaux, avec en toile de fond leur effectivité, va être régulièrement analysée par la doctrine, soit pour la réfuter⁶, soit pour la défendre tout en admettant l'idée d'une réalisation progressive de ces droits⁷ ou encore la défendre tout en rejetant l'excuse tirée de l'absence de ressources⁸.

La question, sensible, du rôle de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples en matière de droits sociaux suppose une identification préalable des droits sociaux dans le cadre du système africain de protection des droits de l'Homme, qu'il soit contentieux ou non contentieux. Si la Charte africaine fait référence dans son Préambule aux droits économiques, sociaux et culturels, elle ne désigne aucun des droits qu'elle garantit comme faisant partie de cette catégorie. Cette recherche doit être effectuée à la fois dans le cadre des activités de protection et de promotion des droits de l'Homme, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples ayant pour missions de protéger les droits de l'Homme et des peuples et de les promouvoir en Afrique⁹.

Au titre de ses activités contentieuses, la Commission a rendu différentes décisions dont l'analyse permet de dresser une liste de droits sociaux qu'elle entend protéger. S'il est vrai que la Commission indique que la Charte africaine inclut les trois générations des droits de l'Homme qui sont les droits civils et politiques, les droits économiques, sociaux et culturels, les droits des peuples et des groupes¹⁰, cite le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966¹¹, cite certains droits qualifiés généralement de droits sociaux¹², fait référence aux droits économiques, sociaux et culturels qui sont selon elle, « des éléments essentiels des droits de l'Homme en Afrique »¹³, elle ne donne pas une liste de ces droits dans ses décisions. L'examen des *Lignes directrices pour la présentation des communications* adressées à la Commission africaine apporte un premier éclairage sur l'existence d'une liste de droits sociaux¹⁴. Dans ce document publié par la Commission dans le but d'informer les

⁶ V. *infra*, I. B.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ Article 30 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples : « Il est créé auprès de l'Organisation de l'Unité Africaine une Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples ci-dessous dénommée "la Commission", chargée de promouvoir les droits de l'Homme et des peuples et d'assurer leur protection en Afrique ». V. pour plus de détails, l'article 45 de la Charte et les chapitres XV et XVI du règlement intérieur de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples. Cette division du mandat de la Commission est parfois critiquée par la doctrine, notamment Frans VILJOEN, *International Human Rights Law in Africa*, Oxford University Press, New York, 2007, p. 317.

¹⁰ CADHP, novembre 2009, Centre de développement des droits des minorités agissant au nom de la communauté Endorois c. Kenya, n°276/2003, 46^{ème} Session ordinaire, 27^{ème} Rapport d'activités, (pp. 108-177), § 149.

¹¹ V. CADHP, 13-27 octobre 2001, Social and economic Rights Action Center, Centre for Economic and social Rights / Nigeria, n° 155/96, 30^{ème} Session ordinaire, 15^{ème} Rapport d'activités, (pp. 29-41), § 52.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, § 68.

¹⁴ CADHP, Lignes directrices pour la présentation des communications, Fiche d'information, n°2, disponible sur le site internet de la Commission : http://www.achpr.org/francais/info/guidelines_communications_fr.html, consulté le 26 mai 2010.

personnes sur les procédures de dénonciation des allégations de violation des droits de l'Homme, une classification des droits de l'Homme en deux catégories est opérée : les droits individuels et les droits des peuples.

Les droits individuels identifiés par la Commission sont classés en deux sous catégories : Les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels. On retrouve dans le cadre de cette présentation des droits garantis par la Charte une liste des DESC. Il s'agit des droits prévus dans les articles 14 à 18 de la Charte : droit de propriété, droit de travailler, droit à la bonne santé, droit à l'éducation et droits culturels, droit de la famille à la protection de l'Etat et droits des personnes vulnérables¹⁵.

Les droits peuples renvoient au droit d'une communauté ethnique ou nationale et comprend le droit à la paix, le droit à un environnement satisfaisant...Ce document indique clairement que cette « catégorie de droits est également appelée droits de groupes ou droits de solidarité »¹⁶.

En dehors de ses activités contentieuses la Commission mène un travail de promotion, de conseil et de réflexion « sur les problèmes africains dans le domaine des droits de l'Homme et des peuples »¹⁷. Dans le cadre de ce travail de promotion, si la Commission s'intéressait déjà aux droits économiques, sociaux et culturels avant 2004¹⁸, on observe un regain d'intérêt de la Commission pour l'identification des droits faisant partie de cette catégorie depuis cette date. En effet, la Commission a organisé un séminaire sur les droits économiques, sociaux et culturels du 13 au 17 septembre 2004 à Pretoria en Afrique du Sud, en collaboration avec l'*International Centre for legal Protection of Human Rights* (INTERIGHTS), le *Centre for Human Rights* de l'Université de Pretoria (CIHR), le *Social and Economic Rights Action Centre* (SERAC) et le *Cairo Institute for Human Rights Studies*. L'objectif du séminaire était de réfléchir à la mise en œuvre des droits économiques et sociaux et culturels en Afrique, en se fondant sur la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples¹⁹. Une Déclaration dite *Déclaration de Pretoria sur les droits économiques, sociaux et culturels* est adoptée par les participants à la fin de ce séminaire. Elle apporte un éclairage sur le contenu des droits économiques, sociaux et culturels, en renvoyant aux droit de propriété, droit au travail, droit à la santé, droit à l'éducation, droits culturels, droit de la famille et des personnes vulnérables à la protection²⁰. Elle

¹⁵ Ibid, pp. 4-5.

¹⁶ Ibid, p. 5.

¹⁷ Article 45 § 1 (a) de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples.

¹⁸ La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples décide d'organiser un séminaire sur les droits économiques, sociaux et culturels dès ses 28^{ème} et 29^{ème} Sessions Ordinaires, v. 14^{ème} Rapport d'activités de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, 2000-2001.

¹⁹ V. Rachel MURRAY et Malcolm EVANS, *Documents of the African Commission on Human and People's Rights 1999-2007*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, Vol. II, 2009, p. 656.

²⁰ Déclaration de Pretoria sur les droits économiques, sociaux et culturels, § 5 à 9, adoptée par la Résolution sur les droits économiques, sociaux et culturels en Afrique, 36^{ème} Session Ordinaire, 7 décembre 2004, Dakar, Sénégal, § 1. Curieusement, bien que les articles 21 et 22 soient cités dans le Préambule de cette Déclaration, le droit des peuples et le droit au développement sont écartés

évoque également la nécessité de prendre en compte des droits non garantis dans la Charte, mais ayant un lien étroit avec le droit à la vie et le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. Il s'agit du « droit à l'abri », du « droit à l'alimentation de base », du droit à la sécurité sociale²¹.

Par la suite, un groupe de travail sur les droits économiques, sociaux et culturels a été créé, afin de « [f]ormuler et proposer à la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, un projet de principes et lignes directrices sur les droits économiques, sociaux et culturels », d'« [é]laborer un projet révisé de lignes directrices relatives aux droits économiques, sociaux et culturels pour la rédaction des rapports des États » d'« [e]ntreprendre, sous la supervision de la Commission africaine, des études et recherches sur les droits économiques, sociaux et culturels », et de « [p]résenter un rapport d'activités à la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples à chaque session ordinaire »²².

La liste de droits examinée par le groupe de travail est assez originale, dans la mesure où elle ne contient pas le droit à la sécurité sociale, mais ajoute explicitement le droit à l'environnement (art. 24 de la Charte), le droit au développement (art. 22), le droit des peuples (art. 21)²³, et prévoit également de s'intéresser à des droits non consacrés explicitement par la Charte africaine comme le droit au logement et le « droit à la nourriture » en raison notamment des relations étroites qui existent entre ces droits et le droit à la vie ou le droit à la santé²⁴.

En dépit de ces problèmes liés au contenu de la catégorie des DESC, de cette relative clarté dans le cadre contentieux à cet élargissement de la liste dans le cadre non contentieux, le choix d'une liste de droits est impératif. Sans perdre de vue les divergences qui sont parfois apparues, il convient d'examiner l'ensemble des droits considérés comme droits sociaux dans le cadre du travail de la Commission, en prenant en compte autant la liste donnée par les *Lignes directrices* que les documents officiels comme la Résolution adoptée à la 36^{ème} Session ordinaire, mais aussi les autres documents rentrant dans le cadre des activités de la Commission. Seront donc examinés : d'une part, les droits prévus dans les articles, 15, 16, 17, 21, 22, 24 de la Charte ; ces articles consacrent des droits qui, soit sont généralement considérés comme sociaux si l'on se fonde sur

de la liste. Il peut être soutenu que ces droits, consacrés par les articles 21 et 22 ne sont pas en réalité des DESC mais comportent des éléments qui permettent de les garantir.

²¹ Ibid, § 10.

²² Résolution sur les droits économiques, sociaux et culturels en Afrique, précit. § 4.

²³ Projet de rapport d'activités de la présidente du groupe de travail sur les droits économiques, sociaux et culturels, 44^{ème} session ordinaire de la CADHP (10-24 novembre 2008), paragraphe 7. Cette énumération des DESC est proche de celle que l'on retrouve chez certains auteurs qui traitent des droits de l'Homme en Afrique : Christopher MBAZIRA, « Enforcing the economic, social and cultural rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights: Twenty years of redundancy, progression and significant strides », *African Human Rights Law Journal*, vol. 6, n° 2, 2006, (pp. 333-357), p. 341-342 et Habib GHERARI, « La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples (bilan d'une jurisprudence) », in Paul TAVERNIER (Sous la direction de), *Regards sur les droits de l'Homme en Afrique*, L'Harmattan, Paris, 2008, (pp. 132-163), p. 156.

²⁴ Projet..., ibid, § 8.

le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels de 1966, soit ont une dimension sociale très marquée dans le cadre du travail de la Commission. Il s'agit du droit de travailler, du droit à la santé, du droit à l'éducation, des droits culturels, du droit des peuples, du droit au développement et du droit à un environnement satisfaisant. D'autre part, des droits sociaux non prévus explicitement dans la Charte mais qui apparaissent dans les travaux de la Commission : droit à l'alimentation, droit au logement, droit à la sécurité sociale.

L'analyse des décisions de la Commission traduit deux tendances. D'abord, une référence régulière à l'indivisibilité des droits de l'Homme (I), ensuite une prise en compte très élargie des droits sociaux (II).

I. La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples et l'indivisibilité des droits de l'Homme

Deux constats principaux se dégagent du travail de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples quant au thème de l'indivisibilité des droits de l'Homme : une mise en œuvre dynamique de cette l'indivisibilité des droits de l'Homme (A) et une remise en cause des critères qui fondent la séparation des droits de l'Homme en deux catégories (B).

A. Une mise en œuvre dynamique de l'indivisibilité des droits de l'Homme

Une évidence apparaît à la lecture des décisions de la Commission : aucune décision ne traite uniquement des droits sociaux, à la différence des droits civils et politiques qui, parfois, sont examinés exclusivement. Dans les décisions de la Commission examinées, les différents droits de l'Homme, civils comme sociaux, sont examinés successivement. L'élément le plus significatif est ce lien toujours établi entre les violations des droits civils et celles des droits sociaux. Ainsi, la référence aux violations des droits de l'Homme conduit la Commission, dans ses motifs, à une énumération des droits qui appartiennent aux deux catégories. Ayant constaté des expulsions et des déportations d'étrangers, la violation de l'interdiction de la discrimination dans la jouissance des droits, du droit au respect de la dignité, du droit à la vie, du droit à la liberté et à la sûreté, de la liberté d'expression ou encore de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements, cruels, inhumains et dégradants, la Commission établit ensuite une ou plusieurs violations de droits sociaux²⁵. En 2001, sans faire de distinction, elle affirme que les deux catégories de droits, civils et politiques, économiques et sociaux, « créent au moins quatre niveaux d'obligations pour un Etat qui s'engage à adopter un régime de droits, notamment le devoir de respecter, de protéger, de promouvoir et de réaliser ces

²⁵ V. *infra*, II.

droits »²⁶. La Commission précise qu'elle « appliquera n'importe lequel des droits contenus dans la Charte africaine »²⁷ et indique qu'il n'existe pas « de droit dans la Charte que l'on ne puisse mettre en œuvre »²⁸. En se fondant sur la Charte africaine, la Commission met en œuvre d'une manière explicite et dynamique l'indivisibilité des droits de l'Homme.

Cette indivisibilité prévue par la Charte et mise en application par la Commission est saluée par la doctrine. Ainsi, la Charte africaine, en ce qu'elle affirme l'indivisibilité des droits de l'Homme, est qualifiée d' « élément précurseur » de la Déclaration de Vienne de 1993²⁹. Elle associe les conceptions occidentales qui défendent les droits civils et politiques et les conceptions socialistes qui défendent les droits économiques et sociaux³⁰; les distinctions classiques faites entre les deux catégories de droit n'étant pas claires, ni sur le plan théorique, ni sur le plan pratique³¹. Les arguments invoqués à l'appui de cette indivisibilité des droits de l'Homme mise en œuvre par la Commission sont éloquentes : la violation du droit au travail dans des conditions satisfaisantes peut entraîner la violation du droit à la vie³², la liberté de voter est aussi importante que le droit à la santé, car le vote peut être utilisé pour exercer une influence sur des décisions ayant un lien avec le système de santé³³, il n'y a pas de différence entre une mort causée par la faim, violation du droit à l'alimentation, et une mort causée par des actes de torture, violation d'un droit civil³⁴. Ayant clairement confirmé l'indivisibilité des droits de l'Homme proclamée par la Charte, la Commission va remettre en cause les critères qui fondent la séparation de ces droits en catégories.

B. Une remise en cause des critères fondant la séparation des droits en deux catégories : droits-libertés et droits-créances

Les droits de l'Homme ont connu avec l'adoption des deux Pactes de 1966 une séparation en deux catégories. Cette séparation est fondée sur la nature de ces droits : les droits civils et politiques seraient des droits dits libertés et qui imposeraient une abstention de l'Etat et les droits économiques, sociaux et culturels seraient des droits dits créances qui exigeraient plutôt une

²⁶ CADHP, 13-27 octobre 2001, Social and Economic Rights Action Center, précité, v. note 11, § 44.

²⁷ Ibid, § 68.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Mutoy MUBIALA, *Le système régional africain de protection des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 33.

³⁰ Benoît S. NGOM, *Les droits de l'Homme et l'Afrique*, éd. Silex, Paris, 1984, p. 75

³¹ Kenneth Asamoah ACHEAMPONG, « Reforming the substance of the African Charter on Human and Peoples' Rights: Civil and political rights and socio-economic rights », *African Human Rights Law Journal*, vol. 1, n°1, 2001, (pp. 185-204), p. 190.

³² Evelyn A. ANKUMAH, *The African Commission on Human and Peoples' Rights: Practice and Procedure*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-London-Boston, 1996, p. 143.

³³ Christopher MBAZIRA, « Enforcing the economic, social and cultural rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights: Twenty years of redundancy, progression and significant strides », *African Human Rights Law Journal*, vol. 6, n° 2, 2006, (pp. 333-357), p. 339.

³⁴ J. OLOKA-ONYANGO, « Reinforcing Marginalized rights in an age of globalisation: International mechanisms, non-state Actors, and the Struggle for peoples' Rights in Africa », *American University International Law Review*, 2003, pp. 851- 913, spéc. p. 858.

intervention de l'Etat³⁵. L'examen du travail de la Commission met au jour les insuffisances de cette distinction. Il apparaît dans le cadre du traitement des droits sociaux que ces droits peuvent être considérés comme des droits exigeant autant une intervention qu'une abstention de l'Etat. Si la Commission souligne par exemple en ce qui concerne le droit à la santé³⁶, que l'Etat doit intervenir pour permettre la jouissance de ce droit, il apparaît dans plusieurs cas qu'elle exige plutôt une abstention de l'Etat. La Commission fait également référence au « droit de travailler » qui interdit à l'Etat d'en empêcher l'exercice et la jouissance en agissant d'une manière qui le remettrait en cause³⁷. Le même raisonnement est appliqué dans le cadre du traitement du droit à l'éducation, du droit des peuples, du droit au développement, du droit à un environnement sain, du droit à l'alimentation et au logement³⁸. Mais, si l'on assiste à une telle remise en cause, il n'en demeure pas moins que cette possibilité de connaître, sur le plan contentieux, des violations des droits sociaux sur le continent africain a suscité des controverses sur lesquelles il convient de s'arrêter. En se basant notamment sur les critères qui président à la séparation des droits de l'Homme en catégories, plusieurs auteurs ont parfois critiqué cette possibilité alors que d'autres l'ont défendue.

Pour de multiples raisons, une partie de la doctrine affiche une réticence à cette possibilité reconnue à la Commission. Les droits sociaux apparaissent comme des exhortations car c'est une chose de les proclamer mais c'est en une autre de mettre en place des infrastructures nécessaires à leur réalisation³⁹. Par exemple, le droit au travail dans un pays qui offre peu d'opportunités d'emploi salarié n'est qu'une « garantie sur papier », de même que le droit à la santé a très peu de signification dans un pays appauvri⁴⁰, la satisfaction de ce droit requérant d'importants moyens que les Etats africains ne possèdent pas⁴¹. Face à cette situation certains suggèrent un alignement du système africain sur les systèmes européen et américain de protection des droits de l'Homme qui prévoient notamment pour ces droits, un système de contrôle sur rapport⁴².

D'autres approuvent cette possibilité d'une manière mesurée ou tranchée. Si plusieurs admettent l'idée d'une réalisation progressive de ces droits en se fondant notamment sur les conditions économiques difficiles des Etats africains confrontés au sous développement, ils concèdent l'idée d'une justiciabilité de ces

³⁵ V. pour un résumé de cette distinction et les problèmes qu'elle pose, Danièle LOCHAK, *les droits de l'Homme, La Découverte*, Paris, 2005, pp. 41-43.

³⁶ V. *infra* II.

³⁷ V. *infra* II.

³⁸ V. *infra* II.

³⁹ B. OBINNA OKERE, « The protection of human rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights; A comparative Analysis with the European and the American systems », *Human rights quarterly*, vol. 6, N°2, May 1984, (pp. 141-159), pp. 147-148.

⁴⁰ U. Oji UMOZURIKE « The Present State of Human Rights in Africa », *The Calabar Law Journal*, vol. 1, n°1, 1986, (pp. 62-86), pp. 84-85.

⁴¹ Fatsah OUGUERGOUZ, *La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples. Une approche juridique des droits de l'Homme entre tradition et modernité*, PUF, Paris, 1993, p 124.

⁴² *Ibid*, p. 378 et Valère ETEKA YEMET, *La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples*, L'Harmattan, Paris, 1996, p. 285.

droits lorsque l'on assiste à des violations concomitantes de droits civils et politiques d'une part et de droits sociaux d'autre part⁴³. Mais, le refus de considérer les droits sociaux comme des droits dont l'effectivité et la justiciabilité sont impératives est parfois vigoureusement rejeté. Le lien établi entre les carences en matière de respect des droits sociaux et la mauvaise gouvernance en Afrique apparaît comme l'argument le plus récurrent à l'appui de ce rejet. En effet, certains soulignent une contradiction entre le prétexte de la pauvreté invoquée par les Etats africains lorsqu'il s'agit de réaliser les droits sociaux et le pillage des deniers publics par la plupart des dirigeants de ces Etats, alors que les ressources pillées auraient pu aider à la réalisation, bien que progressive, de ces droits⁴⁴. Le problème étant l'insuffisante redistribution des richesses, l'enrichissement illicite des dirigeants africains, la mauvaise gestion des ressources du continent et de l'aide internationale, les dirigeants de ces Etats auraient été obligés d'optimiser l'utilisation des ressources disponibles s'il existait un système contraignant permettant d'assurer la justiciabilité des droits sociaux⁴⁵. Dès lors, c'est à juste titre que les arguments fondés sur l'absence de ressources des pays africains sont rejetés, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples ayant démontré que ces droits sont justiciables⁴⁶.

En décidant de traiter des droits sociaux, de reconnaître à l'Etat une obligation d'action et d'abstention autant pour ces droits que pour les droits civils et politiques, la Commission reconnaît explicitement le caractère indivisible des droits de l'Homme. Ainsi, malgré l'opposition de certains auteurs et les controverses liées aux ressources et à leur disponibilité, la Commission africaine va traiter des droits sociaux dans ses décisions et en avoir une interprétation large.

II. Le traitement spécifique des droits sociaux par la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples

La rédaction de la Charte africaine en matière de droits sociaux a pu susciter de nombreuses critiques doctrinales. Ces critiques dénoncent notamment des insuffisances rédactionnelles, les droits sociaux étant consacrés

⁴³ Evelyn A. ANKUMAH., *The African Commission on Human and Peoples' Rights : Practice and Procedure*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-London-Boston, 1996, p. 144, Vincent Orlu O. NMEHIELLE, *The African Human Rights System: Its Law, Practice and Institutions*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-London-New York, 2001, p. 124.

⁴⁴ Vincent Orlu O. NMEHIELLE, *Ibid*, pp. 137-138.

⁴⁵ Shedrack C. AGBAKWA, « Reclaiming Humanity: Economic, Social and Cultural Rights as the Cornerstone of African Human Rights », *Yale Human Rights and Development Law Journal*, n°5, 2002, (pp. 177-216), pp. 188-190. Article disponible sur le site internet: http://islandia.law.yale.edu/yhrdlj/pdf/Vol%205/Shedrack_Agbakwa_YHRDLJ.pdf, consulté le 27 juin 2009.

⁴⁶ Mashood A. BADERIN, « The African Commission on Human and Peoples' Rights and the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in Africa », in Mashood BADERIN and MC CORQUODALE (Edited by), *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford University Press, New York, 2007, (pp. 139-166), p. 165.

d'une manière brève et floue⁴⁷, et les lacunes qui l'entachent, le droit à un niveau de vie suffisant, le droit à l'alimentation, le droit au logement et à la sécurité sociale n'ayant pas été proclamés⁴⁸. La Commission africaine s'est efforcée, par une interprétation large de la Charte, de répondre à ces reproches en traitant autant de droits consacrés par la Charte (A) que de droits non garantis explicitement par celle-ci (B)⁴⁹.

A. Le traitement des droits prévus dans la Charte.

Il s'agit notamment du droit de travailler (1), du droit à la santé (2), du droit à l'éducation (3), des droits culturels (4), du droit des peuples (5), du droit au développement (6) et du droit à un environnement satisfaisant (7).

1) Le droit de travailler

Ce droit est consacré par l'article 15 de la CADHP. Les affaires examinées montrent qu'il peut s'agir soit d'un refus d'agir de la part de l'Etat, soit d'une action de l'Etat tendant à empêcher le requérant de travailler. Le Cameroun entrave le droit de travailler en refusant de réintégrer dans ses fonctions un ancien magistrat, condamné puis amnistié par une loi, « alors que d'autres personnes condamnées dans la même situation que lui ont bénéficié de la loi d'amnistie »⁵⁰. Des arrestations d'étrangers suivies de détention et d'expulsion sans aucune possibilité de recours devant les tribunaux peuvent entraîner la perte de leurs emplois par ces étrangers et constituer une violation

⁴⁷ Valère ETEKA YEMET, précit., pp. 106-115, Fatsah OUGUERGOUZ, précit., pp. 122-128; Christopher MBAZIRA, « Enforcing the economic, social and cultural rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights: Twenty years of redundancy, progression and significant strides », *African Human Rights Law Journal*, vol 6, n° 2, 2006, (pp. 333-357), pp. 340-341; Didier Têtévi AGBODJAN, « Les droits sociaux dans la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples : D'un vague à un large potentiel d'interprétation », in *Droits de l'homme en Afrique. Contributions interdisciplinaires 2001-2004*, Institut des droits de l'Homme de Lyon, Lyon, 2004, (pp. 70-79), p. 74.

⁴⁸ V. John C. MUBANGIZI, « Towards a new approach to the classification of human rights with specific reference to the African context », *African Human Rights Law Journal*, n° 4, 2004, (pp. 93-107), p. 103; Kenneth Asamoah ACHEAMPONG, « Reforming the substance of the African Charter on Human and Peoples' Rights: Civil and political rights and socio-economic rights », *African Human Rights Law Journal*, vol 1, n°1, 2001, (pp. 185-204), p. 202; Pierre DE VOS, « A New Beginning? The Enforcement of Social, Economic and Cultural Rights under the Charter on Human and Peoples' Rights », in Jean Yves CHEROT et Tobias VAN REENEN, *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*, Presses Universitaires de Marseille, Marseille, 2005, (pp. 33-57), p. 43. J. OLOKA-ONYANGO, « Beyond the rhetoric: Reinvigorating the struggle for economic, social and cultural rights in Africa », *California Western International Law Journal*, vol. 26, 1995, (pp. 1 - 71), p. 51; Chidi Anselme ODINKALU, « Analysis of paralysis or paralysis by Analysis? Implementing Economic, Social and Cultural Rights under The African Charter on Human Rights and Peoples' Rights », *Human Rights Quarterly*, vol. 23, n°2, 2002, (pp. 327-369), p. 341.

⁴⁹ Il convient de noter que la Charte africaine permet à la Commission de s'inspirer ou de prendre considération d'autres textes internationaux, et d'autres sources du droit comme la coutume, les principes généraux de droit, la jurisprudence et la doctrine, v. articles 60 et 61 de la Charte.

⁵⁰ CADHP, avril 1997, Annette Pagnoule (Pour le compte de M. Abdoulaye Mazou) c. Cameroun, n° 39/90, 10^{ème} Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 92-97), § 27.

du droit de travailler⁵¹. Les déportations d'étrangers entraînent une violation du droit de travailler⁵² de même que la fermeture par l'Etat d'une entreprise de presse, empêchant les employés de travailler⁵³.

Le droit de travailler n'est pas ici un droit créance qui entraînerait une action, un investissement de l'Etat. En effet, ces affaires ne sont pas relatives à des plaintes qui pointeraient le défaut d'action ou l'insuffisance des efforts de l'Etat dans le cadre de la lutte contre le chômage. Il s'agit d'un droit qui implique surtout une abstention de l'Etat, lequel ne doit pas entraver la liberté d'exercer une activité professionnelle.

En revanche, la Commission considère que n'est pas constitutif d'une violation du droit de travailler le refus, par une entreprise, d'enregistrer le contrat professionnel d'un sud africain en raison de ses croyances religieuses. En l'espèce, le plaignant adepte de la « *religion rastafari* », soutenait que la consommation de cannabis était une pratique autorisée par sa religion. On ne pouvait pas, selon lui, se fonder sur cet élément pour lui refuser de remplir des fonctions d'avocat. La Loi sud-africaine interdisant l'usage et la possession de cannabis sauf usage médicinal ou à des fins d'analyse ou de recherches, la Commission va estimer qu'on ne peut pas donner au requérant « ou à quelqu'un d'autre une marge de manœuvre pour contourner les restrictions établies dans l'intérêt de la société » et conclure à la non violation de ce droit, qui s'apparente ici à la liberté de choisir une profession, par l'Etat sud-africain⁵⁴.

2) Le droit à la santé

Prévu à l'article 16 de la CADHP, le droit à la santé est un droit dont la jouissance est essentielle car elle influence tous les aspects de la vie d'un individu et a un impact sur la réalisation des autres droits de l'Homme⁵⁵. C'est un droit qui s'étend au droit à des structures de santé ; les personnes devant avoir accès aux biens et services fournis dans ce cadre sans aucune discrimination⁵⁶. La Commission indique clairement que l'échec de l'Etat dans le cadre de la mise à disposition des services de bases nécessaires à un minimum

⁵¹ CADHP, mai 2008, Institut pour les droits humains et le développement en Afrique c. Angola, n°292/2004, 24^{ème} Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 133-153), § 76.

⁵² CADHP, 11 novembre 1997, Union Interafricaine des droits de l'Homme, Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme, Rencontre africaine des droits de l'Homme, Organisation nationale des droits de l'Homme au Sénégal et Association malienne des droits de l'Homme c. Angola, n° 159/96, 11^{ème} Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 25-27), § 17.

⁵³ CADHP, mars/Avril 2009, Zimbabwe Lawyers for Human Rights and Associated Newspapers of Zimbabwe c. Zimbabwe, n° 284/2003, 26^{ème} Rapport d'activités de la CADHP, Annex 3, (pp. 1-33), § 179.

⁵⁴ CADHP, décembre 2004, Garreth Anver Prince c. Afrique du Sud, n° 255/2002, 17^{ème} Rapport d'activités de la CADHP (pp. 32-44), § 45-46.

⁵⁵ CADHP, mai 2003, Purohit et Moore c. Gambie, n° 241/01, 16^{ème} Rapport d'activités de la Com.ADHP, (pp. 66-78), § 80.

⁵⁶ *Ibid.*

standard de santé comme de l'eau potable, constitue une violation de ce droit⁵⁷. Ici, c'est autant l'action que l'inaction de l'Etat qui est sanctionnée.

Les cas d'inaction de l'Etat dans le domaine du droit à la santé concernent en général des personnes détenues à qui est dénié le droit d'accès à un médecin. La Commission estime que le gouvernement d'un Etat a une responsabilité « plus grande lorsque l'individu est détenu » car dans ces cas là, l'intégrité et le bien être du détenu « dépendent entièrement des dispositions de l'autorité »⁵⁸. Ainsi, un Etat qui refuse à un détenu l'accès au médecin et une assistance médicale alors que sa santé se détériore pendant la détention viole le droit à la santé⁵⁹. Dans le même ordre d'idées, un Etat viole le droit à la santé lorsque « [m]algré la demande d'hospitalisation faite par un médecin de prison compétent, la victime n'a pas été autorisée à entrer à l'hôpital, ce qui a mis sa vie en danger »⁶⁰, ou lorsqu'on la détérioration de l'état de santé des détenus et leur décès causé par un manque de soins médicaux sont avérés⁶¹.

D'autres violations du droit à la santé concernent les malades mentaux, les victimes de conflits armés et des situations d'atteinte à l'environnement.

S'agissant des malades mentaux, la Commission rattache le droit à la santé à l'article 18 paragraphe 4 de la CADHP qui reconnaît aux personnes âgées ou handicapées un « droit à des mesures spécifiques de protection en rapport avec leurs besoins physiques ou moraux ». Ainsi, ces personnes doivent recevoir des soins de santé adaptés à leur situation. Ces soins couvrent le diagnostic, le traitement et la réadaptation de la personne malade⁶². Le droit à la santé est réputé violé si ces soins ne sont pas administrés⁶³.

S'agissant des victimes de conflits armés, « le fait d'assiéger et d'endommager le barrage hydroélectrique, arrêtant ainsi les services essentiels

⁵⁷ CADHP, mars 1996, Free Legal Assistance Group, Lawyers' Committee for Human Rights, Union Inter africaine des Droits de l'Homme, Les Témoins de Jehovah c. Zaïre, n° 25/89, 47/90, 56/91, 100/93, disponible sur : http://www.achpr.org/english/Decison_Communication/DRC/Comm.%2025-89,47-90,56-91,100-93.pdf, consulté le 3 octobre 2010, § 47.

⁵⁸ CADHP, 31 octobre 1998, Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project c. Nigeria, n°105/93, 128/94, 130/94 et 152/96, 12^{ème} Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 55-66), § 91.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ CADHP, 31 octobre 1998, International Pen, Constitutional Rights, Interights au nom de Ken Saro-Wiva Jr. Et Civil Liberties Organisation c. Nigeria, n°137/94, 139/94, 154/96 et 161/97, 12^{ème} Rapport d'activités, de la CADHP, (pp. 67-81), § 112.

⁶¹ CADHP, 11 mai 2000, Malawi African Association, Amnesty International, Ms Sarr Diop, Union Inter africaine des Droits de l'Homme and RADDHO, Collectif des Veuves et Ayants-Droit, Association Mauritanienne des Droits de l'Homme c / Mauritanie, n°54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 210/98, 13th Activities Report, v. version anglaise du rapport, (pp. 138-162), § 122.

⁶² CADHP, mai 2003, Purohit et Moore c. Gambie, n° 241/01, 16^{ème} Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 66-78), § 82.

⁶³ *Ibid.*, § 83.

dans les hôpitaux, ce qui a causé la mort de patients [...] » est une violation du droit à la santé⁶⁴.

Il arrive également que l'action de l'Etat puisse constituer un frein à la jouissance de ce droit. Tout en faisant un lien avec l'article 24 de la Charte qui consacre le droit à un environnement satisfaisant⁶⁵, la Commission estime que le droit de jouir du meilleur état de santé interdit toute action de l'Etat pouvant menacer la santé et l'environnement⁶⁶.

3) Le droit à l'éducation

Ce droit est prévu à l'article 17 paragraphe 1 de la Charte africaine des droits de l'Homme et sa violation apparaît dans des situations très diversifiées. La Commission considère que plusieurs droits, dont le droit à l'éducation, sont violés lorsque l'on assiste à des actes comme les pillages, les massacres et la déportation de la population civile⁶⁷. Les déportations d'étrangers entraînent également la violation du droit à l'éducation⁶⁸ de même que la fermeture des universités et des lycées par pendant deux ans⁶⁹.

Cependant, la Commission considère que la violation du droit à l'éducation n'est pas établie en cas d'absence de preuves ou d'embargo décidé à la suite d'un coup d'Etat militaire. Dans le premier cas, le plaignant estimait que le Cameroun mettait en œuvre une politique discriminatoire d'une part en sous-finançant et en refusant d'allouer des ressources humaines dans le secteur éducatif du primaire d'une région, et d'autre part en empêchant l'entrée des étudiants originaire d'une région de ce pays dans une grande école, violant ainsi, selon lui le droit à l'éducation. L'Etat défendeur ayant fourni des informations et des statistiques prouvant les efforts réalisés dans ce domaine, le requérant n'ayant pas apporté suffisamment d'éléments de preuve pour étayer ses arguments, la Commission conclut à une non violation du droit à l'éducation⁷⁰. Dans le second cas, ce droit n'est pas violé lorsqu'à la suite d'un embargo décrété

⁶⁴ CADHP, mai 2003, R.D. Congo c. Burundi, Rwanda et Ouganda, n° 227/99, 20^{ème} Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 98-114), § 88.

⁶⁵ V. *infra*, droit à un environnement satisfaisant.

⁶⁶ CADHP, 13-27 octobre 2001, Social and economic Rights Action Center, précité, v. note 11, § 52.

⁶⁷ CADHP, mai 2003, R.D. Congo c. Burundi, Rwanda et Ouganda, n° 227/99, 20^{ème} Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 98-114), § 88.

⁶⁸ CADHP, 11 novembre 1997, Union Interafricaine des droits de l'Homme, Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme, Rencontre africaine des droits de l'Homme, Organisation nationale des droits de l'Homme au Sénégal et Association malienne des droits de l'Homme c. Angola, n° 159/96, 11^{ème} Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 25-27), § 17.

⁶⁹ CADHP, mars 1996, Free Legal Assistance Group, Lawyers' Committee for Human Rights, Union Interafricaine des Droits de l'Homme, Les Témoins de Jehovah c. Zaïre, n° 25/89, 47/90, 56/91, 100/93, disponible sur : http://www.achpr.org/english/Decison_Communication/DRC/Comm.%2025-89,47-90,56-91,100-93.pdf, consulté le 3 octobre 2010, § 4 et 48.

⁷⁰ CADHP, mai 2009, Kevin Mgwanga Gunme et al c. Cameroun, n°266/2003, 26^{ème} Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 138-178), § 145 à 149.

conformément au droit international, on assiste à une impossibilité d'importer du matériel scolaire⁷¹.

4) Les droits culturels

Ces droits sont prévus par l'article 17 paragraphes 2 et 3 de la Charte. Cet article peut susciter une certaine perplexité car il aborde plusieurs notions floues comme la morale et les valeurs traditionnelles, sans en donner une définition. Mais, si la lecture des décisions de la Commission n'y apporte pas un véritable éclairage, les droits consacrés ont une dimension sociale. En effet, dans le cadre de l'examen de ces droits, la Commission a considéré que la restriction par l'Etat kenyan de l'accès des populations *Endorois* à un lac ayant, sur le plan culturel, une importance pour celles-ci, « signifie le refus à la communauté de l'accès à un système intégré de croyances, de valeurs, de normes, de mœurs, de traditions et d'artefacts étroitement lié à l'accès au lac »⁷². Elle en déduit que contraindre cette communauté à vivre sur des terres semi arides sans accès aux plantes médicinales et aux ressources vitales pour la santé de leurs bétails crée « une menace grave à la vie pastorale » de cette communauté et constitue une atteinte à ses droits culturels⁷³.

5) Le droit des peuples

Ce droit est notamment consacré par l'article 21 de la Charte. Bien qu'il pêche par une absence de définition explicite de la notion de peuples, cet article résume plusieurs éléments essentiels qui renvoient au domaine économique, aux richesses et ressources naturelles, et leur mise à disposition afin de « renforcer l'unité et la solidarité africaines ». La référence aux ressources naturelles et aux richesses donne à cette disposition une dimension sociale très marquée. La Commission va apporter quelques précisions à ce droit. A l'occasion de plusieurs affaires, elle conclut à la violation du droit des peuples. Dans la première, elle considère que le gouvernement nigérian en permettant aux acteurs privés et aux compagnies pétrolières d'affecter le bien-être des *Ogonis* a violé le droit des peuples⁷⁴. Dans la deuxième, il y a atteinte à l'article 21 au motif que l'Etat kenyan a refusé aux *Endorois* « le droit de contrôler et d'user des ressources naturelles de leur terre traditionnelle » et l'accès à un lac important pour la vie de cette communauté⁷⁵. Dans la troisième, elle estime que « l'exploitation

⁷¹ CADHP, mai 2003, Association Pour la Sauvegarde de la Paix au Burundi c. Kenya, Rwanda, Tanzanie, Uganda, Zaire and Zambie, n° 157/96, sur le site internet : http://www.achpr.org/english/Decison_Communication/Zambia/Comm.157-96.pdf, site internet consulté le 3 octobre 2010, § 3 et 74-79, v. aussi Conclusions de la décision.

⁷² CADHP, novembre 2009, Centre de développement des droits des minorités agissant au nom de la communauté Endorois c. Kenya, n° 276/2003, 27^{ème} Rapport d'activités de la Com.ADHP, (pp. 108-177), § 250.

⁷³ Ibid, § 251.

⁷⁴ Ibid, § 58.

⁷⁵ CADHP, novembre 2009, Centre de développement des droits des minorités agissant au nom de la communauté Endorois c. Kenya, n° 276/2003, 27^{ème} Rapport d'activités de la Com.ADHP, (pp. 108-177), § 268.

illégale/le pillage des ressources naturelles de l'Etat plaignant», dont sont accusés les Etats burundais, ougandais et rwandais en RDC, ont conduit à une impossibilité pour le peuple congolais de disposer de ses richesses, violant l'article 21⁷⁶. A l'observation de ces décisions, le mot peuple semble pouvoir être donné non seulement à une communauté vivant au sein d'un Etat, mais aussi à l'Etat lui-même. L'Etat doit non seulement agir et empêcher que le bien être d'un peuple soit affecté par des compagnies pétrolières mais il doit aussi s'abstenir de piller les ressources d'un autre Etat et entraver ainsi la possibilité pour son peuple de disposer de ses richesses. Comme pour les autres droits, le plaignant doit apporter des preuves solides à l'appui de ses allégations de violation, sous peine de constat de non violation⁷⁷.

6) Le droit au développement

Prévu par l'article 22 de la Charte, ce droit, comme d'autres droits qualifiés de droits de solidarité, a fait l'objet de polémiques sur le plan doctrinal⁷⁸. Il reçoit ici une application particulière et acquiert une dimension sociale indéniable. La Commission constate que lorsque les populations ne peuvent pas tirer bénéfice des ressources naturelles et des richesses de leur pays, on assiste à une violation du droit au développement économique, social et culturel de ces populations⁷⁹. La violation de l'article 21 entraîne donc celle de l'article 22. De même, l'exclusion d'une communauté du processus de développement et du partage des bénéfices constitue une atteinte à ce droit⁸⁰. Mais il n'y a pas de condamnation de l'Etat lorsque des allégations de violation de ce droit se fondent sur l'existence d'un embargo décidé en conformité avec le droit international⁸¹.

Les difficultés que pose la mise en œuvre de ce droit sont analysées par la Commission et peuvent entraîner un constat de non violation. Dans une affaire, la Commission remarque en effet que la réalisation de ce droit dans les pays en

⁷⁶ CADHP, mai 2003, R.D. Congo c. Burundi, Rwanda et Ouganda, n° 227/99, 20^{ème} Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 98-114), § 94.

⁷⁷ CADHP, mai 2009, Kevin Mgwanga Gunme et al c. Cameroun, n° 266/2003, 26^{ème} Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 138-178), § 204. Il faut noter que dans d'autres communications, des plaignants allèguent souvent de la violation de ce droit, mais leur requête étant jugée irrecevable, la Commission n'apporte pas plus de précisions sur ce droit. V. par exemple CADHP, juillet 2008, Socio Economic Rights and Accountability Project c. Nigeria, n° 300/2005, 25^{ème} Rapport d'activités de la CADHP (pp. 84-97), irrecevable pour non épuisement des voies de recours internes, la Commission jugeant que « les droits socioéconomiques peuvent être plaidés dans les tribunaux nigériens », § 69.

⁷⁸ Pour les problèmes posés par ces droits de solidarité, v. par exemple Frédéric SUDRE, Droit européen et international des droits de l'Homme, Paris, PUF, 8^e édition, 2006, pp. 106-110.

⁷⁹ CADHP, mai 2003, R.D. Congo c. Burundi, Rwanda et Ouganda, n° 227/99, 20^{ème} Rapport d'activités de la CADHP, pp. 98-114, § 95.

⁸⁰ CADHP, novembre 2009, Centre de développement des droits des minorités agissant au nom de la communauté Endorois c. Kenya, n° 276/2003, 27^{ème} Rapport d'activités de la CADHP, pp. 108-177, § 298.

⁸¹ CADHP, mai 2003, Association Pour la Sauvegarde de la Paix au Burundi c. Kenya, Rwanda, Tanzanie, Uganda, Zaire and Zambie, n° 157/96, sur le site internet :

http://www.achpr.org/english/Decison_Communication/Zambia/Comm.157-96.pdf, site internet consulté le 3 octobre 2010, § 3 et 74-79, v. aussi les conclusions de la décision.

développement ayant peu de ressources est un « *big challenge* »⁸². En l'espèce, la Commission refuse de suivre le raisonnement du plaignant qui allègue de la violation de ce droit. Selon elle, s'il est vrai que l'Etat doit investir ses ressources pour atteindre progressivement sa réalisation, cet investissement ne peut en revanche pas conduire à la satisfaction de tous les individus et peuples de son territoire ; l'Etat ayant montré à travers informations et statistiques les efforts qu'il a réalisés dans les domaines socio-économiques, la Commission conclut à la non violation du droit au développement⁸³.

7) le droit à un environnement satisfaisant

Ce droit consacré par l'article 24 de la CADHP est très lié au droit à la santé. En effet, dans le cadre de l'examen des allégations relatives à la violation de ce droit, la Commission établit un parallèle avec le droit à la santé. Le droit à un environnement satisfaisant a été particulièrement mis en avant dans le cadre d'une plainte déposée contre le Nigeria. En l'espèce, les entreprises privées qui exploitent le pétrole au Nigeria ont pollué l'environnement entraînant des conséquences néfastes sur la santé de la population *ogoni*⁸⁴. La Commission estime que le gouvernement nigérian n'a pas pris les mesures nécessaires pour protéger l'environnement, à savoir : ordonner ou permettre « la surveillance scientifique indépendante des environnements menacés », exiger et publier « des études sur l'impact social et environnemental avant tout développement industriel majeur », surveiller ces activités et informer les personnes sur la dangerosité des activités envisagées et leur donner la possibilité de participer aux procédures et décisions relatives à ces activités⁸⁵. La Commission considère dès lors que le Nigeria a violé le droit à un environnement satisfaisant. Dans le cadre de cette affaire, la Commission va décider de prendre en compte des droits sociaux non consacrés explicitement par la Charte africaine.

B. La prise en compte de droits sociaux non prévus par la Charte

Cette prise en compte résulte d'une interprétation des dispositions de la Charte africaine des droits de l'Homme. Les droits concernés sont principalement le droit à l'alimentation (1) et le droit au logement (2). Mais, on note également une référence au droit à la sécurité sociale (3).

1) Le droit à l'alimentation

Ce droit n'étant pas prévu par la Charte, la Commission l'a considéré comme implicitement garanti. La communication considèrerait que ce droit est

⁸² CADHP, mai 2009, Kevin Mgwanga Gunme et al c. Cameroun, n° 266/2003, 26^{ème} Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 138-178), § 206.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ CADHP, 13-27 octobre 2001, Social and economic Rights Action Center, précité, v. note 11, § 1 et 2.

⁸⁵ *Ibid.*, § 53.

déduit de l'article 4 de la Charte qui garantit le droit à la vie, de l'article 16 qui garantit le droit à la santé et de l'article 22 qui consacre le droit au développement⁸⁶.

Cette situation posée par la communication et permettant de se fonder sur des droits consacrés pour en déduire d'autres droits a déjà été observée dans les travaux de certaines juridictions. On sait par exemple que la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé que certains droits civils et politiques ont des « prolongements d'ordre économique ou social »⁸⁷. Le même type de raisonnement peut être relevé ici : en effet, le droit à l'alimentation est déduit du droit à la vie, dont il apparaît comme un prolongement. Mais on note, au delà de cette constatation déjà faite par la CrEDH, une particularité dans la communication. Ce droit est perçu ici comme pouvant être déduit d'un autre droit considéré comme faisant partie des droits économiques, sociaux et culturels, voire d'un droit considéré comme faisant partie des droits dits de solidarité.

En effet d'une part, le droit à l'alimentation est tiré du droit à la santé. Ce qui peut conduire à un raisonnement simple : celui qui ne se nourrit pas suffisamment ou qui se nourrit mal souffrira d'une maladie liée à sa sous-nutrition ou à sa malnutrition ; d'où le lien entre violation du droit à la santé et violation du droit à l'alimentation. D'autre part, le droit à l'alimentation peut être le prolongement du droit au développement. On imagine que les freins au développement économique et social peuvent engendrer la faim, voire la famine. On assiste ici à la mise au jour de la nécessaire et inéluctable imbrication de tous les droits de l'Homme.

La Commission va apporter des précisions sur l'étendue de ce droit et sur les obligations des Etats en la matière. Selon elle, ce droit est « essentiel à la jouissance et à la réalisation » du droit à la santé, du droit à l'éducation, du droit au travail et à la participation politique, et « est inextricablement lié à la dignité des êtres humains »⁸⁸. La Commission affirme qu'il entraîne une double attitude de la part de l'Etat. Celui-ci doit intervenir en améliorant la production alimentaire et en garantissant l'accès à cette production. Il devrait également s'abstenir « de détruire ou de contaminer les sources alimentaires et [d'] entraver les efforts déployés par les populations pour s'alimenter »⁸⁹. Le gouvernement nigérian en autorisant la destruction de ces sources alimentaires par les compagnies pétrolières a, selon la Commission, violé le droit à l'alimentation⁹⁰.

⁸⁶ Ibid, § 64.

⁸⁷ CrEDH, 9 octobre 1979, Airey c. Irlande, § 26.

⁸⁸ CADHP, 13-27 octobre 2001, Social and economic Rights Action Center, précité, v. note 11, § 65. Le « droit au respect de la dignité » est consacré par l'article 5 de la CADHP.

⁸⁹ Ibid, § 65.

⁹⁰ Ibid, § 66.

2) Le droit au logement

Ce droit, dans la même lignée que le précédent n'est pas prévu dans la Charte. Nommé parfois par la Commission « droit à l'abri », le droit au logement est déduit d'une combinaison des articles 14 qui garantit le droit de propriété, 16 qui garantit le droit à la santé et 18 (1) qui traite de la protection de la famille par l'Etat. La Commission s'explique d'une manière très claire sur cette combinaison d'articles : « le droit de propriété et la protection accordée à la famille empêche la destruction gratuite d'abri car, lorsqu'une maison est détruite, la propriété, la santé et la vie de la famille sont négativement affectées en conséquence »⁹¹. Le droit au logement, dans le cadre de cette affaire n'apparaît pas comme un droit-créance suivant lequel, l'Etat devrait accorder un logement à tous les sans-abris. Il s'entend d'un point de vue négatif, l'Etat devant s'abstenir d'agir d'une manière qui empêcherait les individus d'avoir un toit ou un logement. En l'espèce, la Commission estime que le gouvernement nigérian en ordonnant la destruction des maisons et des villages a gravement violé le droit au logement⁹².

3) Le droit à la sécurité sociale

Le droit à la sécurité sociale n'est ni prévu par la Charte, ni suffisamment examiné par la Commission. Dans le cadre de la nécessité pour l'Etat de promouvoir les droits sociaux, la Commission estime simplement que l'Etat pourrait fournir de la nourriture aux populations ou leur allouer des ressources qui seraient utilisées pour en acheter. Parmi les moyens pouvant être mis en œuvre par l'Etat, elle cite l'aide alimentaire et la sécurité sociale⁹³. On pourrait y voir une volonté de considérer le droit à la sécurité sociale comme un droit permettant de réaliser, ou d'empêcher la violation du droit à l'alimentation voire d'autres droits sociaux.

Il apparaît souvent que les difficultés économiques des Etats puissent être invoquées comme un obstacle à l'idée d'une justiciabilité des droits sociaux⁹⁴. Si la Commission africaine fait parfois référence à la situation économique des Etats africains, comme le révèle l'exemple du droit au développement, cette situation de pauvreté n'exonère pas l'Etat de ses obligations. L'interprétation large que la Commission adopte dans le cadre de son travail entraîne une prise en compte -à encourager- des droits sociaux dans ses décisions.

Mais reste à analyser les insuffisances qui persistent dans le cadre de cette prise en compte et les problèmes posés par la mise en œuvre des décisions de la Commission, notamment de celles qui impliquent une intervention ou un

⁹¹ Ibid, § 60.

⁹² Ibid, § 62.

⁹³ Ibid, § 47.

⁹⁴ Les difficultés ayant entravé l'adoption d'un Protocole facultatif au PIDESC avant décembre 2008 en sont la preuve.

investissement de l'Etat. Les Etats africains, qualifiés d'Etats pauvres pour la plupart, mettent-ils en œuvre les recommandations de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples dans le domaine des droits sociaux? Rusen Ergec constatait déjà en 2006 que sur la centaine de communications examinées par la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, aucune n'avait fait l'objet d'une décision de la Conférence des chefs d'Etats africains⁹⁵, à qui la Commission adresse ses rapports. Aujourd'hui, les décisions de la Commission sont-elles suivies d'effet au sein des Etats ? Apporter une réponse à cette question permettrait de mesurer l'impact réel des décisions de la Commission dans le cadre de l'effectivité des droits sociaux en Afrique. Une réponse négative, que l'on soupçonne et pressent, montrerait alors que la prise en considération des droits sociaux dans la plupart des Etats africains reste un important défi à relever.

⁹⁵ Rusen ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 84.

SECTION 3 - LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX EN INDE ET EN AFRIQUE DU SUD : SÉPARATION DES POUVOIRS, MANQUE DE RESSOURCES ET PAUVRETÉ MASSIVE COMME FACTEURS D'INTERPRÉTATION DES DROITS SOCIAUX,

DAVID ROBITAILLE

La majorité des constitutions démocratiques adoptées au XX^e siècle présentent des traits communs¹, prévoyant une séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, reconnaissant les libertés classiques et montrant un certain souci pour la justice sociale. C'est notamment le cas de la *Constitution of India*² de 1949, et de la *Constitution of the Republic of South Africa Act*³ de 1996 qui marquent une rupture avec le modèle purement libéral, sans pour autant le rejeter complètement. Elles consacrent ainsi toutes deux plusieurs droits et libertés civils et politiques ainsi que, respectivement, des principes socioéconomiques déclaratoires et des droits économiques et sociaux (ci-après « DS »). Destinées respectivement à affranchir le peuple indien d'un passé colonial et discriminatoire et à mettre un terme au régime inégalitaire de l'apartheid, ces constitutions étaient porteuses d'un vent de transformation socioéconomique auquel les tribunaux ont été appelé à contribuer.

L'efficacité d'une constitution à insuffler ce vent de changement dépend en effet en partie, en particulier lorsque le gouvernement se complait dans le statu quo, de l'interprétation que *choisissent* d'en faire les juges⁴. Les tribunaux

* L'auteur remercie vivement ses recherchistes, Véronique SAINT-AMAND, Gabrielle GÉLINEAU et Camille PROVENCHER, pour les recherches qu'elles ont effectuées dans la jurisprudence et la doctrine indienne

¹ Karl LOEWENSTEIN, « Réflexions sur la valeur des constitutions dans une époque révolutionnaire. Esquisse d'une ontologie des constitutions », *Revue française de science politique*, 1952 (2), p. 5.

² En ligne : <http://india.gov.in/govt/constitutions_of_india.php> (ci-après Constitution indienne). La jurisprudence de la Cour suprême indienne est disponible sur le site Internet de la Cour : <<http://judis.nic.in/supremecourt/chejudis.asp>>.

³ No 108 de 1996, en ligne : <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/a108-96.pdf>> (ci-après Constitution sud-africaine). La jurisprudence de la Cour constitutionnelle sud-africaine est disponible sur le site Internet de la Cour, en ligne : <<http://www.constitutionalcourt.org.za>>.

⁴ Bien entendu, l'interventionnisme judiciaire est loin d'être suffisant pour assurer une meilleure justice sociale, même les jugements les plus progressistes n'ayant pas nécessairement un impact direct ou majeur sur les conditions de vie des personnes et groupes qui en font l'objet. V. notamment Ran Hirschl, *Towards Juristocracy : The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004; R. SUDARSHAN, « Courts and Social Transformation in India », dans Roberto GARGARELLA, Pilar DOMINGO et Theunis

s'appuient pourtant généralement avec insistance sur l'intention du constituant que le texte et le contexte historique, politique, économique, juridique et social duquel est issue la constitution et dans lequel elle est interprétée leur permettraient de découvrir. Ils en arriveraient ainsi à une réponse objective à un litige donné, assurant par la même occasion l'apparence de légitimité et la neutralité idéologique et morale de leurs décisions. Si le texte et le contexte entourant la norme constitutionnelle peuvent évidemment servir de repères pour contribuer à la détermination de sens, il n'en demeure pas moins que le premier est souvent libellé de manière vague et indéterminée alors que le second nécessite lui-même d'être interprété, ce qui fait nécessairement place à une part de subjective chez l'interprète, l'interprétation de l'histoire étant une activité idéologiquement chargée⁵.

C'est dans cette perspective que nous situerons notre analyse de la jurisprudence de la Cour suprême indienne et de la Cour constitutionnelle sud-africaine sur les DS. Nous constaterons que l'interprétation de ces droits, d'abord restrictive puis très progressiste par la suite a été, en partie du moins, tributaire d'une lutte politique entre la Cour suprême et le gouvernement indien ainsi que du contexte de libéralisation de l'économie et de ses conséquences sur les populations les plus marginalisées. En Afrique du Sud, malgré un mandat constitutionnel plus clair en faveur de la justice sociale que celui dont bénéficient les juges indiens, la Cour constitutionnelle sud-africaine a développé une jurisprudence qui a fait l'objet tant d'éloges, en raison de sa contribution à la théorie de la justiciabilité des DS, que de critiques, de par la trop grande déférence dont la Cour témoigne à l'endroit des politiques publiques.

I. L'interprétation des DS en Inde tributaire d'une lutte politique entre la Cour suprême et le gouvernement

A. L'interprétation restrictive des principes directeurs pour bloquer des réformes politiques nationalistes

Deux ans après son accession à l'indépendance de l'Angleterre le 15 août 1947, l'Inde adopte sa Constitution le 26 novembre 1949⁶. D'inspiration partiellement britannique, celle-ci instaure une démocratie parlementaire, prévoit un partage des compétences législatives et consacre un large éventail de droits et libertés de la personne⁷. Qualifiée de « révolution sociale »⁸, l'adoption

ROUX, dir., *Courts and Social Transformation in New Democracies : An institutional Voice for the Poor ?*, Aldershot, Ashgate, 2006, 153.

⁵ V. notamment Justice Ian BINNIE, « Constitutional Interpretation and Original Intent », *Sup. Ct. L. Rev.*, 2004 (23), Toronto, 345, p. 372-373; Pierre DE VOS, « A Bridge Too Far ? History as Context in the Interpretation of the South African Constitution », *S.A.J.H.R.*, 2001 (17), Johannesburg, 1.

⁶ David ANNOUSSAMY, « La démocratie en Inde », *R.I.D.C.*, 1997, 679, p. 681; Holden FURBER, « Constitution-Making in India », *Far Eastern Survey*, 1949 (18), Berkeley, 86.

⁷ David ANNOUSSAMY, « La démocratie en Inde », *id.*, p. 681 à 683; H. FURBER, *id.*, p. 86-88.

de la Constitution marquait ce que l'on espérait être le point de départ d'un nouvel ordre économique, social et politique⁹ et reflétait par ailleurs le fruit d'un compromis entre le libéralisme et le socialisme¹⁰. Suivant le mot de Nheru, selon qui « les soi-disant droits fondamentaux seraient dénués de sens et ne vaudraient que le papier sur lequel ils sont inscrits pour ceux dont les besoins essentiels ne sont pas comblés »¹¹, la protection des libertés¹² a été complétée par un chapitre formulant plusieurs principes économiques et sociaux déclaratoires expressément exclus de toute sanction judiciaire¹³.

Sur le plan politique, les principes ont vocation à sensibiliser les gouvernements successifs à l'importance de favoriser l'autonomie réelle et la dignité de leurs citoyens et rappellent, comme le préambule¹⁴, la fonction sociale de l'État¹⁵. Ils fournissent aussi à la population des critères sur la base desquels elle peut juger les politiques gouvernementales. C'est en ce sens qu'il est permis de considérer qu'une violation des principes engendre une violation de l'*esprit* de la Constitution, prise dans son sens large et politique¹⁶. Juridiquement, cependant, ces principes déclaratoires ne consacrent pas de véritables droits fondamentaux ni ne sont exécutoires ou contraignants, ce qui n'a pas empêché la Cour de leur donner une portée normative à intensité variable, en fonction du contexte, notamment la lutte de pouvoir qu'elle a livré au gouvernement indien.

⁸ Jayna KOTHARI, « Social Rights and the Indian Constitution », *Law, Social Justice & Global Development Journal*, 2004 (2), Warwick, en ligne : http://www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2004_2/KOTHARI, section 2.2 ; Jagat NARAIN, « Judicial Law Making and the Place of Directive Principles in Indian Constitution », *Journal of the Indian Law Institute*, 1985 (27), New Delhi, 198, p. 203 (notre traduction); R. SUDARSHAN, précité; Bertus DE VILLIERS, « Directives principes of State Policy and Fundamental Rights : The Indian Experience », *S.A.J.H.R.*, 1992 (8), Johannesburg, 29, p. 32 (ci-après B. DE VILLIERS, « Directives principes of State Policy »).

⁹ *Inde, C.S., Consumer Education & Research Centre and Others v. Union of India & Others*, (1995) SCC (3) 42, p. 661 (ci-après *Consumer Education & Research Centre*).

¹⁰ David ANNOUSSAMY, « Indépendance judiciaire : Le cas de l'Inde », *R.I.D.C.*, 1999, 119, p. 120; Pratap Bhanu MEHTA, « India's Unlikely Democracy : The Rise of Judicial Sovereignty », *Journal of Democracy*, 2007 (18), Washington, 70, p. 72-73.

¹¹ Cité par B. DE VILLIERS, « Directives principes of State Policy », précité, p. 30-31 (notre traduction) (référence omise).

¹² Notamment, le droit à l'égalité, les droits à la vie et à la liberté et les libertés d'expression et de religion.

¹³ L'article 37 est clair sur ce point : « The provisions contained in this Part shall not be enforceable by any court, but the principles therein laid down are nevertheless fundamental in the governance of the country and it shall be the duty of the State to apply these principles in making laws ».

¹⁴ Le préambule affirme ainsi solennellement la nature socialiste de l'État et fait de la justice sociale, économique et politique, de la liberté et de la fraternité les valeurs phares censées orienter les politiques publiques et les tribunaux dans l'interprétation de la Constitution.

¹⁵ La Constitution exhorte en effet le gouvernement à tenir compte de ces principes dans l'élaboration de ses politiques : « 38. (1) The State shall strive to promote the welfare of the people by securing and protecting as effectively as it may a social order in which justice, social, economic and political, shall inform all the institutions of the national life. (2) The State shall, in particular, strive to minimise the inequalities in income, and endeavour to eliminate inequalities in status, facilities and opportunities, not only amongst individuals but also amongst groups of people residing in different areas or engaged in different vocations ».

¹⁶ B. DE VILLIERS, « Directive Principles of State Policy », précité, p. 33, n. 22.

À cet égard, bien que la Constitution indienne fasse expressément de la Cour suprême le dernier tribunal d'appel du pays, son rôle de gardienne des valeurs constitutionnelles n'a pas toujours été aussi bien établi qu'aujourd'hui. Puisque la Constitution reconnaissait clairement au Parlement le pouvoir de la modifier par le vote des deux tiers des voix, la Cour elle-même refusa d'exercer ce rôle jusqu'en 1967¹⁷. Dans les années 1960 et 1970, la Cour affirmait toutefois sa place dans l'échiquier politique dans une lutte de pouvoir l'opposant à un gouvernement indien réfractaire au contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois¹⁸. Ainsi, lorsque le gouvernement s'appuya sur les principes socioéconomiques afin de favoriser des réformes agraires et nationaliser certaines entreprises ou activités économiques, la Cour fit primer le droit de propriété privé sur ces derniers et, du même coup, confirmait son pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois pour non-respect des droits fondamentaux¹⁹. Ce faisant, selon Saint-Hubert, elle cantonna les principes dans un rôle purement déclaratoire et symbolique²⁰. Le gouvernement réagit par de nombreuses modifications à la Constitution afin de limiter le pouvoir de révision de la Cour suprême et notamment de faire en sorte qu'aucune loi destinée à mettre en œuvre les principes directeurs ne puisse être invalidée sur la base des droits individuels²¹. La Cour a successivement jugé inconstitutionnelles²² les modifications tentées par le Parlement et limita la possibilité pour celui-ci de réviser la « structure de base » de la Constitution, c'est-à-dire ses aspects les plus importants qui ne peuvent être abrogés par le Parlement²³. Il faut dire que la Cour eut l'appui indirect du peuple qui, à l'issue de cette longue crise de légitimité, chassa le parti alors au pouvoir, contribuant conséquemment à la consolidation du rôle de cette dernière comme garante des valeurs constitutionnelles²⁴. Il est à noter, toutefois, que la Cour s'est appuyée plus tard sur les principes directeurs sociaux dans l'évaluation de la constitutionnalité de normes législatives attentatoires aux libertés classiques mais justifiées par les objectifs socioéconomiques qu'elles poursuivent. Selon la Cour, les libertés

¹⁷ Mesmin SAINT-HUBERT, « La Cour suprême de l'Inde, garante de la structure fondamentale de la Constitution : La construction d'une nouvelle doctrine visant à limiter le pouvoir constituant dérivé », R.I.D.C., 2000, 631, p. 633.

¹⁸ P. B. MEHTA, « The Rise of Judicial Sovereignty », précité, p. 79.

¹⁹ Inde, C.S., Golaknath v. State of Punjab, (1967) 2 S.C.R. 762; D. ANNOUSSAMY, précité, p. 121-122; P. B. METHA, id., p. 73; M. SAINT-HUBERT, précité, p. 634.

²⁰ M. SAINT-HUBERT, id., p. 634. V. aussi, plus généralement, D. ANNOUSSAMY, id., p. 121; P.B. MEHTA, id., p. 73. Bertus de Villiers note cependant que dès les années 1950, les droits fondamentaux étaient considérés supérieurs aux principes directeurs par la Cour : B. DE VILLIERS, « Directive Principles of State Policy », précité, p. 39 et s.

²¹ D. ANNOUSSAMY, id., p. 121-122.

²² Id.; M. SAINT-HUBERT, précité, p. 634.

²³ Inde, C.S., His Holiness Kesavananda Bharati Sripadagalavarut v. Union of India, (1973) Supp. S.C.R. 1; Inde, C.S., Minerva Mills Ltd. and Others v. Union of India and Others, (1980) 2 S.C.C. 591 (ci après Minerva Mills); D. ANNOUSSAMY, id.; M. SAINT-HUBERT, id. Si la Cour n'a pas identifié de manière exhaustive les éléments qui composent la structure de base de la Constitution, ont été néanmoins cités l'égalité réelle, les droits fondamentaux, la primauté du droit, la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, le caractère séculier et démocratique de l'État indien, l'indépendance judiciaire, le contrôle de constitutionnalité des lois ainsi que l'équilibre nécessaire entre les droits fondamentaux et les principes directeurs.

²⁴ Minerva MILLS, précité ; D. ANNOUSSAMY, id., p. 122-123 ; M. SAINT-HUBERT, id., p. 643.

doivent en effet s'interpréter de manière harmonieuse avec ces principes²⁵ de sorte que ceux-ci ont par exemple servi à fonder la constitutionnalité de lois limitant la liberté commerciale en prévoyant, notamment, des prestations sociales minimales, la participation des employés à la gestion de l'entreprise, l'équité salariale et la fixation des prix pour garantir l'accès à certains biens²⁶.

Un « duel »²⁷ aussi « fracassant »²⁸ entre la Cour suprême et le gouvernement indien n'a pas été sans laisser de traces. Ainsi, selon certains, les deux institutions sont en constante compétition et il est difficile de déterminer laquelle constitue l'autorité finale dans l'interprétation de la Constitution²⁹. Si certains pourraient considérer l'interventionnisme de la Cour et le pouvoir de contrôle qu'elle s'est donnée durant les années 1960 à 1980 comme une atteinte aux principes de l'État de droit³⁰, de la suprématie parlementaire et de la séparation des pouvoirs, d'autres ont souligné le souci de la Cour de borner la souveraineté parlementaire et son pouvoir de révision de la Constitution³¹. Comme nous le constaterons ci-dessous, cette conception par la Cour de son rôle politique se vérifie également dans sa jurisprudence des années 1980 à 2000.

B. La mobilisation des principes directeurs et le développement du noyau essentiel des DS en réaction au libéralisme sociopolitique

Dans le contexte de ce conflit de pouvoir avec le gouvernement, la Cour développa des mécanismes innovants destinés à faciliter l'accès à la justice pour la population et les groupes marginalisés, leur permettant par la même occasion de contester la constitutionnalité des politiques adoptées par le gouvernement. À partir de la fin des années 1970, dans la foulée de l'État d'urgence déclaré par le gouvernement, situation menant à d'importantes violations des droits et principes constitutionnels³², la Cour se conçut comme le dernier rempart des citoyens en développant le concept de « Litige d'intérêt public »³³. Selon ce mécanisme novateur, toute personne qui s'estime lésée dans ses droits par le gouvernement a la possibilité de s'adresser à la Cour, dans le cadre d'une

²⁵ Bertus DE VILLIERS, « The Socio-Economic Consequences of Directive Principles of State Policy; Limitations on Fundamental Rights », S.A.J.H.R., 1992 (8), Johannesburg, 188, p. 189-199.

²⁶ Id. ; v. aussi Bertus DE VILLIERS, « Directive Principles of State Policy », précité, p. 43-45.

²⁷ D. ANNOUSSAMY, précité, p. 120, 123.

²⁸ Id.

²⁹ P. B. MEHTA, précité, p. 74-75.

³⁰ Sur la question, v. notamment Jamie CASSELS, « Judicial Activism and Public Interest Litigation in India : Attempting the Impossible », *The American Journal of Comparative Law*, 1989 (37), 495, p. 509.

³¹ M. SAINT-HUBERT, précité, p. 639-640. V. aussi D. ANNOUSSAMY, précité, p. 693.

³² S. MURALIDHAR, « Caractère justiciable des droits ESC – Expérience de l'Inde », dans *Le cercle des droits – L'activisme en faveur des droits économiques, sociaux et culturels : Un outil pour la formation*, en ligne : <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/frenchcircle/ind.htm>, p. 3.

³³ J. KOTHARI, précité, section 3.1; P. B. METHA, précité, p. 71, 73.

procédure très souple, afin que justice soit faite³⁴. Des citoyens qui jusqu'alors n'avaient pas accès à la Cour, en raison de barrières socioéconomiques, en profitèrent pour demander à celle-ci de se prononcer sur des problématiques qui n'avaient jamais été soumises à son jugement³⁵. « [E]n assouplissant les règles régissant la qualité du requérant et la procédure, au point d'accepter qu'une carte postale puisse servir d'instrument valable pour le dépôt d'une requête, les juges ouvraient une nouvelle ère d'activisme qui libère les plaideurs du carcan du droit formel et du juridisme »³⁶.

La Cour se dote aussi du pouvoir de nommer des commissions d'enquête chargées de colliger et vérifier les faits litigieux. Ce fût notamment le cas dans le contexte de l'affaire *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India and Ors*³⁷, dans laquelle elle mandata deux commissaires afin qu'ils fassent enquête et rendent rapport sur la situation concernant les allégations de 75 travailleurs selon lesquels ils étaient forcés de travailler dans des conditions de travail inhumaines depuis dix ans dans des entreprises privées. Sur la base du rapport qui indiquait en effet que des travailleurs ne disposaient d'aucune eau potable ni de soins de santé, respiraient de l'air malsain et ne pouvaient quitter leur lieu de travail, la Cour ordonna au gouvernement de développer des programmes visant l'amélioration de la qualité de vie des travailleurs et de s'assurer que l'employeur respecte les droits socioéconomiques de ses employés. La Cour dispose également du pouvoir de surveiller le respect de ses jugements par le gouvernement et de la capacité de rendre des ordonnances de faire ou injonctions contre ce dernier³⁸.

Elle insuffle aussi un sens nouveau et plus substantiel aux principes directeurs – allant même jusqu'à contourner leur absence de justiciabilité – et s'investissant d'une mission de changement social³⁹. Alors que les « droits » socioéconomiques avaient été consacrés dans un chapitre distinct par rapport aux droits fondamentaux classiques et confinés au statut de principes directeurs non-exécutaires, la Cour parvient en effet, par une jurisprudence novatrice et une conception globale du droit à la vie, à contourner cette limite⁴⁰. Malgré l'intention clairement exprimée du constituant, la Cour objectiva cette réorientation constitutionnelle en soulignant, à la lumière du préambule et des principes directeurs, que les « pères fondateurs » avaient eu l'intention de faire de l'Inde une démocratie socialiste et n'était pas censé ignorer la pauvreté

³⁴ Brenda COSSMAN et Ratna KAPUR, « Women and Poverty in India : Law and Social Change », *Revue canadienne Femmes et Droit*, 1993 (6), Toronto, 278, p. 298. Les critères d'admissibilité à cette procédure se sont cependant resserrés, la Cour exigeant notamment que les plaignants soient eux-mêmes victimes de la violation alléguée, ce qui n'était pas le cas auparavant. Aussi, la PIL a eu des résultats concrets mitigés. V. B. COSSMAN et R. KAPUR, id.; J. KOTHARI, id.; P. B. METHA, id., p. 71; S. MURALIDHAR, précité, p. 3; R. SUDARSHAN, précité, p. 156.

³⁵ S. MURALIDHAR, id.

³⁶ Id. V. aussi P. B. MEHTA, précité, p. 71.

³⁷ Inde, C.S., *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India and Ors.*, (1983) INSC 206.

³⁸ B. COSSMAN et R. KAPUR, précité, p. 298; J. KOTHARI, précité, section 3.1.

³⁹ Id.; S. MURALIDHAR, précité, p. 3.

⁴⁰ S. MURALIDHAR, id., p. 2.

massive existante à l'époque de la constitutionnalisation⁴¹. Par delà cette rhétorique, il est possible toutefois que la Cour ait senti le besoin d'envoyer un message au gouvernement dont les politiques de libéralisation et de privatisation allaient appauvrir les personnes les plus défavorisées⁴². Comme nous le soulignons ailleurs⁴³, marqué par une profonde crise économique au début des années 1990, l'Inde entama une libéralisation de son économie et mit sur pied, sous l'influence du FMI et de la Banque mondiale, d'importants programmes d'ajustements structurels⁴⁴. Des secteurs jusque-là publics furent ainsi privatisés avec pour conséquence l'augmentation de la pauvreté des personnes les plus vulnérables⁴⁵. C'est dans ce contexte de « rupture » avec le « modèle socialiste indien »⁴⁶ qu'il faut comprendre la jurisprudence interventionniste de la Cour suprême dans les années 1980 et 1990⁴⁷.

La Cour mobilisa ainsi les principes socioéconomiques au soutien d'une interprétation extensive du droit à la vie. Sans être exécutoires en eux-mêmes, ces principes disposent néanmoins d'une importante force normative dans l'interprétation des autres droits et libertés reconnus dans la Constitution⁴⁸. Cette lecture harmonieuse des valeurs libérales et socialistes présentes dans la Constitution mena la Cour à confirmer l'interdépendance et la complémentarité⁴⁹ de tous les droits et libertés et l'indivisibilité de besoins de la personne humaine. Selon la Cour, le droit à la vie serait vain et superficiel s'il n'incluait pas au moins les éléments essentiels à une vie digne et au développement de la personne dans sa globalité, notamment le logement, l'alimentation, la santé et l'éducation⁵⁰.

Interprété à la lumière des principes socioéconomiques, le droit à la vie sert de levier pour ordonner au gouvernement de fournir des abris adéquats à personnes ayant érigé des bidonvilles en bordure des autoroutes, après s'être

⁴¹ B. DE VILLIERS, « Directive Principles of State Policy », précité, p. 45.

⁴² B. DE VILLIERS, *id.*, p. 46, souligne d'ailleurs que la nouvelle approche de la Cour a notamment pour but d'inciter le gouvernement à favoriser la réalisation des DS.

⁴³ David ROBITAILLE, « L'influence du contexte économique et idéologique sur la conception de l'être humain par le droit et le juge constitutionnels : les cas canadien, indien et sud-africain », *Revue canadienne droit et société*, Toronto, à paraître.

⁴⁴ Basudeb CHAUDHURI, « Les réformes économiques indiennes : éléments de bilan », *Revue Tiers Monde*, 2001 (165), 17, p. 17 et s.

⁴⁵ B. CHAUDHURI, *id.*, p. 19-20, 24, 26; Gérard HEUZÉ, « Les conséquences sociales de la libéralisation en Inde », *Revue Tiers Monde*, 2001 (165), 33, p. 37-38, 57. Bien que l'économie indienne ait connu une croissance économique remarquable par suite de ces politiques, ses effets ont surtout été ressentis par une classe moyenne émergente et non par les personnes défavorisées. V. B. CHAUDHURI, *id.*, p. 17, 26; G. HEUZÉ, *id.*, p. 39-40; Isabelle MILBERT, « La persistance de la pauvreté urbaine en Inde », *Revue Tiers Monde*, 1995 (142), 325, p. 179-180, 186-187.

⁴⁶ B. CHAUDHURI, *id.*, p. 29.

⁴⁷ J. CASSELS, précité, p. 510-511.

⁴⁸ S. MURALIDHAR, précité, p. 2.

⁴⁹ *Inde, C.S., Unni Krishnan, J.P. and Ros v. State of Andhra Pradesh and Ors.*, (1993) INSC 60 (ci-après Unni Krishnan); J. KOTHARI, précité, introduction.

⁵⁰ V. notamment *Inde, C.S., Paschim Banga Khet Mazdoorsamity of Ors. v. State of West Bengal & Anr.*, (1996) SCC (4) 37 (ci-après Paschim Banga); *Consumer Education & Research Centre*, précité, p. 657 et s.; *Inde, C.S., Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulab Khan & Ors.*, (1997) 11 SCC 123 (ci-après Ahmedabad Municipal Corporation); *Inde, C.S., Francis Coralie Mullin v. The Administrator, Union Territory of Delhi & Ors.*, (1981) SCR (2) 516.

déplacées de régions rurales vers la ville à la recherche de meilleures conditions de vie⁵¹. Puisque la libéralisation économique avait surtout profité aux grands centres, occasionnant des mouvements de migration urbaine, et compte tenu de la nécessité du droit au logement pour le bénéfice réel du droit à la vie, la Cour obligea le gouvernement à fournir des abris aux plaignants⁵².

Une interprétation large du droit à la vie permit aussi à la Cour de juger arbitraires des frais exorbitants que des collègues de médecine imposaient aux non-résidents de la province⁵³. Malgré la présence de limites intrinsèques dans le texte du « droit » à l'éducation⁵⁴, ce dernier permit à la Cour de sanctionner cette privatisation de l'éducation dans un pays qui comptait à l'époque de la constitutionnalisation des droits et libertés plus de 70 % de personnes illettrées, situation que le constituant n'était pas sans ignorer. Et c'est justement à cette problématique que s'attaquait ce dernier en consacrant le principe du droit à l'éducation, sans lequel, selon la Cour, l'exercice véritable du droit à la vie serait illusoire. Près de dix ans plus tard, la Cour a cependant nuancé la position prise dans cet arrêt en jugeant constitutionnels les frais supplémentaires exigés par les collèges de médecine privés par rapport aux établissements publics⁵⁵. Cette fois, la Cour estima que l'éducation postsecondaire s'éloigne du noyau essentiel du droit à l'éducation que l'État doit assurer gratuitement aux enfants jusqu'à l'âge de quatorze ans, protection minimale au-delà de laquelle il n'est tenu que dans la mesure de ses ressources⁵⁶. Le gouvernement amenda par la suite la Constitution afin d'y spécifier son obligation constitutionnelle d'assurer l'éducation publique gratuite jusqu'à l'âge de quatorze ans⁵⁷.

Dans une autre affaire, un homme poursuivit avec succès le gouvernement pour l'absence de traitement dont il avait été victime dans le réseau public de soins de santé à la suite d'une grave blessure à la tête subie en chutant d'un train⁵⁸. L'homme avait été transporté dans huit hôpitaux différents, certains ne disposant pas de l'équipement nécessaire, d'autres n'ayant pas suffisamment de lits disponibles, avant d'être soigné dans un hôpital privé où il a finalement été hospitalisé durant près de deux semaines, à ses frais. Dans la mesure où les « pères fondateurs » espéraient faire de l'Inde une démocratie sociale, la Cour estima que le premier devoir de l'État est d'assurer la sécurité et le bien-être de sa population et que le défaut de prodiguer des

⁵¹ Ahmedabad Municipal Corporation, id.

⁵² Ahmedabad Municipal Corporation, id.; Inde, C.S., Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation, (1985) 3 SCC 545.

⁵³ Inde, C.S., Miss Mohini Jain v. State of Karnataka and Ors., (1992) SCR (3) 658.

⁵⁴ Le droit à l'éducation énonce : « 41. The State shall, within the limits of its economic capacity and development, make effective provision for securing the right to work, to education and to public assistance in cases of unemployment, old age, sickness and disablement, and in other cases of undeserved want ».

⁵⁵ Unni Krishnan, précité.

⁵⁶ Id., par. 45, 49, 50, 80. Cette interprétation a été confirmée dans l'arrêt TMA Pai Foundation v. Union of India, AIR 1996 SC 2652.

⁵⁷ Le nouvel article 21A. énonce : « The State shall provide free and compulsory education to all children of the age of six to fourteen years in such manner as the State may, by law, determine ».

⁵⁸ Paschim Banga, précité.

soins de santé raisonnables dans un délai raisonnable à des personnes qui en ont urgemment besoin constitue une violation de la Constitution⁵⁹. Si la Cour reconnaît que la réalisation du droit à la santé, inclus dans le droit à la vie, nécessite la mobilisation de ressources, elle refuse d'ériger cet argument en dogme absolu et adopte une approche plus flexible, soucieuse à la fois de la protection de la vie et de la sécurité de la personne et des difficultés économiques de l'État⁶⁰. Dans cette affaire, l'argument des contraintes financières a donc été rejeté par la Cour compte tenu du caractère immédiat des soins vitaux nécessités par le patient. La Cour accorda donc des dommages et intérêts au plaignant et spécifia au gouvernement les mesures à prendre afin de se conformer à la Constitution. L'argument des limites budgétaires eut plus de poids dans une autre affaire dans laquelle un plaignant, qui avait été soigné dans un hôpital privé à la suite d'une crise cardiaque, contestait la constitutionnalité de la politique de remboursement partiel du gouvernement provincial en ce qui concerne les soins obtenus dans un tel hôpital⁶¹. L'ancienne politique consistait à rembourser l'intégralité de ces frais dans la mesure où les soins n'étaient pas disponibles dans le système public. Considérant que le gouvernement doit disposer d'une certaine marge de manœuvre dans l'allocation des ressources et compte tenu de la nature de l'obligation de l'État qui consiste à prendre des mesures raisonnables⁶², la Cour estima que ce dernier avait, dans les circonstances, respecté ses obligations constitutionnelles. C'est également sur cette base que la Cour, dans une autre affaire, jugea raisonnable et constitutionnelle la cotisation exigée des anciens militaires pour bénéficier d'un régime de soins de santé une fois à la retraite⁶³.

La Constitution indienne fixe ainsi un plancher minimal imposant à l'État l'obligation de réaliser le noyau essentiel de chacun des droits socioéconomiques compris dans le droit à la vie – protection au delà de laquelle l'État n'est pas tenu sur le plan constitutionnel⁶⁴ – qui visent à assurer à tous les besoins essentiels nécessaire à l'exercice de tous les droits et libertés. Les contraintes financières constituent un élément à considérer dans la détermination du caractère justifié de la violation du droit à la vie, mais son importance variera selon le contexte. Plus la violation se situe au cœur ou vers le centre du noyau essentiel de protection qu'accorde le droit à la vie, plus le fardeau de l'État sera lourd ; inversement, plus la violation s'éloignera du contenu essentiel du droit à la vie, plus la Cour sera déférente et plus l'argument budgétaire aura de pertinence.

⁵⁹ Id.

⁶⁰ Id.

⁶¹ Inde, C.S., State of Punjab & Ors. v. Ram Lubhaya Bagga, (1998), 4 SCC 117.

⁶² Id.

⁶³ Inde, C.S., Confederation of Ex-Servicement Association & Ors. v. Union of India & Ors., (2006) (8) SCC 399 (ci-après Confederation of Ex-Servicement Association).

⁶⁴ Paschim Banga, précité; Unni Krishnan, précité.

II. La Constitution sud-africaine de 1996 : l'instauration d'une « culture de justification » post-apartheid

A. La *rationalité* comme standard de constitutionnalité des politiques publiques

Dans le premier litige qu'elle a eu à trancher sur la base des DS reconnus dans la Constitution sud-africaine⁶⁵, la Cour constitutionnelle en fit une interprétation restrictive⁶⁶. Dans l'arrêt *Soobramoney*, un homme souffrant de problèmes cardiaques et d'une insuffisance rénale irréversible s'adressa à la Cour afin qu'elle oblige un hôpital, sur la base du droit à des soins de santé reconnu à l'article 27 de la *Constitution*, à lui prodiguer des traitements qu'on lui avait refusés en raison de l'équipement limité et vétuste dont disposait l'institution ainsi que des nombreux autres patients à soigner⁶⁷. La Cour rejeta cette demande au motif, principalement, que la mise en œuvre des DS dépend des ressources limitées dont dispose l'État et qu'il appartient à celui-ci, et non aux tribunaux, de faire des choix sociopolitiques et budgétaires complexes⁶⁸. Dans la mesure où les politiques sociales étaient rationnelles et avaient été adoptées de bonne foi, la Cour n'allait pas intervenir dans l'attribution et la gestion des fonds publics⁶⁹. L'obligation constitutionnelle de ce dernier se limitait alors à établir l'existence de mesures socioéconomiques sans que la Cour ne remette véritablement en question la suffisance de celles-ci⁷⁰. En soumettant les politiques publiques à un test aussi peu rigoureux, la Cour reconnut au législateur une grande discrétion dans la détermination du contenu effectifs des DS. Il est probable cependant que les faits particuliers de cette affaire, notamment la nature irréversible de la maladie de plaignant et le nombre de patients à traiter avec de l'équipement limité, aient constitué un facteur dans la détermination par la Cour du standard qu'imposaient ces droits.

⁶⁵ Afrique du Sud, C.C., *Soobramoney c. Minister of Health (KwaZulu-Natal)*, [1998] 1 S. Afr. L.R. 761 (ci-après *Soobramoney*).

⁶⁶ Sandra LIEBENBERG, « South Africa's Evolving Jurisprudence on Socio-economic Rights : An Effective Tool in Challenging Poverty ? », *Law, Democracy and Development*, 2002 (6), Cape Town (Afrique du Sud), p. 1, en ligne : <http://www.communitylawcentre.org.za/clc-projects/socio-economic-rights/research/socio-economic-rights-transformation-in-sa/2002-vol-6-law-democracy-and-development/South%20Africa's%20evolving%20jurisprudence.pdf/>, p. 7 ; Marius PIETERSE, « Possibilities and Pitfalls in the Domestic Enforcement of Social Rights : Contemplating the South African Experience », *Hum. Rts. Q.*, 2004 (26), Baltimore (Maryland, États-Unis), 882 p. 901 ; Craig SCOTT et Philip ALSTON, « Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context : A Comment on *Soobramoney's* Legacy and *Grootboom's* promise », *S.A.J.H.R.*, 2000 (16), Johannesburg., 206 p. 235 et s.

⁶⁷ *Soobramoney*, précité, par. 1-5.

⁶⁸ *Id.*, par. 10-11, 19-20, 22-36.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.*, par. 24.

B. L'approche administrativiste : prendre les DS au sérieux sans outrepasser la séparation des pouvoirs judiciaire et législatif

Deux ans plus tard, dans un contexte factuel différent mettant en jeu le droit au logement de personnes vivant dans la misère extrême, la Cour s'appuyait sur les valeurs de justice sociale qui ont été constitutionnalisées après l'apartheid et mit de côté l'approche initialement préconisée. La Cour adoptait cette fois une conception moins rigide de la séparation des pouvoirs, comme elle l'exigeait d'ailleurs dans ce passage important d'un arrêt antérieur qui semble avoir été ignoré dans l'arrêt *Soobramoney* en 1998 : « L'inclusion de droits économiques et sociaux dans la Constitution peut effectivement paver la voix à des ordonnances judiciaires ayant un impact direct sur le budget de l'État. Cela est aussi vrai, cependant, de la sanction judiciaire de droits civils et politiques tels le droit à l'égalité, la liberté d'expression ou le droit à un procès équitable. Les tribunaux ont effectivement déjà obligé le gouvernement à fournir de l'aide juridique ou à accorder la protection de programmes sociaux à des groupes qui en étaient exclus. Il est donc erroné de prétendre que la constitutionnalisation des droits socioéconomiques a modifié l'équilibre de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire et conféré aux tribunaux des pouvoirs si différents de ceux qu'ils ont traditionnellement exercés »⁷¹. Dans ce contexte, la Cour développa une méthode de justiciabilité fondée sur la *raisonnabilité* des politiques publiques, qu'elle considère plus exigeante que la norme de rationalité précédemment choisie⁷². Dans l'arrêt *Government of the Republic of South Africa c. Grootboom*⁷³, la Cour met en effet sur pied ce que plusieurs considèrent comme une approche innovatrice⁷⁴ inspirée du droit administratif⁷⁵, en vertu de laquelle le rôle du tribunal est de vérifier si les politiques publiques sont cohérentes, rationnelles et si elles distribuent équitablement les ressources entre les différents groupes qui en ont besoin⁷⁶.

⁷¹ Afrique du Sud, Cour const., Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly : In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, [1996] 4 S. Afr. L.R. 744, par. 77 (notre traduction). Dans l'arrêt *Soobramoney*, précité, le juge Chaskalson ne fait aucunement mention de ce passage si important de l'arrêt In re Certification of the Constitution.

⁷² V. Khosa c. The Minister of Social Development, [2004] 6 S. Afr. L.R. 505, par. 67 (ci-après Khosa).

⁷³ [2001] 1 S. Afr. L.R. 46 (ci-après *Grootboom*).

⁷⁴ V. notamment Cass R. SUNSTEIN, « Social and Economic Rights ? Lessons from South Africa », Forum constitutionnel, 2000-2001 (11), Edmonton (Canada), p. 123.

⁷⁵ David BILCHITZ, « Placing basic needs at the centre of socio-economic rights jurisprudence », *ESR Review*, 2003 (4), Cape Town (Afrique du Sud), 2, p. 2 (ci-après D. BILCHITZ, « Basic Needs ») ; Alana KLEIN, « Judging as Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights », *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 2007-2008 (39), New York, 351, p. 374-385 ; Marius PIETERSE, « Coming to Terms with Judicial Enforcement of Socio-economic Rights », *S.A.J.H.R.*, 2004 (20), Johannesburg, 383, p. 410 (ci-après M. PIETERSE, « Coming to Terms ») ; Kameshni PILLAY, « Implementing *Grootboom* : Implications for the Enforcement of Socio-economic Rights » *Law, Democracy and Development*, 2002 (6), Cape Town (Afrique du Sud), (en ligne : <http://www.communitylawcentre.org.za/Projects/Socio-Economic-Rights/research-project/2002-vol-6-law-democracy-and-development>), p. 206.

⁷⁶ *Grootboom*, précité, par. 43.

Contrairement au concept de noyau essentiel que la Cour a rejeté⁷⁷, cette norme de raisonnable n'oblige pas l'État à satisfaire les besoins essentiels de tous avant de viser la réalisation d'autres objectifs à moyen ou à long terme. S'il est par ailleurs difficile de déterminer de manière précise et prévisible la mesure dans laquelle une politique doit tenir compte de la situation des plus défavorisés pour être raisonnable, la Cour indique néanmoins que des programmes qui omettent de prioriser les besoins de base d'un trop grand nombre de personnes seront jugés inconstitutionnels⁷⁸. C'est sur la base de ce test que la Cour jugea arbitraire une politique en matière de logement dont les ressources étaient concentrées vers la construction de logements sociaux, un objectif à moyen sinon à long terme⁷⁹, et qui ne prévoyait aucune mesure pour alléger la misère des demandeurs qui, occupant des bidonvilles, vivaient dans des conditions extrêmement difficiles⁸⁰. C'est également en fonction de ce standard que la Cour jugea arbitraire une politique en vertu de laquelle l'État limitait de façon importante l'accessibilité publique à un médicament susceptible de prévenir la transmission du VIH entre une mère et son enfant et qui était offert gratuitement par le fabricant pour une période de cinq ans⁸¹.

Plusieurs ont salué l'approche de la Cour constitutionnelle. L'obligation faite à l'État d'élaborer des programmes sociaux raisonnables confirme en effet la justiciabilité des DS, permet de mettre en lumière certaines failles des politiques publiques et pourrait instaurer un dialogue entre les tribunaux et le gouvernement⁸². La Constitution et la jurisprudence de la Cour participent ainsi à un effort de transformation sociale visant à réparer les injustices commises durant l'apartheid par l'instauration d'une « culture de justification » qui met l'accent sur le besoin d'une plus grande imputabilité des décisions et politiques publiques⁸³. Elle vise en effet à sensibiliser l'État à l'importance de prévoir des mesures pour les individus et les groupes défavorisés et permet à ces derniers et aux tribunaux d'exiger des explications⁸⁴ par rapport aux choix et aux priorités

⁷⁷ Id., par. 32, 35, 37. La Cour constitutionnelle a de nouveau confirmé sa position à cet égard dans son plus récent jugement portant sur les DS : Afrique du Sud, C.C., Mazibuko and Others c. City of Johannesburg and Others (Centre on Housing Rights and Evictions as Amicus Curiae), CCT 39/09, par. 53-68 (ci-après Mazibuko).

⁷⁸ Grootboom, précité, par. 43, 52-69.

⁷⁹ Id., par. 51-52, 63-64.

⁸⁰ Id., par. 7, 52-69.

⁸¹ Afrique du Sud, Cour const., Minister of Health c. Treatment Action Campaign, [2002] 5 S. Afr. L.R. 721, par. 2-4, 17, 19, 57, 70, 92-95, 135 (ci après Treatment Action Campaign).

⁸² V. notamment Bruce PORTER, « The Reasonableness of Article 8(4) – Adjudicating Claims From the Margins », *Nordic Journal of Human Rights*, 2009 (27), Oslo, 39. Selon Porter, la norme de raisonnable développée par la Cour constitutionnelle sud-africaine et dont se sont inspirés les rédacteurs du Protocole facultatif au PIDESC, permettrait cet équilibre entre les fonctions législative et exécutive, d'une part, et judiciaire, d'autre part.

⁸³ Etienne MUREINIK, « A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights », (1994) 10 S.A.J.H.R., 1994 (10), Johannesburg, 31, p. 32. V. aussi A. KLEIN, précité, p. 376; S. LIEBENBERG, précité, p. 9; A. PILLAY, précité, p. 236-237; Murray WESSON, « Grootboom and Beyond : Reassessing the Socio-economic Jurisprudence of the South African Constitutional Court », S.A.J.H.R., 2004 (2), Johannesburg, 284, p. 293.

⁸⁴ Dans le contexte de la Charte canadienne, voir Nathalie DES ROSIERS, « Frein, moteur et levier : le droit à l'égalité, les droits sociaux et le développement des politiques publiques au Canada », dans Sheila MCINTYRE et Sanda RODGERS (dir.), *Diminishing Returns: Inequality*

de celui-ci dans la gestion des ressources publiques. Cette approche établirait ainsi un juste compromis entre l'importance de prendre les DS au sérieux, sans toutefois manquer de réalisme en ignorant le manque de ressources pour en réaliser concrètement la promesse⁸⁵.

C. Les critiques de l'approche administrativiste : une analyse trop processuelle ?

Malgré son apport indéniable à la théorie de la justiciabilité des DS, le concept de raisonnabilité n'en comporterait pas moins, selon certains, d'importantes lacunes qui sont principalement liées au fait qu'il fonde essentiellement un contrôle judiciaire de type processuel⁸⁶. Le test de raisonnabilité placerait en effet les politiques publiques au centre de l'analyse fondée sur les DS⁸⁷, plutôt que les besoins des individus et groupes affectés par la pauvreté⁸⁸, la tâche du tribunal consistant à vérifier si ces politiques sont cohérentes et rationnelles, sans que la Cour ne définisse plus amplement ces deux traits essentiels. Soucieuse de ne pas outrepasser ses fonctions et d'éviter d'imposer des obligations trop onéreuses au gouvernement⁸⁹, la Cour estime en effet que la définition des DS et la détermination des obligations qu'ils imposent est indissociable de la question des ressources disponibles, refusant conséquemment d'intégrer dans la Constitution le concept de noyau essentiel mis de l'avant en droit international⁹⁰. Pour se justifier, la Cour souligne qu'il est impossible d'assurer immédiatement à tous les Sud-Africains l'accès aux besoins essentiels⁹¹, que la détermination du contenu précis des DS ne relève pas de son expertise⁹² et qu'il ne lui revient conséquemment pas, sur le plan démocratique, de définir en détails les politiques publiques⁹³.

En associant définition et mise en œuvre concrète du droit et en faisant du concept de raisonnabilité *l'obligation même* qu'imposent les DS, la Cour s'est privée, selon Bilchitz, d'un étalon de mesure lui permettant d'évaluer objectivement si le gouvernement satisfait raisonnablement ou non à son

and the Canadian Charter of Rights and Freedoms, Markham, Éditions Lexis Nexis, 2006, 213, p. 215, 219-220.

⁸⁵ A. PILLAY, précité, p. 206, 207, 227. V. aussi M. WESSON, précité, pp. 303-305.

⁸⁶ David BILCHITZ, « Basic needs », précité, p. 4 ; M. PIETERSE, « Resuscitating Socio-Economic Rights », précité, p. 487.

⁸⁷ Id.

⁸⁸ David BILCHITZ, « Towards a Theory of Content for Socio-Economic Rights », dans Julia ILIOPOULOS-STRANGAS et Theunis ROUX (dir.), Perspectives nationales et internationales des droits sociaux, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, 3, p. 8; Marius PIETERSE, « Resuscitating Socio-Economic Rights: Constitutional Entitlements to Health Care Services », S.A.J.H.R., 2006 (22), Johannesburg, 473, p. 474; M. PIETERSE, « Coming to Terms », précité, p. 407.

⁸⁹ D.M. DAVIS, « Adjudicating the Socio-Economic Rights in the South African Constitution: Towards' Deference Lite' », S.A.J.H.R., 2006 (22), Johannesburg, 301, pp. 310-318, spéc. 323.

⁹⁰ M. PIETERSE, « Coming to terms », précité, p. 410.

⁹¹ MAZIBUKO, précité, par. 59; Grootboom, précité, par. 35; S. LIEBENBERG, précité, p. 8.

⁹² MAZIBUKO, id., par. 61-62; Grootboom, id., par. 32, 37-38; S. LIEBENBERG, id.

⁹³ MAZIBUKO, id., par. 57, 61, 65.

obligation constitutionnelle⁹⁴. Sans cette base objective extérieure à la question des limites budgétaires, le contrôle judiciaire de constitutionnalité des politiques publiques risque en effet d'être un exercice arbitraire pavant la voie à ce que le juge estime lui-même être raisonnable⁹⁵. L'approche administrativiste laisserait du même coup le champ libre au gouvernement pour définir lui-même le contenu de droits auxquels il est pourtant censé être assujéti⁹⁶. Il en résulterait un contrôle judiciaire affaibli dont la norme de contrôle s'apparenterait à celle de la rationalité, pourtant rejetée par la Cour. Malgré quelques affirmations en sens contraire⁹⁷, raisonnable et rationalité sont en effet similaires dans la mesure où l'approche développée dans l'arrêt *Grootboom* exige essentiellement que les politiques gouvernementales soient cohérentes et rationnellement liées à la promotion des DS⁹⁸. Comme le fait remarquer Marius Pieterse : « La raisonnable est un standard essentiellement procédural n'exigeant pas la prise au sérieux du contenu du droit ni de ses limites. Cette norme ne reconnaît aucun véritable droit subjectif aux Sud-Africains et n'exige de l'État que la mise en place de mesures socioéconomiques respectant les principes de la bonne gouvernance »⁹⁹.

Tels qu'interprétés par la Cour constitutionnelle, les DS viseraient donc au premier chef à protéger les Sud-Africains contre l'action gouvernementale arbitraire et incohérente dans le cadre d'une approche exigeant davantage d'imputabilité des politiques publiques¹⁰⁰ qui, ce faisant, exclurait l'individu et ses besoins essentiels des préoccupations fondamentales de l'analyse¹⁰¹. Il importerait donc de développer le noyau essentiel autonome des DS qui devraient imposer non seulement la prise en compte de la situation des personnes démunies dans le processus législatif socioéconomique, mais également l'évaluation de la substance raisonnable des mesures destinées à les

⁹⁴ David BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 141-149, 222 (ci-après *Poverty and Fundamental Rights*); D. BILCHITZ, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence », S.A.J.H.R., Johannesburg, 2003 (19) 1, p. 6, 8, 10, 12 »; D. BILCHITZ, « Basic needs », précité, p. 3; David BILCHITZ, « Giving Socio-economic Rights Teeth : The Minimum Core and its Importance », S. Afr. Law J., 2002 (119), Claremont (Afrique du Sud), 484, p. 488 et 496; M. PIETERSE, « Coming to Terms », précité, p. 408.

⁹⁵ D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, id., p. 222; D. BILCHITZ, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core », id., p. 10. V. également M. PIETERSE, « Coming to Terms », id., p. 411, où l'auteure cite Bilchitz avec approbation.

⁹⁶ A. KLEIN, précité, p. 377. Dans le contexte différent des DS au Québec, c'est aussi l'opinion de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Après 25 ans, La Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 1: Bilan et recommandations, sous la direction de Pierre Bosset, 2003, p. 18.

⁹⁷ Khosa, précité, par. 67; S. LIEBENBERG, précité, p. 9.

⁹⁸ A. KLEIN, précité, p. 376.

⁹⁹ M. PIETERSE, « Resuscitating Socio-Economic Rights », précité, p. 487.

¹⁰⁰ La Cour constitutionnelle a confirmé cette approche dans le récent arrêt *Mazibuko*, précité, par. 59, 70-71, 159-165.

¹⁰¹ D. BILCHITZ, « Towards a Theory of Content », précité, p. 7; D. BILCHITZ, « Basic needs », précité, p. 2 et 3; M. PIETERSE, « Coming to Terms », précité, p. 407; Mark TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », *Tex. L. Rev.*, 2004 (82), Austin (Texas, États-Unis), 1895, p. 1906.

mettre en œuvre. La Cour constitutionnelle admet d'ailleurs elle-même l'importance du concept de noyau essentiel des DS¹⁰². Comme le souligne Bilchitz, pour en arriver à la conclusion que les programmes sociaux contestés étaient déraisonnables l'arrêt *Grootboom*, il faut bien que la Cour se soit appuyée, au moins implicitement, sur un certain contenu « obligationnel » indépendant¹⁰³. D'ailleurs, celle-ci n'a pas complètement fermé la porte à la notion de noyau minimal dans l'arrêt *Grootboom*¹⁰⁴ et a même indiqué qu'il constitue un indice pertinent de raisonnabilité¹⁰⁵. Dans la récente affaire des compteurs d'eau¹⁰⁶, malgré son refus de déterminer le nombre de litres précis qu'exigerait le droit constitutionnel à l'eau, la Cour n'en a pas moins clairement laissé entendre que les appelants auraient pu soulever le caractère déraisonnable et insuffisant de la politique municipale, laquelle prévoyait l'accès à vingt-cinq litres d'eau par personne quotidiennement, s'ils avaient maintenu cet argument devant elle¹⁰⁷. En se fondant notamment sur l'*Observation générale 15* du Comité des DS des Nations Unies, la Cour d'appel estimait d'ailleurs que le droit à l'eau impose l'obligation de fournir une quantité d'eau suffisante à une vie digne, ce à quoi, sur la base de documents gouvernementaux et d'expertises¹⁰⁸, ne correspondait pas vingt-cinq litres par jour par personne¹⁰⁹. La Cour d'appel a ainsi jugé que la Constitution impose à l'État l'obligation de fournir précisément quarante-deux litres d'eau par jour par personne, conclusion qui a été infirmée par la Cour constitutionnelle.

L'obligation de tenir compte des besoins essentiels et urgents des plus défavorisés dégagée par la Cour ne peut par ailleurs théoriquement et logiquement découler de l'obligation de raisonnabilité elle-même, mais s'apparente en effet davantage au contenu essentiel des droits au logement décent et à l'eau¹¹⁰. C'est d'ailleurs en raison de l'omission d'assurer les besoins vitaux d'un grand nombre de personnes défavorisées que la Cour constitutionnelle sud-africaine est intervenue dans les arrêts *Grootboom* et *Treatment Action Campaign*¹¹¹, ce qui tend à confirmer la thèse selon laquelle

¹⁰² D. BILCHITZ, « The minimum core and its importance », précité, p. 486, 496-499; Pierre DE VOS, « Grootboom, The Right of Access to Housing and Substantive Equality as Contextual Fairness », S.A.J.H.R., 2001 (17), Johannesburg, 258, p. 273; M. PIETERSE, « Resuscitating Socio-Economic Rights », précité, p. 475.

¹⁰³ D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, précité, p. 141-149; D. BILCHITZ, « The minimum core and its importance », id.

¹⁰⁴ *Grootboom*, précité, par. 33; D. BILCHITZ, « The minimum core and its importance », id., 485; M. TUSHNET, précité, p. 1905, n. 62.

¹⁰⁵ *Treatment Action Campaign*, précité, par. 34.

¹⁰⁶ MAZIBUKO, précité.

¹⁰⁷ Id., par. 72-73, 76.

¹⁰⁸ Id., par. 19-24.

¹⁰⁹ Afrique du Sud, C.S.A., *City of Johannesburg and Others c. Mazibuko and Others* (Centre on Housing Rights and Evictions as amicus curiae), 2009 (3) SA 592, par. 16-24, 28.

¹¹⁰ D. BILCHITZ, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core », précité, p. 9; S. LIEBENBERG, précité, p. 9. C'est d'ailleurs, comme nous l'avons observé, l'approche de la Cour suprême indienne qui développe au cas par cas le contenu essentiel des DS dans l'évaluation de la raisonnabilité des politiques publiques affectant le droit à la vie.

¹¹¹ D. BILCHITZ, « Towards a Theory of Content », précité, p. 18, n. 33; D. BILCHITZ, « The minimum core and its importance », précité, p. 497.

elle s'est bien appuyée sur une norme indépendante pour évaluer la raisonnable des politiques publiques¹¹². Dans un arrêt subséquent, la Cour précisait d'ailleurs que le droit au logement – et possiblement, par induction, tous les DS – protègent certains éléments invariables¹¹³ et universels, ce qui tend à amenuiser l'hésitation du tribunal, préalablement exprimée dans l'arrêt *Grootboom*, à définir le contenu essentiel de ces droits.

Une approche accordant davantage d'importance à la définition des DS aurait enfin l'avantage de mieux répartir le fardeau de preuve très lourd que l'approche administrativiste impose aux demandeurs. Dans la mesure où l'obligation pour l'État d'adopter des programmes sociaux raisonnables a pour corollaire le droit individuel d'être traité raisonnablement par ceux-ci, il en découle que le demandeur a le fardeau de démontrer leur déraisonnabilité, tâche complexe qui peut exiger une analyse globale des mesures et des ressources publiques¹¹⁴. Liebenberg et Craven proposent ainsi qu'une présomption de violation du droit soit établie dès que les demandeurs démontrent que leurs besoins essentiels sont insatisfaits¹¹⁵. Cette présomption, combinée à la possibilité d'en justifier rigoureusement les violations, répartirait plus équitablement le fardeau de la preuve et obligerait l'État à expliquer pourquoi il est incapable de réaliser ne serait-ce que le noyau minimal de ces droits et qu'il laisse en conséquence certaines personnes et groupes vivre dans la misère. Le fardeau justificatif devrait en outre être plus sévère lorsque l'État omet d'assurer le contenu essentiel des DS compte tenu de leur importance pour la vie et la sécurité des personnes dont les besoins essentiels ne sont pas comblés¹¹⁶. Comme le suggère Liebenberg, le test de raisonnable devrait aussi inclure une exigence plus poussée de proportionnalité ou de nécessité qui obligerait l'État à démontrer que l'omission d'assurer à tous le minimum vital était le seul moyen de réaliser ses autres objectifs¹¹⁷.

Conclusion

Les exemples indien et sud-africain démontrent que si le texte constitutionnel fourni aux juges des éléments sur lesquels s'appuyer dans l'interprétation des droits sociaux, il faut néanmoins chercher ailleurs les facteurs les plus déterminants du sens qu'ils choisissent de donner à ces droits. La Constitution indienne de 1949 ne consacre formellement aucun droit socioéconomique. Le constituant a plutôt choisi d'affirmer des principes déclaratoires non justiciables ni susceptibles de sanction judiciaire. Lorsque le gouvernement a voulu mettre de l'avant des politiques sociales nationalistes en

¹¹² *Grootboom*, précité, par. 35 (nous soulignons).

¹¹³ *Id.*, par. 24. La Cour ne spécifie pas cependant quelles sont ces composantes invariables.

¹¹⁴ S. LIEBENBERG, précité, p. 10.

¹¹⁵ Matthew C.R. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: A Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 143 ; S. LIEBENBERG, *id.*, p. 10.

¹¹⁶ S. LIEBENBERG, *id.*, p. 11.

¹¹⁷ *Id.*

s'appuyant sur ces principes, la Cour suprême en fit une interprétation restrictive et accorda préséance au droit de propriété privé auquel ces réformes portaient atteinte. Cela n'a pas empêché la Cour, quelque année plus tard, sur la base d'une acception globale du droit à la vie, de reconnaître une panoplie de DS permettant le contrôle judiciaire de constitutionnalité des politiques publiques. Face à la montée du néolibéralisme, la Cour mobilise ainsi les principes à la faveur d'une interprétation extensive du droit à la vie dont le bénéficiaire serait vain s'il n'incluait pas les éléments de base à une vie digne. La Cour a beau vouloir masquer cet interventionnisme en insistant sur le contexte d'adoption de la Constitution et la volonté du constituant de faire de l'Inde une démocratie sociale, cette tentative d'objectivation ne réussit pas à occulter le choix délibéré qu'elle a fait dans sa jurisprudence progressiste. C'est ainsi qu'elle a repoussé les frontières de la séparation des pouvoirs judiciaire et législatif, un auteur allant même jusqu'à affirmer que la Cour, en remplaçant ce concept par celui de la suprématie judiciaire, est devenue une institution de co-gouvernance¹¹⁸.

La Cour constitutionnelle sud-africaine dispose pour sa part de l'un des textes constitutionnels les plus progressistes au monde. Adoptée après la fin du régime discriminatoire de l'apartheid, la Constitution de 1996 garantit un catalogue détaillé de DS qui ne souffrent d'aucune infériorité hiérarchique par rapport aux droits et libertés civils et politiques. La Constitution accorde aussi aux tribunaux un large pouvoir de sanction et de réparation de la violation des DS en reconnaissant expressément la légitimité pour les juges de rendre toute ordonnance qu'ils estiment justes et convenables eu égard aux circonstances de chaque affaire¹¹⁹. Pourtant, cela n'a pas empêché la Cour de favoriser une approche molle des DS en 1998 en assujettissant les politiques publiques à un contrôle somme toute peu exigeant de rationalité. Bien que la Cour fit marche arrière dans le célèbre arrêt *Grootboom* en choisissant cette fois la raisonnable comme norme de contrôle de constitutionnalité des programmes gouvernementaux, plusieurs observateurs ont néanmoins mis en lumière les lacunes de cette nouvelle approche qui serait trop favorable au gouvernement et similaire à l'exigence de rationalité pourtant rejetée, d'autres la saluant toutefois pour son réalisme et son respect de la séparation des pouvoirs judiciaire et législatif.

Pour tout dire, il semble qu'un auteur ait bien cerné en quoi consiste l'interprétation des DS constitutionnels, et des droits et libertés plus généralement, lorsqu'il écrivait : « La Cour suprême indienne répète que toutes les fonctions de l'État sont soumises à la Constitution, suggérant que la légitimité du pouvoir tire sa source d'un ordre constitutionnel neutre régissant objectivement la conduite humaine. Mais qui décide au cas par cas du sens et de la portée de cet ordre constitutionnel, si ce n'est... un groupe de personnes ! Cela

¹¹⁸ P. B. METHA, précité, p. 72-73. V. également R. SUDARSHAN, précité, p. 158-159.

¹¹⁹ La Cour dispose notamment du pouvoir de rendre des ordonnances obligatoires au gouvernement lui enjoignant de rendre ses politiques conformes à la Constitution. V. Treatment Action Campaign, précité, par. 104-107, 113, 129.

revient à dire qu'il n'existe aucune règle de droit qui n'est pas aussi une règle humaine à laquelle des humains donneront un sens. Dans cette perspective, la doctrine de la séparation des pouvoirs implose : elle ne découle plus d'un ordre juridique métaphysique mais de la volonté humaine ou, dit autrement, de la politique »¹²⁰. Et comme nous l'avons constaté, la Cour suprême indienne et la Cour constitutionnelle sud-africaine ont choisi d'intervenir lorsque les politiques publiques affectaient particulièrement les besoins et les droits de personnes vivant dans des conditions très difficiles. Au-delà de ce genre de circonstances, il semble que les juges constitutionnels ne soient pas prêts à remettre en question les choix politiques du législateur.

¹²⁰ P. B. MEHTA, précité, p. 78-79 (notre traduction).

SECTION 4 -

LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX AUX ÉTATS-UNIS,

MANON ALTWEGG-BOUSSAC, MARINA EUDES, CÉLINE FERCOT

L'étude du droit américain sous l'angle des droits sociaux n'est pas chose aisée. La doctrine, prolixe, est souvent caractérisée par son parti-pris. Quant au corpus juridique, il est directement issu de la construction historique des États-Unis.

L'apparition des premiers droits sociaux remonte à la fin du XVIII^{ème}, et surtout du XIX^{ème} siècle¹. D'un point de vue historique, les Constitutions fédérées se sont concentrées sur le « bien public » et sur la promotion de valeurs communes. Relayant la *Common law*, certaines ont garanti des droits que la Constitution fédérale ignorait², que ce soit sous la forme de dispositions « permissives » (« *permissive provisions* »), encourageant le gouvernement à intervenir dans tel ou tel domaine, ou de dispositions « déclaratoires » (« *declaratory provisions* »), mandatant une action de la part de l'État. Aussi, contrairement à la Constitution fédérale, qui garantit avant tout des droits négatifs, destinés à protéger l'individu contre l'exercice du pouvoir étatique, les Constitutions fédérées ont très tôt intégré des dispositions positives, ou des « buts normatifs » (« *normative goals* ») qui exigent plutôt qu'elles n'interdisent une action de la part de l'État. Certaines d'entre elles exigent par exemple l'institution d'un système éducatif public ou de services sociaux pour les personnes défavorisées³. Mais on en trouve peu de trace dans les écrits des

Les auteures adressent leurs vifs remerciements à Manuel TIRARD, Maître de Conférences à l'Université Paris Ouest– Nanterre La Défense, pour sa participation active aux recherches nécessaires à cet article. Si la rédaction leur est imputable, sa conception et son orientation générale lui doivent beaucoup. Les traductions sont des auteures.

¹ La Constitution du Massachusetts de 1780 contient déjà une disposition relativement précise concernant le financement de l'éducation publique (article 3). De même, le Bill of Rights de la Virginie, adopté en 1776, garantissait déjà le droit de chercher et d'obtenir une certaine sûreté, ainsi que le bonheur – lequel correspond à un exercice illimité des droits naturels.

² A propos des rapports entre la Constitution fédérale américaine et les Constitutions fédérées, v. A. E. Dick HOWARD, « Protecting Human Rights in a Federal System », in : Mark TUSHNET (éd.), *Comparative Constitutional Federalism. Europe and America*, New York, Greenwood Press, 1990, pp. 115-137.

³ On observe ici la même évolution graduelle : à la fin du XIX^{ème} siècle, puis au début du XX^{ème}, de nombreuses Constitutions fédérées ont garanti le droit individuel à des horaires de travail raisonnables, à un salaire minimum, à des conditions de travail sûres ou à une compensation en cas d'accident du travail. En attestent notamment les Constitutions de cette époque dans les États de l'Arizona, du Massachusetts, ou de la Virginie. Par la suite, certains États ont adopté des dispositions visant à protéger le droit de s'organiser et de négocier collectivement, puis un « droit au travail ». Dès 1866, les délégués à la Convention constitutionnelle de l'Alabama, vainqueurs de

juristes de l'époque. Le seul manuel de la fin du XIX^{ème} siècle qui mentionne les Constitutions fédérées, rédigé sous la plume de Thomas Cooley, ne distingue pas les droits « positifs », en lien notamment avec la pauvreté, des autres garanties⁴.

En réalité, les débats relatifs à la portée des droits sociaux n'ont reçu une attention particulière qu'au cours de la période du *New Deal*, à l'occasion de la proposition par le Président F.D. Roosevelt, en 1944, d'un « *second Bill of Rights* », caractéristique de l'Ère progressiste (*Progressive Era*)⁵. Après l'échec d'un certain nombre d'Amendements visant à protéger les droits des travailleurs, Roosevelt souligna la nécessité de prévoir un nouveau fondement de sécurité et de prospérité qui pourrait être établi pour tous. Cela incluait par exemple le droit de toutes les familles « à un domicile décent », « à des soins adéquats », ou encore « à un emploi utile et rémunéré ». Parallèlement, au cours de cette période, de nombreuses Constitutions fédérées ont été révisées pour que cette politique novatrice puisse s'appliquer au sein des États. Ainsi, la Constitution de l'État de New York, révisée en 1938, impose au gouvernement de l'État de « fournir une aide et un soutien aux nécessiteux »⁶.

C'est finalement la jurisprudence de la Cour suprême des années 1960 et 1970 qui a suscité un regain d'intérêt doctrinal pour les droits sociaux. La présidence Warren constitue ainsi, aux yeux de la plupart des auteurs, une avancée importante dans la reconnaissance des droits sociaux. Toutefois, ces progrès ont été limités dans leur étendue. Les avancées datées de cette époque ont en effet été éparses et se sont surtout concentrées autour des garanties encadrant la procédure pénale⁷. Par ailleurs, ils ont été largement tempérés quelques années plus tard : les présidences Burger et Rehnquist se sont en effet caractérisées par une jurisprudence plus conservatrice et par une érosion progressive de la protection des droits fondamentaux.

A la suite de ce recul au niveau fédéral, les discussions se sont tournées vers le niveau fédéré, dans le cadre du Nouveau fédéralisme judiciaire (*New judicial federalism*). Dès le début des années 1970, de nombreuses Cours suprêmes fédérées ont choisi d'interpréter leur propre Constitution dans un sens beaucoup plus « libéral » – au sens de protecteur vis-à-vis de l'individu – par rapport à la jurisprudence jusqu'alors rendue par la Cour suprême à propos des

la guerre de Sécession, décidaient ainsi d'inscrire dans la nouvelle Constitution l'obligation pour la législature de « prendre les mesures adéquates [...] pour lutter contre la pauvreté » (art. IV § 34 C. Alabama 1868). Cette disposition est d'ailleurs toujours d'actualité (art. IV § 88 C. de 1901).

⁴ V. Thomas M. COOLEY, *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union*, 4^{ème} éd., 1878.

⁵ Cass R. SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights : Franklin Delano Roosevelt's Unfinished Revolution and Why We Need It More than Ever*, Basic Books, 2004.

⁶ Art. XVII § 1 C. de 1894. L'art. XVII § 1 C. new yorkaise de 1938 a été adopté afin de répondre à la crise économique et sociale générée par la Grande Dépression : à cette époque, l'aide sociale cessa d'être gérée au niveau local – par les municipalités, notamment – pour l'être par l'État lui-même. L'actuel art. XVII découle ainsi de l'art. XVII C. adoptée en 1938, et depuis souvent qualifié de « Social Welfare Article ».

⁷ V. notamment *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963), à propos du droit à un avocat dans le procès pénal et de l'obligation pour l'État de le payer si l'accusé ne le peut lui-même.

droits fondamentaux de rang fédéral⁸. Or, ce mouvement, qui est précisément apparu à la fin de la révolution jurisprudentielle menée depuis 1953 sous l'égide du juge Earl Warren, constitue avant tout le fruit d'une réflexion doctrinale, qui a mis en avant le caractère *complémentaire* des Constitutions fédérales et fédérées.

Dans le cadre des débats doctrinaux actuels, l'absence de consécration des droits sociaux dans la Constitution américaine suscite des réactions variées, approuvant ou réprouvant ce que certains auteurs ont qualifié d'« exception américaine »⁹. Majoritairement, le positionnement restrictif du texte constitutionnel fédéral à l'égard des droits sociaux conduit une grande partie de la doctrine à considérer que ceux-ci sont dépourvus de tout caractère justiciable (I). Si là réside indéniablement l'une des spécificités du droit américain, la justiciabilité des droits sociaux est cependant parfois défendue, tant par la doctrine que par le juge (II).

I. La justiciabilité des droits sociaux : une cause apparemment perdue

Les discours doctrinaux relatifs aux droits sociaux sont confrontés à d'importantes difficultés, d'ordre à la fois terminologique et conceptuel (A). Ils se heurtent en outre à une série d'objections traditionnellement évoquées par les auteurs hostiles à leur justiciabilité (B).

A. Les droits sociaux caractérisés par un flou terminologique et conceptuel

L'examen de la doctrine américaine débouche sur un constat de flou terminologique et conceptuel, tant au niveau de la définition (1) que de la catégorisation (2) des droits sociaux.

1) Un manque de clarté dans la définition doctrinale des droits sociaux

Le seul élément consensuel, quoique peu éclairant, est la référence à la notion de « droits constitutionnels ». La doctrine américaine attribue généralement le qualificatif de « droits constitutionnels » (*constitutional rights*) aux droits qui sont opposables (*enforceable*) aux autorités publiques. Au-delà de cette condition prédomine aux États-Unis une vision formaliste, procédurale, des droits. Reflets de la tradition libérale, ils sont exclusivement des droits

⁸ Ainsi, en Arizona, en vertu de la clause des privilèges et immunités incluse dans la constitution de l'État, ce dernier ne peut pas refuser de payer pour des avortements thérapeutiques (« medically necessary ») dans le cas de femmes indigentes, alors qu'il finance d'autres avortements (*Simat Corp. v. Ariz. Health Care Cost Containment Sys.*, 56 P.3d 28 (Arizona, 2002)).

⁹ A. E. Dick HOWARD, « Les droits et la Constitution. La protection judiciaire des droits sociaux en droit constitutionnel américain », *Revue française de science politique*, 1990, vol. 40, n° 2, pp. 173-191.

négatifs¹⁰, et sont supposés être d'une égale valeur, dans la mesure où ils font tous l'objet d'une garantie. En effet, aux États-Unis, pays de *common law*, le caractère historique du droit anglais conduit à envisager les droits en termes de statuts, de relations, c'est-à-dire avant tout comme des « intérêts de propriété » (*property interest*) et/ou de liberté (*liberty interest*)¹¹.

La notion même de « droits » semble d'ailleurs être davantage utilisée par commodité que dans l'objectif de reconnaître un véritable droit subjectif attribué à un titulaire individuel, d'ailleurs très rarement cité. A cet égard, les autorités officielles américaines semblent avoir pour directive de ne pas parler de « droits », mais simplement de prérogatives ou d'avantages, dès lors que sont évoqués les thèmes que nous désignons sous le vocabulaire de droits *sociaux*¹².

Cette ambiguïté relative à la définition doctrinale des droits sociaux se traduit aussi bien dans la terminologie employée que dans l'absence de définition conceptuelle des droits sociaux. De manière récurrente, les auteurs parlent indifféremment de « *social constitutional rights* », de « *economic and social rights* »¹³, de « *welfare rights* »¹⁴, de « *positive rights* »¹⁵, de « *social rights* », de « *social citizenship rights* » - qui comprennent ou non les « *welfare rights* »¹⁶ - ou encore de « *second generation social rights* »¹⁷. Par ailleurs, quelle que soit la dénomination retenue, celle-ci ne s'accompagne presque jamais d'une définition précise, mais plutôt de l'énoncé d'un ou plusieurs exemples du type de droit en cause.

Lorsque la doctrine s'attache à préciser la terminologie employée à propos des droits sociaux, elle se contente généralement de les définir par le biais de

¹⁰ Cette distinction a notamment été critiquée par Susan BANDES (« The Negative Constitution : A Critique », *Mich. L. Rev.*, 1990, vol. 88, p. 2271).

¹¹ Aussi, cette définition générale conduit à une première précaution, destinée à éviter toute confusion entre les notions de droits « constitutionnels » (*constitutional rights*) et de droits « fondamentaux » (*fundamental rights*), ces derniers étant soumis à un contrôle plus strict de la part du juge. La notion de « *fundamental rights* » est en effet beaucoup plus restrictive et renvoie à certaines « libertés privilégiées » (*preferred-freedoms doctrine*), qui-ci représentent, en tant que « matrices », « la condition indispensable de presque toute autre forme de liberté » (*Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), trad. Elisabeth ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF, 2000, n° 28, p. 479 et s., spéc. pp. 484-485).

¹² Philip C. AKA, « Analyzing U. S. Commitment to Socioeconomic Human Rights », *Akron L. Rev.*, 2006, vol. 39, n° 2, pp. 417-463.

¹³ V. A. E. Dick HOWARD, « Les droits et la Constitution. La protection judiciaire des droits sociaux en droit constitutionnel américain », art. précit. ; Cass R. SUNSTEIN, « Why does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees ? », art. précit.

¹⁴ Mark TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », *Tex. L. Rev.*, vol. 82, 2003-2004, pp. 1895-1920.

¹⁵ William FORBATH, « Not Simple Justice : Franck Michelman on Social Rights », *Tulsa L. Rev.*, 2004, pp. 597 s. ; Frank MICHELMAN, « The Constitution, Social Rights and Liberal Political Justification », *Int'l J. Const. L.*, 2003, pp. 13-34.

¹⁶ William FORBATH, « Not Simple Justice : Franck Michelman on Social Rights », art. précit. ; Frank MICHELMAN, art. précit.

¹⁷ V. Cass R. SUNSTEIN, « Why does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees ? », art. précit. V. également annexe n° 1, en ligne [http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/rapport_final/droit_americaain/annexes.pdf].

listes non exhaustives de droits¹⁸. A titre d'exemple, Mark Tushnet opère une distinction entre les « *welfare rights* » et les « *economic and social rights* ». Selon lui, les premiers ont pour bénéficiaires les catégories *les plus démunies* d'individus, tandis que les seconds s'adressent à *tous* les individus. Ce critère, plutôt vague, s'accompagne aussitôt d'un exposé des droits. Ainsi les « *welfare rights* » comprennent, notamment, le droit au logement, le droit à des moyens minimum de subsistance ou à des biens sociaux ; tandis que les « *economic and social rights* » renvoient au droit au travail et à la liberté d'association¹⁹. La même indétermination ressort des écrits de Franck Michelman, pourtant pionnier dans ce domaine. Selon lui, les « droits sociaux de citoyenneté » (« *social citizenship rights* ») comprennent à la fois des « préoccupations centrales »²⁰, telles que le droit du salarié et le droit syndical, mais également les « *welfare rights* », lesquels sont considérés comme assurant des garanties financières minimum. Ces droits sont ensuite listés et incluent par exemple le droit d'accès à une éducation et à une formation de qualité ou encore le droit aux soins²¹. Quelques auteurs tentent toutefois de dépasser cette indétermination caractéristique de la définition des droits sociaux.

2) Un effort de catégorisation doctrinale des droits sociaux

Les quelques tentatives de catégorisation des droits sociaux se résument souvent à l'énoncé d'une idée centrale, en vertu de laquelle ces derniers visent avant tout à *satisfaire certains besoins individuels de base*. Ainsi, la doctrine a généralement recours à des grilles de lecture ou d'analyse des droits *par catégories*²².

Une première catégorisation des droits présente un caractère chronologique. Par exemple, selon Mark Tushnet, les droits de la première génération correspondent aux droits civils (*civil liberties*) incluses dans le *Bill of rights* fédéral. Quant aux droits « de la seconde génération », il s'agit des droits non constitutionnalisés dénommés *welfare rights*²³. Une seconde catégorisation, davantage développée, distingue les « droits négatifs » (« *negative rights* ») des

¹⁸ V. annexe n° 2, en ligne, v. *Ibid.*

¹⁹ Mark TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », art. précit., spéc. pp. 1896-1903.

²⁰ Frank MICHELMAN, « In Pursuit of Constitutional Welfare Rights : One View of Rawls' Theory of Justice », Univ. of Pennsylvania L. Rev., 1973, vol. 121, pp. 962-1019.

²¹ William FORBATH préfère isoler les « *welfare rights* » de la catégorie des social « *citizenship rights* », qui manquent selon lui de transparence et de garanties. Il convient ainsi de distinguer clairement ces deux catégories, dès lors que le degré d'exigence lié à leur protection juridique n'est pas équivalent. Ainsi, il considère que les « *welfare rights* » sont plus essentiels que les autres droits, inclus dans la catégorie des « *social citizenship rights* » de Franck MICHELMAN. Les « *welfare rights* » - c'est-à-dire le droit au logement, à une nourriture minimum, à des vêtements, à l'éducation, notamment - doivent dès lors être considérés comme une catégorie à part entière et distincte. V. William FORBATH, « Not Simple Justice : Franck Michelman on Social Rights », art. précit.

²² V. annexe n° 2, en ligne, v. *supra*.

²³ Mark TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », art. précit.

« droits positifs » (« *positive rights* »)²⁴, selon qu'ils impliquent une obligation d'abstention ou d'action de la part de l'État ; cette différenciation entraînant des conséquences en termes de dépenses publiques. Bien que dominante, celle-ci n'en est pas moins critiquée par la doctrine, et ce pour deux raisons essentielles.

D'une part, les droits « négatifs » sont eux aussi susceptibles d'exiger une action positive de la part de l'État²⁵. Helen Hershkoff souligne ainsi que le principe de non-discrimination et la liberté d'expression, par exemple, appellent parfois une action positive de la part de l'État²⁶. Dans le même sens, Cass Sunstein remarque que l'effectivité de n'importe quel droit implique au moins la production d'une loi, et donc une intervention de l'État et que, par exemple, les garanties relatives au procès équitable nécessitent des moyens importants de la part de l'État afin d'assurer une bonne administration de la justice²⁷. Ces auteurs considèrent par ailleurs que *tous* les droits engendrent des coûts financiers. Dès lors, la distinction entre droits positifs et négatifs n'est pas tant qualitative que quantitative, si l'on part du principe que les coûts engendrés par la mise en œuvre des droits sociaux sont généralement plus élevés.

D'autre part, les droits dits « positifs » sont également susceptibles d'être mis en œuvre par des vecteurs négatifs. Franck Michelman souligne ainsi que les droits dits « positifs » peuvent également être garantis négativement, par le biais d'une limitation des restrictions susceptibles de leur être apportées. Il montre ainsi que si au niveau politique, la défense des droits sociaux appelle une action positive du gouvernement et un nouvel équilibre budgétaire, la question de leur justiciabilité n'implique pas nécessairement d'intervention positive. En d'autres termes, tout comme la protection du droit de propriété ou de l'égalité devant la loi, les droits sociaux peuvent faire l'objet d'une « protection négative »²⁸.

In fine, dans un contexte doctrinal qui insiste essentiellement sur les contraintes budgétaires impliquées par la mise en œuvre des droits sociaux, le choix des catégories opposant les droits « positifs » et « négatifs » est en réalité davantage mis en exergue par les opposants à toute reconnaissance constitutionnelle des droits sociaux. Mais, outre ce flou conceptuel, la doctrine favorable à la reconnaissance des droits sociaux doit dépasser une série d'objections doctrinales, manifestant une opposition à leur consécration constitutionnelle.

²⁴ V. Frank B. CROSS, « The Error of Positive Rights », *UCLA L. Rev.*, 2001, vol. 48, pp. 860 s. ; David P. CURRIE, « Positive and Negative Constitutional Rights », *U. Chi. L. Rev.*, 1986, vol. 53, pp. 864 s. ; Stephen HOLMES, Cass R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights : Why Liberty Depends on Taxes*, New York, W.W. Norton & Co., 2000. Ce type de question a cependant fort peu mobilisé la doctrine.

²⁵ Helen HERSHKOFF, « Positive Rights And The Evolution Of State Constitutions », *Rutgers L. J.*, 2002, vol. 33, pp. 799-834 ; Frank MICHELMAN, « The Constitution, Social Rights and Liberal Political Justification », *International J. Const. L.*, 2003, vol. 1, pp. 13-34.

²⁶ Helen Hershkoff, art. précit., pp. 3-4.

²⁷ Cass R. SUNSTEIN, art. précit.

²⁸ Frank MICHELMAN, art. précit., p. 3.

B. Les multiples objections doctrinales à la justiciabilité des droits sociaux

La doctrine américaine cherchant à défendre la justiciabilité des droits sociaux se voit contrainte de produire une justification concluante de ses positions face aux objections récurrentes soulevées par leurs opposants. Celles-ci sont d'ordre à la fois théorique (1) et pratique (2).

1) Des obstacles d'ordre théorique

Les débats doctrinaux relatifs à la justiciabilité des droits sociaux s'inscrivent dans le prolongement de deux objections majeures. Ils témoignent tout d'abord d'une réflexion politique, proprement américaine, relative à l'attachement traditionnel du pouvoir politique à une conception libérale de l'État. Issus d'une tradition libérale inspirée en grande partie par John Locke, les États-Unis ont toujours éprouvé des difficultés à penser la régulation sociale à travers un rôle prédominant de l'État, et en particulier du gouvernement fédéral²⁹. De ce facteur découle directement l'appréhension majeure à l'égard des droits dits « positifs »³⁰, l'État devant, aux yeux de nombreux auteurs, rester en retrait en matière de droits sociaux.

Mais ces débats révèlent également une certaine conception de la démocratie, fondée sur une méfiance traditionnelle à l'égard du pouvoir des juges. L'objection fondamentale à leur justiciabilité réside dans l'accroissement, supposé dangereux, du pouvoir des juges de la Cour suprême qu'une telle consécration impliquerait. Les juges seraient alors indûment habilités à enjoindre l'État d'appliquer une certaine politique budgétaire sans l'autorisation préalable du Congrès. Le principe de la séparation des pouvoirs serait dès lors remis en cause. Si ce raisonnement figure surtout dans le discours doctrinal³¹, on peut en trouver un écho dans plusieurs arrêts de la Cour suprême³². La défense de la justiciabilité des droits sociaux, en conduisant à un accroissement considérable du pouvoir des juges, constituerait par conséquent une atteinte au principe démocratique. La conception ici présupposée est celle d'une démocratie majoritaire, au sein de laquelle le peuple s'exprime uniquement par la voie de ses représentants au Congrès. Partant, en favorisant l'action positive du juge, les droits sociaux représenteraient un risque non négligeable pour la démocratie.

Les postulats sur lesquels reposent ces objections théoriques sont néanmoins critiqués par une partie – certes minoritaire – de la doctrine. Ces auteurs constatent la centralité de l'argument opposant droits sociaux, dits « positifs », et droits civils dits « négatifs ». Ils soulignent que la catégorisation

²⁹ V. Elisabeth ZOLLER, Introduction au droit public, Dalloz, Précis, 2006, pp. 121-170.

³⁰ V. *supra*, § I.A.2.

³¹ V. B. FRANCK, « Cross the Error of Positive Rights », *UCLA L. Rev*, 2001, vol. 48, pp. 857 s.

³² V. par exemple *Baker v. Carr*, 369 U.S., 186, 217 (1962).

« droits positifs » est utilisée à des fins normatives. Mais ces auteurs contestent également l'idée selon laquelle la garantie des droits sociaux supposerait un renforcement des pouvoirs de la Cour Suprême³³. En effet, la protection d'autres droits, pourtant dits « négatifs », s'est opérée par une interprétation extensive des XIII^{ème} et XIV^{ème} Amendements, comprenant respectivement la *Due process clause* et la *Equal protection clause*³⁴. Il semble ainsi abusif de considérer que l'activisme judiciaire serait spécifiquement lié à la consécration des droits sociaux. Il apparaît en réalité que l'utilisation doctrinale de la distinction entre droits « négatifs » et « positifs » sert davantage à masquer un positionnement politique hostile à la reconnaissance des droits sociaux.

Par ailleurs, la conception majoritaire de la démocratie, qui présuppose une représentation exclusive du peuple par le biais de ses représentants élus, est loin de faire l'unanimité dans le paysage doctrinal américain. En effet, à la différence de la France, où le principe de la loi en tant qu'expression de la volonté générale se traduit par un monopole de la représentation par le législateur, les États-Unis n'ont pas connu cette image d'un législateur, représentant exclusif du peuple. Ainsi, la doctrine américaine considère parfois que le peuple est davantage représenté par la Constitution, et plus précisément par l'ensemble des institutions, sans toutefois que l'une d'entre elles ne puisse se prévaloir d'un monopole lié à sa représentation³⁵.

Outre ces objections d'ordre théorique, une série d'arguments, cette fois d'ordre pratique, est généralement mise en avant par la doctrine.

2) Des arguments d'ordre pratique

La doctrine insiste également sur un argument d'ordre pratique, invoquant principalement à la fois la particularité née de la structure fédérale et des considérations liées à l'absence de moyens financiers suffisants pour mettre en œuvre les droits sociaux.

La structure fédérale des États-Unis serait de nature à freiner la reconnaissance des droits sociaux. En application de la « clause de suprématie », les dispositions fédérales encourent en effet le risque d'être remises en cause par le droit fédéral, tant constitutionnel qu'infraconstitutionnel. En effet, les droits fondamentaux figurant dans les Constitutions fédérées ne sauraient remettre en cause la répartition des compétences opérée par la Constitution fédérale. Dès lors, tant les compétences exclusives de l'État fédéral que les compétences partagées sont fortement susceptibles de porter sur les matières visées par les droits sociaux. Ainsi, les programmes fédéraux en matière d'éducation, de logement, ou encore d'aide sociale renvoient à autant de domaines dans lesquels

³³ C. R. SUNSTEIN, « Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees ? », précit.

³⁴ Le texte de ces clauses est reproduit dans l'annexe n° 3 (en ligne, v. *supra*).

³⁵ Bruce ACKERMAN, *We the People*, Cambridge, Massachusetts / London, Belknap Press of Harvard Univ. Press, vol. 1, 1991, pp. 217-225.

l'intervention des gouvernements fédérés, et partant celle du pouvoir judiciaire fédéré, se trouve singulièrement entravée. Or la doctrine se contente fréquemment de cet argument pour dénier aux droits sociaux tout caractère justiciable³⁶.

Quant à l'approche pragmatique, particulièrement influente aux États-Unis, elle consiste à poser les questions juridiques en fonction de leurs applications concrètes. En matière de droits sociaux, les auteurs relevant de ce courant cherchent avant tout à démontrer l'impossibilité pratique de leur reconnaissance. Franck Cross analyse ainsi le fonctionnement des institutions américaines, et plus particulièrement du procès judiciaire³⁷. Observant justement que les mécanismes institutionnels internes favorisent de fait les plus riches, il en déduit que les droits sociaux seraient en pratique insusceptibles d'être protégés. Même s'ils étaient consacrés par la Constitution, ils ne pourraient être effectifs dans le système tel qu'il fonctionne. Cette logique discursive peut surprendre. Elle consiste en effet, à partir d'une analyse descriptive des faits, à en inférer une conclusion normative défavorable à la reconnaissance des droits sociaux. Si l'analyse des inégalités qu'engendre le système judiciaire demeure tout à fait convaincante, et rend difficilement envisageable une protection sociale plus affirmée, on peut en effet se demander pour quelles raisons il ne serait pas possible de le changer. Sous couvert de pragmatisme est en réalité ici affirmée une position politique opposée à la consécration des droits sociaux.

Au-delà de ce constat, la doctrine favorable à la reconnaissance des droits sociaux doit nécessairement en produire une justification convaincante. Certains auteurs considèrent ainsi qu'il existe une obligation morale de consacrer juridiquement les droits sociaux. Franck Michelman se réfère à la notion de « raison publique » (« *public reason* ») de John Rawls³⁸, afin de justifier la prise en compte des droits sociaux. Il considère ainsi qu'une Constitution qui ne mentionnerait pas les droits sociaux serait « moralement défectueuse » (« *morally defective* »)³⁹. Cependant, la justification morale des droits sociaux est insuffisante. Elle ne permet en effet pas de répondre aux objections pratiques et théoriques soulevées par les opposants à la justiciabilité des droits sociaux. La doctrine qui leur est, au contraire, favorable, est dès lors contrainte de dépasser le cadre de la justification politico-morale.

³⁶ V. par exemple Burt NEUBORNE, « State constitutions and the evolution of positive rights », Foreword, Rutgers L. J., 1989, vol. 20, pp. 881-901 ; Mark TUSHNET, « State Action, Social Welfare Rights, and the Judicial Role : Some Comparative Observations », Chi. J. International L., 2002, vol. 3, pp. 435-454.

³⁷ Frank B. CROSS, « The Error of Positive Rights », précit., pp. 860-861.

³⁸ John RAWLS, A Theory of Justice, Oxford University Press, 1973, trad. C. AUDARD, Théorie de la justice, Paris, Seuil, coll. La couleur des idées, 1987.

³⁹ Frank MICHELMAN, « The Constitution, Social Rights and Liberal Political Justification », International J. Const. L., 2003, vol. 1, pp. 13-34.

II. La justiciabilité des droits sociaux : une cause malgré tout défendue

Loin de se contenter d'évoquer les objections à la reconnaissance d'une justiciabilité des droits sociaux, certains auteurs proposent des éléments permettant d'envisager une mise en œuvre des droits sociaux. Parmi eux, certains légitiment ouvertement l'activisme judiciaire, et s'inscrivent en faveur de la justiciabilité des droits sociaux (A). D'autres évoquent, en revanche, la consécration des droits sociaux au niveau formel par le biais des révisions constitutionnelles (B).

A. La justiciabilité des droits sociaux soutenue par l'interprétation judiciaire

Les changements qui pourraient être opérés par le juge concernent tant le niveau fédéral (1) que le niveau fédéré (2).

1) Le rôle du juge fédéral dans la promotion des droits sociaux

Nombreux sont les auteurs qui défendent l'idée selon laquelle certaines dispositions de la Constitution fédérale, notamment les clauses de *due process* et d'égalité de protection garanties par les XIII^{ème} et XIV^{ème} Amendements, ou encore la clause de bien-être général (*General Welfare Clause*)⁴⁰, devraient être interprétées de manière extensive, afin d'assurer la protection de ces droits⁴¹. Cette approche, qui illustre le courant théorique réaliste, présuppose que la Constitution ne doit pas être rattachée au texte *stricto sensu*, mais, plus largement, à l'interprétation qu'en donne le juge. La théorie influente de la « constitution vivante » (*living constitution*)⁴² est très souvent présente chez ces auteurs⁴³, que ce soit de manière explicite ou implicite. Elle peut s'entendre comme un discours à la fois descriptif, portant sur ce qui *est*, que prescriptif, portant sur ce qui *doit être*. Ainsi, le juge *doit* interpréter la Constitution à la lumière des principes moraux qui seraient susceptibles d'une connaissance objective. On retrouve également cette conception chez les auteurs favorables à

⁴⁰ Le texte de ces dispositions figure à l'annexe 3 (en ligne, v. *supra*).

⁴¹ V. Susan BANDES, « The Negative Constitution : A Critique », *Mich. L. Rev.*, 1990, vol. 88, pp. 2271-2347 ; Sotirios A. BARBER, *Welfare and the Constitution*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2003 ; David CURRIE, « Positive and Negative Constitutional Rights », *U. Chi. L. Rev.*, 1986, vol. 53, pp. 864-890 ; Peter B. EDELMAN, « The Next Century of Our Constitution : Rethinking Our Duty to the Poor », *Hastings L. J.*, 1987, vol. 37, pp. 1-61. V. annexe n° 3 (en ligne, v. *supra*).

⁴² Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Belknap Press, 1986, trad. E. SOUBRENIE, *L'empire du droit*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994 ; id., *Taking right seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard Univ. Press, 1978, trad. M. J. ROSSIGNOL, F. LIMARE, présentée par F. MICHAUT, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, *Recherches politiques*, 1995.

⁴³ Mark TUSHNET, « Judicial Activism and the Welfare State : A Debate » (with Kenneth M. Holland), in : Jackson J. BARLOW et al. (éd.), *The New Federalist Papers*, 1988, pp. 384 s. ; Cass R. SUNSTEIN, « Why does the American Constitution lack Social and Economic Guarantees ? », in : Michaël IGNATIEFF (Ed.), *American exceptionalism and human rights*, précit., pp. 90-110 ; A. E. Dick HOWARD, art. précit., pp. 173-191.

la justiciabilité des droits sociaux par la voie de l'interprétation judiciaire. Dick Howard considère ainsi que le XIV^{ème} Amendement pourrait tout à fait permettre la reconnaissance d'un statut constitutionnel aux droits sociaux⁴⁴. Il reviendrait alors aux juges de la Cour suprême d'assurer la justiciabilité de ces derniers, par le biais d'un travail d'interprétation extensif.

Cette partie de la doctrine présuppose ainsi une autre conception de la démocratie⁴⁵, envisagée comme moyen de garantir les droits fondamentaux. Dès lors, l'interprétation progressiste développée par les juges de la Cour suprême est tout à fait compatible avec le principe démocratique, dans la mesure où l'action du juge permet précisément de garantir les droits *essentiels* que sont les droits sociaux. Il s'agit là d'un appel clair à l'activisme judiciaire, qui s'affranchit alors des objections liées au risque d'un pouvoir judiciaire excessif, étant donné que les juges *doivent* faire évoluer la Constitution au regard de la moralité et de la justice. Or, dans cette entreprise, le juge fédéral peut être influencé par le juge fédéré. L'existence d'une structure fédérale, souvent présentée comme un obstacle à la protection des droits fondamentaux, est alors, au contraire, susceptible de venir au secours des droits sociaux.

2) Le rôle du juge fédéré dans la concrétisation des droits sociaux

Aux États-Unis, l'existence d'une structure fédérale entraîne une conséquence majeure : la Constitution fédérale ne représente qu'un *standard minimum*, que les entités fédérées sont appelées à dépasser⁴⁶. La Cour suprême a en effet reconnu que les Cours suprêmes fédérées pouvaient soit garantir d'autres droits fondamentaux, soit reconnaître les mêmes droits que ceux qui sont garantis par la Constitution fédérale, mais de manière plus large⁴⁷. Par ailleurs, compétente en appel pour revoir les décisions rendues par les Cours suprêmes fédérées, la Cour de Washington agit là avec une certaine prudence : selon la décision *Michigan v. Long* de 1983, si une Cour suprême fédérée fonde sa décision sur un motif de droit fédéré « adéquat et indépendant », la Cour suprême ne peut pas revoir sa décision⁴⁸. Elle n'est en effet que la gardienne de la Constitution fédérale. Les juridictions fédérées sont donc en droit d'interpréter leur Constitution de manière autonome, sous réserve bien-sûr que cette interprétation ne vienne pas perturber l'équilibre de droits fondamentaux instauré par le droit fédéral.

Or, tant certains auteurs que certains juges œuvrant au sein des États américains invitent à tirer profit de la structure fédérale pour mettre en œuvre de telles garanties. Ils retiennent pour cela principalement deux arguments.

⁴⁴ A. E. Dick HOWARD, *Ibid.*

⁴⁵ V. *supra*, § B.1.a.

⁴⁶ En ce sens, v. William SWINDLER, « Minimum Standard of Constitutional Justice : Federal Floor and State Ceiling », *Missouri L. Rev.*, 1984, vol. 49, pp. 1 s.

⁴⁷ V. *Pruneyard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980).

⁴⁸ 463 U.S. 1032 (1983).

Les auteurs qui s'intéressent aux mécanismes de mise en œuvre des droits sociaux inscrits dans les Constitutions fédérées insistent en premier lieu sur la position privilégiée des juges fédérés⁴⁹. Ces derniers, qui sont la plupart du temps élus⁵⁰, restent souvent en fonction sans durée dans le temps, à moins d'être destitués (*recalled*) par un vote, populaire ou législatif. Or, le principe de l'élection modifie sans aucun doute la donne. On peut en effet supposer que les juges élus prennent davantage en compte la défense des intérêts sociaux de l'individu. Plus généralement, les juges qui disposent d'une protection plus importante vis-à-vis du pouvoir politique témoignent d'une plus grande volonté de développer une analyse fondée sur le droit constitutionnel fédéré⁵¹, et plus précisément des dispositions « positives », qui les caractérisent.

En second lieu, d'un point de vue structurel, les juridictions fédérées, contrairement à leurs homologues fédérales, ont une responsabilité beaucoup plus limitée d'un point de vue géographique. Il ne leur revient pas d'établir des règles qui soient praticables et acceptables sur tout le territoire national ; en d'autres termes, ils n'ont pas à imposer un *standard* en matière de droits fondamentaux. Dès lors, les juridictions fédérées seraient en mesure de prendre davantage de risques, et donc d'étendre le niveau de protection accordé au niveau fédéral, notamment dans le domaine économique et social⁵².

Ceci explique que la frilosité à l'égard des droits sociaux généralement constatée au sein du prétoire de Washington disparaisse parfois au niveau fédéré. L'exemple new yorkais est sur ce point particulièrement instructif. D'emblée, l'article XVII § 1⁵³ de la Constitution new yorkaise fait figure de modèle⁵⁴. Il dispose que « l'aide, le soin et le soutien des personnes dans le besoin constituent des intérêts publics et doivent être assurés par l'État et par les autorités publiques, de telle manière et par des moyens susceptibles d'être déterminés de manière variable par le pouvoir législatif »⁵⁵.

⁴⁹ V. notamment Helen HERSHKOFF, « The New Jersey Constitution: positive rights, common law entitlements, and state action », *Alb. L. Rev.*, 2006, vol. 69, pp. 553 s.

⁵⁰ Aujourd'hui, trente-huit États élisent leurs juges.

⁵¹ V. Susan FINO, « Judicial Federalism and Equality Guarantees in State Supreme Courts », *Publius*, 1987, vol. 17, pp. 51-67.

⁵² Lawrence G. SAGER, « State courts and the strategic space between the norms and rules of constitutional law », *Foreword, Tex. L. Rev.*, 1985, vol. 63, pp. 959-976 ; id., « Fair Measure : The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms », *Harv. L. Rev.*, 1978, vol. 91, pp. 1212 s.

⁵³ A ce propos, v. Alan JENKINS, Sabrineh ARDALAN, « Positive Health : The Human Right to Health Care Under The New York State Constitution », *Fordham Urban L. J.*, pp. 479-559.

⁵⁴ A propos de l'État de New York, v. Christine LADD, « A Right to Shelter for the Homeless in New York State », *N. Y. Univ. L. Rev.*, 1986, vol. 61, pp. 272-299 ; Helen HERSHKOFF, « Welfare Devolution and State Constitutions », art. précit., pp. 1410 s.

⁵⁵ Cette garantie a été adoptée afin de répondre à la crise économique et sociale générée par la Grande Dépression (à ce propos, voir Cass R. SUNSTEIN, « Constitutionalism After the New Deal », *Harv. L. Rev.*, 1987-1988, vol. 101, p. 421). Elle a succédé à l'article XVII de la Constitution de 1938, très souvent qualifié de « Social Welfare Article ». A cette époque, le devoir d'assister les personnes pauvres était considéré comme « aussi fondamental que toute autre responsabilité du gouvernement » (*Report of the Comm. On Printing, New York State Constitutional Convention, Revised Record*, 1938, p. 2126 ; *statement of Jerome D. BARNUM, Chairman*).

La portée de cette disposition apparaît certes à première vue limitée. Traditionnellement, la Cour d'appel new yorkaise⁵⁶ opte en effet à son sujet pour deux solutions. Soit elle considère que les questions relatives au caractère approprié des politiques d'aide sociale relèvent de la compétence du pouvoir législatif, et donc sont en dehors des prérogatives du pouvoir judiciaire. Soit, tout en se référant aux origines de l'article XVII⁵⁷, la Cour d'appel de New York opte pour une approche « déférentielle » vis-à-vis du droit fédéral : elle l'analyse alors la plupart du temps « par le biais du prisme du droit fédéral »⁵⁸, lequel assimile la compétence du législateur (« *legislative discretion* ») à un pouvoir insusceptible de révision.

Fréquente, une telle lecture de l'article XVII n'est toutefois pas systématique. Dès 1977, la Cour d'appel new yorkaise, considérée par le Juge Brennan en 1986 comme étant « à la pointe de la défense des droits civils et des libertés par le biais de son droit constitutionnel étatique »⁵⁹, a trouvé dans l'histoire de cette disposition « une intention claire visant à ce que l'aide apportée par l'État aux démunis était considérées comme appartenant fondamentalement au contrat social »⁶⁰. Elle a alors considéré que cette disposition imposait à l'État « un mandat constitutionnel » l'enjoignant d'aider les plus démunis. L'article XVII possède une structure « dualiste » que la Constitution fédérale ignore mais qui s'avère symptomatique des Constitutions fédérées. Ces dernières reconnaissent certes une certaine marge de manœuvre au législateur, mais ne manquent pas d'insister sur la responsabilité qui lui incombe en matière sociale⁶¹. Or, selon Helen Hershkoff, si le législateur fédéré demeure libre des moyens à employer, il ne peut pas prétendre avoir rempli son « devoir constitutionnel » dès lors que le but lui-même n'a pas été atteint⁶². Une obligation minimale de résultat pèse donc bien sur le pouvoir législatif.

Dans ce contexte, la Cour d'appel new yorkaise a été amenée à se prononcer sur la violation, d'une part, du droit des plus démunis à un soutien de la part de l'État, issu de l'article XVII § 1 et, d'autre part, des clauses – fédérale et fédérée⁶³ – d'égalité de protection. Dans une décision *Aliessa v. Novello*, rendue le 5 juin 2001⁶⁴, elle s'est penchée sur l'article XVII de la Constitution de New York⁶⁵. Elle a alors reconnu que cette disposition laissait une certaine marge de

⁵⁶ Dans l'État de New York, la Cour d'Appel fait en réalité office de Cour suprême.

⁵⁷ A propos de l'histoire de l'article XVII C. de New York et de son usage par les juridictions new yorkaises, v. Christine R. LADD, « A Right to Shelter for the Homeless in New York State », art. précit., pp. 285-299.

⁵⁸ Helen HERSHKOFF, « Welfare Devolution and State Constitutions », art. précit., p. 1415.

⁵⁹ William J. BRENNAN, Jr., « A Tribute to Chief Judge Charles S. Desmond », Buffalo L. Rev., 1987, vol. 36, p. 3.

⁶⁰ Tucker v. Toia, 371 N. E. 2d 449, 451-453 (New York, 1977). V. également Bernstein v. Toia, 373 N.E.2d 238 (New York, 1977).

⁶¹ V. Helen HERSHKOFF, « Welfare Devolution and State Constitutions », art. précit., p. 1412.

⁶² V. également Mohamed Aliessa et a. v. Antonia Novello, 754 N. E. 2d 1085 (New York, 2001).

⁶³ En droit américain, tant les dispositions du Bill of rights fédéral que les garanties inscrites dans les Constitutions fédérées sont invocables devant les juridictions fédérées.

⁶⁴ Mohamed Aliessa et a. v. Antonia Novello, 754 N. E. 2d 1085 (New York, 2001).

⁶⁵ Tucker v. Toia, 43 N. Y. 2d 1, 7 (New York, 1977), déc. précit.

manœuvre au législateur dans la répartition des fonds publics⁶⁶. Mais elle a également affirmé que ce dernier était tenu de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires afin que les habitants de l'État puissent recevoir les soins dont ils ont besoin⁶⁷.

Ce positionnement audacieux du juge varie toutefois considérablement selon la disposition en cause. Ainsi, contrairement à l'article XVII § 1, l'article XVII § 3 de la Constitution new yorkaise, qui garantit un droit à la santé⁶⁸, a été rarement appliqué et, lorsque ce fut le cas, de manière très restrictive. La Cour d'appel de l'État de New York considère certes que cette disposition exige que l'État fournisse un soutien actif aux personnes dans le besoin⁶⁹. Elle a cependant explicitement indiqué, en 1990, que « les choix des politiques publiques, qui supposent de dresser les priorités et de fournir des fonds, relèvent des branches exécutive et législative du gouvernement. L'endroit pour questionner leur sagesse ne se situe pas devant les juges mais *autre part* »⁷⁰. Or, cette tentative de repli des juridictions fédérées vers ce qui constituerait un « modèle » fédéral est souvent constatée et déplorée.

B. La justiciabilité des droits sociaux appréhendée sous l'angle des textes constitutionnels

Même si une partie de la doctrine adopte une approche réaliste du droit, essentiellement tournée vers l'interprétation des juges, elle demeure parallèlement très souvent soucieuse d'une formalisation explicite des droits sociaux dans le texte constitutionnel, qu'il soit fédéral (1) ou fédéré (2).

1) Les divers modes de formalisation textuelle des droits sociaux au niveau fédéral

Le discours favorable à la formalisation constitutionnelle des droits sociaux est nécessairement sensible à la critique du caractère antidémocratique dont est généralement assorti l'activisme judiciaire⁷¹. Toutefois, dépassant cet

⁶⁶ V. *Barie v. Lavine*, 357 N. E. 2d 349, 352 (New York, 1976).

⁶⁷ V. *Mc Cain v. Koch*, 511 N. E. 2d 62 (New York, 1987) ; *Aliessa v. Novello*, 754 N. E. 2d 1085, 1092, 1098-1099 (New York, 2001) ; *Jiggets v. Grinker*, 553 N. E. 2d 570, 572-575 (New York, 1990). Cela apparaît surtout très explicitement dans la décision *Tucker v. Toia*, 371 N. E. 2d 451-453. V. également *Wilkins v. Perales*, 487 N. Y. S. 2d 961, 964 (New York, 1985).

⁶⁸ « La protection et la promotion de la santé des habitants de l'État sont des questions d'intérêt public et l'État doit ainsi les prendre en charge, ainsi que les autorités publiques, et de telle manière et par des moyens susceptibles d'être déterminés de manière variable par le pouvoir législatif ». A ce propos, v. Alan JENKINS, Sabrineh ARDALAN, art. précit., pp. 479-559.

⁶⁹ V. *Tucker v. Toia*, 43 N.Y.2d 1, 7 (New York, 1977), déc. précit. ; *Aliessa v. Novello*, 96 N.Y.2d 418, 428 (New York, 2001).

⁷⁰ *Jiggets v. Grinker*, précit. V. également *Hope v. Perales*, 634 N. E. 2d 183, 188 (New York, 1994). En l'espèce, les requérants soutenaient que l'exclusion des avortements du champ d'application du New York Prenatal Care Assistance Program (« PCAP ») constituait une violation des articles 17 § 1 et 3 de la Constitution de l'État.

⁷¹ V. not. Philip C. AKA, « Analyzing U.S. Commitment to Socioeconomic Human Rights », *Akron L. Rev.*, 2006, vol. 39, pp. 471 s. ; David BILCHITZ, *Poverty and fundamental rights : the*

obstacle, une partie de la doctrine distingue trois modes de formalisation des droits sociaux. Ces derniers peuvent être concrétisés par le biais de droits déclaratoires alors non justiciables (a), de droits normatifs mais « faiblement justiciables » (b) ou, enfin, de droits normatifs « fortement justiciables » (c).

a. La formalisation de droits déclaratoires

Certains auteurs considèrent, tout d'abord, que les « droits sociaux de citoyenneté » (« *social citizenship rights* ») devraient être formulés sous forme de principes directeurs. D'autres suggèrent d'inscrire dans la Constitution des droits non justiciables, c'est-à-dire simplement déclaratoires. Ils ont alors pour fonction d'orienter l'interprétation des lois en cas de conflit de normes, et conduisent simplement à formaliser une obligation morale générale, sans conséquences juridiques concrètes. Cette forme de reconnaissance, tout en évitant le problème de l'activisme judiciaire, jouerait un rôle non négligeable de contrainte à l'égard du Congrès. Celui-ci serait en effet nécessairement conduit à prendre en compte ces *principes* constitutionnels.

b. La formalisation de droits normatifs à justiciabilité faible

La doctrine choisit parfois de défendre l'aspect normatif des droits sociaux au niveau constitutionnel, tout en limitant leur justiciabilité à une protection négative. En ce qui concerne le pouvoir des juges, Mark Tushnet montre que ceux-ci peuvent définir les droits sociaux, tout comme les droits-libertés, sous un angle négatif, c'est-à-dire par le biais d'une limitation des restrictions susceptibles de leur être accordées⁷². Partant, il serait envisageable d'attendre des juges une certaine prudence dans le cadre de l'interprétation constitutionnelle. La Cour suprême n'y est pas hostile, sa jurisprudence ayant estimé que la Constitution exigeait la satisfaction d'un « standard minimum de rationalité »⁷³. En ce sens, Franck Michelman considère que la normativité des droits sociaux n'implique pas nécessairement une obligation pour le juge de les rendre effectifs. Selon lui, un droit est normatif dès lors que le juge dispose de la faculté de le protéger de manière négative⁷⁴. Ainsi, la formalisation de droits sociaux substantiellement faibles préserverait une large marge de manœuvre en faveur du Congrès. Les juges seraient notamment contraints de se référer aux lois du Congrès les précisant.

justification and enforcement of socio-economic rights, Oxford / New York, Oxford Univ. Press, 2007.

⁷² V. notamment Mark TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », art. précit., pp. 1895-1920.

⁷³ V. notamment l'affaire *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 (U.S.) 1 (1973) à propos de la politique d'éducation du Texas. Dans l'arrêt *U.S. Dep't of Agric. v. Moreno*, 413 U.S. 528, 538 (1973), la Cour Suprême évoque l'absence de « motifs rationnels » justifiant une politique excluant une catégorie de personne au bénéfice d'une aide sociale.

⁷⁴ V. notamment Frank I. MICHELMAN, « Welfare Rights in a Constitutional Democracy », *Wash. Univ. L. Q.*, 1979, vol. 3, pp. 659-694.

c. La justification de droits normatifs et justiciables

Enfin, certains auteurs défendent l'idée d'une protection véritablement effective des droits sociaux. Sous cet angle, l'importance fondamentale que revêtent certains de ces droits ne tolérerait pas que leur justiciabilité puisse dépendre des contingences politiques au Congrès. Dès lors, selon Mark Tushnet, les droits substantiellement forts seraient directement applicables par le juge, sans référence aux lois du Congrès⁷⁵. William Forbath défend ainsi une valeur normative différente pour les « *welfare rights* » et les « *social citizenship rights* ». Contrairement aux seconds, les premiers devraient être gravés dans la norme constitutionnelle, sous la forme de normes, tandis que les seconds pourraient y figurer sous la forme de simples principes directeurs⁷⁶.

De tels vecteurs de formalisation, bien que flous, permettent de conférer un certain intérêt aux débats entourant la portée des droits sociaux, et ce malgré le caractère problématique qui s'attache à leur justiciabilité. Néanmoins, la procédure de révision de la Constitution fédérale étant particulièrement rigide, c'est au niveau fédéré que cette question se pose avec une acuité toute particulière.

2) Les divers modes de formalisation textuelle des droits sociaux au niveau fédéré

Les Constitutions fédérées sont beaucoup plus souples que la Constitution fédérale. Elles sont dès lors considérées par la doctrine comme étant plus « proches » des préoccupations quotidiennes des américains, notamment en matière sociale.

Malgré l'absence de droits sociaux dans la Constitution fédérale, et en dépit du caractère peu enclin de la doctrine à défendre leur justiciabilité, une partie de la doctrine s'intéresse à ce thème jusqu'alors très peu débattu outre-atlantique⁷⁷ et soutient parfois que le niveau fédéré est le plus adéquat pour permettre la consécration de telles garanties positives⁷⁸. L'inscription de droits sociaux dans les Constitutions fédérées s'explique certes par des facteurs conjoncturels, liés à l'époque à laquelle elles ont été adoptées ou révisées. Elle

⁷⁵ V. Mark TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », précit., pp. 1895-1920.

⁷⁶ V. William FORBATH, « Not Simple Justice : Franck Michelman on Social Rights », art. précit.

⁷⁷ V. David BRAVEMAN, « Children, Poverty, and State Constitutions », Emory L. J., 1989, vol. 38, p. 577 ; Adam S. COHEN, « More Myths of Parity : State Court Forums and Constitutional Actions for the Right to Shelter », Emory L. J., 1989, vol. 38, p. 615 ; Michael A. DOWELL, « State and Local Governmental Legal Responsibility to Provide Medical Care for the Poor », J. L. & Health, 1988-1989, vol. 3, pp. 1 s.

⁷⁸ V. Helen HERSHKOFF, « Positive Rights and State Constitutions : the Limits of Federal Rationality Review », Harv. L. Rev., 1999, vol. 112, pp. 1131-1196 ; id., « Rights and Freedoms under the State Constitution : A New Deal for Welfare Rights », Touro L. Rev., 1997, vol. 13, pp. 631-652 ; id., « The New Jersey Constitution... », précit., pp. 553-560 ; id., « Welfare Devolution and State Constitutions », Essay, Fordham L. Rev., 1999, vol. 67, pp. 1403-1433 ; « Positive Rights And The Evolution Of State Constitutions », Foreword, Rutgers L. J., 2002, vol. 33, pp. 799-834.

doit surtout être replacée dans un environnement théorique bien particulier. Les Constitutions fédérées américaines ne remplissent en effet pas la même fonction que la Constitution fédérale : elles n'ont pas vocation à allouer des pouvoirs, mais à les limiter. Dès lors, dans la théorie constitutionnelle, le gouvernement fédéré est un gouvernement de pleins pouvoirs : il n'est limité que par la Constitution de l'entité à laquelle il se rattache et par la Constitution fédérale. Autrement dit, une énumération expresse des pouvoirs législatifs n'est pas exclusive d'autres pouvoirs non mentionnés. En d'autres termes, comme le souligne Helen Hershkoff, « une Constitution fédérée comprend non seulement un ensemble de restrictions négatives imposées au gouvernement, mais également *un panel d'engagements matériels que le gouvernement doit à ses citoyens* »⁷⁹.

Partant, comme le souligne Jonathan Feldman, la séparation des pouvoirs ne peut être conçue de la même manière au niveau fédéral et fédéré. La présence de droits-créances dans les Constitutions fédérées, ainsi que la plus grande légitimité du contrôle de constitutionnalité, imposent en effet que le juge recherche, non pas si « le législateur est allé trop loin », mais « s'il est allé assez loin »⁸⁰.

L'absence flagrante de droits sociaux dans le texte constitutionnel fédéral incite justement à se tourner vers l'échelon fédéré : Helen Hershkoff affirme ainsi par exemple que l'absence au niveau fédéral d'une disposition garantissant un minimum vital (*subsistence minimum*) rend selon elle nécessaire l'inscription constitutionnelle, et la mise en œuvre de droits sociaux au niveau fédéré. Plus largement, cette auteure considère que les droits sociaux devraient « être compris comme contraignant la compétence du législateur », lequel serait ainsi contraint d'éliminer les solutions qui « se soustraient, amoindrissent ou échouent » dans la mise en œuvre de ladite disposition constitutionnelle »⁸¹. Cela est d'autant plus vrai dans les domaines dans lesquels les entités fédérées disposent d'une – relative – marge de manœuvre, comme dans le domaine de l'aide sociale⁸². Dès lors, la non application par le législateur des droits sociaux inscrits dans les Constitutions fédérées peut être considérée comme équivalant à une violation de ces dernières.

Il reste alors la voie d'un changement au niveau législatif, ou constitutionnel, toutefois intimement soumis, aux États-Unis, au processus

⁷⁹ Helen HERSHKOFF, « Welfare Devolution and State Constitutions », *id.*, p. 1409, nous soulignons.

⁸⁰ Jonathan FELDMAN, « Separation of Powers and Judicial Review of Positive rights Claims : The Role of State Courts in an Era of Positive Government », *Rutgers L. J.*, 1993, vol. 24, pp. 1057-1100, spec. p. 1160. Selon Jonathan FELDMAN, qui propose une conception « positive » de la séparation des pouvoirs, c'est l'inertie gouvernementale, plutôt que la tyrannie, qui représente la plus grande menace à la mise en œuvre des droits sociaux (*id.*, pp. 1060 s.).

⁸¹ Helen HERSHKOFF, « Welfare Devolution and State Constitutions », art. précit., p. 1414.

⁸² Dans ce domaine, le gouvernement fédéral a, dans une large mesure, transféré le contrôle des aides sociales aux États par le biais du Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act, adopté en 1996 (Pub. L. 104-193, 110 Stat. 2105 (1996)).

démocratique et politique. Les Constitutions fédérées étant beaucoup plus souples que la Constitution fédérale, c'est d'ailleurs parfois la voie constituante qui prononce le dernier mot. Ainsi, dans l'État du Montana, l'article XII section 3 alinéa 3 prévoit que le législateur doit pourvoir aux besoins économiques et sociaux ainsi qu'au financement des services nécessaires à tous ceux qui pourraient avoir besoin d'une aide de la société, que ce soit pour des motifs liés à leur âge, à leur infirmité ou à leur « malchance ». La Cour suprême de cet État a, de manière audacieuse, annulé, à deux reprises, une loi souhaitant exclure de ces bénéficiaires les personnes de moins de trente cinq ans et n'ayant pas d'enfant à charge⁸³. La Constitution a cependant été révisée, en 1988, et le terme « doit » (« *shall* ») a été remplacé par « peut » (« *may* »), de telle sorte que le juge ne peut plus imposer au législateur la réalisation d'un « mandat impératif » ; de plus, cette disposition concerne désormais uniquement ceux « que le législateur considère comme étant démunis ».

Au terme de cette étude, il apparaît que la justiciabilité des droits sociaux fait l'objet de débats doctrinaux spécifiques au modèle américain. Sur fond d'argumentations juridiques, ce sont souvent des conceptions théoriques de l'État et de la démocratie qui s'opposent. Malgré les réticences initiales, le souhait affirmé de promouvoir la défense des droits sociaux appelle au changement. Celui-ci est susceptible d'emprunter deux voies, l'une formelle par le biais de la révision du texte constitutionnel inscrivant de nouveaux droits, l'autre judiciaire par la promotion du rôle du juge dans le cadre d'une démocratie des droits. Dans ce contexte, la récente nomination de la juge progressiste Sonia Sotomayor à la Cour suprême pourrait représenter une première étape vers un dépassement des obstacles à la très relative justiciabilité de ces droits. Par ailleurs, la présidence de Barack Obama pourrait apporter son lot de changements. Malgré le chaos politique que l'adoption de la réforme de la santé devait entraîner, l'existence d'un projet politique d'envergure contient les germes d'une réflexion susceptible de faire évoluer le discours de la doctrine.

⁸³ V. *Butte Community Union v. Lewis*, 712 P.2d 1309 (Montana, 1986) ; *Butte Community Union v. Lewis*, 745 P.2d 1128 (Montana, 1987).

SECTION 5 -

LA JUSTICIABILITE DES DROITS SOCIAUX AU JAPON,

HIROSHI SASANUMA 笹沼弘志

Les droits sociaux sont habituellement définis comme des droits de l'Homme qui protègent les personnes socialement et économiquement faibles des risques issus du développement de la société capitaliste tels que la dégradation des conditions de travail, la pauvreté ou le chômage¹. Ainsi, pour Wagatsuma Sakae 我妻榮, les droits sociaux consistent en un « droit fondamental à la subsistance » propre au xx^e siècle (distinct du « droit fondamental à la liberté » instauré au XIX^e siècle) et issu de l'école de pensée dite « coopérationniste » (*kyōdōtaishugi* 協同主義), qui a pour prémisse « le lien organique entre l'État et l'individu »²). De même, pour Miyazawa Toshiyoshi 宮沢俊義, les droits sociaux s'intègrent à un « socialisme au sens large du terme », c'est-à-dire à un système assurant le développement des principes démocratiques³.

Il est ainsi courant dans la doctrine japonaise d'expliquer la revendication de droits sociaux par les inégalités qui se développent avec le capitalisme, les inégalités entre travailleurs et détenteurs du capital, et l'évolution de l'individualisme vers le coopérationnisme ou bien le socialisme. Il n'en reste pas moins que la protection des droits sociaux a tout d'abord été inspirée par le constitutionnalisme moderne (*kindai rikkenshugi* 近代立憲主義). En effet, les révolutions civiles modernes, tout en affranchissant les individus du système féodal des ordres, les ont également privés de la protection et de l'usage des terres seigneuriales qui assuraient leur subsistance. Les personnes sans fortune, c'est-à-dire les sans-terre, ont alors vu leur situation s'aggraver (la liberté à double sens). C'est la raison pour laquelle, comme le révèle l'ébauche des droits sociaux pendant la période révolutionnaire française, la question de la protection de l'autonomie et de l'indépendance individuelles, fondement d'une société libre, a été débattue dès la fondation du constitutionnalisme moderne.

Traduit du japonais par **Isabelle GIRAUDOU** (chercheuse à l'Institut français de recherche à l'étranger de la Maison franco-japonaise) et **David-Antoine MALINAS** (chercheur associé à l'Institut français de recherche à l'étranger de la Maison franco-japonaise et professeur assistant à l'université du Tōhoku). La communication offerte ici constitue une version remaniée et réduite d'une étude parue dans la revue *Ebisu*, n° 43/2010, pp. 55-82 sous le titre « Un aperçu de la protection des droits sociaux au Japon ». Elle est publiée avec l'accord de l'auteur, des traducteurs, de l'éditeur et de la maison d'édition que nous remercions de leur collaboration.

¹ Nobuyoshi ASHIBE, 2007, 芹部喜, *Kenpō 憲法* (Constitution), Tokyo, Iwanami shoten 岩波書店 p. 82

² Sakae WAGATSUMA, 1948, *Shinkenpō to kihontekijinken 新憲法 基本的人権* (La nouvelle Constitution et les droits de l'Homme fondamentaux), Tokyo, Kunitachi shoin 国立書院

³ Toshiyoshi MIYAZAWA, 1974, 宮沢俊義, *Kenpō II, 憲法II* (Constitution II), Tokyo, Yūhikaku 有斐閣 p.87.

Si l'on voit généralement dans les premiers constitutionnalistes modernes autant d'« individus forts », matériellement indépendants et psychologiquement autonomes, le constitutionnaliste francophone Higuchi Yōichi 樋口陽一 rappelle néanmoins qu'il s'agissait en réalité de « personnes faibles », dépendantes du soutien d'autres personnes, et que leur engagement pour l'autonomie et l'indépendance était surtout fondé sur leur situation personnelle et morale⁴.

D'autre part, selon Ukai Nobushige 鵜飼信成, il y a dans les rapports concrets entre les individus « des différences réelles dans la force de leurs positions sociales » respectives. Les « individus forts » (comme les capitalistes) dominent les « individus faibles » (comme les travailleurs) et ce rapport de subordination devient alors problématique. En effet, « il n'est pas possible d'assurer aux faibles la jouissance de la liberté la plus élémentaire lorsque celle des plus forts outrepassa ses limites ». Il faut alors demander la garantie de « droits sociaux protégés par l'État afin d'assurer aux plus faibles leur existence »⁵.

Les différentes constitutions établies après la seconde guerre mondiale traduisent une tendance à garantir activement les droits sociaux (France, Italie, avec le précédent de la Constitution de Weimar, qui fut érigée en référence par les constitutionnalistes japonais de l'époque Meiji). Si la Constitution des États-Unis ne comporte pas de définition des droits sociaux, une loi de 1935 sur la protection sociale n'en a pas moins été votée. Après la seconde guerre mondiale, via l'occupation américaine, cette loi influença le système de protection sociale du Japon comme, par exemple, l'établissement de la Loi sur le revenu minimum de subsistance (Seikatsuhogo 生活保護). La constitution japonaise de 1946 consacre ainsi plusieurs droits sociaux : d'abord, un droit à un minimum d'existence - article 25 - (I) ; ensuite un droit de travailler - article 27 - (II), qui est formulé sous réserve d'une contrepartie (III), et qui reconnaît un certain nombre de droits aux travailleurs - article 28 -.

I. Le droit de subsistance

A. Le droit de subsistance en débat : opposabilité et définition

L'article 25 alinéa 1 de la Constitution japonaise définit, pour tous les citoyens, un « droit au maintien d'un niveau minimum de vie matérielle et culturelle » et, dans son alinéa 2, le devoir pour l'État « dans tous les aspects de l'existence » de « s'efforcer d'encourager et d'améliorer la protection et la sécurité sociale, ainsi que la santé publique ». Cette définition du droit de subsistance constitue l'une des facettes du droit social dont l'objectif est « la protection des personnes faibles économiquement et socialement, et la réalisation d'une égalité

⁴ Yōichi HIGUCHI, 2007, *Kokuhō-gaku* 国法学 (Études de droit japonais interne), Tokyo, Yūhikaku 有斐閣, p. 54

⁵ Nobushige UKAI, 1956, 鵜飼信成, *Kenpō* 憲法 (Constitution), Tokyo, Iwanami shoten 岩波書店, p. 87-88

effective ». Il s'agit d'un droit-créance qui diffère d'un droit-liberté, dont le but est au contraire de circonscrire la sphère d'intervention de l'État⁶. Certains auteurs soutiennent cependant que le droit de subsistance s'apparente partiellement à un droit-liberté, notamment lorsque des mesures administratives entravent son application. D'autres estiment que la liberté ou l'autonomie individuelles sont au fondement même des droits sociaux (Satō 1995 : 448 ; Ogata 2003), tandis que d'autres encore défendent une hybridation des droits-libertés et des droits sociaux⁷.

Consacré par l'article 25 de la Constitution, le droit de subsistance a immédiatement vu retenue sa valeur non pas juridique mais programmatique (au sens de programme politique en matière de législation sociale) ; ralliant l'opinion dominante, c'est également en ces termes que la jurisprudence appréhende le droit de subsistance. Les constitutionnalistes depuis la promulgation de la Constitution de 1946 n'ont eu de cesse de s'interroger sur la nature juridique de ce droit, les tenants d'un droit de subsistance au sens abstrait s'opposant aux défenseurs d'un droit concret de subsistance. Pour les auteurs qui ne voient dans le droit de subsistance qu'un droit abstrait, la définition fournie aux termes de l'article 25 de la Constitution reste vague et imprécise, et ne saurait en tout état de cause être invoquée comme fondant un droit de créance auprès de l'État ; seules les lois précisant en substance ce droit peuvent lui conférer dans le même temps une nature juridique. Ceux des auteurs qui conçoivent au contraire le droit de subsistance comme un droit concret, insistent sur la nature juridique du droit de subsistance tel que consacré par l'article 25 de la Constitution, et ce en l'absence même de toute mention explicite d'un droit de réparation direct vis-à-vis de l'État ou de lois précisant en substance ce droit. Cette doctrine reconnaît par ailleurs la possibilité d'agir en justice contre des manquements législatifs considérés comme anticonstitutionnels⁸).

Le soutien accordé à cette dernière interprétation, qui admet le droit à réparation auprès de l'État en se fondant directement sur la définition de l'article 25 de la Constitution, est de plus en plus large⁹. En effet, même en l'absence de législation (par exemple sur le minimum vital garantissant concrètement un droit de subsistance), et même si la disposition constitutionnelle selon laquelle « toute personne a droit au maintien d'un niveau minimum de vie matérielle et culturelle » n'implique pas la garantie absolue d'un droit de subsistance, l'existence de dispositifs d'urgence minimaux permet d'avancer l'émergence d'un « droit » accordé aux personnes qui remplissent

⁶ Nobuyoshi ASHIBE, 2007, 芦部信喜, *Kenpō 憲法* (Constitution), Tokyo, Iwanami shoten 岩波書店, p. 252

⁷ Yōichi HIGUCHI, 1997, 樋口陽一, « Chūkai » 注解 (Remarques), in *Kenpō II 憲法II* (Constitution II), Tokyo, Aobayashi Shoin 青林書院, p. 142.

⁸ Akira ŌSUGA, 1984, 大須賀明, *Seizon ken ron 生存権論* (Études sur le droit de subsistance), Tokyo, Nippon hyōronsha 日本評論社, p. 115.

⁹ Yasuo HASEBE, 2004, 長谷部恭男, *Kenpō 憲法* (Constitution), Tokyo, Shin.yosha 新世社, p. 276, Shibuya Hideki, 2007, 渋谷秀樹, *Kenpō 憲法* (Constitution), Tokyo, Yūhikaku 有斐閣, p. 258.

certaines conditions¹⁰. La doctrine estime aussi que si « le plaignant, recevant des revenus sociaux, apporte la preuve d'une situation en deçà du "niveau minimum de vie matérielle et culturelle", et dans ce cas de figure seulement, il faut alors considérer le caractère justiciable du droit de subsistance »¹¹.

Le jugement de la Cour suprême concernant le procès Horiki¹², suit les conclusions de cette même Cour présentées dans l'affaire dite « Infraction de la Loi sur l'hygiène alimentaire » et considère que le droit de subsistance ne constitue pas un droit concret ; tout comme dans le procès Asahi 朝日, la Cour réaffirme dans sa décision que le « maintien d'un niveau minimum de vie matérielle et culturelle » est une notion abstraite et relative. Cependant, dans sa décision, la Cour suprême établit un « principe d'évidence » selon lequel doivent être considérés comme inconstitutionnels « une décision administrative arbitraire ou un abus de pouvoir dépourvus de manière claire et manifeste de rationalité ». Elle reconnaît donc, dans certains cas, la valeur juridique du droit de subsistance de l'article 25 de la Constitution, et donc sa justiciabilité ou possibilité d'agir en justice sur ce fondement. C'est la raison pour laquelle les divergences académiques entre tenants de la doctrine « programmatique », « droit abstrait » et « droit concret » n'ont plus vraiment de sens, et qu'il est temps de recentrer le débat sur les critères d'inconstitutionnalité en analysant les différentes décisions jurisprudentielles. Avec la suppression du budget complémentaire pour les personnes âgées, la baisse des budgets pour les mères célibataires et, s'agissant du revenu minimum vital, l'examen de la baisse du montant des prestations ou la réduction de la période de versement pour les personnes capables de travailler, il devient en effet urgent de réexaminer la valeur juridique du droit de subsistance et de comprendre sur quels fondements les mesures prises par l'administration ou le législateur restreignent l'application de l'article 25 de la Constitution. Il faut également ajouter que, quelle que soit la valeur juridique du droit de subsistance, le droit de l'invoquer demeure, et qu'il s'agit bien d'un droit garanti concrètement par la Loi sur le revenu minimum vital. De même, quelle que soit l'étendue d'application des décrets ministériels, une fois que les conditions d'attribution de l'assistance sociale sont fixées, il faut alors les appliquer sans discrimination et de manière impartiale. Il reste que, dans les faits, le refus d'attribuer un dossier ouvrant droit à l'attribution du minimum vital, tout comme le refus de verser effectivement ce revenu d'assistance, est monnaie courante. Ceci pose moins la question de la valeur juridique du droit d'existence que de l'origine des obstacles qui nuisent à l'application impartiale et non-discriminatoire du droit concret à demander et à recevoir l'assistance sociale. Il est nécessaire de rechercher avec

¹⁰ Yasuhiro OKUDAIRA, 1993, 奥平康弘, *Kenpō III 憲法III* (Constitution III), Tokyo, Yūhikaku 有斐閣, p. 248

¹¹ Toshiyuki MUNESUE, 1995, 棟居快行, « Seizon ken no gutaiteki kenrisei » 生存権の具体的権利性 (La nature juridique du droit de subsistance), in Hasebe Yasuo 長谷部 恭男, *Ridhinguzu gendai no kenpō* リーディングズ現代の憲法 (Lectures en droit constitutionnel contemporain), Tokyo, Nihon hyōronsha 日本評論社, p. 160.

¹² Saikō saibansho 最高裁判所 (Cour suprême), 7 juillet 1982, *Minshū*, vol. 39, n° 7, p. 1235.

une attention renforcée les causes de cette application défectueuse du droit de subsistance.

Il est certain que la définition d'un droit d'existence comme droit « programme » constitue un désavantage notable pour obtenir sa reconnaissance comme droit concret. Cependant, s'agit-il du principal obstacle auquel est confronté ce droit social ? Une partie de la doctrine (Wagatsuma Sakae, par exemple) définit le droit de subsistance comme un droit programme et non comme un droit concret, interprétation entérinée par les décisions de la Cour suprême concernant l'Infraction à la Loi sur l'hygiène et la sécurité alimentaire, le procès Asahi et le procès Horiki. Une telle opinion conduit à reconnaître aux décisions administratives un pouvoir étendu. Cependant, à examiner plus précisément cette doctrine et ces décisions de justice, il est possible de déceler une autre interprétation du droit de subsistance.

Selon Wagatsuma, « le droit fondamental de subsistance » ne constitue pas un « droit direct à réparation vis-à-vis de l'État ». Cependant, cet auteur insiste sur le fait que « plutôt qu'un droit-liberté », ce droit recouvre un contenu positivement défini ; de sorte que, si des individus ou l'État portent illégalement atteinte au contenu même de ce droit, il devient alors nécessaire de se donner les moyens juridiques d'y remédier. En cas de violation de ce droit par omission, et en l'absence de moyens juridiques de réparation, il devient nécessaire de recourir à des moyens politiques. En conclusion, Wagatsuma reconnaît une certaine validité juridique au « droit fondamental de subsistance » en raisonnant au-delà de la seule doctrine du « droit programme », issue des débats liés à la Constitution de Weimar, et s'efforce de lui attribuer une certaine valeur juridique ; estimée « nécessaire dans le cadre de la nouvelle Constitution », cette « interprétation » suggère la possibilité de reconnaître le caractère juridique du droit de subsistance¹³.

B. Grands arrêts de jurisprudence

La décision de la Cour suprême concernant le cas d'infraction à la Loi sur l'hygiène et la sécurité alimentaire est systématiquement invoquée pour justifier l'interprétation de l'article 25 de la Constitution en termes de droit programme. Cette approche reste cependant controversée¹⁴. Dans le cas d'espèce, le défendeur soutenait que l'application de la Loi sur la sécurité alimentaire – aboutissant à réglementer le marché noir – ne lui permettait plus d'assurer sa survie et celle de sa famille, et constituait une violation du droit de subsistance, le but de la Loi sur la sécurité étant au contraire d'encadrer la liberté économique et de protéger ainsi le droit de subsistance de tous les citoyens. Cet arrêt a, par conséquent, considéré comme constitutionnel le fait que la Loi sur la

¹³ Sakae WAGATSUMA, 1947, 我妻榮, *Kihonteki jinken* 基本的人権 (Droits fondamentaux de l'Homme), Kokka gakkai hen, Shin-kenpō no kenkyū 国家学会編・新憲法の研究 (Association nationale pour l'étude de la nouvelle Constitution), Tokyo, Yūhikaku 有斐閣, p. 88.

¹⁴ Makoto ITŌ, 2007, 伊藤真, *Kenpō* 憲法 (Constitution), Tokyo, Hirofumiō 弘文堂, p.361.

sécurité alimentaire restreigne la liberté de l'activité économique dans le but de garantir un droit d'existence équitable pour tous les citoyens. La position des juges (par exemple Kuriyama Shigeru 栗山茂) sur ce point ne laisse pas de doutes. L'opinion du juge suprême Saitō Yūsuke 齋藤悠輔 était en outre formulée de la façon suivante : l'article 25, § 1, définit « pour les citoyens qui ne peuvent pas assurer leur subsistance par leurs propres moyens le droit fondamental de demander la protection de l'État afin d'assurer le maintien d'un niveau minimum de vie matérielle et culturelle ». Il insistait ainsi sur la nature juridique du droit de subsistance. Une vue d'ensemble des différents avis émis à l'occasion de cet arrêt, révèle qu'il s'agit moins de nier la nature juridique du « droit au maintien d'un niveau minimum de vie matérielle et culturelle » que de réaffirmer la supériorité du droit de subsistance sur la liberté économique, voire de faire émerger une possible reconnaissance de la valeur juridique du droit de subsistance.

S'agissant de l'article 25 de la Constitution relatif au « niveau minimum de vie matérielle et culturelle », le procès Asahi constitue la toute première lutte pour sa reconnaissance juridique. Hospitalisé et traité pour tuberculose, monsieur Asahi était allocataire du minimum vital lorsque le directeur du bureau d'aide sociale ordonna à son frère de le soutenir financièrement, ce que ce dernier fit en envoyant une somme mensuelle de 1 500 yens. Sur ce, le même directeur du bureau d'aide sociale décida de modifier la somme perçue par M. Asahi, estimant que le soutien financier fraternel constituait une source de revenus. Il décida alors que les frais médicaux de M. Asahi devaient désormais être à sa charge, soit 900 yens, et que le minimum vital ne couvrirait plus que les dépenses quotidiennes, soit 600 yens. M. Asahi porta alors plainte, formula tout d'abord une demande d'examen de la situation auprès du gouverneur, puis auprès du ministre de la Santé, qui furent toutes deux successivement refusées. Afin d'obtenir l'abrogation de la décision du ministre, il porta alors l'affaire devant la justice.

Le tribunal du district de Tokyo¹⁵ conclut à l'illégalité de la décision du ministre : s'il reste possible de modifier le montant du minimum vital, cette modification doit être justifiée sur la base de critères objectifs de temps et de lieu. De plus, selon la règle définie à l'article 3 et l'article 8 § 2 de la Loi sur le minimum vital, le ministre ne peut intervenir que sous certaines conditions, et son intervention dans le cas d'espèce ne respectait pas les critères minimaux de subsistance. La cour d'appel de Tokyo renversa la décision du tribunal du district de Tokyo, reconnaissant la validité de la décision du ministre et débouta M. Asahi.

La Cour suprême, en séance plénière, malgré la mort du plaignant et consécutivement l'abandon des poursuites, a dans une opinion incidente (*obiter-*

¹⁵ Tokyo chihō saibansho 東京地方裁判所 (tribunal du district de Tokyo), 19 octobre 1960, *Minshū*, vol. 21, n° 5, p. 1348.

dictum) estimé que l'article 25 § 1 de la Constitution ne donnait pas aux citoyens un droit « concret » et que « le maintien d'un niveau minimum de vie matérielle et culturelle » était un droit abstrait et relatif, que son contenu concret variait en fonction du développement culturel et économique, que le ministre devait prendre en compte dans sa décision de nombreux éléments non quantifiables et que dans le cas présent sa décision était « appropriée » au sens où même si elle était discutable, elle ne pouvait être considérée comme illégale. Mais d'ajouter que « ne pas prendre en compte les conditions de vie réelle ou les abaisser considérablement » est contraire au sens et aux objectifs de la Constitution et de la Loi sur le minimum vital. Par conséquent, lorsque le pouvoir discrétionnaire sort du cadre légal assigné, ou en cas d'abus de pouvoir, la Cour suprême estime qu'il faut considérer cet acte comme susceptible de poursuites judiciaires.

II. Le droit de travailler et le droit fondamental au travail

L'article 27 de la Constitution détermine « le droit et le devoir de travailler », confie à la loi le soin de fixer « les normes de salaires, d'horaires, de repos et autres conditions de travail », et interdit l'exploitation du travail des enfants. L'article 28 garantit le droit pour les travailleurs de « s'organiser, de négocier et d'agir collectivement ». Pour désigner le « travail », la Constitution japonaise emploie le mot « *kinrō* » 勤勞 (travail, labeur) et non « *rōdō* » 労働 (travail), mais les deux termes japonais revêtent la même signification ; la rétribution que les travailleurs (*kinrōsha* 勤勞者) reçoivent en échange de la force de travail qu'ils fournissent leur permet de pourvoir aux besoins de la vie quotidienne (Ashibe 2007 : 261). L'état de dépendance du salariat vis-à-vis des employeurs est généralement perçu comme une aliénation. Il reste que 勤勞の権利 *kinrō no kenri* ne consiste pas en un « droit au labeur » (*the right to labor*), mais au « droit de travailler » (*the right to work*) ; « travailler » (*hataraku* 働く), au sens de *to work*, permet d'habiter un monde où réalisation de soi et création du lien social sont possibles¹⁶. En tant que personnes, les travailleurs ont ainsi nécessairement un droit égal au respect et à la considération, et doivent pouvoir jouir de conditions dignes de leur qualité d'être humain.

Cependant, les travailleurs qui – hormis la possibilité de vendre leur force de travail – ne disposent pas d'autres moyens d'existence, se retrouvent dans un état de dépendance vis-à-vis des employeurs : plus exposés au chômage et aux travaux pénibles, ils sont contraints d'accepter des conditions de vie difficile¹⁷. Pour que soient garanties sur le marché du travail les libertés substantielles et l'égalité dans les relations entre travailleurs et employeurs, il est nécessaire de réguler les conditions de travail, de reconnaître aux organisations de travailleurs une autonomie de fonctionnement, et d'adopter des

¹⁶ Hannah ARENDT, *La condition humaine*, 1994 (éd. Japonaise)

¹⁷ Nobuyoshi ASHIBE, 2007, 芦部信喜, *Kenpō 憲法* (Constitution), Tokyo, Iwanami shoten 岩波書店, p. 261

mesures de lutte contre le chômage en faveur des travailleurs exclus du marché du travail.

A. Le droit de travailler

« Le droit de travailler » constitue bien une liberté en droit, mais ne renvoie pas à « la liberté de chacun de choisir sa profession » qu'énonce l'article 22 de la Constitution. Lorsque la volonté et la capacité de travailler se heurtent à l'impossibilité de trouver un travail (insuffisance de l'offre dans le secteur privé, difficultés de l'État à satisfaire la demande d'emploi), le droit de travailler s'entend du droit d'obtenir alors une aide financière. Il s'agit, en d'autres termes, de distinguer entre d'une part un « droit complet de travailler » (*kanzenna rōdōken* 完全な労働権), ou droit de réclamer à l'État qu'il garantisse aux personnes ayant la volonté et la capacité de travailler la chance d'obtenir un travail (*rōdō no kikai no teikyō o yōkyū suru kenri* 労働の機会の提供を要求する権利) et, d'autre part, la notion de « droit restreint de travailler » (*genteitekina rōdōken* 限定的な労働権)¹⁸. Dans une société capitaliste, fondée sur le primat de la propriété privée, ce « droit restreint » constitue un aspect du « droit à la vie » (*seizonken* 生存権). Les travailleurs ne disposant pas de ressources propres suffisantes ne peuvent que s'en remettre au marché du travail pour voir assuré leur droit à la vie ; et sont donc d'autant plus vulnérables en période de faible emploi. Lorsque le chômage renvoie le marché de l'emploi à son propre échec, et que l'État s'avère incapable de garantir aux travailleurs la possibilité de trouver un emploi, la nécessité de protéger le « droit de travailler » doit pouvoir s'imposer avec d'autant plus de force qu'il s'agit fondamentalement de protéger le droit à la vie des travailleurs.

Cependant, le « droit de travailler » énoncé par l'article 27 § 1 de la Constitution, pas plus que l'article 25 relatif au droit à la vie, ne constitue un « droit concret » (*gutaiteki kenri* 具体的権利). Ce droit est bien plutôt compris comme revêtant une valeur programmatique et relevant des politiques publiques¹⁹. On ne saurait parler en effet de « droit concret » en ce sens qu'il ne repose sur aucun fondement économique (attribution d'emploi ou allocation monétaire), et n'implique pas en soi l'adoption de mesures législatives destinées à en permettre la réalisation effective. De fait, il est difficile à l'État d'assurer un travail à chaque demandeur d'emploi ; mais, en cas de chômage, le droit de travailler au sens restreint du terme n'en recouvre pas moins la possibilité d'obtenir une compensation permettant d'assurer la subsistance (*seikatsuhi* 生活費), et la situation économique actuelle ne saurait justifier une baisse des allocations chômage ou de la sécurité sociale destinées aux demandeurs d'emploi. Comme nous le verrons ci-dessous, il est possible en cas d'inertie

¹⁸ Hōgaku kyōkai (Association de jurisprudence), 1953, 法学協会 (編, *Chūkai Nihonkoku kenpō* 註解日本国憲法上巻 (改訂版) (Constitution japonaise. Annotations [édition revue et corrigée], t. 1), Tokyo, Yūhikaku 有斐閣, pp. 510 et s.

¹⁹ Id., p. 520 et s.

législative de réclamer à l'État une indemnisation, de sorte que nier le caractère concret du droit en question n'apparaît pas pertinent.

La seule attribution en cas de chômage d'une compensation destinée à assurer sa subsistance au demandeur d'emploi ne saurait être considérée comme suffisante ; si tel était le cas, comment justifier la création d'un droit de travailler ? Devenue problématique, l'ancienne loi permettant au titre des politiques d'urgence de parer au chômage en lançant d'importants chantiers ou travaux publics, fut abrogée en 1995. Sous prétexte de diversifier les manières de travailler et de renforcer la libre détermination des travailleurs, la nouvelle politique substitua au travail régulier un travail irrégulier, entretenant ainsi un climat d'insécurité salariale. Or, selon l'argument d'inconstitutionnalité avancé à l'encontre de la nouvelle loi, même à interpréter l'article 27 § 1 comme une disposition programmatique, la notion d'« ordre social » (*kōjyo* 公序) doit permettre d'empêcher les entraves au droit de travailler²⁰. Lorsque des demandeurs d'emploi ayant la volonté et la capacité de travailler se voient contraints de vivre d'allocations, fortement incités à demander du travail en l'absence même de toute chance réelle d'obtenir un emploi, on ne saurait raisonnablement conclure qu'est assurée à tous une vie digne.

Aux termes de l'article 27 alinéa 2 de la Constitution, « les normes de salaires, de repos et autres conditions de travail sont fixées par la loi ». Il est bien entendu que cette disposition doit être lue au regard de l'égalité de tous les citoyens devant la loi, qu'énonce l'article 14 de la Constitution. En d'autres termes, l'exigence d'égalité concerne aussi la sphère de l'emploi. Ainsi, l'article 3 des Standards relatifs au travail (*Rōdō kijun-hō* 労働基準法) interdit de discriminer en matière de salaire, de travail et autres conditions de travail sur la base de la nationalité, des convictions et de la condition sociale, tandis que l'article 4 postule l'égalité des sexes en matière salariale. S'agissant de l'égalité des hommes et des femmes dans ce domaine, elle découle de la Loi de 1985 sur l'égalité des chances des hommes et des femmes en matière d'emploi, prise en application de la Convention sur l'interdiction de la discrimination à l'encontre des femmes. En 1997, la loi a été révisée, interdisant toute discrimination des femmes en matière de recrutement, d'embauche et de promotion, introduisant un devoir de prévenir le harcèlement sexuel et consacrant la discrimination positive (ou possibilité d'adopter des mesures destinées à corriger la discrimination). Un nouveau système de gestion des ressources humaines n'en a cependant pas moins été introduit, qui oriente les hommes vers des postes permettant de faire carrière (*sōgō shoku* 総合職) et les femmes vers des postes sans perspectives de carrière (*ippan shoku* 一般職). Parallèlement à la Loi sur l'égalité des chances, une Loi sur le travail intérimaire a en outre été adoptée,

²⁰ Teruhisa ISHII, 1957, 石井照久, *Rōdōhōsōron* 労働法総論 (Introduction au droit du travail), Tokyo, Yūhikaku 有斐閣 p. 301 ; Kazuo MATSUBAYASHI, 1991, 松林和夫, *Rōdōken to koyōhoshōhō* 労働権と雇用保障法 (Le droit de travailler et la garantie du travail), Tokyo, Nihon hyōron-sha 日本評論社, p. 173.

incitant les femmes – y compris celles qui bénéficient d'un emploi régulier – à opter pour un travail temporaire. De sorte que la discrimination entre les sexes reste encore marquée dans le domaine de l'emploi.

L'Union des organisations patronales (ou Nikkeiren 日経連) publia en 1995 un rapport intitulé « La gestion à la japonaise à l'ère nouvelle » (Shin-jidai no « Nihon-teki keiei » 新時代の「日本的経営」) et annonça son intention de limiter le nombre d'emplois réguliers pour les remplacer par des emplois dits « non-réguliers », qui englobent CDD et intérim. La version révisée en 1999 de la Loi sur le travail intérimaire libéralisa, en principe, le travail intérimaire, puis le recours à l'intérim dans l'industrie fut autorisé en 2004. C'est dans ce contexte que le nombre d'emplois non réguliers explosa chez les hommes, ce qui donna lieu à une situation dite de « fonte des emplois ». Cette situation eut pour effet de creuser considérablement l'écart dans l'emploi, et finit par provoquer des licenciements massifs de travailleurs temporaires en cette période de récession.

La généralisation des emplois non réguliers provoque un dysfonctionnement des systèmes d'assurance chômage et de sécurité sociale, considérés en principe comme autant de filets de sauvetage. En effet, la plupart des travailleurs non réguliers ne sont pas couverts par l'assurance chômage et – lorsqu'ils sont confrontés au licenciement ou au non-renouvellement du contrat – ils ne peuvent pas toucher d'allocation chômage. Cette situation les oriente vers des emplois encore plus précaires, les contraint à cumuler des emplois journaliers et à devenir sans domicile fixe (nombre d'entre eux s'installent par exemple dans des net-cafés). De plus, la plupart ne sont pas couverts par la sécurité sociale. Ils ne peuvent pas payer de cotisations et se trouvent donc dans une situation difficile pour accéder aux soins médicaux. En ce qui concerne l'assurance chômage et la sécurité sociale, il existe certes une dérogation pour les travailleurs journaliers. Son application étant limitée à certains lieux et à certaines entreprises et les conditions requises pour l'obtenir restrictives, les travailleurs journaliers sont cependant plus exposés au risque de devenir sans-abri. Les mesures sont prises depuis 2008 pour que l'allocation demandeur d'emploi journalier (*hiyatoi rōdō kyūshokusha kyūfukin* 日雇労働求職者給付金) puisse être appliquée aux travailleurs journaliers, mais en réalité, son application est limitée à un bureau de placement pour chacune des six préfectures, et les démarches à effectuer sont complexes. Pratiquement, il est donc difficile d'en bénéficier.

Le « droit de travailler » a-t-il pour effet de restreindre le droit au licenciement de l'employeur ? Selon une ancienne doctrine, le « droit de travailler » – ne concernant que le lien entre l'État et les citoyens, sans pouvoir s'appliquer au lien direct entre entreprises et employeurs – ne devait pas limiter la liberté de licenciement accordée à l'employeur (Hōgaku kyōkai 1953 : 520). Invalidant un licenciement au motif qu'il y manquait une raison subjective et raisonnable, et de son caractère inadmissible au regard des conceptions en cours, un jugement de la Cour suprême du 25 avril 1975, dit « Affaire du sel de

table japonais » (日本食塩事件), développa cependant la théorie de l'abus du droit au licenciement²¹.

Alors que la précarité s'aggrave depuis les années 1990, avec notamment la révision de la Loi sur le travail intérimaire, les partisans de la dérégularisation critiquent systématiquement la théorie de l'abus du droit au licenciement et cherchent à promouvoir un « big bang du marché du travail ». Leurs arguments s'énoncent comme suit : l'État ne doit intervenir que lorsque le marché a échoué, le marché du travail doit lui aussi être soumis à la libéralisation du marché et au principe de l'efficacité, c'est la persistance des employés réguliers dans leurs droits acquis qui creuse l'écart avec les travailleurs non réguliers, etc.²². Récusant de telles oppositions, la Loi sur le contrat du travail de 2007 consacre la théorie de l'abus de droit en matière de licenciement, quoique de façon très limitée: et la libéralisation du travail intérimaire, y compris dans le secteur industriel, effectuée via des révisions successives et l'accélération du remplacement des employés réguliers par des travailleurs non réguliers, ont « facilité » le licenciement des travailleurs temporaires. Compte tenu de la situation actuelle, où l'État libéralise de fait le licenciement sans parvenir à offrir des emplois, il apparaît nécessaire de repenser la nature juridique du « droit de travailler ».

B. Le droit fondamental au travail : le droit de s'organiser, de négocier et d'agir collectivement

L'article 28 de la Constitution garantit aux travailleurs « le droit de s'organiser, de négocier et d'agir collectivement », ou « droit fondamental au travail » – distinct du « droit de travailler ». Le droit de s'organiser consiste en la possibilité de créer des associations, syndicats par exemple. La Loi sur le syndicalisme adopte d'ailleurs une attitude libérale, autorisant la création de syndicats sans imposer aucune condition spéciale, si ce n'est relativement à certaines procédures comme l'examen des actes illégaux effectué par une commission du travail (articles 2 et 5 de la Loi sur le syndicalisme). Le droit de négocier est un droit qui permet aux travailleurs de négocier collectivement leurs conditions de travail avec les employeurs. Et le droit d'agir collectivement permet aux travailleurs de faire grève ou de s'impliquer dans d'autres formes de conflit du travail.

En ce qui concerne la nature du droit fondamental au travail, il existe deux théories opposant les droits-libertés aux droits-créances ou droits sociaux. Or, le droit fondamental au travail constitue un droit complexe, en ce qu'il correspond à la fois à un droit-liberté (restreignant l'intervention étatique) et à

²¹ Saikō saibansho 最高裁判所 (Cour suprême), décision du 25 avril 1975, *Minshū*, vol. 29, n° 4, p. 456

²² Hideo FUKUI, Fumio ÔTAKE, 2006, 福井秀夫, 大竹文雄, *Datsukakusashakai to koyōhōsei 脱格差社会と雇用法制* (Nivellement des différences sociales et législation du travail), Tokyo, Nippon hyōronsha 日本評論社.

un droit-créance (impliquant une protection de l'État et la restriction de la liberté économique de l'employeur)²³. L'article 1, alinéa 2 de la Loi sur le syndicalisme stipule que les actes de négociation collective ne tombent pas sous le coup d'une condamnation pénale, à moins d'être violents, ce qui en un sens libère de l'emprise étatique. Il n'en reste pas moins que l'irresponsabilité civile vis-à-vis de l'inexécution d'une obligation contractuelle (en cas de grève ou de « refus du service ») est une modification apportée à la liberté du contrat de travail (article 8 de la Loi sur le syndicalisme). Ces différents aspects donnent au droit de s'organiser les traits d'un droit protégé par l'État.

L'encadrement juridique du droit fondamental au travail est strict²⁴. Le droit fondamental au travail est par nature applicable entre les partenaires sociaux, donc aux individus. L'employeur a le devoir de respecter le droit fondamental au travail, et ne doit pas refuser la négociation collective sans raisons légitimes (article 7 de la Loi sur le syndicalisme).

S'agissant des fonctionnaires, leur droit fondamental au travail fait l'objet de restrictions législatives et relève du Statut des fonctionnaires (État et collectivités locales). La question de sa constitutionnalité a été posée devant la Cour suprême. Cette dernière avait jugé constitutionnel le décret 201 interdisant aux fonctionnaires d'être impliqués dans un conflit social, ce au nom de l'intérêt général. Devenue plus prudente, la Cour suprême jugea par la suite que les restrictions en la matière, tenant au caractère public du service des fonctionnaires d'État, ne devaient cependant pas excéder les limites du raisonnable, au regard du nécessaire respect du droit fondamental au travail et de l'intérêt général ; sachant que, lorsque la restriction à cette liberté apparaît inévitable, des mesures de compensation doivent alors impérativement être adoptées. La Cour reconnut ainsi la constitutionnalité de l'article 17 alinéa 1 de la Loi sur le service public (*Kōrōhō* 公労法), interdisant aux employés des postes d'engager un conflit social ; mais elle prit soin de souligner que les employés ayant enfreint cette disposition ne sauraient tomber sous le coup d'une condamnation pénale²⁵. Dans une autre affaire, le plaignant – à qui il était reproché d'avoir organisé une grève pour lutter contre l'évaluation de la capacité de travail – vit sa responsabilité pénale mise en cause sur le double fondement de l'article 37 alinéa 1 et de l'article 61 numéro 4 de la Loi sur les fonctionnaires locaux (*Chihō kōmuin hō* 地方公務員法) ; mais la Cour suprême, interprétant strictement les dispositions législatives visées, ne retint pas la -responsabilité du défendeur²⁶. Ce qui n'empêche pas le conservatisme traditionnel de la Cour, appuyé d'ailleurs par le gouvernement, de reprendre le dessus à l'occasion. Ainsi

²³ ASHIBE, précit., p. 262 ; HIGUCHI, précit., p. 199.

²⁴ ASHIBE, précit., p. 262 ; Kōji SATŌ, 1995, 佐藤幸治, *Kenpō* 憲法 (Droit constitutionnel), 3^e édition, Tokyo, Seirin shoin 青林書院, p. 405.

²⁵ Saikō saibansho 最高裁判所 (Cour suprême), décision du 26 octobre 1966, *Keiji hanrei shū* 刑事判例集 (Recueil des décisions des juridictions pénales), vol. 20, n° 8, p. 901.

²⁶ Saikō saibansho (Cour suprême), décision du 2 avril 1969, *Keiji hanrei shū*, vol. 23, n° 5, p. 305.

des décisions du 25 avril 1973²⁷ et du 4 mai 1977²⁸, où la Cour suprême – s'appuyant sur l'« intérêt général » ou la « spécificité constitutionnelle du statut de fonctionnaire » – jugea constitutionnelles les restrictions apportées au droit fondamental au travail des fonctionnaires. Ces dernières décisions firent jurisprudence. Suite aux privatisations accélérées, les employés des postes – jusqu'alors traités comme fonctionnaires – devinrent employés de sociétés anonymes, auxquelles ne s'appliquent pas par définition les restrictions au droit fondamental au travail. Ceci étant, les droits de certaines catégories de fonctionnaires font encore l'objet de restrictions notables. C'est tout particulièrement le cas des enseignants des écoles publiques qui voient leur droit fondamental au travail ainsi que leurs libertés de pensée et de conscience strictement encadrées. De sorte que la protection du droit des fonctionnaires demeure un problème sensible.

Les syndicats disposent du droit de négocier sur un pied d'égalité et de conclure des conventions de travail, conduisant éventuellement à assouplir les conditions de travail²⁹. En l'absence de syndicat, la majorité des représentants peuvent conclure une convention collective assouplissant la réglementation mise en place par les Standards concernant le travail. Par exemple, la durée de travail prévue à l'article 32 des Standards est limitée à 40 heures par semaine et 8 heures par jour ; mais ce même article stipule que ces durées peuvent être étendues par voie conventionnelle.

Prenons le cas d'une société dont le règlement intérieur consacrait la possibilité de prolonger la durée de travail « en cas de nécessité » ; une convention autorisant l'aménagement d'heures supplémentaires ayant été conclue entre patron et syndicats, le travailleur qui avait refusé d'effectuer des heures supplémentaires se vit licencier. La section Hachiōji du tribunal du district de Tokyo jugea que lorsque la société ordonne des heures supplémentaires comme prévues aux termes de la convention, le devoir d'effectuer ces heures supplémentaires ne s'impose pas d'emblée ou directement aux travailleurs, à qui est reconnue une liberté de décision en la matière³⁰. La Cour suprême retint au contraire au profit de l'employeur le droit d'ordonner des heures supplémentaires. Ainsi, au lieu d'assurer la liberté des travailleurs, le droit de s'organiser par voie conventionnelle peut paradoxalement conduire à entraver la liberté de décision des travailleurs eux-mêmes.

²⁷ Saikō saibansho (Cour suprême), *Keiji hanrei shū*, vol. 27, n° 4, p. 547.

²⁸ Saikō saibansho (Cour suprême), *Keiji hanrei shū*, vol. 31, n° 3, p. 182.

²⁹ Satoshi NISHITANI, 2008, *Rōdōhō 労働法* (Droit du travail), Tokyo, Nippon hyōronsha 日本評論社, p. 536 ;

³⁰ Tokyo chihō saibansho Hachiōji shibu 東京地方裁判所八王子支部 (section Hachiōji du tribunal du district de Tokyo), arrêt du 22 mai 1978, *Minshū*, vol. 45, n° 8, p. 1361.

III. Le devoir de travailler

A. Restriction du droit à la vie par le devoir de travailler

Nombreux sont ceux qui reconnaissent que le devoir de travailler a une valeur légale concrète tandis que le droit de travailler énoncé par l'article 27 § 1 de la Constitution ne constitue pas un droit concret³¹.

L'article 4 § 1 de la Loi sur le revenu minimum de subsistance dispose que « la protection est destinée aux personnes vivant dans l'indigence, à condition qu'elles exploitent tout ce qu'elles ont, leurs biens et capacités, pour maintenir un niveau minimum de vie ». S'agissant d'interpréter cette disposition, l'État – qui approuve depuis 1993 la « restriction au droit à la vie par le devoir de travailler » – considère que les citoyens ont le devoir de travailler tel que stipulé à l'article 27 § 1 de la Constitution, et que le droit à la vie énoncé aux termes de l'article 25 est garanti sur la base de ce devoir. Du point de vue constitutionnel, il n'y a donc aucune contradiction logique à ce que la Loi sur le revenu minimum de subsistance ne s'applique pas à une personne refusant un poste alors même qu'elle est capable de travailler et se voit présenter une offre de travail. Cette disposition a été la source d'abus avérés aux guichets. À partir du début des années 1980, les bureaux d'aide sociale ont en effet écarté à plusieurs reprises et de manière illégale des demandes d'aide, précisément en se fondant sur une interprétation restrictive de la capacité à exploiter ses propres ressources stipulée à l'article 4 § 1 de la Loi sur le revenu minimum de subsistance.

La « restriction du droit à la vie par le devoir de travailler » soulève un certain nombre d'interrogations concernant l'interprétation de la Constitution et de la Loi sur le revenu minimum de subsistance. L'ancienne Loi sur le revenu minimum de subsistance comprenait des clauses de disqualification selon lesquelles les « personnes capables n'ayant pas l'intention de travailler, négligeant leur travail ou ne s'efforçant pas de maintenir un certain niveau de vie », « ayant de mauvaises mœurs » ou « pouvant être nourries » ne font pas l'objet de la protection visée. Suite cependant à une révision en 1950, ces clauses furent abrogées. Comme le dit Koyama Shinjirō 小山進次郎, alors en fonction au ministère de la Santé et des Affaires sociales, et qui joua un rôle important dans la révision, la nouvelle loi eut précisément pour objet de supprimer de telles clauses de disqualification absolue (articles 2 et 3 de l'ancienne loi). L'article 4 § 1 de la Loi sur le minimum de subsistance n'est donc pas conçu comme une clause de disqualification. Quelles sont alors les raisons pour lesquelles Koyama se prononça en faveur de la suppression des clauses de disqualification ? Selon lui, l'aide sociale a pour objet de soutenir les personnes vivant en marge de la société pour leur permettre de redevenir autonomes, d'aider les personnes qui perdent la volonté de travailler à retrouver espoir en les traitant impartialement

³¹ HIGUCHI, précit., pp. 195-196.

dans la dignité ; par suite, le principe d'égalité ne doit pas conduire à écarter du système ces personnes dès le départ (Koyama 1951 : 106). En d'autres termes, même s'il apparaît que les personnes en question négligent leur travail, elles devraient d'abord être protégées et remises sur la bonne voie. L'article 4 § 1 ne saurait en aucun cas s'interpréter comme conditionnant la protection.

Le célèbre constitutionnaliste Hasebe Yasuo 長谷部恭男 ne manque pas de critiquer une telle « restriction du droit à la vie par le devoir de travailler », et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le devoir de travailler ne constitue selon le professeur Hasebe qu'un devoir moral. « L'article 4 § 1 de la Loi sur le revenu minimum de subsistance et l'article 4 § 3 de la Loi sur l'assurance chômage ont pour prémisses la capacité et la volonté de travailler pour l'assistance sociale et l'allocation chômage. Cette perspective à laquelle aboutit le devoir de travailler prévu par la Constitution est critiquable », car « ce genre de disposition devrait être soumis à la décision législative indépendamment du point de savoir si le devoir de travailler est prévu ou non dans la Constitution »³².

Rappelons que l'article 27 § 1 de la Constitution, introduit par le parti socialiste, avait pour objectif de restreindre les revenus de la rente, le devoir de travailler étant conçu comme concernant au premier chef les rentiers. La liberté de choisir sa profession et la liberté du droit de propriété étant garanties, « il est toutefois difficile, voire impossible de contraindre les rentiers dépendant de leur fortune à travailler » et l'on ne peut que « les accabler de reproches au point de vue moral »³³. Il apparaît alors d'autant plus difficile d'imposer un quelconque devoir légal en ce sens aux « travailleurs et aux chômeurs à la recherche d'un emploi »³⁴. Quant aux moyens de restreindre les revenus de la rente sans recourir au devoir de travailler, il reste possible de recourir à l'impôt progressif, à l'impôt sur les revenus des personnes morales ou à l'impôt sur les titres.

En ce qui concerne le lien entre le droit à la vie et le devoir de travailler, il n'est pas possible d'en traiter sans évoquer le droit de travailler. S'agissant de l'allocation chômage et des conditions requises pour l'aide sociale, il convient de se demander au préalable dans quelle mesure l'État garantit le droit de travailler. Lorsque la volonté et la capacité de travailler se heurtent à l'impossibilité de trouver un travail sur le marché, l'État a tout d'abord le devoir d'offrir des emplois. Lorsque l'État n'est pas en mesure de s'en acquitter dans les faits, il ne saurait lui-même raisonnablement imposer aux chômeurs vivant dans l'indigence un quelconque devoir de travailler, ni aux bénéficiaires potentiels de l'aide de trouver eux-mêmes un emploi. Le seul cas où l'allocation chômage pourrait être valablement limitée concerne le cas d'un bénéficiaire de l'aide refusant de travailler alors même que l'État lui offre un emploi correspondant à sa capacité.

³² HASEBE, précit., 2004, p. 103-104.

³³ OKUDAIRA, précit., p. 265.

³⁴ Inejirō NUMATA, 1960, 沼田稲次郎, *Rōdōhōron jōkan 労働法論上巻* (Études en droit du travail), Tokyo, Hōritsu bunkasha 法律文化社, p. 110-111.

B. Les conditions requises s'agissant des sans-abris : le procès Hayashi

Les conditions énoncées à l'article 4 § 1 de la Loi sur le revenu minimum de subsistance ont pour la première fois été portées devant le juge à l'occasion du procès Hayashi 林 à Nagoya. À sa sortie du collège, M. Hayashi travailla dans la restauration pendant un certain nombre d'années puis comme journalier dans la construction, avant de se voir contraint de vivre dans la rue, dans le quartier de la gare de Nagoya, à partir du mois de juillet 1993. Ayant fini par demander l'aide sociale auprès du bureau concerné de l'arrondissement, il ne se vit cependant attribuer qu'une aide médicale (sous forme de premiers soins), à l'exclusion de toute autre forme d'aide, notamment de logement, au prétexte que le médecin estimait qu'il pouvait travailler et se débrouiller. En d'autres termes, la demande d'assistance sociale de M. Hayashi a été refusée pour la seule raison qu'il était déclaré capable de travailler. Or, l'État considère normalement que la personne capable de travailler mais qui ne parvient pas à trouver un emploi en dépit de ses démarches pour en obtenir un, peut bénéficier de la protection de l'article 4 § 1 de la Loi sur le revenu minimum de subsistance. M. Hayashi décida donc de recourir au juge pour sanctionner le refus de l'administration de lui accorder l'aide requise.

Le jugement en première instance du tribunal de Nagoya (30 octobre 1996) annula ce refus administratif, au motif que M. Hayashi – qui avait certes la capacité de travailler – ne parvenait cependant pas à trouver un emploi, et n'était ainsi pas en mesure d'exploiter sa capacité de travailler. En deuxième instance (8 août 1997), le juge débouta cependant M. Hayashi, au motif que la situation du marché de l'emploi n'était pas désastreuse au point de priver M. Hayashi de toute chance de trouver un emploi. Suite au décès de M. Hayashi, la Cour suprême ne put que mettre fin au procès.

Relevons que le bureau n'a pas davantage proposé son aide à M. Hayashi dans sa recherche d'emploi. Le fait de ne pas remplir ce qui reste une obligation et de refuser la protection, constitue non seulement une atteinte au droit à la vie tel qu'énoncé aux termes de l'article 25 de la Constitution et au droit de demander la protection résultant de la Loi sur le revenu minimum de subsistance, mais aussi un acte illégal grevant le droit de travailler énoncé à l'article 27 § 1 de la Constitution. Ce cas n'est pas isolé. Nombre de bureaux d'aide sociale ont refusé en pratique des demandes de protection émanant de sans-abris, pour la simple raison qu'ils étaient capables de travailler, ou se sont contentés de leur attribuer une simple aide médicale. Il n'en reste pas moins que lorsqu'un chômeur ne trouve pas d'emploi sur le marché du travail, l'État a le devoir de lui en offrir ou, à défaut, de lui fournir une compensation. Le devoir de protection étatique constitue bien un devoir concret.

Dans un arrêt du 9 octobre 1998, la Cour d'appel de Fukuoka jugea que « le système d'aide sociale qui garantit concrètement le droit à la vie prévu par l'article 25 de la Constitution, a pour objet d'assurer à d'éventuels bénéficiaires

de l'aide une vie digne », et que « le fondement d'une vie digne consiste à déterminer librement sa façon de vivre et sa vie quotidienne ». Ainsi, la garantie du droit à la vie a pour but d'organiser les conditions permettant le libre choix. Les conditions d'une vie digne sont d'ordre matériel et institutionnel. Pour permettre à l'individu d'exploiter sa capacité de travailler, certains biens comme un logement stable et des objets de première nécessité sont indispensables. Les sans-abris n'étant pas en mesure d'exploiter leur capacité de travailler, il s'agit donc de prendre les mesures de protection prévues à l'article 4 § 3 de la Loi sur un revenu minimum de subsistance ainsi qu'à l'article 25 § 1 de la Constitution.

CHAPITRE 2 - DES PROTECTIONS INÉGALES

Définir les droits sociaux n'est pas chose aisée, tant les tentatives de conceptualisation doctrinale et les classifications textuelles sont nombreuses. Dans l'acception qui en est retenue ici, les droits sociaux sont des droits de l'Homme garantis par les textes constitutionnels et internationaux dans le champ social (droits des travailleurs, droit à des prestations, droit aux services publics), afin de réduire les inégalités d'ordre économique et dans une perspective de justice sociale¹. Sont donc principalement visés le droit à la protection de la santé (Section 1), le droit à la subsistance (Section 2), le droit à l'alimentation (Section 3), les droits des travailleurs (Section 4), le droit au logement et à la sécurité sociale (Section 5) ou le droit à la scolarisation². Or, si ces droits sont tous proclamés par le PIDESC ou la Charte sociale européenne ainsi que par bon nombre de constitutions nationales, leur garantie juridictionnelle est inégale, comme le démontrent les études qui suivent.

Pourtant, par delà la diversité de leur régime juridique et l'effectivité de la mise en oeuvre qui en résulte, deux constats peuvent être soutenus : d'une part, celui de la convergence, plus ou moins complète selon les secteurs, entre le droit international des droits de l'Homme, le droit international économique et les droits constitutionnels : les droits sociaux bénéficient d'une reconnaissance grandissante dans chacun de ces ordres juridiques, qui s'hybrident mutuellement. D'autre part, celui de l'inadéquation de la grille de lecture traditionnellement utilisée, tendant à distinguer, parmi les obligations étatiques, entre obligation de faire et obligation de ne pas faire. Les droits sociaux, s'ils sont des créances exigibles de l'État, ne sont pas que des « droits créances » programmatiques qui imposeraient aux pouvoirs publics une obligation de moyens, par opposition aux droits civils et politiques conçus comme des droits « négatifs » n'exigeant qu'une abstention publique.

¹ V. *supra*, Introduction.

² V. Manuel TIRARD, « La scolarisation des enfants handicapés en droit comparé », article à paraître

SECTION 1 - LE DROIT À LA PROTECTION DE LA SANTÉ

TATIANA GRÜNDLER

« Les États parties devraient encourager les magistrats et tous les autres professionnels de la justice à s'intéresser davantage, dans l'exercice de leurs fonctions, aux atteintes au droit à la santé. »¹ Cette adresse faite aux États par le Comité onusien chargé de veiller au respect du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) témoigne de l'indispensable implication du juge, une fois la consécration du droit acquise.

Il est vrai que le droit à la protection de la santé a donné lieu à quelques procès retentissants parmi lesquels celui de Pretoria qui, paradoxalement, ne s'est pas tenu. En 2001, s'est en effet ouvert devant la Haute Cour sud-africaine un procès hautement médiatisé parce que posant la question de la coexistence des règles du commerce mondial et du droit à la protection de la santé. Trente-neuf compagnies pharmaceutiques contestaient devant le juge une loi de 1997² conférant de larges prérogatives au Ministre de la santé dont celle d'organiser des importations parallèles afin de se procurer des médicaments vendus moins chers dans un autre pays par le détenteur des brevets. Ce procès n'a finalement pas eu lieu, les firmes ayant, sous la pression de la société civile internationale³, retiré leurs plaintes. Peut-on en conclure que les plus grands laboratoires pharmaceutiques ont craint une certaine justiciabilité du droit à la protection de la santé ?

Ce droit bénéficie d'une solide assise juridique. Il est consacré de façon quasi unanime par l'ensemble des textes de protection des droits de l'Homme. Sur le plan international, cette reconnaissance apparaît dans les instruments généraux tels que la Déclaration universelle des droits de l'Homme ou le PIDESC⁴. Les textes retenant une approche plus ciblée des droits de l'Homme, du point de vue de leur objet ou des catégories de bénéficiaires, énoncent également ce droit. Ainsi en est-il logiquement, eu égard à son objet, de la

¹ CODESC, Observation générale n° 14, « Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint », 11/08/2000, E/C.12/2000/4, § 61.

² Medicines and related Substances and Control Act.

³ De nombreuses organisations non gouvernementales, au premier rang desquelles TAC (Treatment Action Campaign), se sont mobilisées contre cette plainte et ont attiré l'attention sur le coût humain du non accès, pour les malades, à des médicaments vitaux (antirétroviraux).

⁴ Évoqué à l'article 25§1 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948, ce droit est explicitement consacré à l'article 12 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels de 1966.

Constitution de l'Organisation mondiale de la santé⁵, mais également des conventions relatives à la lutte contre les discriminations - raciales⁶ ou à l'encontre des femmes⁷ - ou encore de celle sur les droits de l'enfant⁸. Au niveau régional, le même consensus apparaît dans la consécration du droit à la protection de la santé, le plus souvent dans les textes spécifiques aux droits économiques, sociaux et culturels⁹, les systèmes régionaux ayant, pour la plupart¹⁰, repris l'approche duale des droits de l'Homme initiée par les pactes internationaux de 1966.

Dans ces différents textes le titulaire du droit consacré est l'individu, toujours, la collectivité, parfois - ne serait-ce qu'en raison de l'existence d'interdépendances physiques -. Quant au débiteur il n'est autre que l'État, ce qui est une évidence sur le plan international, mais aussi une réalité dans les différents droits internes, bien que le vocable puisse varier, les constitutions visant indifféremment la Nation¹¹, la République¹² ou l'État¹³. Les personnes privées peuvent toutefois être associées à la concrétisation de ce droit. C'est ce qu'illustre la jurisprudence de la Cour de cassation française qui a pu affirmer que « l'employeur est tenu, à l'égard de son personnel, à une obligation de sécurité de résultat qui lui impose de prendre des mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs »¹⁴.

Malgré sa consécration au plus haut niveau des normes juridiques et la détermination de ses titulaires et débiteurs, le droit à la protection de la santé bénéficie-t-il de la justiciabilité nécessaire à sa pleine effectivité¹⁵ ? Autrement

⁵ Selon la constitution du 26 juillet 1946, « la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain ».

⁶ Article 5 § e-IV.

⁷ Articles 11 § 1-f et 12.

⁸ Convention du 20 novembre 1989, article 24 § 1.

⁹ Article 10 du Protocole de 1988 additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'Homme traitant des droits économiques sociaux et culturels, texte qui comble le silence de la Convention de 1969 qui n'avait pas repris « le droit à la préservation de la santé et au bien-être » inscrit dans la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme de 1948 (article XI) ; article 11 de la Charte sociale européenne, dans sa version révisée de 1996.

¹⁰ V., pour des contre-exemples, la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples de 1981 dont l'article 16 affirme l'obligation des États à protéger la santé de leurs populations ainsi que l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹¹ Constitution française du 27 octobre 1946, alinéa 11.

¹² Constitution italienne du 27 décembre 1947, article 32.

¹³ Constitution grecque du 7 juin 1975, article 21-5.

¹⁴ Soc., 5 mars 2008, SNECMA, Bull. V. n° 46; v. *infra*, Thomas BOMPARD

¹⁵ François RANGEON, « L'effectivité du droit », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 126 ; Eric MILLARD, « L'effectivité des droits de l'Homme », in *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, Quadrige, 2008, p. 277. Sur la question de l'effectivité du droit à la protection de la santé, voir D. ROMAN, « L'effectivité des droits fondamentaux dans le secteur de la santé sous le prisme du droit européen », in Saulo José Casali Bahia, *A efetividade dos direitos fundamentais no Mercosul e na Uniao Européia*, Pagiane Editoria, Salvador de Bahia, 2010, pp. 165 s. ; Tatiana GRÜNDLER, « L'effectivité du droit à la protection de la santé », *Revue générale de droit médical*, n° 37, décembre 2010, à paraître.

dit, dans quelle mesure le recours au juge permet-il d'assurer le passage de l'énoncé du droit à sa concrétisation¹⁶ ?

L'enjeu d'une telle interrogation est de mettre le discours doctrinal majoritaire¹⁷ à l'épreuve de la pratique juridictionnelle. *L'opinio juris* a tendance à inclure le droit à la protection de la santé dans la catégorie des droits sociaux, plus spécialement parmi les droits-créances, et à déduire de cette entreprise de classification une certaine incapacité de ce droit à être justiciable.

Si les caractéristiques des droits-créances, considérées par la doctrine comme autant d'entraves à leur justiciabilité, se retrouvent s'agissant du droit à a protection de la santé, l'étude de la jurisprudence révèle qu'ils ne sont pas insurmontables (I). Les spécificités de ce droit offrent par ailleurs aux juges un panel plus large d'actions destinées à garantir ce droit (II) de sorte qu'*in fine* le discours des juges paraît globalement plus favorable à ce droit que ce que le seul discours doctrinal pouvait laisser espérer.

I. Des obstacles traditionnellement opposés à la justiciabilité des droits-créances relativisés

L'expression droits-créances est communément utilisée pour désigner des droits qui répondent à un besoin social et exigent pour se réaliser une intervention positive des pouvoirs publics. Cette dernière particularité expliquerait qu'ils ne reçoivent qu'une effectivité très relative. Dans l'hypothèse d'une inertie des débiteurs publics, le juge qui aurait l'ambition d'y remédier se trouve confronté à deux contraintes, l'une économique, l'autre systémique. Le juge manifeste d'abord une réelle réticence à adopter des solutions qui, s'agissant des droits sociaux, ont souvent des implications financières substantielles. S'il n'est pas discutable que la concrétisation des droits sociaux représente un coût pour la collectivité, il est plus étonnant de relever que le juge intègre cette contrainte exogène dans son raisonnement juridique (A). Le juge est ensuite logiquement assujéti à la définition, au sein du système juridique considéré, de sa compétence et de ses pouvoirs. Apparaît toutefois quelque peu surprenant le fait que s'agissant du droit à la protection de la santé, le juge intériorise la contrainte systémique au point de sembler s'autolimiter dans l'utilisation de certains mécanismes juridiques mis à sa disposition afin d'obliger les débiteurs à agir (B).

¹⁶ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité des droits de l'Homme ; approche théorique », in Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Danièle LOCHAK (Dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, PU Paris 10, 2008, p. 14. Dans cette contribution, la notion de juge sera retenue dans une acception large couvrant toute autorité mise en place au sein d'un système juridique considéré, afin de veiller au respect des textes et offrant ainsi une protection directe ou indirecte à la santé de l'individu.

¹⁷ V. Tatiana GRÜNDLER, « La doctrine des libertés fondamentales, à la recherche des droits sociaux », *supra*.

A. Le coût, une contrainte prise en compte par le juge

Les droits-créances sont classiquement présentés comme des droits dont la réalisation exige un effort financier conséquent de la part de la collectivité, caractéristique qui les distinguerait des droits civils¹⁸. Sans en faire un critère d'identification, le juge prend fréquemment en compte la contrainte financière pesant sur le débiteur du droit à la protection de la santé (1). Elle ne le conduit néanmoins pas nécessairement à relativiser la portée de l'obligation incombant aux pouvoirs publics (2).

1) Une prise en compte unanime de la contrainte financière...

Certainement par souci de réalisme, de nombreux textes de protection des droits de l'Homme soumettent le droit à la protection de la santé à deux contingences, d'une part les capacités propres, physiques notamment, de l'individu¹⁹ et d'autre part les possibilités financières de l'État. Il s'agit donc d'un droit *a priori* conditionné par les ressources étatiques²⁰. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CODESC) admet en conséquence qu'il faille tenir compte de la limitation des ressources disponibles au niveau des États pour apprécier le respect par ces derniers de leurs obligations sanitaires issues du Pacte de 1966²¹.

Et même en l'absence de référence textuelle aux ressources que la réalisation du droit à la protection de la santé exige, il n'est pas rare que le juge les mentionne dans ses décisions, ou tout du moins les intègre dans son raisonnement. Ainsi la Cour européenne a pu mettre en avant un tel aspect financier pour restreindre la portée de sa jurisprudence sanctionnant, au titre de la violation de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CEDH), l'État ayant adopté une mesure d'éloignement à l'encontre d'un étranger très gravement malade. Le risque d'une jurisprudence compréhensive était, selon elle, de faire « peser une charge trop lourde sur les États »²².

¹⁸ Marc BOSSUYT, « La distinction entre droits civils et politiques et droits économiques, sociaux et culturels », *Revue des droits de l'Homme*, 1975, p. 790.

¹⁹ Les formules sont explicites. Ainsi, la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé mais également le Pacte international des droits économiques sociaux et culturels ou la Convention sur les droits de l'enfant, tout comme, au niveau régional, la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples reconnaissent à l'individu « le droit au meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre ».

²⁰ Ainsi, l'article 2§1 du PIDESC stipule que « Les États s'engagent au maximum de leurs ressources pour rendre effectifs les droits économiques, sociaux et culturels ».

²¹ CODESC, Observation générale n° 14, précit., §30.

²² CEDH, Gde ch., 27 mai 2008, N. c. Royaume-Uni, req. n° 26565/05, §44. Pour une critique de la prise en considération de la charge financière, v. François JULIEN-LAFERRIERE, « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », *RTDH*, n° 2009/77, p. 261. V. également Nathalie RUBIO, « L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit au séjour de l'étranger malade », *RDSS*, 2010, p. 265. Ajoutons que lors du récent alignement du juge administratif français sur cette solution européenne (CE Sect., 7 avril 2010, *Ministre de l'Intérieur c. Jabnoun*, n° 301640 et CE

Au niveau national, les exemples sont légions de juges qui prennent en compte le paramètre financier pour relativiser la portée des obligations étatiques. Le juge constitutionnel péruvien affirme par exemple que le comportement de l'État doit être apprécié au regard de ses disponibilités budgétaires²³ et son homologue italien déclare que le droit à la protection de la santé est un droit conditionné dont la réalisation dépend des ressources financières à la disposition du législateur au moment de son intervention²⁴. Quant à l'Inde, sa Cour suprême a développé la théorie des contraintes budgétaires pesant sur l'État pour justifier la réduction des remboursements de frais médicaux des fonctionnaires²⁵. Citons également la jurisprudence sud-africaine qui se fonde sur les ressources publiques disponibles pour conclure qu'un malade dont le prolongement de la vie nécessitait des dialyses ne peut faire valoir un droit d'accès à de tels soins²⁶. En France, la prise en compte du coût de la santé se traduit plus particulièrement par l'admission par le juge de la nécessaire conciliation entre les intérêts sanitaires et la maîtrise des dépenses de santé²⁷. Le Conseil constitutionnel reconnaît que la réalisation du droit à la protection de la santé puisse être tributaire de la volonté du législateur de contenir les dépenses de l'assurance maladie²⁸.

2) qui ne s'apparente toutefois pas à une cause d'exonération des obligations étatiques

Le CODESC a utilement rappelé que le manque de ressources ne permet pas aux États de déroger à leurs obligations fondamentales qui sont, concernant le droit à la protection de la santé, l'accès non discriminatoire aux équipements, produits et services sanitaires, la répartition équitable de ces derniers, l'accès à l'alimentation essentielle ainsi qu'aux moyens élémentaires d'hébergement et

Sect., 7 avril 2010, *Ministre de l'Immigration c. Diallo, épouse Bialy*, n° 316625), l'analyse des implications financières de l'évolution jurisprudentielle engagée n'est certes pas apparue dans l'arrêt, mais figure dans les conclusions du rapporteur public, Matthias GUYOMAR, qui prend soin de préciser qu'il n'y a pas lieu de craindre que la solution proposée « fasse peser sur notre pays une charge trop lourde » en particulier s'agissant des « dépenses supportées par le système social français » (<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/04/20/>). V. Benjamin DEMAGNY, Serge SLAMA, « La prise en compte de l'accès effectif aux soins dans le droit au séjour et l'éloignement des étrangers malades : mieux vaut tard que jamais », *JCP coll. terr.*, 2010, n° 29, p. 43.

²³ Tribunal constitutionnel du Pérou, n° 2016-2004-AA/TC, *José Correa Condori c. Ministerio de Salud*, §32.

²⁴ Italie, C.S., Sent. 55/1990.

²⁵ Inde, C.S., *State of Punjab v. Ram Lubhaya Bagga* (1998), 4 SCC 117-130.

²⁶ Afrique du Sud, Cour const., 27 novembre 1997, *Soobramoney v. Minister of Health*, CCT 32/97.

²⁷ Plus exactement il s'agit de la conciliation entre le droit à la protection de la santé et le principe constitutionnel de l'équilibre financier de la sécurité sociale.

²⁸ Ainsi, le Conseil constitutionnel n'a jamais déclaré inconstitutionnelle une loi mettant en place des dispositifs destinés à contenir les dépenses de l'assurance maladie au motif qu'elle porterait atteinte au droit individuel à la protection de la santé. Au mieux, le juge formule une réserve d'interprétation sur le niveau de prise en charge des dépenses de santé qui ne doit pas être fixé à un niveau tel que l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 qui reconnaît le droit à la protection de la santé soit méconnu (V. par exemple CC, 12 décembre 2002, *Loi de financement de la sécurité sociale*, n° 2002-463 DC, cons. 21).

aux médicaments essentiels et, enfin, l'existence d'une stratégie de santé publique²⁹.

Sur le plan régional, la Commission africaine offre une belle illustration de l'effort de conciliation effectué entre prise en compte des ressources financières et garantie d'un droit dont la réalisation peut s'avérer particulièrement coûteuse. Dans une décision de 2003, tout en tenant compte des ressources limitées des États africains, pour la plupart confrontés, selon ses termes, à une pauvreté qui « les rend incapables de fournir les équipements, infrastructures et ressources qui facilitent la pleine jouissance de ce droit »³⁰, la Commission estime que cette situation n'exonère pas l'État mis en cause de ses engagements issus de la Charte de 1981. Aussi les États ont-ils l'obligation « de prendre des mesures concrètes et sélectives tout en tirant pleinement profit des ressources disponibles ». Elle invite donc les États à ne pas se cacher derrière une situation de pauvreté bien réelle pour négliger la protection due au droit à la protection de la santé et à faire un effort de rationalisation dans l'usage de leurs ressources par hypothèse limitées. Partant, elle constate en l'espèce la violation du droit à la protection de la santé par la Gambie³¹.

Cette considération du coût induit par les mesures sanitaires explique vraisemblablement aussi, du moins en partie, la réserve dont fait preuve le juge dans l'utilisation de ses pouvoirs. Celui-ci se montre réticent à user du moyen à première vue le plus efficace pour pallier l'attentisme des pouvoirs publics, à savoir l'injonction à agir. Les implications financières immédiates de telles décisions interrogent le concept de séparation des pouvoirs auquel le juge paraît donner une signification étendue.

B. L'office du juge, une contrainte intégrée par le juge

On rencontre dans la doctrine une thèse déduisant de la rédaction souvent imprécise des textes consacrant les droits-créances le caractère davantage programmatique que positif de ces derniers. La concrétisation de tels droits exigerait en conséquence impérativement un relais normatif³². Se pose dès lors la question de la réaction possible du juge confronté à une possible passivité des pouvoirs publics dans l'édition de ladite norme. Il ressort de la jurisprudence que le juge ne prononce que rarement des injonctions au débiteur du droit soit qu'il ne puisse le faire, soit qu'il s'y montre défavorable (1). Pour

²⁹ CODESC, Observation générale n° 14, précit., § 43.

³⁰ CADHP, mai 2003, Purohit et Moore c. Gambie, n° 241, 33^{ème} session ordinaire, §84.

³¹ CADHP, mai 2003, Purohit et Moore c. Gambie, précit.

³² Les juridictions mexicaines, Cour constitutionnelle et Tribunaux fédéraux se réfèrent respectivement aux expressions de « droits programmatiques » ou de « normes programmatiques » et évoquent la nécessaire entremise de la loi. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XV, Pleno, enero 2006, p. 6, (Registro número 187926 et *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVII, Tribunales Colegiados, febrero 2003, p. 1156, Registro número 184751. V. sur ce point A. RIVERA, « Exemples de jurisprudences nationales. Le Mexique », consultable sur le site <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=143> .

autant, il ne reste pas sans réponse face à un tel manquement des pouvoirs publics (2).

1) Face à la carence des pouvoirs publics, l'absence d'injonction d'agir...

Deux questions méritent d'être distinguées, celle de l'existence d'un recours et celle de son effectivité.

La première hypothèse envisagée correspond à la situation dans laquelle il n'existe aucun mécanisme permettant de répondre par la voie juridictionnelle à l'inaction des pouvoirs publics. C'est le cas notamment en France où aucune procédure juridique ne permet de contraindre le législateur à intervenir. En effet, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi que d'une loi, ce qui exclut le cas où le législateur – l'un des débiteurs privilégiés du droit à la protection de la santé en vertu du texte constitutionnel – s'abstiendrait de prendre des mesures destinées à assurer cette protection. Cette affirmation sans être inexacte peut néanmoins être nuancée par la pratique des réserves d'interprétation par lesquelles le juge constitutionnel adresse au législateur des recommandations, pratique qui pallie quelque peu l'absence de recours en carence³³.

Dans la seconde hypothèse considérée, le mécanisme juridictionnel existe mais n'est pas mis en œuvre révélant une certaine frilosité du juge à enjoindre aux pouvoirs publics d'agir comme ils en ont pourtant l'obligation constitutionnelle. C'est cette situation qu'illustre de nouveau la jurisprudence française, cette fois administrative qui, malgré l'existence de procédures d'urgence permettant au juge d'utiliser les injonctions, se refuse d'apporter par cette voie sa pierre à l'édifice de l'effectivité du droit à la protection de la santé. Saisi dans le cadre d'un référé liberté, le Conseil d'État a dénié la qualification de liberté fondamentale au droit individuel à la protection de la santé et a conséquemment refusé d'enjoindre à l'administration de changer un détenu de cellule pour lui éviter l'exposition aux risques du tabagisme passif³⁴. Le terme « frilosité » est employé à dessein, la volonté du juge de ne pas s'immiscer ne serait-ce qu'indirectement dans la question sociale transparaissant nettement dans le raisonnement juridiquement discutable qu'il a pu tenir dans cette affaire. Par son refus de faire du droit à la protection de la santé une liberté fondamentale, le juge se détourne de la lettre du texte qui consacre le droit de chacun à la santé, considérant que seul le principe de santé publique a valeur constitutionnelle. Le fait de s'éloigner aussi ostensiblement du sens de la loi fondamentale ne peut qu'être intentionnel.

Le cas de la Colombie mérite une attention particulière. Sa vision de la séparation des pouvoirs et du rôle du juge présente une réelle originalité très favorable à la garantie des droits sociaux. La Cour constitutionnelle estime en effet que le juge est un véritable contre-pouvoir devant pallier l'éventuelle

³³ Laurence GAY, *Les « droits créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 183.

³⁴ CE, ord., 8 septembre 2005, Garde des Sceaux c. Bunel.

défaillance du législateur³⁵. Appliquée au droit à la protection de la santé, cette conception a permis au juge constitutionnel de demander aux autorités publiques de garantir de façon effective le droit à la protection de la santé des personnes exerçant la prostitution³⁶.

Malgré ces limites imposées au juge ou posées par lui, l'inaction des pouvoirs publics au mépris de leurs obligations sanitaires, ne reste pas sans réponse juridique.

2) ... mais l'existence de sanctions

Si, confrontés à la passivité des décideurs publics, les juges se trouvent relativement démunis, conformément à une certaine acception de la séparation des pouvoirs, ils sont néanmoins en capacité de sanctionner le manquement des autorités étatiques aux obligations sanitaires leur incombant. Partant, la Commission africaine a constaté la violation de l'article 16 de la Charte de 1981 par le Nigeria du fait d'un certain nombre de carences de sa part concernant l'encadrement de l'activité de compagnies pétrolières. Lui étaient en particulier reprochés le défaut de surveillance, l'absence d'exigence d'études d'impact et l'absence d'information des populations exposées aux risques sanitaires résultant du fonctionnement d'une telle industrie³⁷.

En France la responsabilité de l'État a pu être engagée pour carence fautive de l'État du fait de l'absence de mesures prises en vue de protéger la santé des travailleurs exposés aux poussières d'amiante³⁸. La faute de l'État était en l'espèce double : elle concernait d'une part l'absence - à partir de 1977, date où le risque pour la santé d'une telle exposition est connu - de mesures de protection efficaces pour les personnes travaillant au contact de l'amiante et d'autre part le défaut d'engagement avant 1995 d'études afin de déterminer plus précisément les dangers.

On peut conclure de cette rapide présentation que, concernant le droit à la protection de la santé, c'est une simple obligation de moyens qui pèse sur les pouvoirs publics. Ceux-ci ne peuvent se voir imposer d'obligation en termes de résultats sanitaires³⁹. Ils sont en revanche tenus d'agir en faveur de la santé individuelle, ce qui correspond à l'obligation de mise en œuvre, dernière

³⁵ Colombie, Cour const., 5 juin 1992, Sent. T-406/92.

³⁶ Colombie, Cour const., 13 août 2010, Lais c. Pademo, Sent. T-629/10.

³⁷ CADHP, n° 155/96, 30^e session, octobre 2001, Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria, 15^e rapport, §53.

³⁸ CE Ass., 3 mars 2004, Ministre de l'Emploi et de la solidarité c. consorts B, consorts B, consorts T et consorts X, n° 241150, n° 241151, n° 241152 et n° 241153.

³⁹ Cette affirmation doit être nuancée. Le Comité européen des droits sociaux chargé de veiller au respect de la Charte sociale européenne a, dans une décision de 2009, tenu un raisonnement assez original brouillant quelque peu la frontière entre obligation de résultat et obligation de moyens. Il y lie la marge d'appréciation laissée aux États Parties quant au choix des moyens destinés à rendre effectif le droit à la protection de la santé à l'obtention de résultats en matière sanitaire (CEDS, 30 mars 2009, Interights c. Croatie, récl. n° 45/2007, § 59). Cela signifie-t-il a contrario que les experts pourraient déduire un manquement de l'État de l'obtention de résultats décevants sur le plan sanitaire ?

composante du triptyque relatif aux obligations internationales étatiques en matière de droits de l'Homme : respect, protection et mise en œuvre. D'ailleurs le respect de cette obligation est sanctionné. Certes, le juge délaisse la prescription d'action qui apparaîtrait comme le moyen le plus efficace de remédier à la passivité des acteurs publics, mais ne se trouve pas pour autant démunie, n'hésitant pas à condamner l'État défaillant. Si l'on peut douter que l'exigence d'un engagement positif de l'État en leur faveur soit un trait propre aux droits sociaux, entravant leur protection juridictionnelle, il est manifeste qu'un certain nombre de spécificités du droit à la protection de la santé favorise au contraire sa justiciabilité.

II. Une justiciabilité portée par les spécificités du droit à la protection de la santé

Parce qu'il présente des caractéristiques propres, le droit à la protection de la santé bénéficie d'une garantie juridictionnelle relativement conséquente. Le caractère protéiforme de ce droit explique que sa justiciabilité soit fluctuante au-delà des seules différences tenant aux systèmes juridiques en cause. Certaines de ses dimensions sont en effet plus particulièrement protégées par les juges. Ainsi les liens qu'il peut entretenir avec le droit à la vie lui permettent d'être garanti par les mécanismes traditionnellement utilisés au profit des droits dits libertés et destinés en l'occurrence à défendre la santé de l'individu contre une éventuelle immixtion de l'État (A). La dimension collective de ce droit, la santé publique, est une autre source de justiciabilité essentiellement dans des systèmes juridiques *a priori* étrangers à la protection des droits de l'Homme ou du moins à celle des droits sociaux, et participe ainsi de manière indirecte à la promotion de la santé individuelle (B).

A. Le droit à la vie, un droit civil et politique au soutien du droit à la protection de la santé

Le « respect du droit à la vie, peut être considéré (...) comme le stade ultime du droit à la santé »⁴⁰. C'est en ces termes que Bertrand Mathieu formule le lien indiscutablement très étroit existant entre droit à la vie, archétype des droits civils et politiques et à ce titre inscrit solennellement dans les textes, et le droit à la protection de la santé⁴¹. Cette proximité n'échappe pas aux juges qui peuvent trouver dans le droit à la vie le fondement d'un droit à la protection de

⁴⁰ Bertrand MATHIEU, « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998 », Cahiers constitutionnels, 1999, n° 6, p. 89.

⁴¹ Il ouvre généralement la salve des droits successivement consacrés. Ainsi en est-il dans le Pacte international des droits civils et politiques de 1966 dont l'article 6§1 stipule que « le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie », mais également de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme qui s'ouvre sur un article 2 consacré au droit à la vie, de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples (article 4) ou de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme (article 4).

la santé (1) et dans d'autres contextes le motif d'un renforcement de la garantie offerte à ce droit (2).

1) Le lien fréquemment établi par le juge entre droit à la vie et droit à la protection de la santé

Le droit à la vie apparaît comme une source de la protection de la santé dans les systèmes de protection des droits de l'Homme dont les textes n'énoncent pas un tel droit. Ainsi la Cour européenne a-t-elle pu grâce à une jurisprudence constructive protéger la santé par ricochet, notamment sur le fondement de l'article 2 de la Convention relatif au droit à la vie. Les juges de Strasbourg ont su déduire de cette disposition conventionnelle une obligation générale pour l'État de prendre des mesures nécessaires à la protection de la vie dans la sphère sanitaire. La Cour a ainsi eu l'occasion d'affirmer l'obligation générale de l'État de protéger la vie contre les risques de maladies⁴² ou celle de mettre en place une politique de santé publique assurant un haut niveau de compétence des professionnels de santé afin de garantir la vie des patients⁴³. De même, elle a énoncé l'obligation positive de l'État de mettre en place « un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie de leurs malades »⁴⁴.

Le détour par le droit à la vie permet avant tout au juge de protéger la santé des individus d'éventuelles atteintes de la part de l'État ou des tiers. Mais ces quelques exemples illustrent que ce ne sont pas les seules obligations de respecter et de protéger qui sont visées. Des obligations positives sont, sur ce fondement de l'article 2 de la Convention, également mises à la charge de l'État. C'est donc un spectre très large du droit à la protection de la santé qui est couvert par le biais du droit à la vie.

Quand ce n'est pas sous l'angle de son existence que le droit à la protection de la santé tire profit de l'appui du droit à la vie c'est du point de vue de ses garanties.

2) Les garanties du droit à la protection de la santé au titre du droit à la vie

Un tel lien renforce l'intérêt que le juge porte au droit à la protection de la santé. Plusieurs cours offrent une protection accrue à ce qu'elles estiment être le noyau dur du droit à la protection de la santé parce que étroitement lié au droit à la vie. Selon le juge constitutionnel péruvien, le droit à la santé devient « fondamental » précisément du fait de la relation qu'il entretient avec le droit à la vie⁴⁵. Plus généralement, dans le système interaméricain, la Commission a pu

⁴² CEDH, 1^{er} mars 2001, Berktaç c. Turquie, req. n° 22493/93, §154.

⁴³ CEDH, 4 mai 2000, Powell c. Royaume-Uni, req. n° 45305/99.

⁴⁴ CEDH, 17 janvier 2002, Calvelli et Ciglio c. Italie, req. n° 32967/96, §49.

⁴⁵ Tribunal constitutionnel, José Correa Condori c. Ministerio de Salud, n° 2016-2004-AA/TC. La relation entre santé et vie est ainsi précisée : elle est « indissoluble car la présence d'une maladie

différencier les obligations de l'État en faveur de la santé : généralement progressive l'obligation de réalisation de ce droit devient immédiate lorsque des risques graves ou imminents menacent la vie des personnes⁴⁶. C'est donc le droit à la vie qui explique qu'un noyau dur du droit à la santé soit mieux garanti. De ce point de vue le cas colombien est particulièrement éclairant sur les effets de cette proximité. Alors que le juge constitutionnel n'admet pas de façon générale la justiciabilité des droits dits de deuxième génération, il reconnaît que les droits sociaux peuvent être protégés du fait de leur connexité avec des droits considérés comme fondamentaux. La Cour constitutionnelle colombienne a ainsi jugé que le droit à la santé qui, en principe, n'a pas la qualité de droit fondamental, acquiert ce statut lorsque le défaut de prestation de soins aurait pour effet de mettre en péril la vie de l'individu⁴⁷. Il en va de même en Allemagne où c'est l'importance du droit à la vie qui conduit la Cour de Karlsruhe à conclure à la violation de la loi fondamentale du fait du refus opposé à un assuré social de rembourser ses soins médicaux auto prescrits pour traiter sa maladie mortelle et pour laquelle aucun moyen de traitement conventionnel n'était disponible⁴⁸.

Le droit à la protection de la santé est donc mieux garanti quand les atteintes qui lui sont portées constituent une menace pour la vie des personnes. Il aurait en conséquence une portée variable selon les composantes en jeu. Mais il est alors intéressant de relever que, dans l'hypothèse où ce qu'il est convenu de nommer le noyau dur du droit à la santé est concerné, la protection de celui-ci est étendue, ne couvrant pas uniquement les obligations négatives de l'État. Comme l'illustre la jurisprudence allemande, il y a là une forme de créance qui naît, un droit pour l'individu d'obtenir des soins.

Si le droit individuel à la protection de la santé paraît jouir d'un statut juridictionnel relativement privilégié, c'est aussi parce qu'il bénéficie des garanties accordées à la santé publique.

B. La santé publique, un intérêt collectif au soutien de la santé individuelle

La santé de la collectivité a été historiquement la première recherchée, avant même que l'individu ne soit envisagé comme le titulaire de droits. La dépendance de l'État à l'égard de sa population tant pour des raisons économiques que militaires imposait que celui-là se préoccupe de la santé de ses sujets. Avant donc d'être envisagée comme un droit, la santé fut perçue comme un impératif social. Devenue une composante de l'ordre public, la santé publique a donc justifié des restrictions aux droits fondamentaux, entre-temps reconnus,

ou d'une pathologie peut conduire à la mort ou en tout cas peut contribuer à l'empirement de la qualité de la vie », §27.

⁴⁶ CADHP, 7 mars 2005, Luis Rolando Cuscul Piraval y otras persona afectadas por le VIH/SISA c. Guatemala, rapport d'admissibilité.

⁴⁷ Colombie, Cour const., SU-819/99.

⁴⁸ All., Cour const., BVerfG, 6 déc. 2005, 1 BvR 347/98.

et aux activités privées. Elle occupe encore une telle fonction dans un certain nombre de systèmes juridiques contemporains (2). Mais la pérennité de la santé publique dans le droit positif offre, par delà les risques qu'elle fait peser sur les droits et libertés individuels, une autre voie que le juge peut emprunter pour protéger la santé individuelle et garantir indirectement le droit à la protection de la santé (1).

1) La dimension collective de la santé reconnue

Une telle dimension figure dans certains textes à l'image de la Constitution italienne qui dispose que « La République protège la santé en tant que droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité. Elle assure les soins gratuits aux indigents »⁴⁹. Si la reprise par le juge constitutionnel italien de cette double acception de la protection de la santé⁵⁰ relève de l'évidence, elle se fait au moyen d'un effort interprétatif plus conséquent chez son homologue hexagonal. Le juge constitutionnel français a déduit de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 qui reconnaît sous la forme d'une obligation de l'État le droit de chacun à voir sa santé protégée, le principe constitutionnel de protection de la santé publique⁵¹. A partir d'une source unique, le Conseil constitutionnel a découvert deux normes distinctes, le droit individuel à la protection de la santé et le principe constitutionnel de protection de la santé publique. Dans cette démarche constructive il a été suivi et même dépassé par le juge administratif qui, comme nous avons eu l'occasion de le souligner, a retenu cette seule dimension collective au détriment du droit individuel. Cette tendance du juge français à insérer la santé dans une perspective collective, si elle n'est pas sans intérêt pour le droit individuel - l'individu bénéficiant des mesures sanitaires dont la collectivité est le premier destinataire - emporte néanmoins une réorientation de la fonction du droit. La santé publique est alors envisagée dans la jurisprudence comme un possible motif de restriction de l'exercice des droits individuels. Pour s'en tenir aux exemples internes, la santé publique a ainsi pu justifier des limites apportées au droit de grève⁵², au droit de propriété, à la liberté d'entreprendre⁵³ ou encore au droit des marques⁵⁴.

L'intérêt du détour par la santé publique est de permettre une protection de la santé individuelle et donc de contribuer à l'effectivité du droit à la santé au sein de systèmes juridiques peu ouverts à la problématique de la protection des droits de l'Homme ou du moins à celle des droits dits sociaux.

⁴⁹ Article 32 de la Constitution italienne.

⁵⁰ Italie, Cour const., Sent. 118, 18 avril 1996.

⁵¹ CC, 8 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, n° 90-283DC.

⁵² CC, 22 juillet 1980, Matières nucléaires, n° 80-117DC.

⁵³ CC, 8 janvier 1991, précit.

⁵⁴ C. Cass., Civ. 2^e 19 octobre 2006.

2) La santé publique protégée

Dans les instruments de protection des droits de l'Homme dédiés aux droits civils et politiques, la santé publique figure au titre des motifs de dérogations aux droits consacrés. Il en est ainsi de plusieurs articles de la CEDH : l'article 8 sur le droit au respect de la vie privée et familiale, l'article 9 sur la liberté religieuse⁵⁵, l'article 10 relatif à la liberté d'expression ou encore l'article 11 portant sur la liberté de réunion. Des arrêts ont été rendus démontrant que le juge n'hésite pas, au terme d'un contrôle étroit, à faire primer les intérêts sanitaires, certes collectifs, sur ces droits civils individuels. Ainsi, dans deux arrêts la Cour européenne a rejeté les requêtes des propriétaires et directeurs de publication de magazines condamnés en France pour le délit de publicité indirecte en faveur du tabac⁵⁶. La mise « en balance des exigences de la protection de la santé publique avec la liberté d'expression » est réalisée au profit de la première, le juge affirmant que « des considérations primordiales de santé publique, sur lesquelles l'État et l'Union européenne ont d'ailleurs légiféré, peuvent primer sur des impératifs économiques, et même sur certains droits fondamentaux comme la liberté d'expression ». Par le biais de la santé publique les intérêts sanitaires sont susceptibles de prévaloir sur des droits dits libertés, tels que la liberté d'expression devant la Cour européenne ou le droit de propriété devant le Conseil constitutionnel, les fameux droits de la première génération, à propos desquels la tendance de la doctrine est de déduire de leur primauté historique une supériorité juridique.

Au sein des organisations internationales et régionales économiques quelque peu étrangères à la problématique des droits de l'Homme, la santé publique est une voie d'entrée de considérations humanistes. Aussi bien dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce que dans celui de l'Union européenne, il est admis que la santé publique puisse constituer un motif de restriction de la liberté des échanges que ces organisations ont pourtant précisément pour objet de promouvoir. Les textes établissent ainsi des réserves de santé publique⁵⁷ autorisant les États, sous le contrôle du juge, à faire obstacle aux échanges commerciaux à des fins sanitaires. Les visées protectionnistes pouvant s'ajouter aux objectifs sanitaires, le juge⁵⁸ contrôle étroitement ces exceptions au principe du libre-échange. Étant des dérogations, de telles mesures étatiques sont soumises à des conditions précises strictement appréciées par les organes juridictionnels. C'est pourquoi peu d'entre elles

⁵⁵ ComEDH 15 janvier 1998, *Boffa c. Saint-Marin*, req. n° 26536/95.

⁵⁶ CEDH, 5 mars 2009, *Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c. France*, req. n° 13353/05 et CEDH, 5 mars 2009, *Société de Conception de Presse et d'Édition et Ponson c. France*, req. n° 26935/05.

⁵⁷ Article XXb du GATT et articles 36, 45-3 et 62 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁵⁸ Sur la question de savoir si l'Organe de règlement des différends de l'OMC est un juge, voir Carlos SANTULLI, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », *AFDI*, 2000, p. 58 ; Hélène RUIZ-FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, n° 1, 2006, p. 39.

passent l'étape du contrôle juridictionnel. Le but de santé publique poursuivi doit être démontré⁵⁹, avant que la mesure adoptée soit soumise au contrôle de proportionnalité au cours duquel une mise en balance des intérêts sanitaires et commerciaux est effectuée⁶⁰. Plus précisément, ce contrôle consiste pour le juge tout à la fois à vérifier l'efficacité sur le plan sanitaire de l'action nationale entreprise et à apprécier son caractère strictement nécessaire au but poursuivi. Dans ce dernier aspect du contrôle le juge vérifie qu'il n'existait pas de mesures alternatives qui, pour une efficacité similaire, auraient été moins attentatoires à la liberté des échanges commerciaux. Au-delà de la réalité de la mise en balance relativement peu favorable aux enjeux sanitaires, l'existence même de telles réserves au sein d'instruments de protection des libertés économiques témoigne de la place très privilégiée qu'occupe la santé dans la société juridique contemporaine. Certainement par les liens qu'elle entretient avec la vie, la santé est perçue comme une valeur ne devant pas être totalement soumise aux aléas du marché mondial. De ce fait le droit à la protection de la santé n'est peut-être pas un droit social comme les autres.

Conclusion

Au terme de cette étude du droit à la protection de la santé, menée dans une perspective comparatiste, on pourrait être tenté, par une sorte de raisonnement inductif, de généraliser à l'ensemble de la catégorie d'appartenance dudit droit - celle des droits sociaux - les conclusions obtenues à son propos. Toutefois, les enseignements qui peuvent en être tirés concernant la justiciabilité ou non justiciabilité des autres droits sociaux doivent être mesurés. En effet, si le caractère de créance n'apparaît pas, contrairement à la présentation qu'en fait traditionnellement la doctrine, comme un obstacle à sa justiciabilité, il n'en reste pas moins vrai que le droit à la protection de la santé présente un certain nombre de caractéristiques propres imposant la prudence dans la généralisation indifférenciée des conclusions obtenues sur sa justiciabilité. Gardons-nous donc de faire de ce droit un modèle ; contentons-nous d'y voir une manifestation de l'éventail des opportunités qui s'offrent au juge dans sa contribution à la promotion de l'effectivité d'un droit.

⁵⁹ La finalité sanitaire de l'initiative française a été admise à propos de l'interdiction des importations d'amiante, dans la mesure où elle visait à éviter les risques de cancer du poumon, et de mésothéliome, « but non contestable au vu de la masse des données allant dans ce sens », Communautés européennes – Mesure affectant l'amiante et les produits en contenant, WT/DS135/R18, septembre 2000. Le juge de l'Union européenne fait preuve d'une certaine souplesse en n'exigeant pas de certitude scientifique : « dans la mesure où des incertitudes subsistent en l'état actuel de la recherche scientifique, il appartient aux États (...) de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et la vie des personnes (...). Etant donné les incertitudes inhérentes à l'appréciation scientifique, une réglementation nationale interdisant, sauf autorisation préalable, la commercialisation des denrées (...) est dans son principe justifiée, au sens de l'article 36 du traité, pour des raisons de protection de la santé humaine », CJCE, 14 juillet 1983, Sandoz, aff. 174/82, Rec., p. 2445, points 16, 17.

⁶⁰ Pour une illustration de cette proportionnalité, voir CJCE, 25 juillet 1991, Aragonesa, aff. jointes C-1 et 176/90, Rec. I, p. 4151, point 18.

Le droit à la protection de la santé vient en effet utilement rappeler que la justiciabilité dépend, plus que d'une prétendue nature des droits, de l'exploitation par cet acteur qu'est le juge des potentialités offertes par le système juridique auquel il appartient.

SECTION 2 -

LE JUGE ET LE DROIT AU MINIMUM.

LES AMBIGUÏTÉS DU DROIT À DES CONDITIONS MINIMALES D'EXISTENCE EN DROIT COMPARÉ,

CÉLINE FERCOT

*« Human rights should not serve only those with
a full stomach; every person must have a full
stomach so that he can enjoy human rights in
practice and not merely in theory ».*

Yitzhak ZAMIR, juge à la Cour suprême israélienne

Conterm Ltd v. Minister of Finance [30],
HCJ 164/97, p. 340

A l'heure où la lutte contre l'exclusion sociale tend à être érigée au rang de priorité nationale, un échec est souvent dénoncé : les mécanismes traditionnels de protection sociale ne parviendraient plus à s'adapter aux mutations économiques et à limiter l'accroissement des inégalités, ainsi que la marginalisation d'une partie consistante de la population. Face à une pauvreté non plus *relative*, mais *absolue*¹, des solutions très diverses sont alors proposées afin de prendre en charge les cas dans lesquels « les coûts du statut humain de la vie ne sont pas satisfaits »².

La pauvreté, si tant est qu'elle soit définissable, apparaît comme « la condition dans laquelle se trouve un être humain qui est privé *de manière durable ou chronique* des ressources, des moyens, des choix, de la sécurité et du pouvoir nécessaires pour jouir d'un *niveau de vie suffisant* et [de ses] droits civils, culturels, économiques, politiques *et sociaux* »³. Située à un seuil supérieur, l'extrême pauvreté peut être décelée lorsque ce manque de jouissance pleine et effective des éléments constitutifs d'un niveau de vie suffisant non

La présente communication s'accompagne d'une page internet comportant diverses ressources relatives au thème traité [<http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=170>].

¹ La pauvreté absolue est liée à un seuil biologique en dessous duquel les besoins physiques et sociaux vitaux de l'être humain ne sont pas assurés. En revanche la pauvreté relative se conçoit par rapport au niveau de vie moyen de la population d'un pays. Elle a pour principal objectif de permettre à l'individu, non seulement de subsister, mais de subsister décemment.

² François FERROUX, *Le pain et la parole*, Ed. du CERF, 1968, p. 116.

³ Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, 4 mai 2001, E/C.12/2001/10 ; id., *La pauvreté et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 9 mai 2001, § 8, nous soulignons.

seulement affecte l'existence même de la personne, mais également devient constant et persistant⁴.

Nombreux sont les textes qui mentionnent la nécessité de satisfaire les besoins élémentaires de l'individu. Au niveau international, tant l'article 25 alinéa 1 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme que l'article 11 alinéa 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels font référence au droit à un niveau de vie *suffisant* ou *décent*⁵. Parallèlement, quelques Constitutions mentionnent un droit à des conditions minimales d'existence⁶. Même aux Etats-Unis, certains Etats ont décidé, très tôt, d'adopter dans leurs Constitutions des dispositions relatives à la pauvreté⁷. Est ainsi évoquée, ici et là, l'idée de bâtir un « bouclier social » en faveur des plus démunis, afin de les préserver de la grande pauvreté.

Face à un tel défi, certains économistes, sociologues et philosophes, mais également juristes proposent régulièrement, afin d'assurer la « couverture du coût de l'Homme »⁸, un mécanisme destiné à attribuer à chacun un pécule minimum lui permettant de parer aux situations d'urgence, c'est-à-dire de satisfaire ses besoins fondamentaux, au sens de « vitaux »⁹. Mais cette démarche, envisagée sous un strict aspect monétaire, s'avère très insuffisante. Abordant ce droit au minimum sous un angle matériel, les droits allemand, suisse, indien, sud-africain ou encore colombien, pour l'essentiel, optent pour les dénominations les plus diverses, faisant référence à un droit à la survie, à un niveau de vie suffisant, ou décent, au minimum vital, ou encore aux « nécessités fondamentales » (*right to basic necessities*)¹⁰. Quels que soient les termes employés, l'objectif est de constituer, ou de reconstituer un « filet de sécurité »¹¹, une protection ultime destinée à permettre la survie des plus démunis et à assurer à l'individu des conditions *minimales* d'existence.

Le Comité des Ministres, au nom du Conseil de l'Europe, rappelait en 2000 que « le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires devrait être justiciable, toute personne en situation d'extrême précarité devant pouvoir l'invoquer directement devant les autorités et le cas échéant devant les

⁴ V. E/CN.4/Sub.2/1996/13, Rapport final sur les droits de l'Homme et l'extrême pauvreté présenté par le Rapporteur spécial, Leandro DESPOUY, 28 juin 1996, Annexe III.

⁵ V. le texte de ces dispositions reporté dans un document annexe [http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/rapport_final/droit_conditions_minimales_existence/annexes.pdf].

⁶ V. tableau en annexe (*Ibid.*).

⁷ L'art. XVII § 1 C. new yorkaise fait ici figure de modèle. A ce sujet, v. notamment Helen HERSHKOFF, « Welfare Devolution and State Constitutions », Essay, Fordham L. Rev., 1999, vol. 67, p. 1410 et s.

⁸ *Ibid.*

⁹ Proposée dès la fin du XVIII^{ème} siècle par Thomas PAINE, l'idée a longtemps été considérée comme utopique. Elle est aujourd'hui défendue par des économistes, des spécialistes des sciences sociales, des philosophes, ou encore des juristes, qui forment un très vaste spectre de pensée.

¹⁰ On retrouve également les dénominations suivantes : droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse ; droit fondamental au minimum vital ; droit à des moyens d'existence ; droit à des conditions minimales d'existence ; droit à des conditions générales d'existence.

¹¹ V. Jennifer L. ERKULWATER, *Disability Rights And the American Social Safety Net*, Cornell University Press, 2006.

tribunaux »¹². Ce droit est-il pour autant susceptible d'être imposé par le juge à la puissance publique ? Loin d'appeler une réponse simple, le droit à des conditions minimales d'existence comporte son lot d'ambiguïtés. Son contenu multidimensionnel (I) et ses fondements diversifiés (II) apportent ainsi à la question posée une réponse incertaine.

I. Une justiciabilité confrontée au contenu multidimensionnel du droit à des conditions minimales d'existence

Le contenu du droit à des conditions minimales d'existence apparaît d'entrée de jeu multiple. Parfois présenté comme le premier des droits sociaux, il possède de nombreuses facettes complémentaires (A). Pour cette raison, il est généralement conçu de manière non autonome (B).

A. Le droit à des conditions minimales d'existence : le premier des droits sociaux

Le droit à des conditions minimales d'existence correspond à un « noyau dur », à un socle fondamental surplombant les divers panels reconnus de droits sociaux. Il peut toutefois se lire à deux niveaux. Conçu *a minima*, comme un droit à la sécurité matérielle (1), il devient, entendu *a maxima*, un véritable droit au développement en faveur de l'individu (2).

1) Une conception *a minima* : un droit à la sécurité matérielle

La notion de « conditions minimales d'existence » renvoie en premier lieu à la nécessité de garantir un *droit à une subsistance*, autrement dit un droit de survivre. L'objectif est de prendre en compte des moyens d'existence non pas *convenables* mais *minima*, articulés au premier chef autour du fonctionnement biologique du corps humain. Le droit au minimum comprend alors le droit de se procurer de la nourriture, un toit et des vêtements. Ainsi, le Tribunal fédéral suisse a considéré, dans une importante décision de 1995, que la satisfaction des besoins élémentaires de la personne humaine, tels que se nourrir, se vêtir, et disposer d'un abri¹³, représentait la condition même de l'existence humaine et du développement de la personne¹⁴. De même, dans une décision *Pashim Banga* de

¹² Recommandation n° R-2000 3 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité, 19 janvier 2000, Principe 3.

¹³ La doctrine ajoute parfois l'aide en cas de maladie et d'accident (voir Jörg-Paul MÜLLER, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, Bern, Stämpfli, 1991, p. 40). On pourrait également envisager un droit à un minimum gratuit en matière de consommation d'énergie, de soins de santé, d'habitat, voire de participation à la vie culturelle.

¹⁴ « Le droit à des conditions minimales d'existence est un droit social. Il l'est d'abord parce que son but est indiscutablement social et parce que la responsabilité de l'Etat qui en découle l'est aussi : garantir à toute personne la satisfaction des besoins humains élémentaires en nourriture, habillement, logement et soins médicaux de base. S'il est vrai qu'un droit est social à partir du moment où il vient en aide aux personnes appartenant aux couches les plus défavorisées de la population, le droit à des conditions minimales d'existence mérite cet adjectif, car il est censé

1996, la Cour suprême indienne a rappelé que « les besoins de l'être humain [étaient] traditionnellement portés au nombre de trois : alimentation, nourriture et abri »¹⁵. Allant dans le même sens, la Cour suprême israélienne a rappelé, dans une multitude de décisions, qu'elle reconnaissait le droit à la subsistance¹⁶, évoquant à l'occasion un « filet de protection » ou encore un « bouclier » destiné à couvrir les besoins *minima* de l'individu¹⁷. A ce triptyque censé assurer la survie de l'individu, le Comité des Ministres ajoute également les soins médicaux de base¹⁸.

A ce stade, la principale difficulté concerne l'identification plus précise des besoins de l'individu. Premier élément : le droit à l'alimentation¹⁹, auquel est parfois associé le droit à l'eau²⁰. Celui-ci, loin d'être synonyme d'un simple accès à une nourriture, se rapporte à l'accès à une « nourriture quantitativement et qualitativement adéquate et suffisante ». A ce premier besoin essentiel vient s'ajouter le droit de pouvoir se vêtir. Souvent oublié, celui-ci représente pourtant un élément essentiel du droit général de chacun à un niveau de vie adéquat : sa non satisfaction entraîne *de facto* la mise à l'écart des plus démunis. Par ailleurs, le droit au logement, plus classique, est parfois associé au droit à un abri (*right to shelter*). Le droit à la santé, enfin, met quant à lui en évidence l'accès de tous aux services médicaux légaux et à des soins suffisants²¹. Ainsi, dans une décision de mars 1996, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples évoque un « standard minimum de santé », qui comprend un accès

bénéficier aux personnes sans domicile fixe, aux chômeurs en fin de droits et aux autres exclus de notre société, comme les requérants d'asile déboutés, respectivement les réfugiés déchus » (Suisse, Trib. Féd., ATF 121, I, 367 [371, 373], texte traduit en français in : Andreas AUER et al. (dir.), Droit constitutionnel suisse, Bern, Stämpfli, 2006, § 1521, pp. 680-681). V. également Suisse, Trib. Féd., ATF 122, II, 193. Il est ici intéressant de remarquer que le Tribunal fédéral suisse s'est directement inspiré des travaux de la doctrine (v. Jörg-Paul MÜLLER, « Soziale Grundrechte in der Verfassung ? », Revue de droit suisse, 1973, II, pp. 896-899).

¹⁵ Inde, C.S., 1996, Paschim Banga Khet Majoor Samity v. State of West Bengal, 4 SCC 37. V. également Inde, C.S., 1990, Shantistar Builders v. Narayan Khimalal Tatome and Others, AIR SC 630.

¹⁶ V. Israël, C.S., Gamzu v. Yeshayahu, LCA 4905/98, IsrSC 55(3) 360, pp. 375-376 ; Yehuda v. Teshuva, LCA 5368/01, p. 22. V. également Israël, C.S., Shezifi v. National Labour Court, HCJ 3512/04 (« The Basic Law includes the right to dignity, and this includes the right to basic human subsistence, so that the employee should not be dependent on welfare »). V. également les autres décisions citées in : Israël, C.S., 2005, Commitment to Peace and Social Justice Society and others, HCJ 366/03, § 15, p. 125.

¹⁷ V. Israël, C.S., Commitment to Peace and Social Justice Society and others, *Ibid.*, § 16, pp. 126-127.

¹⁸ V. Recommandation n° R-2000 3 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité, 19 janvier 2000, Principe 2. Dans le même sens, Observation générale n° 3 du Comité des DESC, § 10. V. également art. 27 C. Sud-africaine. Allant dans le même sens, Henry SHUE souligne : « What is subsistence? "[U]npolluted air, unpolluted water, adequate food, adequate clothing, adequate shelter, and minimal preventive public health care. [...] [A] decent chance at a reasonably healthy and active life of more or less normal length, barring tragic interventions" » (Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy, 2^{ème} éd., Princeton University Press, 1996, p. 23).

¹⁹ V. *infra*, communication de Carole NIVARD.

²⁰ L'art. 27 al. 1 b dispose : « Everyone has the right to have access to [...] sufficient food and water ».

²¹ V. *supra*, communication de Tatiana GRÜNDLER.

à de l'eau potable et à de l'électricité ainsi qu'à des médicaments de base²². De même, en Suisse, la Cour de droit public du canton de Vaud, par exemple, rappelle régulièrement le caractère fondamental du droit aux soins médicaux essentiels et à l'assistance médicale nécessaire devant la souffrance²³. Cependant, si, dans cette perspective, le droit à des conditions minimales d'existence s'apparente au premier regard à un *droit à la survie*, il peut recevoir une interprétation plus extensive.

2) Une conception *a maxima* : un droit au développement personnel

Le Comité des Nations Unies sur les droits économiques, sociaux et culturels considère que les droits émanant de l'article 11 alinéa 1 du PIDESC ne se limitent pas à la nourriture, à l'habillement et au logement. Dans son Observation générale n° 15, il déclare par exemple que le droit à l'eau est classé dans la catégorie des garanties essentielles à l'assurance d'un niveau de vie *décent*²⁴. Plus précisément, selon l'expert indépendant du Conseil des droits de l'Homme chargé des questions d'extrême pauvreté, M. Arjun SENGUPTA, cette dernière renvoie à un ensemble de facteurs, d'ordre monétaire, humain mais également social²⁵. Or, cette dernière dimension du droit au minimum ne doit pas être occultée. La marginalisation sociale des individus les plus démunis peut en effet être à la fois une cause et une conséquence de l'extrême pauvreté qu'ils subissent. Elle rappelle ainsi que la précarité ne saurait se mesurer uniquement en termes de ressources économiques⁶.

In fine, c'est dans tous ces domaines que le droit à des conditions minimales d'existence apparaît comme un droit à la subsistance pour tous ceux qui ne peuvent se procurer eux-mêmes les moyens permettant de s'assurer une vie décente. Partant, loin de se résumer à un droit à la survie, le droit à des conditions minimales d'existence est parfois défini comme un droit à un niveau de vie décent, c'est-à-dire convenable, ou encore acceptable. D'un besoin de protection *physique*, essentiel et premier, on passe alors à un besoin de protection *sociale* : l'individu est désormais envisagé en tant qu'être social, qui a besoin non seulement d'eau et de nourriture, mais également de relations sociales pour se développer²⁶. L'impératif de protection contre les conséquences dégradantes et avilissantes de la pauvreté est alors souvent mis en relation avec la dignité de l'être humain. Envisagé à long terme, le droit au minimum vise alors à conférer à l'individu souffrant d'extrême pauvreté une certaine

²² CADHP, mars 1996, Communications 25/89, 47/90, 56/91, 100/93 : Free Legal Assistance Group, Lawyers' Committee for Human Rights, Union Interafricaine des Droits de l'Homme, Les Témoins de Jehovah c. Zaire, § 47.

²³ V. art. 34 al. 1 C. du canton de Vaud.

²⁴ V. Observation générale n° 3 du Comité des DESC, §§ 9 et 10.

²⁵ E/CN.4/2005/49. Rapport de l'expert indépendant sur la question des droits de l'Homme et de l'extrême pauvreté, Arjun SENGUPTA, 11 février 2005.

²⁶ « From this viewpoint, the human right to dignity is also the right to conduct one's ordinary life as a human being, without being overcome by economic distress and being reduced to an intolerable poverty » (Israël, C.S., 2005, Commitment to Peace and Social Justice Society and others, déc. précit., § 15 at pp. 124).

autonomie : l'objectif n'est autre que de lui permettre de recouvrer sa liberté, ici entendue au sens large.

En définitive, le droit à des conditions minimales d'existence est multiple. Il se caractérise par un ensemble de « seuils *minima* d'existence » dans un certain nombre de domaines, implicitement classés selon leur importance et explicitement articulés autour du droit à une alimentation suffisante et saine et à un approvisionnement en eau, du droit à un habillement, à un logement décent et enfin à la santé. Or, bien souvent, les textes et les décisions de jurisprudence s'attardent uniquement sur l'un de ces aspects. Ainsi, le droit au logement se situe au cœur de la Réclamation *Défense des Enfants International c. Pays-Bas* du Comité européen des droits sociaux en date du 20 octobre 2009²⁷, ou de la décision *Shantistar Builders v. Narayan Khimali Tatome and Others*, rendue par la Cour suprême indienne le 31 janvier 1990²⁸. C'est également en ce sens que la Cour suprême d'Afrique du Sud s'est prononcée dans sa décision *Grootboom* de 2001²⁹. De même, le droit à la santé se trouve au cœur de la Recommandation de la Commission africaine de 1996³⁰. Partant, le degré de violation du droit au minimum renvoie à la proportion de la population pour laquelle un seuil minimum (*threshold*) n'est pas assuré dans l'un ou l'autre de ces domaines³¹.

Le droit à des conditions minimales d'existence se présente comme un droit à divers *minima* permettant une existence, non seulement possible mais convenable. Epars, son contenu empêcherait alors de le concevoir sous l'angle d'un droit autonome.

B. Le droit à des conditions minimales d'existence : un droit rarement autonome

Très vite, il apparaît que l'extrême pauvreté s'apparente à la dénégarion d'un *ensemble* de droits. Elle s'inscrit ainsi dans l'obligation qu'ont les Etats de respecter, de protéger et de mettre en œuvre tous les droits de l'Homme³² et

²⁷ Réclamation n° 47/2008.

²⁸ Inde, C.S., 1990, *Shantistar Builders v. Narayan Khimalal Tatome and Others*, AIR SC 630.

²⁹ Afrique du Sud, Cour const., 2001, *Government of the Republic of South Africa & Others v. Grootboom*, 1 SA 46..

³⁰ Communications 25/89, 47/90, 56/91, 100/93, Free Legal Assistance Group, Lawyers' Committee for Human Rights, Union Inter-africaine des Droits de l'Homme, Les Témoins de Jehovah / Zaire, déc. précit., § 47.

³¹ V. Bård-Anders ANDREASSEN et al., « Assessing human rights performance in developing countries : the case for a minimal threshold approach to the economic and social rights », in : *Yearbook of Human Rights in developing countries*, Copenhague, 1987/1988, p. 341 ; Asbjorn EIDE, « Realization of social and economic rights and the minimum threshold approach », *Human Rights Law Journal*, 1989, vol. 10, n° 1-2, pp. 35-51.

³² Henry SHUE, puis Olivier DE SCHUTTER distinguent trois obligations essentielles qui consistent à respecter, protéger et réaliser les droits fondamentaux. V. Henry SHUE, *Basic Rights : Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, 2^{ème} éd., Princeton, Princeton University Press, 1996, pp. 35-64 ; Olivier DE SCHUTTER, *Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'Homme* (éd.), « Le protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », Université catholique de Louvain, Working Paper 2005/03, p. 11). Dans le

contraint à aborder les droits sociaux sous l'angle de leur indivisibilité et de leur interdépendance.

Alors que l'on pense ici souligner la très large étendue du droit à des conditions minimales d'existence, on touche en réalité du doigt sans doute l'une de ses principales faiblesses. Le caractère dispersé de ce droit sert en effet parfois de justification pour ne pas le reconnaître. Ainsi, en Belgique, la réforme constitutionnelle du 31 janvier 1994 a introduit dans la Constitution un nouvel article 23 garantissant le droit de chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine et, à cette fin, a prévu un certain nombre de droits économiques, sociaux et culturels. Or, à cette occasion, le constituant a fait le choix de ne pas mentionner expressément le droit à un niveau de vie suffisant. Il a sans doute pensé que les différents droits énumérés dans le texte devaient y contribuer³³. Or, l'extrême pauvreté constitue un phénomène résultant d'un cumul de précarités non seulement civiles, politiques, mais également sociales, économiques et culturelles dans la durée. Elle impose donc une approche holistique, qui conçoit le droit à des conditions minimales d'existence comme un seul et unique droit : avoir un toit sans rien avoir à manger, et vice versa, ne revêt qu'un sens très limité.

Exceptionnellement, le droit à des conditions minimales d'existence est envisagé en tant que *tout* indivisible. Ainsi, dans une Recommandation du 27 octobre 2001, la Commission africaine « découvre » les droits au logement et à l'alimentation, pourtant non expressément inscrits dans la Charte³⁴. Surtout, elle les conçoit comme étant inextricablement liés. Une telle démarche unificatrice permet d'envisager le droit à des conditions minimales d'existence en tant que droit social premier, c'est-à-dire en tant que condition d'accès aux *autres* droits fondamentaux³⁵. Particulièrement explicite à ce sujet, le Tribunal fédéral suisse a rappelé, en 1995, que ce droit, destiné à éviter tout « état de mendicité indigne de la condition humaine »³⁶, représentait *la condition de l'exercice de tous les autres droits fondamentaux* et ne pouvait voir sa portée limitée que dans des cas exceptionnels³⁷. Une idée essentielle apparaît alors

même sens, v. Andreas AUER et al., *Droit constitutionnel suisse*, précit., t. II, §§ 161 s., p. 75 et s. Pour une analyse approfondie de ce triptyque, v. supra, D. ROMAN, Introduction générale.

³³ En effet, lit-on dans l'exposé des motifs de la proposition de réforme constitutionnelle, le droit à une existence digne « est formulé d'une manière très générale : il est à la base des autres droits qui peuvent en être déduits ». V. Jacques FIERENS, « L'article 23 de la Constitution, une arme contre la misère ? », *Droit en quart monde*, juin 1994, n° 3, p. 3.

³⁴ CADHP, 27 octobre 2001, *Social and Economic Rights Action Center & the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Comm. n° 155/96.

³⁵ V. Recommandation n° R (2000) 3 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité, 19 janvier 2000 : « [...] la reconnaissance d'un droit individuel, universel et justiciable des personnes en situation d'extrême précarité à la satisfaction de ces besoins est une condition à l'exercice d'autres droits fondamentaux et un élément indispensable dans un Etat démocratique fondé sur le droit ».

³⁶ Suisse, Trib. Féd., ATF 121, I, p. 367 [371, 373].

³⁷ Selon le Tribunal fédéral, la portée de ce droit et son « noyau dur » coïncident (ATF 130, I, 71). Dès lors, il ne peut être limité (Suisse, Trib. Féd., ATF 131, I, 166 [176]). Néanmoins, ce dernier « vise à garantir un minimum, à savoir l'assistance en cas d'indigence, mais non la couverture d'un

explicitement dans le discours du juge : celui qui est démuné de moyens pour vivre ne peut pas profiter de ses autres droits fondamentaux, non seulement sociaux, mais également civils et politiques. Il ne fait en effet nul doute que pour être en mesure d'invoquer son droit à l'éducation, par exemple, mais également sa liberté d'expression, un individu doit avant tout manger à sa faim.

Le droit à des conditions minimales d'existence présente à la fois un contenu protéiforme et un caractère fonctionnel, dès lors qu'il permet de jouir d'autres droits. Il se laisse donc difficilement appréhender, *a fortiori* en droit comparé. Mais, au-delà de la matière elle-même, c'est surtout la manière avec laquelle le juge la modèle qui révèle le traitement très diversifié de ce droit particulier.

II. Une justiciabilité aux contours et aux fondements diversifiés

Dès lors que les États ont l'obligation de respecter, de protéger, de promouvoir et de satisfaire³⁸ le droit à des conditions minimales d'existence³⁹, il reste à s'interroger sur le rôle du juge au sein des mécanismes destinés à en assurer l'effectivité (A). Au-delà des modes de justiciabilité, les différentes décisions de jurisprudence qui mettent en exergue ce droit révèlent deux fondements bien distincts, tantôt en lien avec l'idée de dignité, tantôt en relation avec le droit à la vie (B).

A. Une justiciabilité à double visage

Une fois les contours du droit à des conditions minimales d'existence délimités, il reste à s'interroger sur les différentes formes de justiciabilité dont il peut être assorti. D'emblée, les réponses divergent. La plupart du temps, le juge ne lui reconnaît qu'une justiciabilité normative, objective (1). De temps à autre, il s'éloigne cependant de cette voie initiale et prévoit une justiciabilité

revenu minimal » (Suisse, Trib. Féd., ATF 130, I, p. 71, cons. 4.1). Autrement dit, « la nécessité d'une aide doit ressortir de manière évidente et clairement reconnaissable de la situation particulière ».

³⁸ V. *supra*. La Commission africaine rappelle précisément cette triple mission dans sa Communication Social and Economic Rights Action Center & the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, déc. précit., §§ 44-47.

³⁹ Au sein de la doctrine anglo-saxonne, deux auteurs se détachent tout particulièrement. D'un côté, Thomas POGGE défend une vue « libertarienne » (libertarian view) et n'évoque que des droits négatifs. Selon lui, le droit aux « nécessités fondamentales » (right to basic necessities) impose un devoir négatif de ne pas collaborer à l'imposition coercitive d'institutions sociales injustes qui jouent un rôle crucial dans la persistance de l'extrême pauvreté. A l'opposé, selon Henry SHUE, le droit à des conditions minimales d'existence impose aussi bien des devoirs négatifs que positifs (Basic rights : subsistence, affluence, and U.S. foreign policy, précit., p. 13). Plus précisément, il impose trois types de devoirs (duties), qui doivent tous être mis en œuvre de manière efficiente (v. Elizabeth ASHFORD, in Thomas POGGE, Freedom from Poverty as Human Right, Who owes what to the very poor ?, précit., pp. 190-206).

subjective, permettant à l'individu d'en obtenir une satisfaction, même minimale⁴⁰, et soulignant ainsi son caractère exigible (2).

1) Une justiciabilité principalement normative

La justiciabilité du droit à des conditions minimales d'existence revêt au premier chef un caractère objectif. La jurisprudence allemande est à ce sujet particulièrement révélatrice. Très tôt, la Cour administrative fédérale a reconnu à l'individu la possibilité d'exiger une interprétation de la loi en conformité avec le principe de dignité humaine⁴¹. Un peu plus tard, à propos d'une loi relative aux pensions versées à des orphelins handicapés, les juges constitutionnels ont déclaré que l'assistance aux nécessiteux faisait partie des « obligations évidentes » de l'État social⁴². Or, ce dernier implique une obligation d'assistance (*Schutz- und Fürsorgepflichtigkeit*), c'est-à-dire une obligation juridique *objective* imposant à l'État de garantir à la population une « protection sociale minimale » (« *soziale Mindestsicherung* »)⁴³. C'est dans ce même sens que la Cour de Karlsruhe s'est prononcée le 9 février 2010 dans sa décision *Hartz IV*⁴⁴.

Même aux États-Unis, où tant le texte que la jurisprudence constitutionnels s'avèrent très timides en matière de droits sociaux, l'article XVII de la Constitution new yorkaise⁴⁵ a été interprété par la Cour suprême de cet État comme imposant au législateur un « mandat constitutionnel » (*constitutional mandate*) lui enjoignant d'aider les plus démunis⁴⁶. Ainsi, cet article a toujours été considéré comme l'expression de l'existence d'un « devoir positif » imposant à l'État d'aider les individus dans le besoin⁴⁷. S'il laisse une certaine marge de manœuvre au législateur dans la répartition des fonds publics⁴⁸, il impose néanmoins à ce dernier une obligation claire de mettre en œuvre *tous les moyens nécessaires* afin que les habitants de l'État puissent recevoir les soins dont ils ont besoin⁴⁹. Ainsi, dans une décision du 5 décembre 1979, statuant sur une procédure de *class action* engagée par des personnes sans-abris, les juges new yorkais ont établi des « standards *minima* en matière

⁴⁰ Carole NIVARD, La justiciabilité des droits sociaux. Etude de droit conventionnel européen, Thèse Univ. Montpellier, 2009, p. 19.

⁴¹ All., Cour adm., BVerwGE 1, p. 159 [161 s.].

⁴² V. All., Cour const., BVerfGE 40, p. 121, 18 juin 1975, *Waisenrente*.

⁴³ Contra, v. Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 2^{ème} éd., Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1994, p. 454.

⁴⁴ All., Cour const., BVerfGE, 9 février 2010, 1 BvL 1/09.

⁴⁵ L'art. XVII C. new yorkaise a été adopté afin de répondre à la crise économique et sociale générée par la Grande Dépression. A ce propos, v. *supra*, la contribution collective relative au droit américain et intitulée « La justiciabilité des droits sociaux : les spécificités du débat américain ».

⁴⁶ *Tucker v. Toia*, 371 N.E.2d 449, 452 (Cour d'Appel de New York, 1977). V. également *Bernstein v. Toia*, 373 N.E.2d 238 (Cour d'Appel de New York, 1977). Dans l'Etat de New York, la Cour d'Appel correspond en réalité à la Cour suprême.

⁴⁷ *Tucker v. Toia*, *Ibid.* (Cour d'Appel de New York, 1977).

⁴⁸ *V. Barie v. Lavine*, 357 N. E. 2d 349, 352 (Cour d'Appel de New York, 1976).

⁴⁹ *V. Mc Cain v. Koch*, 511 N. E. 2d 62 (Cour d'Appel de New York, 1987) ; *Aliessa v. Novello*, 754 N. E. 2d 1085, 1092, 1098-1099 (Cour d'Appel de New York, 2001) ; *Jiggets v. Grinker*, 553 N. E. 2d 570, 572-575 (Cour d'Appel de New York, 1990). Cela apparaît surtout très explicitement dans la décision *Tucker v. Toia*, 371 N. E. 2d 451-453.

d'hébergement» (*minimum shelter standards*). Par là, ils ont imposé aux pouvoirs publics la construction de dortoirs et la mise à disposition de « fournitures » minimales, et sont même allés jusqu'à exiger de la ville qu'elle mette à la disposition des personnes concernées « une information claire et écrite » leur indiquant les autres solutions d'hébergement envisageables⁵⁰. Malgré tout, le législateur conserve une très grande latitude : comme le constate la Cour d'appel new yorkaise, l'État n'est pas tenu de satisfaire pleinement l'ensemble des besoins légitimes des plus démunis ; il est en droit, notamment, d'accorder la distribution des aides en fonction de l'optimisation des fonds publics envisagée⁵¹. Il ressort ainsi de ces diverses jurisprudences l'obligation pour le législateur d'assurer un minimum de réalisation du droit à des conditions minimales d'existence, autrement dit de prévoir une *effectivité minimale* d'un droit qui présente déjà un *contenu minimal*.

La reconnaissance par le juge d'un droit au minimum vital ne signifie cependant pas que tout individu a la possibilité d'agir en justice pour obtenir réparation. C'est précisément sur ce point que certains droits nationaux se démarquent, dès lors qu'ils admettent, même de manière discrète, l'idée d'une justiciabilité subjective en faveur de l'individu.

2) Une justiciabilité exceptionnellement subjective

Le juge suisse s'est montré sur ce point particulièrement novateur. Dans une décision du 27 octobre 1995, dégageant un nouveau droit constitutionnel non écrit qui s'apparente à un droit à des conditions minimales d'existence, il a souligné qu'il s'agissait là d'un droit subjectif, accordé à tous⁵². Dans le prolongement de cette première étape jurisprudentielle, l'article 12 de la Constitution de 1999 garantit aujourd'hui un droit « d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse »⁵³.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne est également ici très intéressante. Dans une décision *MP. Eduardo Cifuentes Muñoz* du 23 septembre 1992⁵⁴, cette juridiction a considéré que lorsqu'une personne se trouve dans une situation de faiblesse manifeste, due à sa condition économique, physique ou mentale, sans qu'elle même ou sa famille puissent lui venir en aide, il incombe exceptionnellement à l'État de lui fournir une assistance minimale. Les droits à la santé, à la sécurité sociale, à la protection et l'assistance aux personnes âgées revêtent certes en principe un caractère programmatique. Mais

⁵⁰ Callahan v. Carey, No. 79-42582 (Sup. Ct. N.Y. County, Cot. 18, 1979).

⁵¹ *Ibid.*, 373 N. E. 2d 244. V. également Hope v. Perales, 634 N. E. 2d 183, 187-188 (New York, 1994) ; Doris Brownley et al. v. Robert Doar (New York, 2009). Dans le même sens, v. la décision Hartz IV (précit.) rendue par la Cour constitutionnelle allemande le 9 février 2010.

⁵² V. *supra*.

⁵³ « Quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine » (nous soulignons).

⁵⁴ Arrêt T-533/1992, 23 sept. 1992. L'auteure remercie Victor Andrés OLARTE pour la traduction de cette décision.

ils peuvent faire naître un droit public subjectif d'application immédiate, dès lors que la personne intéressée prouve son état de faiblesse manifeste, ainsi que l'impossibilité matérielle de sa famille à l'assister⁵⁵.

La subjectivisation du droit à des conditions minimales d'existence révèle ses trois principales caractéristiques.

Dès lors qu'est reconnu un droit subjectif, il s'avère en premier lieu nécessaire de l'individualiser. Le juge constitutionnel allemand le rappelle très explicitement. Le législateur est certes libre de déterminer la forme que doit revêtir le droit à des conditions minimales d'existence⁵⁶. Il doit néanmoins prendre en compte deux principes fondamentaux : outre un principe de satisfaction des besoins (*Bedarfsdeckungsgrundsatz*)⁵⁷, il doit veiller au respect du principe d'individualisation (*Individualisierungsgrundsatz*)⁵⁸. La procédure doit ensuite être organisée de telle sorte que le besoin d'assistance sociale soit satisfait entièrement dans chaque cas particulier. De même, en Suisse, les décisions du Tribunal fédéral, mais également des juridictions cantonales insistent sur la nécessité de prendre en compte la situation particulière de chaque individu. Ainsi, pour la Cour de droit public vaudoise, le droit à des conditions minimales d'existence « vise à garantir un minimum, à savoir l'assistance en cas d'indigence, et non la couverture d'un revenu minimal ». Partant, « la nécessité d'une aide doit ressortir de manière évidente et clairement reconnaissable de chaque situation particulière »⁵⁹ ; situation qui doit être délimitée et catégorisée en amont par le législateur⁶⁰.

Individuel, le droit à des conditions minimales d'existence est en second lieu, de par sa nature même, inconditionnel. Reconnu à tout être humain sans condition ni contrepartie⁶¹, il est censé fournir à chacun des moyens *minima*, dont l'intensité, ou éventuellement le montant, varie en fonction de l'appréciation subjective des situations de détresse.

La subjectivisation du droit à des conditions minimales d'existence pose en dernier lieu la délicate question de ses titulaires. Au premier regard, sa nature et son contenu obligent à le penser sous l'angle de l'universalité. Dans la mesure où il n'est *qu'un* droit à un minimum, il importe de le garantir à tout

⁵⁵ V. notamment cons. 5.

⁵⁶ All., Cour const., BVerfGE 22, p. 180 [204].

⁵⁷ Ce premier principe a été dégagé par la Cour administrative fédérale. Dès lors que les prestations garantissent le droit à la subsistance physique, elles doivent être effectives et suffisantes. V. All., Cour adm., BVerwGE 108, p. 47 [53].

⁵⁸ V. All., Cour const., *Hartz IV*, précit.

⁵⁹ Suisse, Trib. Féd., ATF 130, I, p. 71.

⁶⁰ De même, dans sa décision de 2005, la Cour israélienne rappelle : « the right to dignity, and even the right to live with dignity, is not a right to a monthly benefit in a certain amount. It is the right that, when all the support and aid systems are provided, human dignity is preserved in the end result » (Commitment to Peace and Social Justice Society and others, HCJ 366/03, déc. précit., § 20, p. 128).

⁶¹ A ce propos, v. Diane ROMAN, « Devoir de travailler et protection sociale : d'une problématique de la dette sociale à la question des "devoirs sociaux" », RDSS, 2009, n° 1, pp. 63-78.

individu, indépendamment de sa situation économique, familiale ou sociale. Il ressort pourtant de la jurisprudence que le droit à des conditions minimales d'existence est très souvent envisagé en relation avec certaines catégories d'individus, qui seraient, en quelque sorte, les plus vulnérables parmi les vulnérables. Sont tout d'abord avancés des critères d'ordre individuel, très souvent destinés à privilégier la situation des enfants. Ainsi, la Cour suprême sud-africaine s'attache tout particulièrement à la situation de ces derniers, et déduit de l'article 28 alinéa 1 de la Constitution l'obligation fondamentale pour l'État de fournir un toit aux enfants⁶². De même, dans la décision *Grootboom*, le juge sud-africain considère que la question des limitations budgétaires ne s'applique pas au droit à un abri (*right to shelter*) reconnu aux enfants⁶³. Dans le même sens, est parfois mis en avant le caractère particulièrement vulnérable des personnes handicapées⁶⁴, plus fréquemment confrontées, du fait de leur incapacité à travailler, par exemple, à l'extrême pauvreté. La question de la distinction entre nationaux et résidents étrangers, enfin, fait débat dans le cadre de la mise en œuvre d'un revenu minimum d'existence, parfois dénommé « revenu citoyen »⁶⁵. En revanche, le contenu du droit à des conditions minimales, en tout cas son noyau dur, destiné à préserver l'intégrité physique de l'individu, est généralement reconnu comme revenant à tout individu, national ou étranger. A ce propos, tout comme son homologue suisse, le juge constitutionnel sud-africain a considéré que le droit au minimum était dû à chaque individu résidant sur le territoire⁶⁶. Mais, *in fine*, quelle que soit la forme de justiciabilité dont le juge assortit le droit à des conditions minimales d'existence, il se reporte à des fondements qui varient d'un prétoire à un autre.

⁶² V. Afrique du Sud, Cour const., 27 nov. 1997, *Soobramoney v. minister of Health, KwaZulu-Natal*, CCT 32/97. V. Solange ROSA, Mira DUTSCHKE, « Child rights at the score : The use of international law in South African cases on children's socio-economic rights », *South African Journal on Human Rights*, 2006, vol. 22, pp. 224 s., spéc. pp. 245-259. V. également Inde, C.S., 1990, *Shantistar Builders v. Narayan Khimalal Tatome and Others*, AIR SC 630, déc. précit.

⁶³ « [The right to shelter conferred upon children] has not been made subject to a qualification of availability of financial resources » (Afrique du Sud, Cour const., 2001, *Government of the Republic of South Africa & Others Grootboom & Others*, 1 SA 46, déc. précit.). V. également id., 5 juillet 2002, *Minister of Health & Others v. Treatment Action Campaign & Others (No 2)*, déc. précit.

⁶⁴ En 1996, le Rapporteur spécial Leandro DESPOUY notait dans son rapport final : « parmi les principales causes directes d'invalidité [on trouve] la malnutrition et la misère, qui constituent en outre des facteurs aggravant celle-ci » (E/CN.4/Sub.2/1996/13, op cit., § 34). V. également à ce sujet le compte-rendu du Rapporteur Spécial sur le droit à l'éducation.

⁶⁵ A propos de ce débat, mais dans le strict contexte du droit à un revenu minimum d'existence, v. Jean-Marc FERRY, *L'allocation universelle, pour un revenu de citoyenneté*, Ed. du Cerf, 1995 ; André GORZ, « Revenu minimum et citoyenneté. Droit au travail v. droit au revenu », *Futuribles*, 1994, n° 184, pp. 49 s.

⁶⁶ V. Suisse, Trib. Féd., ATF 121, I, p. 367 et s., 27 octobre 1995, déc. précit. ; Afrique du Sud, Cour const., 4 mars 2004, *Khosa and others v. Minister of social development and others*, déc. précit. Dans le même sens, v. Recommandation n° R-2000 3 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité, 19 janvier 2000, Principe 4.

B. Des fondements matériels distincts

Parce que l'extrême pauvreté représente une situation subie empêchant l'individu de jouir de ses droits, elle est très souvent considérée comme une violation de la dignité humaine (1). Mais, dans d'autres contextes, elle constitue au premier chef une atteinte au droit à la vie (2)⁶⁷. Le droit sud-africain présente la particularité d'associer ces deux approches (3).

1) Un fondement axiologique : le droit à la dignité

Comme le souligne Aharon Barak « il est [certes] évident que la dignité humaine ne signifie pas tout ce qui est bon et beau dans la vie »⁶⁸. Tout au plus peut-on dire, dans la logique kantienne, que la dignité est intrinsèque à la personne humaine : absolue, inaliénable, elle ne peut se perdre. En revanche, le sentiment de dignité peut quant à lui se perdre. Afin de le préserver, certains juges entendent le droit à la dignité dans un sens large, et en déduisent un droit à des conditions minimales d'existence. Tantôt envisagé de manière autonome, ce droit à la dignité interprété comme droit au minimum (a) est parfois relié à un principe complémentaire, qui n'est autre que le principe d'État social (b). Dans tous les cas, l'objectif sous-jacent vise, à plus long terme, à permettre à l'individu de recouvrer une certaine autonomie (c).

a. Le droit à la dignité envisagé de manière autonome : l'exemple du droit israélien

La Cour suprême israélienne se fonde quasi exclusivement sur le principe de dignité pour reconnaître la justiciabilité du droit à des conditions minimales d'existence. Ainsi, dans une décision rendue le 12 décembre 2005, où était en cause une décision gouvernementale de réduire considérablement des prestations sociales, la Cour prend soin de rappeler que le droit à la dignité, constitutionnellement garanti⁶⁹, ne fixe pas que des objectifs, des idéaux à atteindre : il s'impose aux pouvoirs publics⁷⁰. En l'occurrence, le droit à la dignité ne constitue pas une simple métaphore : il s'agit bien d'un « droit », dont le respect s'impose au gouvernement⁷¹. Plus précisément, du droit à la dignité découlent des droits « dérivés » (« *deriving rights* »)⁷², parmi lesquels figurent les droits sociaux, et notamment le droit au maintien d'un niveau de vie (*standard of living*)⁷³. Pour mener une existence digne, l'individu ne doit pas être soumis à

⁶⁷ A/RES/47/134. Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies, Droits de l'homme et extrême pauvreté, 18 décembre 1992, Préambule.

⁶⁸ Aharon BARAK, *Constitutional Interpretation*, Tel Aviv, Nevo Publishing, 1994, p. 419.

⁶⁹ V. art. 1A, 2 et 4 Israël.

⁷⁰ La Cour cite d'ailleurs les art. 27 al. 2 C. Afrique du Sud et art. 39 C. Inde.

⁷¹ V. art. 11 C. Israël : « Every organ of government is liable to respect the rights under this Basic Law ».

⁷² Déc. précit., § 12, p. 120 ; § 15, p. 123. La Cour parle également de « droits dérivés » (« *derived rights* »), ou de « droits tacites » (« *implied rights* »), et notamment de « droits sociaux tacites » (« *implied social rights* »).

⁷³ *Ibid.*, § 14, p. 123.

« une détresse économique » et ne doit pas subir « une intolérable pauvreté »⁷⁴. Puis, développant une argumentation très minutieuse, la Cour confronte le droit à la dignité⁷⁵ aux efforts déjà fournis par l'État pour satisfaire le devoir qui lui incombe⁷⁶. Or, c'est ici que le bât blesse : malgré des débuts prometteurs, les juges israéliens rendent une décision qui s'avère en définitive décevante. Il revient en effet aux requérants de prouver que, malgré la mise en place de services sociaux, leur dignité est violée parce que leurs conditions de vie sont insuffisantes. Or, une réduction – même significative – du montant de leurs aides sociales n'implique pas en soi une violation de leur dignité, et ce « même s'il ne fait aucun doute que la réduction de ces avantages rendra leurs vies, qui sont déjà difficiles, encore plus rudes »⁷⁷. En dépit de ce constat sévère, la fin de la décision, tout comme la lecture des opinions divergentes⁷⁸, est à elle seule particulièrement instructive. Presque gênés de rejeter les requêtes, les juges terminent en reconnaissant la situation très difficile d'un grand nombre de familles et en rappelant aux autorités étatiques la nécessité de lutter contre la pauvreté⁷⁹.

b. La dignité associée au principe de l'État social : les droits allemand et colombien

La dignité de l'individu est parfois associée à un principe plus général, qui n'est autre que le principe d'État social. Celui-ci vient alors jouer le rôle de complément, et est destiné à élargir le champ d'application *ratione materiae* et *ratione personae* du droit à des conditions minimales d'existence.

C'est tout d'abord le cas du droit allemand. Dans sa décision rendue le 9 février 2010⁸⁰, la Cour de Karlsruhe rappelle que « le droit à la garantie de moyens *minima* d'existence conformes à la dignité » (*Existenzminimum*) possède une double origine. Il est issu, en premier lieu, du droit à la dignité humaine⁸¹. Il s'apparente alors à un droit destiné à maintenir l'existence lorsqu'une urgence particulière l'exige (*Existenznot*) et constitue en quelque sorte le noyau dur du droit à des conditions minimales d'existence. Ses contours demeurent toutefois vagues : tout au plus peut-on dire ici qu'est dans le besoin celui qui ne dispose pas des moyens en nourriture, habillement, logement et santé nécessaires à sa

⁷⁴ *Ibid.*, § 15, p. 124.

⁷⁵ *Ibid.*, §§ 12-16, pp. 119-127.

⁷⁶ *Ibid.*, §§ 18 s., pp. 127 s.

⁷⁷ *Ibid.*, § 19, p. 128.

⁷⁸ Le juge E. E. LEVY considère en effet, dans une opinion divergente, que le droit à la dignité a bien été violé. Rappelant la nécessité d'instaurer un « filet de sécurité », il va ainsi plus loin et plaide en faveur de la reconnaissance d'un droit à des conditions « appropriées », ou « correctes », de vie (« right to proper living conditions »). V. déc. précit., p. 140 et s., v. notamment § 10 de son opinion, p. 153.

⁷⁹ Déc. précit., § 31-32, pp. 136-137.

⁸⁰ Plus en détail, v. Céline FERCOT, « Les contours du droit à un minimum vital conforme à la dignité humaine : à propos de la décision "Hartz IV" de la Cour constitutionnelle allemande du 9 février 2010 », RDSS, 2010, n° 4, pp. 653-661.

⁸¹ V. l'art. 1^{er} al. 1 LF.

survie⁸² : doivent alors lui être fournies les conditions nécessaires à son intégrité physique⁸³. Mais le droit au minimum revêt également une dimension sociale. Il convient en effet de déduire du principe d'État social⁸⁴ un droit à un « minimum d'existence socioculturel » (« *soziokulturelles Existenzminimum* »)⁸⁵. Ainsi, la Cour de Karlsruhe conclut « [que ce droit] garantit à chaque bénéficiaire les conditions matérielles qui sont nécessaires (*unerlässlich*) à son existence physique et à sa participation minimale à la vie sociale, culturelle et politique ».

Le droit colombien peut ici être utilement rapproché du droit allemand. Dans une décision *MP. Eduardo Cifuentes Muñoz*, rendue le 24 juin 1992⁸⁶, la Cour constitutionnelle colombienne a affirmé l'existence d'un droit au minimum vital (« *mínimo vital* »), qu'elle a déduit des droits à la vie, à la santé, au travail, à l'assistance et à la sécurité sociale, mais surtout de la dignité humaine et du principe d'État social⁸⁷, estimant que l'individu avait besoin d'un certain nombre d'éléments matériels pour survivre⁸⁸.

c. Dignité et autonomie de l'individu

Dans ces deux cas, l'idée est d'insister sur la nécessaire autonomie de l'individu : quelle que soit la situation de pauvreté qui l'affecte, ce dernier ne doit recevoir ses consignes que de lui-même⁸⁹. Comme le rappelle expressément la Cour constitutionnelle sud-africaine, si l'on peut chercher « à prendre en charge ceux qui ne peuvent se prendre en charge eux-mêmes »⁹⁰, l'objectif final ne peut être atteint que si l'individu est en mesure de s'assumer seul⁹¹. On peut alors rapprocher cet élément du droit à l'épanouissement personnel tel que l'a systématisé la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *K. A. et A. D. contre Belgique* du 17 février 2005. Celui-ci suppose en effet que tout individu, exerçant son autonomie personnelle soit en mesure de déterminer les conditions nécessaires à son développement personnel et de les réaliser⁹². Le droit allemand connaît d'ailleurs expressément un principe d'autonomie (*Selbsthilfegrundsatz*). En vertu de celui-ci, l'État peut venir au secours de l'individu, mais il ne peut pas prendre en charge toutes ses difficultés : d'une part, cela reviendrait pour la communauté à façonner la personnalité d'un

⁸² All., Cour adm., BVerwGE 14, p. 294 [296 s.] ; 87, p. 212 [214]. V. W. HÖFLING, in M. SACHS, Grundgesetz-Kommentar, Art. 1, n° 25.

⁸³ All., Cour adm., BVerwGE 35, p. 178 [180].

⁸⁴ V. art. 20 al. 1 LF. V. également All., Cour const., BVerfGE 40, p. 121 [133] ; 45, p. 187 [228].

⁸⁵ V. All., Cour adm., BVerwGE 14, p. 294 [296 et s.] ; 25, p. 307 [317 et s.] ; 27, p. 63 ; 106, p. 99 [104 et s.] ; 107, p. 234 [236].

⁸⁶ Colombie, Cour const., arrêt T-426/92.

⁸⁷ *Ibid.*, cons. 5.

⁸⁸ *Ibid.*, cons. 4.

⁸⁹ D'un point de vue étymologique, « être autonome » implique de n'obéir volontairement qu'à la loi (nomos) que l'on se donne à soi-même (auto), par notre raison.

⁹⁰ Afrique du Sud, Cour const., 4 mars 2004, *Khosa and others v. Minister of social development and others*, déc. précit., (6) SA 505, spéc. p. 52.

⁹¹ On retrouve implicitement cette idée dans l'art. 19 C. finnoise, qui dispose que quiconque n'est pas en mesure de s'assurer une vie conforme à la dignité a droit à une aide sociale.

⁹² CEDH, 1^{ère} Section, 17 février 2005, *K.A. et A.D. contre Belgique*, requêtes n° 42758/98 et 45558/99.

individu selon une norme sociale ; d'autre part, ledit individu deviendrait objet de la procédure, et perdrait ainsi toute dignité. Les prestations visant à protéger le droit au minimum d'existence ne peuvent donc constituer qu'une aide subsidiaire⁹³. Une telle conception, d'inspiration kantienne⁹⁴, considère que chaque individu se caractérise par son statut moral et incarne un agent autonome rationnel, capable de déterminer ses propres fins. De cet impératif découle une conclusion : si l'homme a une dignité, c'est parce qu'il est rationnel, et si cette dignité est absolue et première, c'est parce que l'homme est le seul à pouvoir en disposer. Partant, tout individu peut, et doit, exiger le respect de sa dignité. Plus largement, derrière la dignité se cache en réalité *l'égale dignité* des individus.

Mais le droit à des conditions minimales d'existence est parfois envisagé sous un tout autre angle : sur le fondement du droit à la vie.

2) Un fondement utilitariste : le droit à la vie

A l'opposé de la conception défendue par le juge constitutionnel allemand, la Cour suprême indienne s'est montrée particulièrement audacieuse en développant une interprétation extensive du droit à la vie⁹⁵. C'est en effet sur ce fondement qu'elle a reconnu un droit à la santé⁹⁶, au logement⁹⁷, à l'alimentation⁹⁸, ainsi qu'un droit de jouir de moyens de subsistance⁹⁹. Dans une décision *Olga Tellis*, de 1985, les juges indiens soulignent que le droit à des moyens d'existence (*right to livelihood*) doit être directement rattaché au droit à la vie. Soulignant les conséquences dramatiques de l'exode rural et la condition de vie des résidents des bidonvilles (*slums*), la Cour soutient que « le moyen le plus facile de priver une personne de son droit à la vie serait de le priver de ses moyens d'existence ». Or, « une telle privation ne dépouillerait pas seulement la vie de son contenu effectif et de sa signification mais cela *rendrait la vie impossible à vivre* »¹⁰⁰. Plus récemment, dans une décision *Shantistar Builders v. Narayan Khimali Tatome and Others*, rendue le 31 janvier 1990, la même juridiction a considéré que le droit la vie assurait l'égalité des « segments faibles de la société » (« *weaker segments of society* ») et a rappelé que la satisfaction des besoins fondamentaux (*basic needs*) était indispensable au développement des individus. A cette occasion, elle a souligné, en des termes forts, la différence entre un animal et un être humain : alors que le premier exige uniquement que l'on protège son corps, le second mérite une « satisfaction appropriée » (« *suitable accommodation* ») des besoins qui lui permettent de se développer dans tous ses

⁹³ All., Cour adm., VerwGE 47, p. 103 [106 et s.].

⁹⁴ V. E. KANT, *Métaphysique des mœurs*, II, Doctrine de la vertu, I.I., §§ 11-12 ; I.II, §§ 38-39.

⁹⁵ C'est dans une décision Francis Coralie, rendue en 1981, que la Cour suprême a entamé son interprétation que nous qualifierons de sociale du droit à la vie. V. Inde, C.S., 1981, Francis Coralie Mullin v. the Administrator, Union Territory of Delhi, 2 SCR 516, 529.

⁹⁶ Inde, C.S., 1996, Paschim Banga Khet Majoor Samity v. State of West Bengal, 4 SCC 37.

⁹⁷ Inde, C.S., 1997, Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulab Khan, 11 SCC 123.

⁹⁸ Inde, C.S., 2001, People's Union for Civil Liberties v. Union of India and others.

⁹⁹ Inde, C.S., 1985, Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation, 3 SCC 545.

¹⁰⁰ Déc. précit., § 2.1 [79 F-H, 80 A-B], pp. 59-60.

aspects : physiques, mentaux et intellectuels. Pour autant, à l'issue d'une décision minutieusement détaillée, les juges indiens ont considéré que l'expulsion d'habitants de bidonvilles n'était pas constitutive d'une violation du droit à la vie. Rien n'impose, en effet, à l'État de fournir des moyens matériels permettant le relogement desdits individus dans de meilleures conditions¹⁰¹. A l'origine d'une démarche originale, la Cour suprême indienne rend ainsi une décision relativement timide, privilégiant la voie d'une justiciabilité « molle » à une réelle effectivité.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence indienne révèle de manière constante une conception « utilitariste »¹⁰² du droit à des conditions minimales d'existence, destinée à protéger les intérêts des individus. Dans un tel contexte, la justification dudit droit n'entretient aucun lien explicite avec l'autonomie des individus concernés, mais dépend de l'importance des intérêts susceptibles d'être protégés, du nombre de personnes appelées à en profiter¹⁰³ et enfin des contraintes que cette reconnaissance impose aux autres individus. Il revient alors aux institutions d'agir de manière efficace afin de protéger les intérêts en jeu.

3) Les droits à la vie et à la dignité associés : le droit sud-africain

A mi-chemin entre le droit allemand et le droit indien, la Cour suprême sud-africaine tente de réunir ces deux approches. Dans sa décision *Khosa*, rendue le 4 mars 2004, elle rattache le droit à des conditions minimales d'existence non seulement au droit à la vie, mais également au droit à la dignité¹⁰⁴. Elle commence par rappeler que les droits sociaux sont dans leur ensemble étroitement associés aux valeurs constitutionnelles de dignité, d'égalité et de liberté. Loin de s'exclure, ces garanties, indissociables, se renforcent les unes les autres¹⁰⁵. En l'espèce, le fait d'exclure des résidents permanents du système de sécurité sociale constitue une violation de l'article 27 de la Constitution, lequel mentionne explicitement – chose rare – un droit à la santé, ainsi qu'à l'alimentation et à l'eau¹⁰⁶. Ainsi, les juges sud-africains entendent réunir deux conceptions de l'individu qui, à première vue, peuvent paraître antagonistes : à court terme, le droit au minimum vise à rendre possible la vie de l'individu fragilisé par l'extrême pauvreté ; à plus long terme, le droit à

¹⁰¹ Déc. précit., pp. 80-81. V. également *Inde, C.S., 1989, Municipal Corporation of Delhi v. Gurnam Kaur*, 1 SCC 101.

¹⁰² V. Catherine AUDARD, *Anthropologie historique et critique de l'utilitarisme*, PUF, t. III, 1989, p. 1.

¹⁰³ V. déc. précit.

¹⁰⁴ V. respectivement art. 11 et 10 C. sud-africaine.

¹⁰⁵ V. *S. v Makwanyane and Another* 1995 (3) SA 391 (CC); 1995 (6) BCLR 665 (CC), § 327.

¹⁰⁶ L'art. 27 al. 1 C. sud-africaine est ainsi rédigé : « everyone has the right to have access to [...] (a) health care services, including reproductive health care ; (b) sufficient food and water [...] ».

la dignité prend en quelque sorte le relais, et vise davantage à lui assurer une vie convenable¹⁰⁷.

Conclusion

A l'issue de cette analyse comparatiste, il semble parfois, comme en Inde, que la reconnaissance d'un droit à des conditions minimales d'existence s'apparente à une approche minimaliste des droits sociaux et fasse office de prétexte pour ne garantir *que* le minimum. Or, il convient de garder à l'esprit que le respect d'un *droit au minimum* ne constitue qu'une première étape, et non l'aboutissement du processus de réalisation des droits sociaux.

¹⁰⁷ Thomas SCANLON, *What we Owe to Each Other*, Cambridge, Massachusetts, Harvard Univ. Press, 1998.

SECTION 3 - LE DROIT À L'ALIMENTATION,

CAROLE NIVARD

Le droit à l'alimentation a fait l'objet d'une consécration relativement ancienne sur le plan international puisqu'il se trouve formulé tant à l'article 25 de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme¹, qu'à l'article 11 du Pacte International des droits économiques sociaux et culturels². Pourtant, ce droit peut être considéré comme un « droit jeune »³. En effet, d'une part, il ne se trouve que peu consacré au sein des différents ordres juridiques⁴. Ainsi, seul un nombre restreint de Constitutions nationales, une vingtaine dans le monde, se réfèrent explicitement à ce droit⁵. D'autre part, le contenu du droit à l'alimentation n'a été précisé que récemment. De fait, la concrétisation du droit à l'alimentation comme un droit de l'Homme à part entière, exigible par tout individu, n'a pas été immédiate⁶. Si famines et malnutrition ont toujours existé, leur appréhension en termes de droit de l'Homme est nouvelle. Les pénuries alimentaires ont d'abord été étudiées sous l'angle de la sécurité alimentaire d'un État, calculée en fonction de sa production et de ses réserves céréalières. Puis, le lien a été fait entre famine et accès des individus aux denrées alimentaires. En effet, la possession par un État de denrées en nombre suffisant ne signifie pas que l'alimentation de sa population soit assurée quand certains individus, notamment les plus vulnérables, n'y ont pas accès. Ce n'est qu'ultérieurement que l'affirmation d'une obligation d'assurer la sécurité alimentaire ainsi que l'identification de ses éventuels débiteurs et bénéficiaires, ont permis sa formulation comme droit de l'Homme. Parmi les premiers travaux sur cette question, le Rapport de Abjorn Eide, alors Rapporteur spécial de la Sous-

¹ L'article 25 § 1 dispose que « toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation ».

² L'article 11 dispose que « 1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants [...] 2. Les États parties au présent Pacte, reconnaissant le droit fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim, adopteront, individuellement et au moyen de la coopération internationale, les mesures nécessaires, y compris des programmes concrets [...] ».

³ V. Christian COURTIS, « The Right to Food as a Justiciable Right: Challenges and Strategies », Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 11, 2007, p. 323.

⁴ Le droit à l'alimentation se trouve formellement garanti aux articles 24 et 27 de la Convention relative aux droits de l'enfant, à l'article 3 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, à l'article 12 du Protocole de San Salvador à la Convention interaméricaine des droits de l'Homme.

⁵ V. les directives volontaires à l'appui de la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale, adoptées par la FAO en novembre 2004, p. 134.

⁶ Wenche BARTH EIDE, « From food security to the right to food », in W. BARTH EIDE, U. KRACHT (eds), *Food and Human Rights in Development. Legal and Institutional Dimensions and Selected Topics*, Antwerpen, Oxford, 2005, pp. 67-97.

Commission sur le droit à l'alimentation suffisante, datant du 7 juillet 1987, a constitué une première définition des obligations que le droit à l'alimentation pouvait supposer en tant que droit de l'Homme⁷. Par la suite, la FAO (Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture) a approfondi cette question et organisé en 1996 un Sommet Mondial de l'alimentation qui a réuni les chefs d'États mondiaux. Or, dans la Déclaration finale de ce Sommet, la Déclaration de Rome sur la sécurité alimentaire, les États ont formulé comme objectif la clarification du droit à une nourriture adéquate tel qu'il figure dans le PIDESC notamment⁸. En réponse à ce souhait, le Comité des droits économiques et sociaux a adopté son Observation générale n° 12 du 12 mai 1999⁹. Le Comité a ainsi précisé que « le droit à une nourriture suffisante est réalisé lorsque chaque homme, chaque femme et chaque enfant, seul ou en communauté avec d'autres, a physiquement et économiquement accès à tout moment à une nourriture suffisante ou aux moyens de se la procurer »¹⁰. Surtout, le Comité a clarifié les obligations qui s'imposent aux États en s'inspirant largement de la classification tripartite posée par A. Eide, distinguant entre obligation de respecter, de protéger et de réaliser le droit. Dans la continuité, la fonction de Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation a été créée à partir de 2000¹¹. Les travaux des Rapporteurs successifs ont contribué et contribuent grandement à la promotion de la garantie de ce droit ainsi qu'à la détermination de son contenu. Parallèlement, la FAO continue d'œuvrer pour la réalisation concrète de ce droit. Dans ce cadre, les États ont adopté en 2004 des Directives volontaires à l'appui de la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale¹² qui ont pour objet de guider leur action en vue d'une mise en œuvre effective du droit à l'alimentation.

La formulation du droit à l'alimentation en tant que droit de l'Homme, bien que récente, a eu un impact certain sur sa mise en œuvre. En effet, d'une part, elle a permis de définir des obligations précises de l'État dont le contrôle peut être assuré par un juge. Elle contribue donc à la justiciabilité du droit (I). D'autre part, elle a créé une obligation de respect de ce droit dans toutes les activités de l'État, notamment dans ses engagements internationaux. Elle contribue donc à définir des obligations extraterritoriales des États qui leur imposent de garantir le droit à l'alimentation des personnes qui se trouvent sur

⁷ E/CN.4/Sub.2/1987/23 et Série d'études sur les droits de l'Homme n° 1, publication des Nations Unies, 1989. Pour une mise à jour, voir E/CN.4/Sub.2/1999/12.

⁸ Objectif 7.4 de la Déclaration de Rome de 1996.

⁹ Comité DESC, Observation générale n° 12, 12 mai 1999, Le droit à une nourriture suffisante (art. 11), E/C.12/1999/5.

¹⁰ *Ibid.*, § 6. La présente étude ne traite pas du droit à l'alimentation dans sa conception qualitative, c'est-à-dire comme le droit à une alimentation saine. Les questions relatives à la qualité des aliments seront donc éludées.

¹¹ Mandat par la résolution 2000/10 de la Commission des droits de l'Homme du 17 avril 2000, E/CN.4/2000/L.11/Add.1

¹² Directives adoptées par le Conseil de la FAO en Novembre 2004. V. également FAO, Les Directives sur le droit à l'alimentation. Documents d'information et études de cas, Rome, FAO, 2006, 226 p.

le territoire d'autres États membres. Cette extension du champ d'obligation des États s'avère particulièrement adéquate s'agissant du droit à l'alimentation dont la garantie dépend en partie des échanges internationaux. A ce titre, la question de l'impact de l'application des règles de l'Organisation Mondiale du Commerce sur le droit à l'alimentation constitue une illustration pertinente des obligations que les États membres de l'OMC pourraient se voir imposer en vertu de ce droit (II).

I. Un droit de l'Homme source d'obligations justiciables

Le respect du droit à l'alimentation est susceptible d'être contrôlé par un juge. Néanmoins, étant donné le caractère récent de ce droit, son exigibilité a nécessité sa formalisation préalable, laquelle emprunte des voies différentes (A). L'examen de la jurisprudence internationale, régionale et interne permet de définir les différentes obligations étatiques que le respect du droit à l'alimentation impose (B).

A. Les différentes voies de justiciabilité

Le juge a semblé assumer le contrôle du droit à l'alimentation de deux manières. D'une part, il a pu s'appuyer sur la concrétisation du droit opéré au plan international pour définir un contenu exigible devant lui (1). D'autre part, il a pu garantir le droit à l'alimentation de manière indirecte en passant par le contrôle d'un autre droit (2).

1) La concrétisation du droit

Pendant longtemps, la justiciabilité du droit à l'alimentation est apparue inenvisageable même lorsque le droit était consacré textuellement. Cela paraît plus évident s'agissant des textes ne bénéficiant pas d'un mécanisme juridictionnel de garantie. Mais au-delà, le manque de précision quant au contenu du droit limitait toute formulation du droit en obligations étatiques exigibles.

Une clarification préalable du contenu du droit à l'alimentation a ainsi semblé nécessaire à son possible contrôle par le juge. De fait, l'adoption de l'Observation générale n° 12 par le Comité DESC a permis de préciser suffisamment les obligations des États découlant du droit à l'alimentation. Cette Observation générale n'a certes pas eu d'impact direct sur la justiciabilité de ce droit dans la mesure où le Comité n'est pas un juge¹³. Cependant, elle a contribué indirectement à la justiciabilité du droit à l'alimentation, en influençant les décisions des juges. Il semble en effet que la concrétisation du droit à l'alimentation par le Comité DESC ait facilité sa garantie par certaines juridictions, qu'elles soient internationales, régionales ou internes. Ainsi, la

¹³ La perspective de l'entrée en vigueur du Protocole facultatif au PIDESC du 10 décembre 2008 permet d'envisager une évolution vers une garantie de nature quasi-juridictionnelle.

Cour Internationale de Justice, dans un arrêt *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur sur le territoire palestinien*, rendu en 2004, n'a pas hésité à constater, pour la première fois, la violation de l'article 11 du PIDESC en raison des entraves subies par les palestiniens dans l'exercice de leur droit à un niveau de vie suffisant¹⁴. Cette reconnaissance expresse de l'invocabilité et de la justiciabilité des dispositions du PIDESC pourrait augurer d'un futur contentieux stimulant en matière de droit à l'alimentation¹⁵. Par ailleurs, dans l'affaire du peuple *Ogoni* rendue en 2001¹⁶, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples a condamné un État en raison d'une violation du droit à l'alimentation en se fondant largement sur les différents niveaux d'obligations définies par l'Observation générale n° 12. Certains juges nationaux se sont également appuyés sur le travail de clarification du Comité pour interpréter leur droit national de manière à garantir le droit à l'alimentation. Ainsi, la Cour constitutionnelle colombienne a dégagé des termes de la Constitution, lus à la lumière des travaux du Comité DESC, un droit à un minimum de subsistance, comprenant la fourniture des aliments essentiels, qui doit être accordé en toutes circonstances aux personnes déplacées sur leur territoire¹⁷.

Le travail de clarification du contenu du droit à l'alimentation, opéré notamment au sein de l'ONU, a fourni à certains juges les moyens de contrôler le respect de ce droit en rendant possible la définition d'obligations exigibles par et devant le juge. Cette voie contentieuse a été confortée par une interprétation favorable d'autres droits.

2) Le recours aux autres droits

L'examen des jurisprudences relatives au droit à l'alimentation montre que sa garantie se trouve souvent assurée par le biais d'un autre droit. Cette voie de justiciabilité semble empruntée dans deux situations. Elle permet soit de contourner l'absence de consécration formelle dudit droit, soit de compenser l'absence de compétence du juge pour connaître de la disposition qui le consacre.

Confrontés à l'absence de texte, certains juges garantissent le droit à l'alimentation au travers d'autres droits ou principes qui lui sont parents mais qui se trouvent, eux, expressément consacrés. Ainsi, en interprétant largement le contenu de ces droits, ces juridictions arrivent à contrôler les exigences du

¹⁴ CIJ, Avis consultatif du 9 juill.2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur sur le territoire palestinien*, C. I. J. Recueil 2004, p. 136

¹⁵ A ce titre, l'affaire *Epanrages aériens d'herbicide (Equateur c. Colombie, n° 2008/5)* devrait donner lieu à une décision intéressante. L'Equateur allègue une violation par la Colombie de ses obligations internationales du fait de déversements de pesticides toxiques, et demande de se voir indemnisé notamment « pour tout dommage ou perte causés aux biens ou aux moyens de subsistance de la population concernée ou à ses droits de l'Homme ».

¹⁶ CADHP, 13 oct. 2001, *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, Com. 155/96.

¹⁷ Colombie, Cour constitutionnelle, 22 janv. 2004, *Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo y otros*, T-025/04, § 9.4.

droit à l'alimentation. Tel a été le cas du Tribunal fédéral suisse qui a dégagé du principe de dignité présent dans la constitution, un droit à des conditions minimales d'existence qui constitue, selon ses termes, un droit constitutionnel non écrit¹⁸. Or, la nourriture figure parmi ces conditions minimales. De la même manière, la Cour constitutionnelle fédérale allemande¹⁹, tout comme la Cour administrative fédérale allemande²⁰, ont fait découler de la conjonction des principes de l'État social (art. 20, al.1) et de la dignité humaine (art. 1), un droit à un minimum de moyens d'existence, dont la nourriture, les vêtements et le logement. Dans sa récente décision *Hartz IV*²¹, la Cour constitutionnelle a d'ailleurs été amenée à contrôler le montant et le mode de calcul de l'aide sociale sur le fondement de ce droit. Elle s'est notamment interrogée sur la suffisance de l'allocation attribuée pour les enfants en vue d'assurer leurs besoins nutritionnels.

Cette voie de justiciabilité apparaît aujourd'hui comme la plus prometteuse dans la mesure où peu de constitutions nationales protègent expressément le droit à l'alimentation. Les juges qui se trouveraient dépourvus de texte sont susceptibles de contrôler le respect de ce droit s'ils l'interprètent comme implicitement protégé par un droit ou un principe plus large.

Cette protection par ricochet du droit à l'alimentation a également été utilisée pour contourner l'absence de mécanisme de garantie juridictionnelle qui lui soit attaché. Ainsi, le droit à l'alimentation peut être consacré dans un texte dépourvu d'un organe de contrôle juridictionnel. Tel est le cas de l'article 12 du Protocole de San Salvador qui garantit le droit à l'alimentation²² mais ne peut donner lieu à une requête individuelle devant la Commission et la Cour interaméricaine des droits de l'Homme. Pour autant, cette injusticiabilité se trouve en partie compensée par l'interprétation large que ces deux organes ont donné du droit à la vie, garanti à l'article 4 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme, relevant donc de leur compétence. Selon la Cour interaméricaine, le droit à la vie doit être entendu comme un droit à une vie dans des conditions dignes²³. Sur ce fondement, elle a été amenée à constater la violation du droit à la vie par un État n'ayant pas pris les mesures nécessaires à la garantie de conditions de vie dignes pour des communautés indigènes²⁴. Entre

¹⁸ Suisse, Trib. Féd., ATF 121, I, p. 367 et s., 27 octobre 1995.

367, JT, 1997, n° 9, pp. 278-288.

¹⁹ V. All., Cour const., BVerfGE 1, 97 [104 s.], 19 déc. 1951, Hinterbliebenenrente I ; 40, p. 121 [134], 18 juin 1975, Waisenrente II ; 82, p. 60 [85], 29 mai 1990, Steuerfreies Existenzminimum.

²⁰ All., Cour adm., BVerwGE 1, p. 25 [27] ; 1, p. 159 [161-162].

²¹ All., Cour const., BVerfGE, 9 fév. 2010, Hartz IV, RDSS, 2010, p. 653, note Céline FERCOT.

²² Art. 12 du Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'Homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels du 17 novembre 1988 (« 1. Toute personne a droit à une alimentation adéquate qui lui assure la possibilité d'atteindre son plein développement physique et son plein épanouissement affectif et intellectuel »).

²³ Cour IDH, 19 novembre 1999, Fond et réparations, Villagrán Morales et autres (« Les enfants des rues ») c. Guatemala, Série C, n° 63.

²⁴ Cour IDH, 17 juin 2005, Communauté indigène Yakye Axa c. Paraguay, Série C, n° 125 ; Cour IDH, 29 mars 2006, Fond et réparations, Communauté indigène Sawhoyamaya c. Paraguay, Série C, n° 146.

autres obligations, l'État aurait dû distribuer suffisamment d'aliments aux membres des communautés qui, privées de l'accès à leurs terres traditionnelles, se trouvaient dénuées de tout moyen de subsistance. Autre cas de figure, le droit à l'alimentation peut se trouver garanti sous une forme qui ne soit pas justiciable. Ainsi, la Constitution indienne contient une disposition relative au devoir de l'État d'améliorer le niveau nutritionnel et le niveau de vie de sa population²⁵. Cet article 47 de la Constitution relève des Principes directeurs de la politique de l'État considérés comme injusticiables²⁶. Pourtant, la Cour Suprême indienne a interprété le droit à la vie, droit fondamental justiciable au sens de la Constitution, comme comprenant le droit de jouir des besoins élémentaires dont le droit à l'alimentation, le droit d'être vêtu et le droit de vivre dans un logement décent²⁷. Le juge indien réussit ainsi à contrôler le respect du principe d'amélioration de l'alimentation par le biais d'une interprétation socialisante du droit à la vie.

Qu'ils l'appréhendent de manière directe ou indirecte, les juges ont ainsi assumé leur compétence pour contrôler le respect du droit à l'alimentation. Leurs décisions contribuent également à préciser le contenu justiciable de ce droit.

B. Les différentes obligations justiciables

Les obligations définies par les juges s'agissant du droit à l'alimentation peuvent être présentées suivant la classification tripartite retenue par le Comité DESC dans son Observation générale n° 12. Les États ont l'obligation de respecter (1), de protéger (2) et de réaliser (3) le droit à l'alimentation.

1) L'obligation de respecter

Selon les termes du Comité DESC, l'obligation de respecter le droit à l'alimentation « impose de s'abstenir de prendre des mesures qui aient pour effet de priver quiconque de [l']accès » à la nourriture²⁸. Cette obligation négative ne demande pas d'effort financier de la part de l'État et peut donc être immédiatement exigée de lui. Dans l'affaire des *Ogonis*, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples a condamné l'État nigérian en raison des activités pétrolières menées par la société nationale qui ont contaminé les terres de la Communauté, ainsi que des opérations de répressions brutales qu'il a menées à l'encontre de ses membres. Elle estime ainsi que le droit des Ogonis a été violé du fait de la destruction de leurs sources d'alimentation par le

²⁵ Article 47 de la Constitution (« The State shall regard the raising of the level of nutrition and the standard of living of its people »).

²⁶ V. *supra*, David ROBITAILLE et *infra*, Diane ROMAN.

²⁷ Inde, Cour Suprême statuant à 3 juges, 31 janv. 1990, *Shantistar Builders v. Narayan Khimalal Totame*, Appeal No. 2598/1989 ; 14 déc. 1994, *Shri Phuman G. Gupta v. State of Gujrat and others*, RD-SC 679.

²⁸ Comité DESC, Observation générale n° 12, précit., § 15.

Gouvernement et des obstacles opposés à leur recherche de nourriture²⁹. De la même manière, dans l'affaire *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur sur le territoire palestinien*³⁰, la violation du droit d'être à l'abri de la faim résulte de l'action du gouvernement qui a coupé l'accès aux productions agricoles et aux moyens de subsistance des palestiniens par la construction du mur. Le juge national est également à même de condamner ce type de comportement. Tel a été le cas en Afrique du Sud où la Haute Cour de la Province du Cap de Bonne Espérance a considéré que l'adoption d'une loi relative à la protection des ressources naturelles avait violé le droit constitutionnel à l'alimentation de pêcheurs traditionnels qui se trouvaient privés de leur accès à la mer en application de celle-ci³¹.

2) L'obligation de protéger

Au-delà de la simple abstention, l'État doit encore protéger les individus contre la violation de leur droit fondamental par d'autres personnes privées ou morales. L'Observation générale n° 12 précise ainsi que le droit à l'alimentation impose à l'État « de veiller à ce que des entreprises ou des particuliers ne privent pas des individus de l'accès à une nourriture suffisante ». Cette obligation exige de l'État qu'il encadre suffisamment et de manière effective, les agissements des personnes privées. La législation doit prévenir ce type de violations, les sanctionner et les accompagner de recours effectifs. L'affaire des *Ogonis* a ainsi donné lieu à une condamnation du Nigeria, qui n'avait pas empêché les compagnies pétrolières privées de polluer les sources alimentaires de ce peuple, voire qui avait favorisé leur action³².

3) L'obligation de réaliser

L'obligation de réalisation impose à l'État des obligations positives plus complexes. Elle exige en effet de prendre les mesures nécessaires à l'amélioration de l'accès des individus à l'alimentation et même de distribuer des vivres aux personnes qui se trouveraient dans l'impossibilité d'y accéder. Ces obligations relèvent tant d'une mise en œuvre progressive de politiques nationales que d'actions immédiatement exigibles. Elles peuvent donc donner lieu à deux types d'intervention du juge. Premièrement, ce dernier peut être amené à ordonner la fourniture d'un minimum de subsistance. Deuxièmement, lorsque l'État met en place une politique de mise en œuvre de ce droit, il peut contrôler le caractère adéquat et effectif de celle-ci.

²⁹ CADHP, 13 octobre 2001, *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, précit., § 66.

³⁰ CIJ, Avis consultatif du 9 juill. 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur sur le territoire palestinien*, précit.

³¹ Afrique du Sud, High Court (Cape of Good Hope Provincial Division), 2 mai 2007, *Kenneth George and Others v. Minister of Environmental Affairs & Tourism*, Case N° EC 1/2005.

³² CADHP, 13 oct. 2001, *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, précit., § 66.

4) L'obligation de fournir un minimum de subsistance

L'obligation de réaliser apparaît comme la plus difficilement justiciable. En effet, dans la mesure où elle consiste en une obligation d'agir de la part de l'État, l'intervention du juge apparaît discutable car contraire au principe de séparation des pouvoirs. L'autorité judiciaire ne pourrait imposer ou contrôler le choix politique du législateur du fait de son manque de légitimité démocratique. Pourtant, cette critique ne semble pas devoir être opposable s'agissant d'une réalisation minimale du droit à l'alimentation, ce que traduisent certaines décisions des juges américains. Ainsi, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme a pu constater des violations du droit à la vie en raison notamment de l'insuffisance de l'action étatique pour assurer la survie des membres d'une Communauté indigène qui avaient perdu leurs terres traditionnelles. En conséquence de ces violations, elle a ordonné la fourniture d'aliments en quantité, variété et qualité suffisantes afin que ces personnes jouissent des conditions nécessaires à une vie digne³³. Au plan interne, la Cour suprême argentine a, dans une affaire *Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado nacional y otra*³⁴, ordonné à l'État et à la Province concernée de fournir immédiatement de l'eau potable et des aliments à des populations indigènes se trouvant dans une situation extrêmement dégradée. Ce faisant, la Cour estime ne pas s'ingérer dans l'exercice du pouvoir politique. En effet, étant donné l'urgence et la gravité de la situation, elle s'est considérée contrainte de contrôler les activités des autres pouvoirs afin d'assurer le respect des droits constitutionnels. De la même manière, le juge colombien a formulé un droit à un minimum de subsistance pour les personnes déplacées de force, ce qui lui a permis d'imposer aux autorités de mettre en place immédiatement un programme d'aide alimentaire d'urgence³⁵.

Ces illustrations traduisent bien la possibilité pour le juge d'exiger une réalisation minimale du droit à l'alimentation qui n'empiète pas sur le pouvoir d'appréciation du législateur. En effet, pour ces juges, il s'agit de protéger le noyau dur de la dignité de la vie humaine, la substance même du droit à la vie. Si le juge n'assurait pas le respect de cette exigence minimale, il ne remplirait donc pas son rôle de gardien des droits fondamentaux.

5) Le contrôle de la mise en œuvre du droit à l'alimentation

S'il peut apparaître difficile pour un juge d'imposer la mise en place de programmes et de politiques, rien ne s'oppose à ce qu'il contrôle ces derniers une fois qu'ils ont été adoptés. Dans ce cas, le risque d'empiètement de l'appréciation

³³ Cour IDH, 17 juin 2005, Communauté indigène Yakye Axa c. Paraguay, précit., § 221 ; Cour IDH, 29 mars 2006, Fond et réparations, Communauté indigène Sawhoyamaya c. Paraguay, précit., § 230.

³⁴ Argentine, Cour Suprême, 18 sept. 2007, *Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado nacional y otra*, D. 587. XLIII.

³⁵ Colombie, Cour const., 22 janv. 2004, *Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo y otros*, précit., § 10.1.4.

du juge sur celle du législateur est amoindri, car son intervention est postérieure à la prise de décision. La justiciabilité peut concerner soit un contrôle de la mise en œuvre effective des politiques, soit un contrôle de leur caractère légitime et adéquat. A ce titre, la jurisprudence « Right to food » de la Cour Suprême indienne constitue une illustration particulièrement intéressante³⁶. Si l'affaire n'est toujours pas close, la Cour Suprême a rendu un grand nombre d'ordonnances provisoires relatives à l'application des programmes indiens de distribution alimentaire. La Cour Suprême a ainsi pu exiger la mise en œuvre effective des programmes en place, notamment la distribution des quotas de céréales disponibles conformément à la législation³⁷. Au-delà, la Cour Suprême a défini précisément les catégories de personnes bénéficiaires de l'aide alimentaire en ajoutant notamment les populations tribales³⁸ et les sans-abris³⁹. Elle a même modifié le contenu d'un programme en le complétant par une obligation de fournir un repas cuisiné à midi pour les enfants dans les écoles primaires⁴⁰. Les juges sont donc compétents pour contrôler le caractère effectif et suffisant des mesures prises par l'État pour réaliser le droit à l'alimentation. De la même manière, les juges nord-américains ont été amenés à apprécier la légalité de programmes de distribution alimentaire. Ils ont ainsi pu censurer des programmes en raison des critères d'éligibilité des bénéficiaires⁴¹ ou au motif que la prise de décision d'octroi de l'aide alimentaire en situation d'urgence était trop lente⁴².

En définitive, le droit à l'alimentation est bien un droit dont le respect est susceptible d'être exigé devant un juge.

II. Un droit de l'Homme source d'obligations extraterritoriales des États : l'exemple de l'OMC

Si le droit à l'alimentation impose des obligations aux États dont certaines peuvent être aisément justiciables, une des spécificités du droit à l'alimentation réside dans le fait que sa réalisation dépend en partie des circonstances économiques internes et internationales. Cet état de fait est d'autant plus vrai que le marché des denrées alimentaires est désormais largement mondialisé. Ainsi, l'effectivité du droit à l'alimentation au sein d'un État est soumise aux fluctuations marchandes sur le plan mondial. Or, les États peuvent être tenus responsables de cette situation du fait de leurs politiques commerciales et du fait de leur participation à la régulation internationale des finances et des échanges en tant que membres d'organisations internationales économiques comme le Fonds Monétaire International, la Banque Mondiale ou

³⁶ Inde, Cour Suprême, *People's Union for Civil Liberties v. Union of India*, Writ Petition (Civil) 196 of 2001.

³⁷ Inde, C.S., Ordonnance du 17 sept. 2001.

³⁸ Inde, C.S., Ordonnance du 2 mai 2003.

³⁹ Inde, C.S., Ordonnance du 20 janv. 2010.

⁴⁰ Inde, C.S., Ordonnance du 28 nov. 2001.

⁴¹ U.S. Supreme Court, 25 juin 1973, *U.S. Department of Agriculture v. Moreno*, 413 US 528.

⁴² U.S. District Court, 2nd district, *Robidoux v. Kitchel*, 876 F. Supp. 575 (D. Vt. 1995).

l'Organisation mondiale du commerce par exemple. Le respect du droit à l'alimentation comporte ainsi des obligations extraterritoriales pour les États, comme a pu les définir l'ancien rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation Jean Ziegler⁴³, ou des « obligations internationales » selon la terminologie du Comité DESC dans son Observation générale n° 12⁴⁴. L'idée sous-jacente à ces obligations est de considérer que les États sont tenus de respecter le droit à l'alimentation des individus vivant sur le territoire d'autres États lorsque leur comportement et leur décision ont un impact sur eux. Dans ce cadre, les Accords de l'OMC figurent parmi les règles internationales dont l'application peut avoir un effet plus ou moins négatif sur le respect du droit à l'alimentation (A). Pourtant, le droit à l'alimentation n'est pas évoqué au sein des règles de droit de l'OMC⁴⁵. Il n'en demeure pas moins que l'obligation pour les États d'assurer la garantie du droit à l'alimentation est susceptible de les obliger en tant que membres de l'OMC (B).

A. L'impact de l'application des règles de l'OMC sur le droit à l'alimentation

La question de l'impact de la mondialisation sur le droit à l'alimentation fait l'objet d'un grand nombre d'études depuis quelques années par les organes de l'ONU⁴⁶. Ces études s'inscrivent dans une problématique plus générale qui est celle des effets de la globalisation sur la protection des droits de l'Homme. Les règles de l'OMC ont fait l'objet d'une attention particulière notamment de la part des rapporteurs spéciaux au droit à l'alimentation successifs. Parmi les divers accords OMC, l'Accord sur l'agriculture se trouve le plus concerné (1). Ses effets sur la réalisation du droit à l'alimentation sont cependant difficilement appréhendables car ils ne sont pas homogènes et diffèrent selon les États. Dans leur globalité, les règles de l'OMC présentent un caractère ambivalent s'agissant du droit à l'alimentation car leurs effets varient entre la théorie et la pratique (2).

1) Les règles concernées

L'Accord sur l'agriculture (AsA) apparaît comme l'accord ayant l'impact le plus direct sur la réalisation du droit à l'alimentation. L'AsA s'applique aux produits agricoles. Il a pour objet d'interdire toutes restrictions non tarifaires à

⁴³ Rapport E/CN.4/2005/47 ; Rapport E/CN.4/2006/44 ; Rapport A/HRC/7/5.

⁴⁴ Comité DESC, Observation générale n° 12, précit., § 36. V. également Olivier DE SCHUTTER, Rapport « Renforcer la capacité d'adaptation : un cadre fondé sur les droits de l'Homme pour la réalisation de la sécurité alimentaire et nutritionnelle mondiale », UN doc. A/HRC/9/23.

⁴⁵ Seul le Préambule de l'Accord sur l'Agriculture se réfère à des considérations autres que commerciales, comme la sécurité alimentaire que les États Membres sont tenus de prendre en compte en s'engageant dans le programme de réforme.

⁴⁶ V. les rapports rendus par les deux rapporteurs spéciaux sur le droit à l'alimentation qui se sont succédé. V. également Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'Homme, Mary ROBINSON, « La mondialisation et ses effets sur la pleine jouissance de tous les droits de l'Homme », E/CN.4/2002/54 ; FAO, Les Négociations Commerciales Multilatérales sur l'Agriculture - Manuel de Référence - II - L'Accord sur l'Agriculture, 2001.

l'accès au marché (article 4). Ces dernières doivent ainsi être transformées en droits de douane qui font eux-mêmes l'objet d'une consolidation puis d'une réduction. Il est cependant possible d'invoquer une clause de sauvegarde spéciale (SSG) pour augmenter les droits de douane provisoirement en cas de baisse subite des prix ou d'augmentation des importations (article 5). L'Accord exige encore la diminution des mesures de soutien interne qui ont une incidence directe sur la production et le commerce (catégorie orange). En revanche, certaines mesures de soutien interne sont autorisées lorsqu'elles ont une incidence minimale sur le commerce comme les aides à la recherche, à la santé publique, etc. (catégorie verte) ou les aides directes aux agriculteurs tenus de limiter leur production (catégorie bleue) ou encore les mesures de soutien d'ampleur modeste (article 6). L'AsA engage enfin à la réduction des subventions à l'exportation telles que consolidées en 1995 (article 9).

L'Accord prévoit des règles différenciées pour les pays en développement qui bénéficient de périodes de mise en œuvre plus longues et de taux de réduction plus faibles. De plus, il est prévu que les pays exportateurs puissent prohiber ou restreindre temporairement l'exportation de produits alimentaires pour pallier une situation interne de pénurie alimentaire (article 12). Ils doivent cependant prendre en compte les effets de leur mesure sur la sécurité alimentaire des États importateurs nets. Par ailleurs, l'AsA prévoit l'adoption de mesures en faveur des pays les moins avancés (PMA) et des pays en développement importateurs nets de produits alimentaires (PDINPA). Tel est bien l'objet de la Décision ministérielle de Marrakech sur les mesures concernant les effets négatifs possibles du programme de réforme sur les pays les moins avancés et les pays en développement importateurs nets d'aliments, adoptée pendant les négociations commerciales du Cycle d'Uruguay, qui prévoit quatre mécanismes pour éviter les éventuelles difficultés résultant de l'application de l'AsA pour de tels pays. Les États doivent ainsi s'assurer de la suffisance de l'aide alimentaire, accorder un traitement différencié à ces pays en matière de crédits à l'exportation de produits agricoles, prévoir des facilités de paiement et prendre en considération leurs demandes d'assistance technique et financière dans le cadre des programmes d'aide.

2) Des effets ambivalents

L'application des règles de l'OMC doit théoriquement mener à la réalisation du droit à l'alimentation. Une position optimiste, adoptée notamment par le directeur général de l'OMC, Pascal Lamy⁴⁷, consiste en effet à penser qu'en favorisant l'ouverture des marchés, ces règles permettent à chaque État de se spécialiser dans la production de biens pour lesquels il a un avantage comparatif. Cette spécialisation entraîne un rendement croissant, donc une augmentation de la production accompagnée d'une baisse des prix à la

⁴⁷ V. « La libéralisation du commerce et l'OMC : aide ou entrave au droit à l'alimentation ? », Débat entre Pascal LAMY et Olivier DE SCHUTTER, 11 mai 2009, Genève, http://www.wto.org/french/forums_f/debates_f/debate14_f.htm.

consommation, d'où découle un pouvoir d'achat croissant des consommateurs, et donc, à terme, une amélioration de leur bien-être. Rapportée à la question du droit à l'alimentation, la libéralisation des échanges permettrait le développement économique des États et donc l'augmentation du pouvoir d'achat de nourriture des consommateurs. En effet, l'accès au marché sans discrimination permettrait aux États d'exporter leurs biens, donc de s'enrichir, et aux pays les moins productifs d'augmenter leur productivité au contact des États dont la productivité est plus élevée. L'augmentation de la production de produits agricoles et celle du niveau de vie des consommateurs favoriseraient donc la réalisation du droit à l'alimentation. Cette position n'ignore pas la persistance de la faim dans le monde mais elle considère qu'elle n'a pas de lien avec l'application des règles de l'OMC. Elle découlerait au contraire des distorsions de concurrence persistantes et des choix politiques internes.

Pourtant, force est de constater que, dans les faits, l'application des règles de l'OMC entraîne une fragilisation du droit à l'alimentation. Certes, seulement 15% de la production alimentaire mondiale fait l'objet d'un commerce international. Néanmoins, ce commerce a un impact important au plan interne car les prix internationaux et nationaux ont tendance à converger. Au moment de l'ouverture des marchés, la plupart des pays pauvres se sont retrouvés importateurs de produits agricoles de base afin de profiter des prix plus bas de certaines denrées (prix en partie dus aux fortes subventions à l'exportation accordées par les États-Unis et la Communauté Européenne à leurs agriculteurs). Dans les PDINPA, la forte augmentation des importations a contribué à la faillite des producteurs locaux incapables d'aligner leurs prix sur ceux des produits importés. D'un autre côté, faute d'avoir investi pour aider les producteurs locaux à pénétrer sur les marchés à haute valeur ajoutée des pays riches, ces pays n'arrivent pas à profiter de la libéralisation du marché. En conséquence, ces États se retrouvent totalement dépendants du prix des importations pour leur sécurité alimentaire. Cet état de fait les rend particulièrement vulnérables à l'instabilité croissante des prix sur les marchés internationaux et sensibles à la hausse des prix des produits alimentaires à l'origine de problèmes de balance des paiements (surtout en cas de choc brutal).

Même si une partie de l'insécurité alimentaire est due à la présence de distorsions de concurrence (comme les fortes subventions à l'exportation des pays développés), la libéralisation aurait tendance à aggraver le sort des paysans les plus pauvres puisque seuls les gros producteurs seraient en mesure de profiter des avantages de celle-ci. En effet, les petits producteurs des pays en voie de développement ne peuvent rivaliser en termes de productivité avec les grands producteurs, avec lesquels ils se retrouvent pourtant en concurrence.

B. Les obligations des États membres de l'OMC en vue de la garantie du droit à l'alimentation

La garantie du droit à l'alimentation en tant que droit de l'Homme impose de lire les obligations des États dans le cadre de l'OMC à la lumière du

respect de ce droit. Les Accords tels qu'ils sont rédigés comportent des mesures et des mécanismes susceptibles d'améliorer la réalisation du droit à l'alimentation. Les États ont donc, dans un premier temps, l'obligation d'appliquer ces règles de manière effective en vue de la réalisation du droit à l'alimentation (1). Au-delà, les règles actuelles ne semblent pas suffisantes pour atteindre cet objectif. Les pays membres de l'OMC auraient ainsi, dans un deuxième temps, l'obligation de modifier, voire de remettre en cause, les règles existantes (2).

1) Une application effective des règles existantes

Les fortes subventions à l'exportation, comme celles accordées par l'Union européenne et par les États-Unis à leurs agriculteurs, constituent l'une des causes principales des crises alimentaires dans les pays en développement. L'Accord sur l'Agriculture permet cette situation dans la mesure où le niveau de ces subventions, au moment de leur consolidation en 1995, était démesurément plus élevé pour ces pays que pour les pays pauvres. Une baisse radicale des subventions serait donc nécessaire au rééquilibrage des échanges sur le marché mondial. De façon moins extrême, la seule application de bonne foi, par ces États riches, de leurs obligations de réduction des subventions serait d'ores et déjà une avancée dans la réalisation du droit à l'alimentation. Or, la pratique démontre que tel n'est pas toujours le cas. Lorsque ces pays ne respectent pas leurs obligations conventionnelles, l'appel à l'Organe de Règlement des Différends (ORD) apparaît comme un moyen efficace de régulation. De fait, l'ORD a été amené à condamner des pratiques illégales de contournement de leurs obligations par ces États. Ainsi dans l'affaire *États-Unis-Coton upland*⁴⁸, le Groupe spécial, confirmé en cela par l'Organe d'appel, a requalifié de supposées mesures de soutien interne en subventions à l'exportation et constaté en conséquence la violation de ces obligations par les États-Unis en vertu de l'AsA⁴⁹. De la même manière, dans une affaire *Communautés européennes-Subventions à l'exportation de sucre*, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont conclu au dépassement du niveau d'engagement des CE en matière de subventions à l'exportation, notamment du fait que ces dernières n'avaient pas démontré que la quantité de sucre dépassant le niveau d'engagement d'exportation n'était pas subventionnée⁵⁰. Les constatations de l'ORD sont directement efficaces pour la Partie demanderesse qui a le droit d'adopter des mesures de rétorsion si l'État violant les règles de l'OMC ne se conforme pas rapidement à celles-ci. Ce mécanisme de contrôle pourrait s'avérer utile aux

⁴⁸ V. Rapport du Groupe spécial États-Unis – Subventions concernant le coton upland, WT/DS267/R, 8 sept. 2004 ; Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Subventions concernant le coton upland, WT/DS267/AB/R, 21 mars 2005.

⁴⁹ Une telle requalification avait déjà été faite dans une affaire antérieure, Rapport de l'Organe d'appel Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers, WT/DS103/AB/RW, WT/DS113/AB/RW, 3 déc. 2001.

⁵⁰ Rapport du Groupe spécial CE-Subventions à l'exportation de sucre, WT/DS265/R, 15 oct. 2004 ; Rapport de l'Organe d'appel, CE-Subventions à l'exportation de sucre, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, 28 avr. 2005.

pays en voie de développement pour forcer les États riches à respecter leurs obligations. Néanmoins, la pratique démontre que les pays en développement n'ont pas les moyens techniques et financiers de formuler une plainte. Dans les espèces précédentes, ils n'étaient ainsi que tierces parties au litige, ce qui ne les autorise pas à adopter d'éventuelles mesures de rétorsion⁵¹. Pour autant, les saisines de l'ORD ont l'intérêt de permettre le constat du non-respect des obligations de réduction des subventions à l'exportation. Ces constats, même ponctuels, peuvent servir efficacement la cause des pays en développement sur le plan politique. En effet, s'il est démontré que les États développés ne respectent pas leurs obligations, ils pourront difficilement invoquer des promesses de réduction des subventions dans leurs négociations avec les pays en développement pour exiger, en contrepartie, l'ouverture du marché de ces derniers⁵².

En outre, les textes actuels contiennent un mécanisme pouvant permettre aux pays en développement d'opposer les risques d'insécurité alimentaire pour limiter l'application des règles du libre échange. Comme mentionné, l'AsA prévoit en effet une clause de sauvegarde qui permet de déroger à l'interdiction d'augmenter les droits de douane en cas de hausse subite des importations. Cependant, la plupart des pays en développement ne peuvent en bénéficier car elle n'est ouverte qu'aux États qui ont tarifé leurs produits et non pas à ceux qui ont fixé des taux plafond (comme la plupart des PED). Par ailleurs, s'agissant de ceux qui ont procédé à la tarification, certains ont des taux de consolidation égaux à zéro et n'ont donc aucune marge de manœuvre⁵³.

2) Une adaptation nécessaire des règles existantes

La seule application des règles existantes peut apparaître comme insuffisante à garantir le respect effectif du droit à l'alimentation. L'obligation pour les États membres de l'OMC de ne pas violer le droit à l'alimentation dans leurs activités internationales imposerait alors la modification des textes dans un sens plus conforme au respect de ce droit.

Des travaux d'organes et institutions internationales⁵⁴, relayés par certains États membres de l'OMC⁵⁵, ont pu ainsi envisager l'introduction de

⁵¹ Dans l'espèce États-Unis – Subventions concernant le coton upland, la partie demanderesse était le Brésil, grand État exportateur. Les pays en développement comme le Bénin et le Tchad, étaient tierces parties. Dans l'espèce CE-Subventions à l'exportation de sucre, les plaignants étaient l'Australie, le Brésil et la Thaïlande. Parmi les tierces parties figuraient entre autres la Côte d'Ivoire, le Kenya, Madagascar, le Malawi.

⁵² Romain BENNICCHIO, « Décision de l'Organe de règlement des différends (ORD) sur le coton : Quelles implications pour les pays africains et les négociations agricoles ? », in Eric Hazar *Négociations Commerciales Internationales et Réduction de la pauvreté : Le livre blanc sur le coton*, Etudes et Recherches, n° 249, Enda éditions, Dakar, 2005, pp. 33-43.

⁵³ Mary ROBINSON, « La mondialisation et ses effets sur la pleine jouissance de tous les droits de l'Homme », précit., § 42, spéc. note 41.

⁵⁴ Mary ROBINSON, « La mondialisation et ses effets sur la pleine jouissance de tous les droits de l'Homme », précit. ; FAO, *Directives volontaires à l'appui de la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale*, Directive 19.

l'exigence de garantie du droit à l'alimentation au sein des Accords de l'OMC, ainsi qu'une différenciation accrue entre les États membres au profit des plus vulnérables. La référence au droit à l'alimentation obligerait ainsi les États à interpréter et à appliquer les règles conformément au respect de ce droit. La garantie du droit à l'alimentation pourrait également être ajoutée aux exceptions générales susceptibles de justifier une dérogation à l'application des Accords⁵⁶. Cependant, la mesure la plus efficace pourrait bien être de prévoir un traitement différencié des règles de libre échange en faveur des pays en voie de développement. Ce traitement différencié existe déjà comme l'attestent les délais et taux de réduction plus favorables, ainsi que l'adoption de la Décision ministérielle de Marrakech⁵⁷. Toutefois, ces flexibilités ne permettent pas à ces pays de se défendre contre les variations des cours mondiaux sur les denrées alimentaires. De plus, la Décision ministérielle n'a pas été appliquée dans les faits, faute de précisions suffisantes sur le contenu de ses exigences⁵⁸. Les États membres de l'OMC devraient donc appliquer ces dispositions de manière effective. Au-delà, la différenciation devrait être accentuée. Le principe de non-discrimination tel qu'il est mis en place au sein de l'OMC ne semble pas suffisamment prendre en considération les grandes différences qui existent entre les pays riches et les pays pauvres, mais également entre les pays en développement eux-mêmes. Chaque pays devrait pouvoir faire appel à des clauses lui permettant temporairement de restreindre l'accès à son marché, d'augmenter ses subventions à l'exportation et ses mesures de soutien interne, dans le but de garantir le droit à l'alimentation des personnes sur son territoire. Les pays les moins développés devraient recevoir une assistance technique et financière nécessaire à leur développement. En somme, les pays concernés doivent bénéficier de mesures de discrimination positive afin de pouvoir se retrouver en position d'égalité réelle avec les autres pays membres. De telles mesures supposent d'admettre de possibles distorsions au principe du traitement de la nation la plus favorisée. Les accords asymétriques, qui ont pour objectif de favoriser le développement de certains États, pourraient ainsi être autorisés. La condamnation du régime issu de la Convention de Lomé entre l'Union européenne et les pays ACP démontre bien que ce type d'accords contrarie pour l'heure les règles de l'OMC⁵⁹.

⁵⁵ V. dans le cadre des négociations au sein de l'OMC, Proposition de pays en développement relative au traitement spécial et différencié et à la catégorie développement, G/AG/NG/W/13, 23 juin 2000 ; Proposition de la Norvège, G/AG/NG/W/101, 16 janv. 2001.

⁵⁶ V. l'article XX Accord GATT. V. par exemple, Conseil national de l'alimentation, « Les nouveaux facteurs légitimes de régulation du commerce international des denrées alimentaires », Avis n°59 adopté le 7 février 2008.

⁵⁷ V. *supra*.

⁵⁸ V. par exemple, Mary ROBINSON, « La mondialisation et ses effets sur la pleine jouissance de tous les droits de l'Homme », précit., § 27-30 ; Bart VROLIJK, « Module 9. La Décision sur les mesures concernant les effets négatifs possibles du programme de réforme sur les pays et les moins avancés et les pays en développement importateurs nets de produits alimentaires », in FAO, Les Négociations Commerciales Multilatérales sur l'Agriculture - Manuel de Référence - II - L'Accord sur l'Agriculture, 2001.

⁵⁹ V. les différents rapports dans le contentieux Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes.

Dans la lignée de ces idées, l'actuel Rapporteur spécial au droit à l'alimentation, Olivier de Schutter, semble prôner une application des règles de l'OMC qui réduise la dépendance des PED au marché international des denrées alimentaires, ainsi que le maintien d'une agriculture locale, traditionnelle et de subsistance⁶⁰. Dans une perspective plus radicale, certaines organisations militent pour une remise en cause complète de l'application des règles de libre-échange aux denrées alimentaires. Elles invoquent à ce titre la notion de souveraineté alimentaire qui commande la maîtrise totale des États sur leur politique alimentaire⁶¹. Cette notion n'a cependant de sens que si la politique souveraine d'un État ne nuit pas à la politique alimentaire des autres pays.

La réalisation du droit à l'alimentation apparaît comme une mission particulièrement délicate et complexe. Dans ce cadre, la justiciabilité du droit de l'Homme à l'alimentation ne constitue qu'une des modalités de mise en œuvre effective de ce droit. Pour l'heure, elle ne permet pas à elle seule de compenser une politique agricole défectueuse ou une absence de volonté internationale de résolution du drame de la faim. Les 20-22 septembre 2010, à l'occasion du Sommet sur les objectifs du Millénaire pour le développement, les États membres de l'ONU n'ont ainsi pu que constater la permanence de la malnutrition en contradiction avec le premier objectif d'éradication de la faim. Cependant, la consécration du droit à l'alimentation en tant que droit de l'Homme permet de mieux encadrer les comportements étatiques et de renforcer la protection des individus, notamment par l'ouverture de voies de droit au profit des personnes ou des groupes concernés.

⁶⁰ Rapport « Mission auprès de l'Organisation Mondiale du Commerce », A/HRC/10/5/Add.2, 4 fév. 2009.

⁶¹ V. le Rapport présenté par Jean ZIEGLER, E/CN.4/2004/10, § 24-34.

SECTION 4 - LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX FONDAMENTAUX AU TRAVAIL,

JULIEN BURDA

Les bouleversements nés de la libéralisation des échanges internationaux font de la protection des droits des travailleurs un enjeu essentiel. La concurrence internationale qui s'est développée ces dernières années, conséquence directe de ce processus de libéralisation, a en effet des répercussions importantes sur les relations sociales.

Dans les pays développés, le modèle de régulation socio-économique élaboré au début du XX^e siècle privilégiant une forme unique de rapport de travail et garantissant la sécurité du travailleur, un temps de travail homogène et des négociations collectives relativement autonomes¹, se trouve aujourd'hui remis en question. L'État, dont la souveraineté est relativisée par l'émergence d'autres acteurs internationaux, a progressivement abandonné le modèle keynésien pour devenir également un État « anti-inflationniste », maîtrisant ses dépenses et maintenant les conditions de concurrence. Les entreprises doivent désormais s'adapter rapidement à une compétition mondiale et exigent plus de flexibilité de la part des salariés². Les syndicats se trouvent enfin confrontés à l'accroissement d'un chômage de masse, et doivent nécessairement repenser et réorienter leurs actions en vue de la création ou de la sauvegarde de l'emploi, mais aussi de la lutte contre la pauvreté³.

Les travailleurs sont les premiers à subir les conséquences sociales de ces bouleversements. De nouvelles relations de travail apparaissent et se matérialisent dans des contrats de travail à durée déterminée, temporaire, à temps partiel, ou même journalier⁴. Néfastes pour les travailleurs⁵, surtout les plus inexpérimentés ou sous-qualifiés⁶, elles conduisent à un accroissement

¹ Alain SUPIOT, *Au-delà de l'emploi : Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion, 1999, p. 7-8.

² Marie-Ange MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 47.

³ Thierry PECH, « Crise du syndicalisme », *Alternatives Economiques*, n° 267, Mars 2008, p. 69.

⁴ Brigitte LESTRADE, « Le travail à temps partiel en France et en Allemagne : deux modèles contrastés », *Innovations : Cahiers d'économie de l'innovation*, vol. 20, n° 2, 2004, p. 62 ; Raymond TORRES, *Towards a Socially Sustainable World Economy: an Analysis of the Social Pillars of Globalization*, Genève, BIT, 2001, p. 35.

⁵ Patrick BOLLE, « Le travail à temps partiel: liberté ou piège? », *Revue Internationale du Travail, Perspectives*, vol. 136, n° 4, 1997, p. 628.

⁶ May TAM, *Part-Time Employment: A Bridge or A Trap ?*, Aldershot, Avebury, 1997, p. 243.

général de la précarité et à l'apparition de « travailleurs pauvres »⁷. Ces bouleversements sociaux touchent également les pays en développement et les pays émergents. La concurrence internationale et l'objectif de réduction maximale des coûts les incitent à tout faire pour attirer les investisseurs étrangers, au détriment des conditions sociales. Alors que certains modes de production institutionnalisent ainsi la précarité et le non-respect des droits des travailleurs⁸, se développe, en parallèle le « secteur informel » où les travailleurs exercent leur activité en dehors du cadre légal, sans contrat de travail et de protection sociale⁹.

Ces différents éléments conduisent à un constat déplorable : la libéralisation des échanges a concouru au bouleversement des relations sociales et fragilise les droits sociaux à l'échelle planétaire¹⁰, de façon – semble-t-il – irréversible¹¹. Or, cette irréversibilité impose un changement d'approche. Il ne s'agit plus d'aborder la question de la mondialisation « sous l'angle "pour ou contre", mais sous celui des conditions dans lesquelles [elle] doit se réaliser »¹², c'est-à-dire d'envisager les moyens qui permettraient, d'un point de vue social, d'assurer le renforcement des droits des travailleurs dans ce nouveau contexte¹³. Leur justiciabilité pourrait en être la voie.

Ceci suppose dans un premier temps d'identifier un socle commun de droits des travailleurs qui méritent d'être protégés en priorité dans ce contexte, afin de voir si les instruments internationaux qui les consacrent actuellement en assurent la justiciabilité. Toutefois, dans le contexte de libéralisation des échanges, l'insertion de clauses sociales comme le recours à l'unilatéralisme sont parfois préconisés pour renforcer leur effectivité.

I. Les droits fondamentaux des travailleurs et l'OIT

La question de la justiciabilité des droits fondamentaux des travailleurs a été longtemps obscurcie par l'absence de consensus international sur une

⁷ Julien DAMON, « Travailleurs pauvres : de quoi parle-t-on ? », *Droit Social*, 2009, pp. 292-299 ; *Les travailleurs à bas salaire et les travailleurs pauvres*, (OERI), septembre 2002, disponible à l'adresse : <http://www.eiro.eurofound.ie/2002/08/study/index.html>.

⁸ Theo NICHOLS et Surhan CAM, *Labour in a Global World: Case Studies from the White Goods Industry in Africa, South America, East Asia and Europe (The Future of Work)*, Londres, Palgrave Mcmillan, 2005, pp. 235-236.

⁹ Jacques CHARMES, « Une revue critique des concepts, définitions et recherches sur le secteur informel », David TURNHAM, Bernard SALOME, Antoine SCHWARZ (éd.), *Nouvelles approches du secteur informel*, Paris, OCDE, 1990, pp. 11-51.

¹⁰ Malte LÜBKER, « Mondialisation et perceptions des inégalités sociales », *Revue Internationale du Travail*, vol. 143, n° 1-2, 2004, p. 97.

¹¹ Jean-Charles HERRENSCHMIDT, « L'irréversibilité de la mondialisation », Catherine KESSEDJIAN et Eric LOQUIN (dir.), *La mondialisation du droit*, Travaux du Centre de recherche sur le Droit des marchés et des investissements internationaux, Paris, Litec, vol. 19, 2000, pp. 389-400.

¹² Marie-Ange MOREAU, précit., p. 43.

¹³ Bernhard G. GUNTER et Rolph VAN DER HOEVEN, « La dimension sociale de la mondialisation : analyse bibliographique », *Revue internationale du Travail*, vol. 143, n° 1-2, 2004, p. 8.

définition des droits fondamentaux des travailleurs. Leur reconnaissance dans l'ordre international a en effet été lente et délicate, les États¹⁴, les organisations internationales¹⁵, la doctrine¹⁶ ou même certains traités¹⁷ ayant, à tour de rôle, adopté des démarches propres et des terminologies différentes¹⁸ (A), ce qui a eu des impacts sur leur justiciabilité (B).

A. L'identification des droits fondamentaux des travailleurs

La maturation des droits sociaux considérés comme fondamentaux a pris un tournant décisif dans les années 1990 lorsque l'OIT a entrepris une réflexion sur sa raison d'être dans un monde devenu unipolaire. Elle devait surmonter une « crise d'identité »¹⁹ et redéfinir les priorités de son action²⁰. L'OIT avait été jusque-là incapable de créer un « level-playing field »²¹, c'est-à-dire d'identifier et surtout d'imposer des normes sociales universelles, susceptibles de donner une vraie dimension sociale au processus de mondialisation. C'est précisément dans cette perspective que l'OIT a incité ses membres à se concentrer plus particulièrement sur quatre thèmes impératifs couverts par des normes sociales, à savoir la liberté syndicale, la discrimination en matière d'emploi, l'abolition du travail forcé et l'âge minimum d'accession à l'emploi²².

Cette réflexion a conduit les membres à adopter, en 1998²³, une Déclaration « *relative aux principes et droits fondamentaux au travail* »²⁴. Instrument promotionnel et non contraignant, cette Déclaration souligne le

¹⁴ Virginia LEARY, « Labour », Christopher C. JOYNER (ed.), *The United Nations and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, pp. 225-226.

¹⁵ *Le commerce, l'emploi et les normes du travail: une étude sur les droits fondamentaux des travailleurs et l'échange international*, Paris, OCDE, 1996.

¹⁶ Bob HEPPLER, « New Approaches to International Labour Regulation », *Industrial Law Journal*, vol. 26, n° 4, 1997, pp. 353-366.

¹⁷ Pierre Michel EISEMANN, « La dimension sociale des accords de produits de base », Alain PELLET et Jean-Marc SOREL (éd.), *Droit international du développement social et culturel*, Paris, L'Hermès, 1997, pp. 211-217.

¹⁸ Francis MAUPAIN, « La protection internationale des travailleurs et la libéralisation du commerce mondial: un lien ou un frein ? », *Revue Générale de Droit International Public*, 1996, p. 61.

¹⁹ Brian LANGILLE, « The ILO and the New Economy: Recent Developments », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 15, n° 3, 1999, pp. 231-233.

²⁰ Don SMYTH, « Achievements, New Directions from 1994 ILO Conference », *Monthly Labor Review*, vol. 117, n° 9, 1994, pp. 46-51.

²¹ William SIMPSON, « Standard Setting and Supervision : A System in Difficulty », Jean-Claude JAVILLIER et Bernard GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir – Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, p. 50.

²² *Des valeurs à défendre, des changements à entreprendre – La justice sociale dans une économie qui se mondialise : un projet pour l'OIT*, GB.261/WP/SDL/1, 81^{ème} session, Genève, 1994, p. 53.

²³ La Déclaration a été adoptée par 273 voix favorables, pour 43 abstentions. *Compte-rendu des travaux*, vol. I, Conférence internationale du Travail, 86^e session, Genève, 1998, CRP n° 22, pp. 49-52.

²⁴ Sur cette Déclaration, v. Claire LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail. Origines, statut et impact en droit international*, Paris, P.U.F., 2009 ; Hilary KELLERSON, « La Déclaration de l'OIT sur les principes et droits fondamentaux : un défi pour l'avenir ? », *Revue Internationale du Travail*, vol. 137, n° 2, 1998, pp. 243-248 ; Francis MAUPAIN, « Revitalization Not Retreat: the Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Worker's Rights », *European Journal of International Law*, vol. 16, n° 3, 2005, pp. 439-465.

caractère fondamental des principes et droits fondamentaux qu'elle consacre. Elle présente une originalité certaine qui ressort de la combinaison opérée entre sa forme non contraignante et son contenu, à savoir l'identification des droits et principes fondamentaux au travail que les membres de l'OIT, en raison de leur qualité de membres, ont l'obligation de promouvoir²⁵. La liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession sont ainsi considérés comme les droits de l'Homme au travail. Ces droits sont en outre véhiculés par huit conventions que l'OIT qualifie de « fondamentales »²⁶.

Le caractère fondamental de ces droits ressort de leur nature constitutionnelle. Ils sont en effet consacrés, explicitement ou non, dans la Constitution de l'OIT en tant que piliers sur lesquels celle-ci repose. La Déclaration, en ce sens, n'a fait que rappeler les obligations constitutionnelles des États membres. Si bien qu'elle ne cherche qu'à promouvoir l'application universelle des principes et des droits inscrits dans la Constitution de l'Organisation, exprimés et développés par la suite dans les huit conventions fondamentales.

L'affirmation de leur universalité se « paie » nécessairement en termes de contenu et justifie, en définitive, la pauvreté relative de celui-ci. Ceci explique que les Membres de l'OIT qui n'ont pas encore ratifié ces conventions, « ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet desdites conventions »²⁷. C'est d'ailleurs tout l'intérêt de cette Déclaration qui, se fondant sur la nature constitutionnelle de ces droits, élabore un seuil social commun et évite l'aléa de la ratification des conventions internationales. Bien entendu, l'ordre international recèle de conventions qui consacrent et explicitent ces quatre droits fondamentaux et obligent les États à adopter des mesures pour les rendre effectifs. Dans la majorité des cas, ces instruments contiennent également des mécanismes de destinés à en assurer la mise en œuvre.

²⁵ Francis MAUPAIN, « L'OIT, la justice sociale et la mondialisation », Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 278, 1999, p. 243.

²⁶ Il s'agit de la convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948 ; de la convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949 ; de la convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930 ; de la convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957 ; de la convention (n° 138) sur l'âge minimum, 1973 ; de la convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants, 1999 ; de la convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 1951 et de la convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958. Sur le caractère fondamental de ces conventions : Jean-Michel SERVAIS, « International Labour Organisation », Roger BLANPAIN (ed.), *International Encyclopedia of Labour Laws*, Kluwer, 1996, pp. 56-57.

²⁷ Point 2 de la Déclaration.

B. Les mécanismes traditionnels de mise en œuvre des droits sociaux fondamentaux

Les mécanismes instaurés pour assurer l'effectivité des droits fondamentaux des travailleurs dans l'ordre international prennent généralement la forme de mécanismes de suivi (1), de contrôle sur rapports (2) ou sur plaintes (3).

1) Les mécanismes de suivi

Les mécanismes de suivi ont pour objet d'évaluer les efforts déployés par un État en vue d'assurer l'effectivité des droits. La Déclaration de 1998 a par exemple instauré un « mécanisme de suivi promotionnel » spécifiquement dédié aux droits sociaux fondamentaux. Deux rapports annuels doivent être rédigés ; le premier à partir des rapports transmis chaque année par les États membres qui indiquent l'état de leur législation, de leur pratique et les raisons pour lesquelles ils n'ont pas encore ratifiés les conventions fondamentales. Le second rapport, « global », est rédigé tous les ans sur un des quatre droits sociaux fondamentaux et est destiné à offrir une image dynamique relative à chaque catégorie de principes et droits fondamentaux²⁸.

Ce mécanisme de suivi spécifiquement établi pour les droits sociaux fondamentaux permet de leur garantir « une certaine effectivité »²⁹, mais semble néanmoins limité dans sa portée. Il ne prévoit en effet qu'un suivi promotionnel et non de contrôle de leur mise en œuvre. Il n'est donc point question de parler ici de justiciabilité. Ce mécanisme s'inscrit néanmoins dans une logique propre qui repose sur le dialogue et la persuasion, sans aucune démarche contentieuse, afin de promouvoir, à terme, les droits sociaux fondamentaux.

2) Le contrôle sur rapports

La soumission de rapports destinés à vérifier le respect des obligations conventionnelles est, en quelque sorte, la technique de droit commun du contrôle de l'application des droits de l'Homme et des droits sociaux³⁰. Cette « protection par investigation »³¹, consiste, pour les États, à fournir des renseignements sur les mesures législatives, administratives ou judiciaires adoptées pour mettre en œuvre les dispositions internationales en la matière. Ces rapports sont ensuite

²⁸ Les derniers rapports ont ainsi été successivement intitulés : *La fin du travail des enfants: un objectif à notre portée* (2006), *Egalité au travail : relever les défis* (2007), *Liberté d'association: enseignements tirés de la pratique* (2008), et *Le coût de la coercition, rapport global sur le travail forcé* (2009).

²⁹ Laurence DUBIN, *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, Thèse Paris I, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 186.

³⁰ V. les articles 40 § 1 du Pacte international sur les droits civils et politiques, 16 à 22 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, 57 de la CEDH, 21 et 22 de la Charte sociale européenne, ou encore 62 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples.

³¹ Jacques MOURGEON, « Les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme », *Annuaire Français de Droit International*, 1977, p. 351.

analysés par des organes indépendants, qu'ils soient de nature « administrative » ou « politique ».

Dans le cadre de l'OIT, chaque Membre a ainsi l'obligation de « présenter au Bureau international du Travail un rapport annuel sur les mesures adoptées pour mettre à exécution les conventions auxquelles il a adhéré ». Les huit conventions fondamentales sont bien entendu concernées. L'examen est assuré par une Commission d'experts qui, à l'issue de son examen, rédige un rapport annuel dans lequel elle présente ses conclusions, sous forme d'*observations*, publiées, ou de *requêtes directes*, non publiées mais directement transmises au Membre concerné. Il ne s'agit pas de le condamner fermement³², mais simplement de l'inciter, en des termes souvent pesés, à se conformer à ses obligations³³. Ces *observations* ou *requêtes directes* ne sont d'ailleurs assorties d'aucune autre mesure destinée à faire plier le comportement du Membre visé.

Ce type de procédure présente des avantages de souplesse et de flexibilité indéniables mais demeure tributaire du bon vouloir des États. Ces derniers peuvent ralentir ou omettre la soumission de leurs rapports, sans que cela n'ait de réelles conséquences. L'issue de ces rapports réside également dans de simples condamnations verbales, dénuées de toute portée obligatoire pour les États qui ne respectent pas les droits sociaux fondamentaux, si bien que ce type de mécanisme n'est pas réellement en mesure d'assurer l'application effective et immédiate de ces droits sociaux.

3) Le contrôle sur plaintes

L'introduction de plaintes pour assurer le respect des droits des travailleurs est enfin un troisième mode de contrôle. Outre le Comité européen des droits sociaux³⁴ et le futur Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU³⁵, l'OIT offre une nouvelle fois un excellent exemple de ce type de mécanisme³⁶. Outre les réclamations pouvant être introduites par une organisation professionnelle des travailleurs ou des employeurs à l'encontre d'un Membre qui n'aurait pas assuré l'exécution d'une convention à laquelle il a adhéré³⁷, la Constitution de l'OIT instaure un mécanisme de plaintes déposées

³² Chloé CHARBONNEAU-JOBIN et Eric GRAVEL, *La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations : dynamique et impact*, publication du BIT, Genève, 2003, p. 8.

³³ Virginia LEARY, « Lessons from the Experience of the International Labour Organisation », Philip ALSTON (ed.), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 598.

³⁴ Protocole d'amendement de Turin du 22 octobre 1991. Sur ce mécanisme de réclamations collectives : Robin R. CHURCHILL et Urfan KHALIQ, « The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights? », *European Journal of International Law*, vol. 15, n° 3, 2004, p. 455-456.

³⁵ V. Sophie GROSBON, *supra*.

³⁶ Un Comité de la liberté syndicale est également habilité à examiner les plaintes émanant d'organisations d'employeurs et de travailleurs selon lesquelles des États Membres de l'OIT ne respectent pas les principes fondamentaux de la liberté syndicale.

³⁷ Article 24 de la Constitution de l'OIT.

par un Membre à l'encontre d'un autre Membre³⁸. Une Commission d'enquête chargée d'évaluer la matérialité des faits et de formuler des recommandations au Membre mis en cause est alors instaurée³⁹. Si les recommandations formulées sont généralement suivies, la procédure prévoit toutefois l'éventualité contraire. L'article 33 de la Constitution permet alors au Conseil d'administration de « recommander à la Conférence telle mesure qui lui paraîtra opportune pour assurer l'exécution de ces recommandations ». Le champ des mesures pouvant être adoptées reste assez vaste, si bien que l'article 33 se présente comme l'« ultime force de frappe » du système contentieux de l'OIT en cas de violations graves et persistantes des droits sociaux fondamentaux par un État Membre⁴⁰. Cet article n'a été mis en œuvre qu'une seule fois dans l'histoire, à l'encontre de la Birmanie.

Le cas de la Birmanie reste d'ailleurs symptomatique des difficultés rencontrées pour assurer la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux⁴¹. La Birmanie avait en effet eu massivement recours au travail forcé pour la construction de complexes hôteliers et le développement d'infrastructures. A la suite d'un rapport d'enquête, le Conseil d'administration de l'OIT invoqua l'article 33 pour demander aux Membres de l'OIT et aux autres organisations internationales « de prendre les mesures appropriées afin que ces relations ne puissent être mises à profit par ledit Membre pour perpétuer ou développer le système de travail forcé ou obligatoire visé par la commission d'enquête et afin de contribuer dans toute la mesure possible à la mise en œuvre de ses recommandations »⁴². L'OIT a dû surmonter nombre de difficultés pour appliquer cette disposition, mais a toutefois pris ses responsabilités et démontré qu'elle n'était pas une organisation « sans dent »⁴³. Une question reste cependant en suspens : l'OIT aurait-elle agi de la sorte pour la violation d'un droit social non fondamental ? Alors que l'interdiction du travail forcé était en cause dans le cas birman, il semble en effet peu probable que l'article 33 soit mis en œuvre pour des violations de conventions plus « techniques », qui feraient l'objet, de manière d'ailleurs hypothétique, d'une plainte⁴⁴. Il est donc délicat de tirer des

³⁸ Article 26 de la Constitution de l'OIT.

³⁹ Nicolas VALTICOS, « Les Commissions d'enquête de l'Organisation Internationale du Travail », *Revue Générale de Droit International Public*, 1987, pp. 858-859.

⁴⁰ Francis MAUPAIN, « La valeur ajoutée de la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail pour la cohérence et l'efficacité de l'action normative de l'OIT », Isabelle DAUGAREILH (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 36.

⁴¹ Francis MAUPAIN, « Is the ILO Effective in Upholding Worker's Rights ? : Reflections on the Myanmar Experience », Philip ALSTON (ed.), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 85-142.

⁴² Résolution relative aux mesures recommandées par le Conseil d'administration au titre de l'article 33 de la Constitution de l'OIT au sujet du Myanmar, 88^e Session, Genève, 2000, disponible à l'adresse : <http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/ilc/ilc88.htm>.

⁴³ Brian LANGILLE, Robert HOWSE, avec Julien BURDA, « The World Trade Organization and Labour Rights: Man Bites Dog », Virginia LEARY et Daniel WARNER (éd.), *Social Issues, Globalisation and International Institutions*, The Hague, Koninklijke Brill NV, 2005, pp. 179-180.

⁴⁴ Francis MAUPAIN, art. précit., p. 119.

conclusions à partir de ce cas, et de déterminer s'il peut constituer un véritable modèle d'intervention pour l'OIT.

En définitive, les mécanismes de suivi et de contrôle en matière de droits sociaux s'inscrivent dans une logique qui reste propre à chaque organisation ou traité qui les institue. Ils demeurent relativement insuffisants pour assurer la justiciabilité des droits fondamentaux des travailleurs, notamment face aux défis nés de la mondialisation. Ceci explique sans doute qu'une approche fondée sur « l'arme économique » est parfois préconisée, soit au moyen de clauses sociales insérées dans les accords commerciaux internationaux, soit au moyen de sanctions commerciales.

II. Les droits fondamentaux des travailleurs et le droit du commerce mondial

A. L'absence de clause sociale dans les accords de l'OMC

Une « clause sociale » se définit comme « une disposition insérée dans un accord commercial [international ou régional] faisant obligation aux États signataires de respecter les normes de travail fondamentales définies par l'OIT et susceptibles de leur être opposée en cas de violation »⁴⁵. Elle permet à un État de suspendre l'application de l'accord commercial dès lors qu'un autre État ne respecte pas ses obligations en matière sociale. Cette clause est ainsi présentée comme un moyen permettant d'assurer l'effectivité des droits sociaux fondamentaux⁴⁶. Après l'échec de la Charte de la Havane, dont le texte prévoyait une telle clause⁴⁷, et le refus des États d'adopter dans le cadre du GATT une disposition équivalente⁴⁸, la clause sociale a également été rejetée dans le cadre de l'OMC⁴⁹. Lors du cycle de négociations de l'Uruguay, certains pays ont une nouvelle fois formulé, en vain, une proposition de clause sociale⁵⁰. Mais faute de consensus, la question a finalement été écartée. Alors que les pays développés y

⁴⁵ Clotilde GRANGIER et Jean-Marc SIROEN, « La clause sociale dans les traités commerciaux », Isabelle DAUGAREILH (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 182.

⁴⁶ Bernard CASSEN, « La "clause sociale", un moyen de mondialiser la justice », « Dossier : Modestes propositions pour sortir de la crise... », *Le Monde Diplomatique*, février 1996, pp. 18-19.

⁴⁷ Acte final et documents annexes de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et l'Emploi (Charte de la Havane), 21 novembre 1947 – 24 mars 1948, UN Doc. E/CONF/2/78 (1948); Elissa ALBEN, « GATT and the Fair Wage: An Historical Perspective on the Labor-Trade Link », *Columbia Law Review*, vol. 101, 2001, p. 1431.

⁴⁸ Harlan MANDEL, « In Pursuit of the Missing Link: International Worker Rights and International Trade », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 27, n° 2, 1989, pp. 443-482 ; Eric ROBERT, « Enjeux et ambiguïtés du concept de clause sociale ou les rapports entre les normes de travail et le commerce international », *Revue Belge de Droit International*, vol. 29, n° 1, 1996, p. 169.

⁴⁹ Kofi ADDO, « The Correlation between Labour Standards and International Trade: Which Way Forward ? », *Journal of World Trade*, vol. 36, n° 2, 2002, pp. 285-303.

⁵⁰ La nouvelle série de négociations multilatérales dans le cadre du GATT (J.O.C.E., C 255 du 13 octobre 1986, p. 69).

sont favorables⁵¹, il s'agirait, pour les pays en voie de développement, d'une nouvelle forme d'« impérialisme politique »⁵² et de protectionnisme déguisé, et surtout d'un instrument remettant en question l'avantage comparatif du travail bon marché⁵³. La première Déclaration ministérielle à Singapour a ainsi affirmé que ce n'est pas l'OMC mais l'OIT qui constitue le forum adéquat pour *établir et s'occuper* des questions sociales⁵⁴. Cette Déclaration a scellé le sort de la clause sociale à l'OMC, et, par la même occasion, celle de la justiciabilité des droits des travailleurs dans ce cadre. Une telle clause paraît aujourd'hui improbable, d'autant plus que le cycle de négociations lancé à Doha est bloqué. Elle serait toutefois particulièrement efficace et mériterait d'être réhabilitée.

L'insertion d'une clause sociale n'irait pas à l'encontre des objectifs de l'OMC qui font mention du « *relèvement des niveaux de vie* », de la « *réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel* »⁵⁵. Ces objectifs, profondément sociaux⁵⁶, présupposent le respect des droits des travailleurs en tant que « *socle sur lequel peut venir se construire le développement des pays* »⁵⁷. Une telle clause contribuerait surtout à la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre international. Elle permettrait en effet aux Membres de l'OMC de suspendre l'application des accords – et par conséquent les bénéfices qui en résultent – à l'encontre d'un autre Membre coupable de violations de ces droits afin de l'inciter à les respecter. La clause permettrait par exemple de discriminer, par suspension de la clause de traitement national, les marchandises étrangères fabriquées par des enfants.

La contestation de cette suspension donnerait vraisemblablement naissance à un différend de nature « hybride », social et commercial, déféré à l'Organe de règlement des différends. En définitive, la clause lui donnerait le pouvoir de juger du respect des obligations sociales. La collaboration entre l'OIT et l'OMC s'avèrerait dès lors indispensable⁵⁸. Certains ont plaidé pour un système de renvoi préjudiciel à l'OIT lorsque des questions sociales seraient soulevées dans le cadre de la procédure de règlement des différends à l'OMC.

⁵¹ Jean-Michel SERVAIS, « La clause sociale dans les traités de commerce: prétention irréaliste ou instrument de progrès social? », *Revue Internationale du Travail*, vol. 128, n° 4, 1989, pp. 463-473.

⁵² David LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du Commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1117.

⁵³ Gilsbert VAN LIEMT, « Normes minimales du travail et commerce international: une clause sociale serait-elle opérante? », *Revue Internationale du Travail*, vol. 128, n° 4, 1989, p. 477.

⁵⁴ Déclaration ministérielle de Singapour adoptée le 13 décembre 1996, WT/MIN(96)/DEC.

⁵⁵ Préambule de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du Commerce

⁵⁶ David LUFF, « An Overview of the International Law of Sustainable Development and a Confrontation between WTO Rules and Sustainable Development », *Revue Belge de Droit International*, vol. 29, n° 1, 1996, pp. 101-102.

⁵⁷ Vincent AUSSILOUX, « Les normes internationales du travail dans les négociations multilatérales : un point de vue économique », Filali OSMAN (dir.), *L'Organisation mondiale du Commerce : vers un droit mondial du commerce ? The World Trade Organisation: Towards a World Trade Law ?*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 115.

⁵⁸ Daniel S. EHRENBERG, « From Intervention to Action : An ILO–GATT/WTO Enforcement Regime for International Labor Rights », Lance A. COMPA et Stephen F. DIAMONDS (éd.), *Human Rights, Labor Rights and International Trade*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996, pp. 163-180.

D'autres ont proposé l'établissement d'un mécanisme de plaintes, commun aux deux organisations. Un panel commun serait ainsi chargé d'analyser la réalité des violations des obligations sociales avant d'élaborer un rapport rassemblant ses constatations et ses recommandations. Cette procédure serait similaire dans son fonctionnement à celle instaurée dans le cadre de l'OMC pour les différends commerciaux « classiques ». Les recommandations de ce panel devraient par la suite être adoptées par les deux organisations, avant de faire l'objet d'une mise en œuvre, et le non-respect des recommandations se verrait sanctionné par la possibilité d'imposer des mesures unilatérales, notamment des restrictions ou des interdictions des importations en provenance de cet État⁵⁹.

Les modèles proposés vont donc bien au-delà de la simple insertion d'une clause sociale dans les accords de l'OMC, mais envisagent une profonde coopération entre les deux organisations. Pour l'heure, une telle coopération, comme l'insertion de cette clause, semblent malheureusement lointaines. Et, en l'absence de cette clause, l'hypothèse d'actions unilatérales destinées à promouvoir ces droits mérite d'être envisagée.

B. L'efficacité limitée de l'unilatéralisme commercial

L'imposition de mesures unilatérales est parfois préconisée afin d'exercer une certaine pression à l'encontre d'un État étranger ne respectant pas ses obligations en matière sociale. La principale difficulté réside, outre l'absence de clause sociale, dans le droit de l'OMC lui-même qui interdit, par principe, tout recours à l'unilatéralisme, qu'il s'agisse de contraindre (1) ou au contraire d'inciter (2) un Membre à respecter ses obligations sociales.

1) L'efficacité contestée de la contrainte commerciale unilatérale

De manière générale, plusieurs formes de mesures de contrainte unilatérale peuvent être envisagées, qu'il s'agisse d'interdire ou de limiter les importations de marchandises étrangères, ou simplement d'entraver leur commercialisation. Dans un souci de simplification, trois types de mesures unilatérales méritent d'être envisagées afin d'évaluer la « perméabilité » du droit de l'OMC aux questions sociales. La première mesure concerne la certification obligatoire, préalable à la commercialisation, destinée à vérifier que les marchandises étrangères importées n'ont pas été fabriquées en violation des droits fondamentaux des travailleurs. La deuxième vise le cas où toutes les marchandises fabriquées en violation des droits sociaux fondamentaux seraient interdites sur le territoire national. Enfin, la troisième mesure vise les marchandises dont l'entrée sur le territoire national est entravée (par un rehaussement des droits de douane par exemple). La première mesure constitue un obstacle à la commercialisation des marchandises étrangères sur le territoire

⁵⁹ Daniel S. EHRENBERG, « The Labor Link : Applying the International Trading System to Enforce Violations of Forced and Child Labor », *Yale Journal of International Law*, vol. 20, 1995, pp. 361-417.

national et relève à ce titre de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord « OTC »). À l'inverse, les deux autres mesures unilatérales portent sur l'accès au marché national, et relèvent, en ce sens du GATT.

a. Les droits sociaux fondamentaux et les dispositions de l'Accord OTC

Parmi les différentes restrictions au commerce international, les barrières techniques visent à freiner la commercialisation de marchandises étrangères en imposant le respect de certaines spécifications⁶⁰. L'objet de l'Accord OTC est précisément de garantir que les barrières techniques imposées ne constituent pas une restriction déguisée au commerce international, tout en admettant que celles-ci puissent être justifiées dès lors qu'elles poursuivent certains « *objectifs légitimes* » de sécurité, de santé ou de qualité. Cet accord présente une pertinence indéniable pour les droits sociaux fondamentaux. Serait-il possible d'assurer une certaine effectivité aux droits fondamentaux des travailleurs en imposant une « certification sociale » aux marchandises étrangères, préalable à leur commercialisation?

La validité d'une telle certification au regard de l'accord OTC demeure débattue, puisqu'il s'agit, en définitive d'imposer un obstacle à la commercialisation de marchandises étrangères en raison des conditions (sociales) dans lesquelles elles ont été fabriquées. C'est ainsi la question des « procédés et méthodes de production » (« PMP ») qui doit être discutée⁶¹. Lorsque les PMP sont sans répercussion sur le produit fabriqué, le bien considéré est physiquement identique à un autre, indépendamment de son mode de production⁶². Le respect des droits fondamentaux des travailleurs dans la production de telle ou telle marchandise relève des PMP non incorporés, puisque ce respect est sans incidences sur les caractéristiques finales du produit fabriqué. La place des PMP non incorporés dans le cadre de l'Accord OTC est débattue et n'a pas été totalement clarifiée⁶³. Elle aurait pu l'être au sujet d'une loi belge de 2002, destinée à promouvoir la production socialement responsable⁶⁴. Cette loi autorisait les entreprises à apposer un label social sur les produits importés si ceux-ci répondaient à des critères et des normes sociales

⁶⁰ Franck VIOLET, « La norme technique, une entrave au commerce international », Filali OSMAN (dir.), *L'Organisation mondiale du Commerce : vers un droit mondial du commerce ? The World Trade Organisation: Towards a World Trade Law ?*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 197.

⁶¹ On distingue deux formes de PMP, à savoir les « PMP incorporés » dont on trouve une trace dans le résultat final car la manière dont il est produit a laissé son empreinte sur le produit (par exemple l'utilisation de pesticides), et les « PMP non incorporés », sans répercussions sur le produit final (filets utilisés pour la pêche aux crevettes).

⁶² Carlos LOPEZ-HURTADO, « Social Labeling and WTO Law », *Journal of International Economic Law*, vol. 5, n° 3, 2002, pp. 719-746.

⁶³ Elliot B. STAFFIN, « Trade Barrier or Trade Boon ? A Critical Evaluation of Environmental Labelling and Its Role in the "Greening" of World Trade », *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 25, 1996, p. 237 ; Thomas J. SCHOENBAUM, « International Trade and Protection of the Environment : The Continuing Search for Reconciliation », *American Journal of International Law*, vol. 91, 1997, p. 295.

⁶⁴ Loi belge du 27 février 2002 visant à promouvoir la production socialement responsable, *Le Moniteur belge*, 26 mars 2002, 2^e édition, n° 12428.

reconnus notamment par l'OIT. Certes, ce label social était officiellement non obligatoire, reposant sur des PMP non incorporés dans le produit final⁶⁵, mais pouvait constituer, *de facto*, une condition incontournable pour accéder au marché belge. Cette loi n'a malheureusement pas donné lieu à un litige à l'OMC.

Il reste toutefois que, pour être valide au regard de l'Accord OTC, un mécanisme de certification ne doit avoir ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. Ils doivent être élaborés pour « réaliser un objectif légitime » consistant, « entre autres [en] la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement »⁶⁶. L'emploi des termes *entre autres* laisse envisager une portée assez large de cette disposition, au point d'intégrer le respect des droits sociaux fondamentaux en raison de leur caractère universel et des valeurs essentielles qu'ils véhiculent. La protection des droits sociaux fondamentaux pourrait donc constituer un « autre » objectif légitime. L'Accord OTC présume d'ailleurs qu'un tel objectif est légitime dès lors que la certification est adoptée sur le fondement de « normes internationales pertinentes », c'est-à-dire des normes élaborées, dans un objectif d'harmonisation, par des organismes internationaux, ce qui incluse légitimement les normes sociales internationales, notamment les huit conventions fondamentales de l'OIT⁶⁷. Dès lors, une mesure de certification sociale fondée sur ces huit conventions fondamentales pourrait être présumée poursuivre un objectif légitime au sens de l'Accord OTC.

b. Les droits sociaux fondamentaux et les dispositions de l'Accord général

Les deux autres mesures de contrainte unilatérale envisagées précédemment concernent l'interdiction totale des marchandises fabriquées en violation des droits sociaux fondamentaux pour la première ; l'entrave à leur entrée sur le territoire national au moyen d'un rehaussement des droits de douane pour la seconde. Ces deux mesures qui interdisent ou limitent l'entrée des marchandises sur le territoire national, contreviennent aux dispositions relatives à l'accès au marché. Elles pourraient toutefois être rachetées sur le fondement des exceptions générales.

- Droits sociaux fondamentaux et dispositions relatives à l'accès au marché

La première mesure portant interdiction totale des marchandises étrangères viole incontestablement l'article XI prohibant les restrictions quantitatives, la seconde enfreint le principe de la consolidation des droits de douane et le principe de non-discrimination incarnée par les clauses de

⁶⁵ Arne VANDAELE, *International Labour Rights and the Social Clause: Friends or Foes ?*, Londres, Cameron May, 2005, pp. 563-574.

⁶⁶ Article 2.2 de l'Accord OTC.

⁶⁷ V. la page « Caractéristiques des normes internationales du travail » sur le site de l'OIT, à l'adresse : <http://www.ilo.org/public/french/standards/norm/whatare/charact/index.htm>.

traitement national et de la nation la plus favorisée. Ces deux « piliers » du GATT imposent en effet que des « produits similaires » soient traités de manière non discriminatoire. Une fois encore, l'examen des PMP est au cœur du concept de similarité. Deux marchandises sont-elles similaires quand bien même l'une d'elles aurait été fabriquée en violation des droits sociaux ? Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel qui se sont penchés sur cette question ont abordé la similarité comme un concept essentiellement commercial⁶⁸, puisqu'il s'agit « essentiellement [d']une détermination sur la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits⁶⁹ ». La jurisprudence a finalement rejeté les PMP *dans* la détermination de la similarité⁷⁰, tant et si bien qu'il n'est pas possible d'invoquer les conditions sociales dans lesquelles une marchandise a été fabriquée pour la discriminer⁷¹.

La justiciabilité des droits sociaux fondamentaux ne pourrait dès lors être recherchée qu'à travers les exceptions prévues par l'article XX du GATT.

- Droits sociaux fondamentaux et exceptions générales du GATT

Depuis l'affaire des *Crevettes*, l'Organe d'appel a en effet « *détruit le mythe de l'illicéité des PMP* »⁷² en estimant qu'une mesure discriminatoire fondée sur les PMP qui viole les dispositions relatives à l'accès au marché, peut, malgré tout, être examinée sous l'angle des exceptions générales et être « rachetée » si différentes conditions sont remplies. Ces exceptions générales, listées à l'article XX, sont destinées à assurer la protection d'intérêts supérieurs tels que la moralité publique, la santé et la vie des personnes et des animaux ou encore l'environnement. Les « mesures nécessaires à la protection de la moralité publique » de l'alinéa a) paraissent les plus pertinentes dans la perspective des droits sociaux, en particulier lorsque les travailleurs sont soumis à conditions de travail déplorables comme le travail forcé ou travail des enfants dans ses pires formes.

La moralité publique est un concept évolutif qui varie dans le temps et dans l'espace, en fonction d'une série de facteurs, y compris les valeurs sociales, culturelles, éthiques et religieuses dominantes. Le concept de « moralité publique » désigne en effet « les normes de bonne ou mauvaise conduite

⁶⁸ Robert HUDEC, « Like Product: The Differences in Meaning in GATT Articles I and III », Thomas COTTIER et Petros MAVROIDIS (éd.), *Regulatory Barriers and the Principle of Non-discrimination in World Trade Law*, Chicago, University of Michigan Press, 2000, p. 104.

⁶⁹ Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport de l'Organe d'appel, 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R, § 99.

⁷⁰ Affaire États-Unis – Restrictions aux importations de thon mexicain, (Mexique contre États-Unis), rapport du Groupe spécial (non adopté), 3 septembre 1991, DS21/R, 39S/155, 30 I.L.M. (1991), p. 1594.

⁷¹ Il paraît également difficile de se retrancher derrière les règles relatives à la défense commerciale. Julien BURDA, *Le droit international économique et les droits sociaux fondamentaux : pour une dimension sociale de la libéralisation des échanges*, Thèse Paris II, Paris, 2009, pp. 299-302.

⁷² Steve CHARNOVITZ, « The Law of Environmental PPMs in the WTO: Debunking the Myth of Illegality », *Yale Journal of International Law*, vol. 27, 2002, p. 110.

appliquées par une collectivité ou une nation ou en son nom », et laisse aux Membres « une certaine latitude pour [le] définir et [l']appliquer pour eux-mêmes »⁷³, sous le contrôle des organes en charge du règlement des différends de l'OMC⁷⁴. Les droits fondamentaux des travailleurs s'inscrivent indéniablement dans cette définition⁷⁵. Ils constituent aujourd'hui des « standards moraux »⁷⁶, et dépassent en ce sens le strict cadre étatique ; ils expriment surtout, comme cela ressort de la Déclaration de l'OIT de 1998⁷⁷, les « valeurs partagées » par la communauté internationale dans son ensemble⁷⁸. En ce sens, il paraît légitime qu'un Membre de l'OMC puisse adopter des mesures destinées à en promouvoir le respect, même sur le territoire d'un autre État. L'Organe d'appel a d'ailleurs confirmé qu'un Membre pouvait avoir un « intérêt légitime » à adopter une mesure discriminatoire, d'effet extraterritorial, dès lors que l'objectif consiste à protéger une valeur partagée⁷⁹.

L'article XX a) laisse ainsi apparaître une éventuelle « perméabilité » du droit de l'OMC aux droits sociaux fondamentaux. Différentes conditions, strictes, sont toutefois posées, puisque la nécessité des restrictions imposées afin de protéger la valeur en cause doit être démontrée. Il s'agit en effet d'établir son importance, la pertinence de la mesure pour atteindre l'objectif de protection poursuivi, et enfin son incidence sur le commerce⁸⁰. Le Membre doit ensuite prouver sa bonne foi en démontrant que la mesure n'est pas appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable ou une restriction déguisée au commerce international⁸¹.

L'article XX n'autorise donc pas tout recours à l'unilatéralisme, mais permet, ponctuellement, que certaines valeurs justifient la suspension des avantages de la libéralisation des échanges. En ce sens, le recours à des mesures

⁷³ Affaire États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris (affaire Services de jeux et paris, rapport du Groupe spécial, 10 novembre 2004, WT/DS285/R, § 4.461 et § 6.465 ; et rapport de l'Organe d'appel, 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R, § 296.

⁷⁴ Anne-Marie de BROUWER, « GATT Article XX's Environmental Exceptions Explored: Is There Room for National Policies ? », Anton VEDDER (ed.), *The WTO and concerns regarding animals and nature*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2003, p. 23.

⁷⁵ Steve CHARNOVITZ, « The Moral Exception in Trade Policy », *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, 1998, pp. 689-745 ; Robert HOWSE, « The World Trade Organization and the Protection of Worker's rights », *Journal of Small and Emerging Business Law*, vol. 3, n° 1, 1999, pp. 131-172.

⁷⁶ Virginia LEARY, « Worker's Rights and International Trade : the Social Clause (GATT, ILO; NAFTA; US Law) », Jagdish N. BHAGWATI et Robert HUDEC (éd.), *Fair trade and Harmonization: Legal Analysis* (vol. 2), Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1996, p. 221.

⁷⁷ Benjamin James STEVENSON, « Pursuing an End to Foreign Child Labor through U.S. Trade Law: WTO Challenges and Doctrinal Solutions », *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 7, 2002, p. 160.

⁷⁸ Francis MAUPAIN, art. 2005, précit., p. 38.

⁷⁹ Gabrielle MARCEAU, « WTO Dispute Settlement and Human Rights », *European Journal of International Law*, vol. 13, n° 4, 2002, p. 809.

⁸⁰ Affaire Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, rapport de l'Organe d'appel, 11 décembre 2000, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R. § 162.

⁸¹ Affaire États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes – Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, rapport de l'Organe d'appel, 22 octobre 2001, WT/DS58/AB/RW § 150.

unilatérales pourrait constituer un moyen pour assurer la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux ; il conduirait ainsi à reconnaître la supériorité des droits fondamentaux des travailleurs sur les considérations commerciales. Au demeurant, aucun Membre n'a, pour l'heure, osé « franchir le Rubicon » et recourir à l'unilatéralisme pour imposer le respect des normes sociales internationales. Les Membres sont sans nul doute conscients des risques politiques et systémiques que cela engendrerait. Les Membres se montrent en effet extrêmement prudents et même réticents face à un risque d'instrumentalisation de l'Organisation dans une direction qui n'était pas celle voulue à son origine. Certaines affaires ont certes soulevé des questions en matière d'environnement ou de santé publique, et ont ainsi renforcé l'illusion selon laquelle les « juges OMC » avaient une compétence générale. Or, à défaut d'une modification substantielle – semble-t-il impossible actuellement – des accords de l'OMC, il paraît inopportun de vouloir détourner l'OMC et son mécanisme de règlement des différends pour « forcer » la justiciabilité des droits des travailleurs à l'OMC. C'est en ce sens qu'une alternative reposant sur une dérogation au principe de la clause de la nation paraît attrayante.

2) L'efficacité relative des préférences commerciales socialement conditionnées

A la suite de la clause d'habilitation adoptée en 1979⁸², divers pays développés instaurèrent des « systèmes généralisés de préférences » afin de faciliter l'intégration des pays en voie de développement dans le commerce international. Ces préférences – essentiellement des avantages tarifaires supplémentaires – ne sont en général accordées que si le bénéficiaire remplit certaines conditions. Bien que les pays développés jouissent d'une certaine latitude pour préciser les modalités d'octroi⁸³, le respect des conventions fondamentales de l'OIT a été érigé de manière récurrente comme condition indispensable pour bénéficier de ces préférences supplémentaires. Cette « conditionnalité sociale » offre ainsi des perspectives intéressantes pour assurer l'effectivité des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre international.

Le dernier schéma de préférences élaboré par l'Union européenne conditionne par exemple son « régime spécial d'encouragement en faveur du développement durable et de la bonne gouvernance » à l'application effective, entre autres, des huit conventions fondamentales de l'OIT⁸⁴. L'éligibilité est donc conditionnée positivement et est soumise à une obligation générale de

⁸² Décision concernant le traitement différencié et plus favorable, la réciprocité et la participation plus complète des pays en voie de développement, 28 novembre 1979, L/4903.

⁸³ Joël RIDEAU, « La mise en œuvre du droit international économique – Rapport introductif », Colloque de la Société française pour le Droit International – Colloque de Nice sur Les Nations Unies et le droit international économique, Paris, Pedone, 1986, p. 284.

⁸⁴ Règlement (CE) n° 732/2008 du Conseil du 22 juillet 2008 appliquant un schéma de préférences tarifaires généralisées pour la période du 1er janvier 2009 au 31 décembre 2011, J.O.C.E., L 211/1, 6 août 2008, pp. 1-39.

ratification et de mise en œuvre effective de ces conventions⁸⁵. À cette fin, la Commission européenne effectue un examen approfondi, prenant en considération les constatations qui ont pu être faites par les organisations et les agences internationales compétentes, avant d'accepter ou de rejeter la candidature du pays en développement.

Les préférences accordées peuvent par ailleurs être retirées lorsque les conditions requises ne sont plus respectées. Le Comité des préférences généralisées peut ainsi lancer une enquête et inviter le Conseil à retirer le bénéfice des préférences. Sous l'empire du schéma de 1994, le bénéfice des préférences a été retiré une seule fois à la Birmanie à la suite du recours au travail forcé⁸⁶. Plus récemment, la Commission a lancé une enquête sur des violations des droits sociaux commises au Bélarus⁸⁷. Cette action avait été lancée à l'initiative de l'International Confederation of Free Trade Unions (ICFTU), l'European Trade Union Confederation (ETUC) et la World Confederation of Labour (WCL) qui estimaient que le Belarus était coupable de violations graves et systématiques de la liberté syndicale telle que définie par les conventions n°87 et 98 de l'OIT⁸⁸. L'ancien schéma communautaire permettait en effet à toute personne faisant état d'un intérêt de présenter des requêtes afin que des consultations soient ouvertes⁸⁹. Cette possibilité n'a malheureusement pas été reconduite, alors même qu'elle renforçait la justiciabilité des droits des travailleurs.

Au surplus, la pratique récente du schéma de préférence démontre que des dissonances demeurent malheureusement possibles entre l'Union européenne et l'OIT. En effet, le Pakistan, soupçonné d'avoir recours au travail des enfants, a été l'objet d'une enquête par le Comité des préférences généralisées. L'OIT s'était également saisie du problème, mais avait choisi de mettre en œuvre le Programme international pour l'éradication du travail des enfants (International Programme for the Eradication of Child Labour – IPEC). Devant l'incompatibilité d'un retrait des bénéficiaires du système généralisé de préférences avec la démarche non coercitive adoptée par l'OIT, la Commission européenne

⁸⁵ Michel DISPERSYN, « Un nouveau cadre pour la dimension sociale dans le Système de Préférences généralisé de la communauté », Isabelle DAUGAREILH (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 153-181.

⁸⁶ Règlement (CE) n° 552/97 du Conseil du 24 mars 1997 retirant provisoirement le bénéfice des préférences tarifaires généralisées à l'Union du Myanmar, J.O.C.E., L 85/8 du 27 mars 1997, pp. 8-9.

⁸⁷ Avis d'ouverture d'une enquête sur la violation de la liberté syndicale au Belarus en vue du retrait temporaire du bénéfice du système des préférences tarifaires généralisées (SPG), J.O.C.E., C 40/4, 14 février 2004, p. 4.

⁸⁸ Cette enquête a abouti au retrait des préférences pour le Belarus en 2006. Règlement (CE) n° 1933/2006 du Conseil du 21 décembre 2006 portant retrait temporaire de l'accès de la République du Belarus aux préférences tarifaires généralisées, J.O.C.E., L 405 du 30 décembre 2006, pp. 31-36.

⁸⁹ Règlement (CE) n° 2501/2001 du Conseil du 10 décembre 2001 portant application d'un schéma de préférences tarifaires généralisées pour la période du 1er janvier 2002 au 31 décembre 2004, J.O.C.E., L 346/60 du 31 décembre 2001, pp. 1-60.

décida finalement de ne pas suspendre le Pakistan⁹⁰. Cette décision, prise alors même qu'il existait des indices forts de recours au travail des enfants, illustre les discordances qui résultent de la diversité des instances capables d'agir et la nécessité de coordonner leurs actions afin d'en assurer l'efficacité⁹¹.

En dépit de ces dissonances, l'octroi de préférences commerciales conditionnées est, malgré son caractère dérogatoire à la clause de la nation la plus favorisée, licite au regard de l'OMC. Dans l'affaire Communautés Européennes – *Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement* (affaire *SGP*)⁹², l'Organe d'appel admis qu'il était possible d'établir des différences de traitement entre pays en voie de développement sur le fondement de la clause d'habilitation. La seule condition demeure toutefois d'octroyer des préférences tarifaires identiques à tous les bénéficiaires se trouvant dans une situation semblable⁹³. La difficulté est alors d'apprécier l'identité de situation de deux pays en développement. Cette appréciation doit s'effectuer, d'après l'Organe d'appel, sur la base de « critères objectifs ». En matière sociale, ces critères objectifs reposent sur l'examen de l'application des conventions fondamentales listées dans les schémas de préférences⁹⁴. Or, la référence explicite à ces huit conventions permet sans nul doute de renforcer cette objectivité dans la mesure où l'identité des situations peut s'apprécier à partir des constatations effectuées par l'OIT elle-même.

L'octroi de préférences tarifaires conditionnées au respect des droits sociaux fondamentaux se présente donc comme une alternative aux mesures unilatérales de contrainte. Il est vrai que la portée de cette conditionnalité demeure limitée car les avantages ne sont que tarifaires. Or les différents *rounds* de négociations ont précisément pour objet de réduire, de manière successive, les droits de douane. Les systèmes généralisés de préférences sont donc inéluctablement victimes de cette érosion progressive. Mais la conditionnalité sociale participe surtout, à sa façon, à la réflexion sur la nécessité de renforcer la justiciabilité des droits fondamentaux dans le contexte de la libéralisation des échanges.

⁹⁰ Andrew CLAPHAM et Maria MARTIGNONI, « Are We There Yet? In Search of A Coherence EU Strategy on Labor Rights and External Trade », Virginia LEARY et Daniel WARNER (éd.), *Social Issues, Globalisation and International Institutions*, The Hague, Koninklijke Brill NV, 2005, pp. 283-284.

⁹¹ Marie-Ange MOREAU, art. précit., p. 211.

⁹² Communautés Européennes – *Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, rapport de l'Organe d'appel, 7 avril 2004, WT/DS246/AB/R, § 154.

⁹³ Gene M. GROSSMAN and Alan O. SYKES, « A Preference for Development: the Law and Economics of GSP », *World Trade Review*, vol. 4, n° 1, 2005, pp. 41-67.

⁹⁴ Marie-Pierre LANFRANCHI, « Les droits sociaux fondamentaux dans le droit applicable au commerce international », in Jean-Yves CHEROT et Tobias VAN REENEN (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*, Presse universitaires d'Aix-Marseille, 2005, pp. 71-72.

Conclusion

En guise de conclusion, il importe de souligner la faiblesse des mécanismes internationaux permettant d'assurer la justiciabilité des droits fondamentaux. Les mécanismes de suivi, de contrôle sur rapport ou sur plaintes s'inscrivent dans des logiques qui restent malheureusement propres à chaque organisation ou traité, et qui, au demeurant, ne semblent pas adaptés au contexte de mondialisation.

Dans ce mauvais contexte pour les droits des travailleurs, une timide lueur d'espoir mérite toutefois d'être relevée. La crise mondiale qui a débuté il y a maintenant deux ans a sans doute mis en exergue les limites de la mondialisation – notamment dans sa dimension financière – qui a été jusqu'ici mal ou non maîtrisée. Peut-être fera-t-elle prendre conscience qu'il est plus que jamais nécessaire de donner une dimension sociale à ce processus, et, par conséquent, d'instaurer des mécanismes permettant de la réaliser ? Cette amélioration passera nécessairement par un renforcement de la collaboration entre l'OIT et l'OMC, quasi inexistante actuellement. Certains dirigeants l'ont d'ailleurs récemment appelé de leurs vœux⁹⁵. La prise en compte des droits des travailleurs dans ce nouveau contexte est une impérieuse nécessité ; il en va de la stabilité de nombre de pays, et surtout, comme à l'époque ayant justifié l'établissement de l'OIT, de la paix sociale.

⁹⁵ V. le discours prononcé par le Président français Nicolas SARKOZY lors de la 98^e session de la Conférence internationale du travail à Genève, le 15 juin 2009.

LA JUSTICIABILITÉ DU DROIT AU LOGEMENT ET DU DROIT À LA SÉCURITÉ SOCIALE : LES DROITS SOCIAUX AU-DELÀ DES DROITS CRÉANCES,

DIANE ROMAN

Le droit au logement et le droit à la sécurité sociale sont volontiers présentés comme des droits emblématiques des droits sociaux. Tous deux proclamés par le PIDESC¹ et la Charte sociale européenne révisée² ainsi que par bon nombre de constitutions nationales³, ils symboliseraient la particularité de droits qui nécessiteraient, pour leur réalisation, une action positive des pouvoirs publics et relèveraient davantage d'une politique globale que de l'invocation d'un droit subjectif. A la limite consent-on à reconnaître à ceux que l'on qualifie de « droit-créances » le caractère de droits « programmatiques », sans toutefois que cette reconnaissance déplace la question de leur mise en œuvre du Parlement vers les prétoires. L'idée domine que le droit au logement est avant tout la conséquence de politiques d'incitation à la construction, d'aide à l'accession à la propriété et de lutte contre l'habitat insalubre ou précaire, voire, en guise de pis-aller, de programmes d'hébergement d'urgence. Quant au droit à la sécurité sociale, il serait le résultat d'un long et couteux processus bureaucratique de gestion et d'indemnisation des risques sociaux et professionnels, que la crise économique rendrait à la fois plus nécessaire et complexe⁴. En tout état de cause, prédomine l'idée que logement et sécurité sociale sont davantage des bénéfices déduits de l'existence de politiques publiques et dispositifs légaux que des droits au fondement de cette intervention publique.

Or, pour peu que l'on se penche sur l'interprétation des dispositions du PIDESC et de la charte sociale par leur interprètes authentiques, le Comité des droits de sociaux, économiques et culturels des Nations Unies et le Comité des droits sociaux du Conseil de l'Europe, ainsi que sur l'abondante jurisprudence internationale et nationale suscitée par l'invocation de ces droits, le constat change. En effet, un regard comparatiste permet tout d'abord de relativiser

¹ PIDESC, article 9 (sécurité sociale) et 11 (logement).

² Charte sociale européenne, art. 12 (sécurité sociale) ; Charte sociale européenne révisée, art. 12 (sécurité sociale) et 31 (logement).

³ V., pour le droit au logement, la recension faite par le GRIDAUH, www.gridauh.fr/sites/fr/fichier/40293ff9ae054.pdf et, pour le droit à la sécurité sociale, v. Diane ROMAN, « L'universalité du droit à la protection sociale, au regard des articles 22 et 25 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme » in L. FONTAINE (dir.), *L'universalité de la Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Presses Université Caen, Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux n° 7, p. 117.

⁴ V. l'Initiative conjointe en faveur d'un socle de protection sociale (SPF) lancée en 2009 par l'OIT : http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/Feature_stories/lang--fr/WCMS_141819/index.htm

fortement la pertinence de la distinction entre « droits-libertés » et « droits créances » et de révéler, *a contrario*, l'intérêt de la distinction tripartite entre obligation de respecter, de protéger et de réaliser⁵ (I). Les solutions jurisprudentielles aboutissent également à nuancer le clivage traditionnellement opéré entre droits immédiatement exigibles, auxquels seuls pourraient se rapporter les droits civils, et droits à réalisation progressive qu'incarneraient les droits sociaux. En sort sérieusement écornée l'idée d'objectifs programmatiques dont la définition et l'étendue seraient laissées au bon vouloir des autorités publiques et dont la réalisation dépendrait de l'état des finances publiques (II).

I. Des droits irréductibles à une créance sur l'État

C'est certainement la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples qui l'affirme avec le plus de netteté ; les droits sociaux n'ont pas pour seul débiteurs les pouvoirs publics et pour seule modalité de mise en œuvre une obligation positive d'intervention de ces derniers. « L'obligation de respect exige que l'État se garde d'intervenir dans la jouissance de tous les droits fondamentaux ; il devrait respecter ceux qui doivent jouir de leurs droits, respecter leurs libertés, indépendance, ressources et liberté d'action. Eu égard aux droits socio-économiques, cela signifie que l'État est obligé de respecter la libre utilisation des ressources qui appartiennent ou sont à la disposition d'un individu seul ou en une quelconque forme d'association avec d'autres personnes, notamment le ménage ou la famille »⁶. Une obligation négative d'abstention pèse ainsi sur les pouvoirs publics. La précision est d'importance, car elle vient nuancer l'idée selon laquelle les droits sociaux ne se réaliseraient que par une intervention active des pouvoirs publics (fourniture d'un logement, mise en place d'un système de protection sociale, etc). Elle suppose aussi, voire avant tout, une obligation de respecter (A) et de protéger (B).

A. Contrôle de l'obligation de respecter

1) En matière de **droit au logement**, l'obligation de respecter entraîne en premier lieu pour l'État l'interdiction de pratiquer des expulsions forcées illégales. Ainsi, la Cour européenne a sanctionné à différentes reprises la mise à la rue de locataires par les pouvoirs publics⁷. *A fortiori* l'interdiction vaut-elle

⁵ V. Diane ROMAN, introduction, *supra* et Sophie GROSBON, *supra*

⁶ CADHP, Social and Economic Action Rights Centre (SERAC) c. Nigéria, 27 mai 2002, ACHPR/COMM/A044/1, précit., § 45.

⁷ CEDH, Prokopovich c. Russie, 18 novembre 2004, 58255/00 : concubine d'un locataire décédé évincée de leur logement. L'éviction du logement par les autorités publiques constitue une interférence dans son droit au respect de la vie privée. CEDH pointe du doigt la procédure utilisée par les autorités et notamment la rapidité de l'attribution du logement à de nouveaux locataires (moins de 7 jours après le décès). Novoseletskiy c. Ukraine, 22 février 2005, 47148/99 : violation de l'article 8 et A1P1 du fait de la résiliation extrajudiciaire d'un bail locatif, l'organisme public propriétaire ayant profité de l'absence temporaire du locataire pour installer à sa place un nouvel occupant. Le déménagement forcé et la disparition des affaires personnelles du requérant sont à

pour les expulsions forcées collectives. La Cour a ainsi condamné la Roumanie pour violation des articles 3 et 8 de la Convention, en raison de l'implication des forces de l'ordre dans la participation de pogroms contre des Roms⁸. De la même manière, la Commission africaine des droits des peuples a stigmatisé la brutalité des forces armées spéciales dans des opérations de destruction d'habitats : « au strict minimum, le droit au logement oblige le gouvernement nigérian à ne pas détruire les maisons de ses citoyens et de ne pas faire obstruction aux efforts des individus ou des communautés pour reconstruire les maisons détruites.(...) Or, la participation de l'armée nigériane à des opérations massives et brutales de destruction de villages du peuple ogoni, afin de sanctionner sa résistance non violente aux projets de compagnie pétrolières, constitue une violation évidente de cette obligation »⁹. Mais l'obligation de respecter le droit au logement ne se limite pas à la prohibition des expulsions forcées, et inclut également l'interdiction de toute discrimination dans l'accès au logement¹⁰. Par ailleurs, en ce qui concerne le cas particulier des enfants, le Comité européen des droits sociaux a estimé que, dans la mesure où aucune solution de relogement ne peut être exigée des États pour les personnes en situation irrégulière, l'expulsion d'un abri doit être interdite car elle place les intéressés, en particulier les enfants, dans une situation d'extrême détresse, contraire au respect de la dignité humaine¹¹.

2) Autre exemple, le **droit à la sécurité sociale**¹² : sa garantie nécessite également une protection par abstention¹³. Comme l'a souligné dans une décision de principe la Commission africaine, « l'État partie est notamment tenu de s'abstenir de se livrer à une quelconque pratique ou activité consistant, par exemple : à refuser ou restreindre l'accès sur un pied d'égalité à un régime de

l'origine de la condamnation, la Cour stigmatisant au passage l'attitude des juridictions nationales.

⁸ CEDH, *Moldovan et autres c. Roumanie* (n° 2), 12 juillet 2005, requêtes nos 41138/98 et 64320/01, § 93 : « il ressort clairement des éléments de preuve fournis par les requérants et des décisions rendues en matière civile que des policiers étaient impliqués dans l'incendie des habitations des Roms et ont tenté de dissimuler ce qui s'était passé. Chassés de leur village et de leurs maisons, les requérants furent contraints de vivre – et certains continuent de vivre – très à l'étroit et dans des conditions déplorable (dans des caves, des poulaillers, des écuries, etc.) ; ils changèrent souvent d'adresse, hébergés par des parents ou des amis, dans une extrême promiscuité. Compte tenu des répercussions directes des actes commis par des agents de l'État sur les droits des requérants, la Cour estime que la responsabilité du Gouvernement est engagée en ce qui concerne les conditions de vie que les requérants connaissent depuis (...) La Cour estime de surcroit que les conditions dans lesquelles les requérants ont vécu ces dix dernières années, et les effets délétères de cette situation sur leur santé et leur bien-être, associés à la durée pendant laquelle ils ont été contraints de vivre dans ces conditions et à l'attitude générale des autorités, ont nécessairement dû leur causer des souffrances mentales considérables, et donc porter atteinte à leur dignité et susciter chez eux des sentiments d'humiliation et d'avilissement

⁹ CADHP, aff. SERAC, précitée, § 61.

¹⁰ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, rec. 2003-IX, n° 40016/98 : caractère discriminatoire de la législation autrichienne sur le droit au bail (orientation sexuelle).

¹¹ CEDS, *Défense des Enfants International (DEI) c. Pays-Bas*, 20 oct. 2009, Réclamation n° 47/2008, § 63.

¹² Diane ROMAN, « Les droits sociaux, entre « injusticiabilité » et « conditionnalité » : éléments pour une comparaison », RIDC, 2009, n° 2, pp. 285-314.

¹³ Art. 9 du Pacte, CODESC, Observation générale n° 19 sur le droit à la sécurité sociale, E/C.12/GC/19, 4 février 2008.

sécurité sociale adéquat ; à s'immiscer arbitrairement ou déraisonnablement dans des dispositifs personnels, coutumiers ou traditionnels de sécurité sociale; à s'immiscer de manière arbitraire ou déraisonnable dans les activités d'institutions mises en place par des particuliers ou des entreprises pour fournir des prestations de sécurité sociale »¹⁴. Ceci entraîne notamment l'interdiction des dispositions discriminatoires dans la mise en œuvre des législations sociales, rappelée de façon unanime par la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁵, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme¹⁶, le Comité des droits civils et politiques¹⁷ ou les jurisprudences constitutionnelles nationales¹⁸.

B. Contrôle de l'obligation de protéger

Autre obligation immédiatement mise à la charge des autorités publiques, l'obligation de protéger qui implique que « l'État est tenu de protéger les détenteurs de droits contre d'autres individus, par la législation et la mise à disposition de recours effectifs. Cette obligation requiert de l'État de prendre des mesures pour protéger les bénéficiaires des droits protégés contre les ingérences politiques, économiques et sociales. La protection exige généralement la création et le maintien d'un climat ou d'un cadre par une interaction effective des lois et règlements, de manière à ce que les individus puissent exercer librement leurs droits et libertés »¹⁹. La portée de l'obligation de protéger, ainsi définie par la Commission africaine, est assez large. Elle souligne que les débiteurs des droits sociaux ne sont pas exclusivement les pouvoirs publics, mais aussi les personnes

¹⁴ CADHP, aff. SERAC, précitée, § 44.

¹⁵ V. Carole NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, thèse de doctorat en droit public de l'Université de Montpellier 1, dir. F. Sudre, 2009, § 404 et s.; Diane ROMAN, *infra*.

¹⁶ La Cour interaméricaine a rattaché le droit à une pension de retraite au droit de propriété conventionnellement garanti et a considéré que l'État débiteur, en changeant arbitrairement le montant de pensions correspondant aux cotisations versées, avait méconnu l'article 20 de la Convention interaméricaine (CIADH, aff. des 5 retraités c. Pérou, 28 février 2003 ; aff. Acevedo Buendia et al., 1^{er} juillet 2009).

¹⁷ aff. CoDCP, 9 avril 1987, Zwaan de Vries v. Pays Bas, comm. 182/1984, art. 26 PIDCP : inconventionnalité d'une disposition excluant les femmes mariées du bénéfice d'une prestation sociale. Discrimination fondée sur le sexe et le statut marital.

¹⁸ V. par exemple l'inconstitutionnalité des dispositions discriminatoires à l'égard de tribus bédouines dans l'accès aux services sociaux: Israël, cour suprême, HC, 7115/97, Adalah et al. v. Ministry of Health et la jurisprudence citée par Yoram RABIN et Yuval SHANY, « The Case for Judicial Review over Social Rights: Israeli Perspectives », *Israel Affairs*, (2008), 14:4, pp. 681-703. V. aussi Afrique du sud, Cour Constitutionnelle, Khosa, 2004 (6) SA 505 CC, 4 mars 2004 : inconstitutionnalité des dispositions excluant du droit à la protection sociale des ressortissants du Mozambique régulièrement installés sur le territoire sud-africain. Le gouvernement invoquait la charge pour les finances publiques qu'une telle ouverture des droits à pension entraînerait, ainsi que le risque de flux migratoire qui pourrait s'ensuivre. La Cour a balayé de tels arguments en invoquant la prééminence de la disposition constitutionnelle garantissant le droit à la sécurité sociale. Add. République Tchèque, Cour Constitutionnelle, décision Pl US, 42/04, 6 juin 2006 : censure d'une disposition législative modulant l'ouverture de droits à prestation en fonction du genre (consultable en anglais : http://angl.concourt.cz/angl_verze/doc/p-42-04.php) .

¹⁹ CADHP, affaire Serac, précitée, § 46.

privées (employeurs, bailleurs, famille et communauté)²⁰. L'effet horizontal des droits de l'Homme est ainsi rappelé.

1) Ainsi, par exemple, l'obligation de protéger le **droit au logement** implique la garantie d'une sécurité légale de l'occupation²¹. Elle impose aux pouvoirs publics la mise en place de procédures judiciaires permettant de protéger les individus contre les expulsions locatives. Le CoDESC, soulignant la gravité des atteintes causées par de telles pratiques, insiste sur la nécessité pour les États de mettre en place des procédures permettant de protéger les victimes et de s'assurer de la légalité et de la proportionnalité de telles opérations²². Le Comité européen des droits sociaux, de son côté, considère que, si l'occupation illégale de sites ou de logements est de nature à justifier l'expulsion des occupants illégaux, « les critères de l'occupation illégale ne doivent cependant pas être compris de façon exagérément extensive. De plus, l'expulsion doit être prévue par des règles suffisamment protectrices des droits des personnes concernées et opérée conformément à ces règles »²³. Le comité rappelle également que « les États Parties doivent s'assurer que les procédures d'expulsion soient d'une part justifiées, d'autre part exécutées dans des conditions respectant la dignité des personnes concernées, enfin assorties de solutions de relogement »²⁴. La loi doit également préciser les modalités de procéder à l'expulsion, indiquer les moments dans lesquels elles ne peuvent pas avoir lieu (nuit ou hiver), définir des voies de recours juridiques, offrir une assistance juridique à ceux qui en ont besoin pour demander réparation en justice, et assurer une indemnisation en cas d'expulsion illégale^{25 26}.

Bon nombre de juridictions nationales ont mis à la charge des autorités publiques des obligations similaires. En Inde, la Cour suprême indienne a souligné que l'expulsion d'occupants sans titre du domaine public ne pouvait avoir lieu qu'après la mise en œuvre de mesure de concertation avec les intéressés²⁷ ; en Afrique du Sud, la Cour constitutionnelle a relevé la nécessité

²⁰ V. en ce sens les articles de Virginie DONIER, Claire MARZO et Marc PICHARD, *infra*.

²¹ CoDESC, Observation générale n° 4 sur le droit à un logement suffisant, 13 décembre 1991, § 8.

²² CoDESC, Observation générale n° 7, Le droit à un logement adéquat, art. 11-1 : les expulsions forcées, 20 mai 1997.

²³ CEDS, CEDR c. Bulgarie, réclamation n° 31/2005, décision sur le bien-fondé du 18 octobre 2006, § 51.

²⁴ CEDS, FEANTSA c. France, réclamation n° 39/2006, décision sur le bien-fondé du 5 décembre 2007, § 163.

²⁵ CEDS, Centre européen des droits des Roms c. Italie, réclamation n° 27/2004, décision sur le bien-fondé du 7 décembre 2005, § 41.

²⁶ La politique française d'expulsions de Roms de leurs campements a été particulièrement épinglée par le Comité, et cela bien avant l'escalade policière de l'été 2010 : le Comité européen a ainsi considéré que les expulsions pratiquées par les forces de l'ordre françaises sont effectuées dans des conditions ne respectant pas la dignité des personnes concernées, qui ont été victimes de violences injustifiées (Centre européen des droits des Roms (CEDR) c. France, Réclamation n° 51/2008, 19 oct. 2009, § 30 et 70).

²⁷ Inde, Cour Suprême, *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation* (1985) 3 SCC 545: « Procedural safeguards have their historical origins in the notion that conditions of personal freedom can be preserved only when there is some instinctual check on arbitrary action on the part of the public authorities. The right to be heard has two facets, intrinsic and instrumental. The intrinsic value of that right consists in the opportunity which it gives to individuals or groups,

d'un contrôle juridictionnel de la procédure et la recherche d'alternatives raisonnables²⁸. Les juridictions internationales, pourtant enclines à souligner la marge nationale d'appréciation laissée aux autorités étatiques dans la mise en œuvre de politiques économiques et sociales contrôlent plus strictement le respect par l'État d'obligations procédurales. Ainsi, la Cour européenne a pu considérer, à propos de l'expulsion de gens du voyage d'une aire d'accueil, que « l'expulsion du requérant et de la famille de celui-ci de l'aire d'accueil municipale ne s'est pas accompagnée des garanties procédurales requises »²⁹. De même, la Commission africaine des droits des peuples a sévèrement condamné l'incurie des pouvoirs publics nigériens, rappelant que l'obligation de protéger oblige l'État « à empêcher la violation du droit de tout individu au logement par tout autre individu ou des acteurs non étatiques tels que les propriétaires, les promoteurs immobiliers et les propriétaires fonciers, et lorsque ces violations se produisent, il devrait agir de sorte à empêcher davantage de privations et garantir l'accès aux voies de recours »³⁰.

2) En matière de **droit à la sécurité sociale**, une obligation de protéger s'impose également aux autorités publiques. Ainsi, selon le CODESC³¹, « l'obligation de protéger requiert des États parties qu'ils empêchent des tiers (individus, groupes ou entreprises) d'entraver de quelque manière que ce soit l'exercice du droit à la sécurité sociale : par exemple, lutte contre le travail clandestin ou protection contre des conditions d'affiliations déraisonnables »³². Ceci met à la charge de l'État différentes obligations. Certaines sont essentiellement procédurales, et visent à garantir un contrôle juridictionnel des décisions portant atteinte au droit à prestations. Par exemple, la Cour suprême américaine considère que le droit au *due process of law* peut être invoqué par le bénéficiaire de prestations sociales dont les pensions viendraient à être supprimées³³. De même, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme³⁴, tout comme dans celle de la Cour interaméricaine³⁵, le droit à un procès équitable a vocation à s'appliquer en matière de prestations sociales, de

against whom decision taken by public authorities operate, to participate in the processes by which those decisions are made, an opportunity that expresses their dignity as persons ».

²⁸ Afrique du Sud, Cour Constitutionnelle, *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*, (1) 2005 SA 217 (CC) § 18, 28.

²⁹ CEDH, 27 mai 2004, *Connors c. Royaume-Uni*, req. 66746/01, § 95.

³⁰ CADHP, aff. SERAC, précit., § 61.

³¹ Art. 9 du Pacte, CODESC, Observation générale n° 19, E/C.12/GC/19, 4 février 2008.

³² Id., § 45-46 : spéc. § 46 : « Lorsque les régimes de sécurité sociale, contributifs ou non, sont gérés ou contrôlés par des tiers, l'État partie conserve la responsabilité d'administrer le système national de sécurité sociale et de veiller à ce que les acteurs privés ne compromettent pas l'accès dans des conditions d'égalité à un système de sécurité sociale adéquat et abordable. Pour prévenir ce type de violation, il faut mettre en place un système d'encadrement efficace comprenant une législation cadre, un contrôle indépendant, une participation véritable de la population et l'imposition de sanctions en cas d'infraction ».

³³ États Unis, C.S., *Goldberg v. Kelly* 397 U.S. 254 (1970).

³⁴ CEDH, 29 mai 1986, *Feldbrugge c. Pays-Bas*, A 99 ; 29 mai 1986, *Deumeland c. Allemagne*, A 100 ; V. Carole NIVARD, thèse précitée, p. 562 et s.

³⁵ CIADH, aff. des cinq retraités c. Pérou, 28 février 2003 ; aff. *Acevedo Buendia et al.*, 1^{er} juillet 2009 ; v. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du Sud », *supra*.

façon à éviter des mesures arbitraires. D'autres obligations sont substantielles, et imposent aux États de prendre les mesures requises pour protéger les droits sociaux d'atteintes commises par des tiers. Ainsi, la Cour interaméricaine, soulignant la vulnérabilité particulière des travailleurs clandestins, met à la charge des États une obligation de mettre en place une législation du travail qui leur assure une protection contre les discriminations, indépendamment de leur nationalité ou origine sociale, ethnique ou raciale ou leur statut de migrant³⁶. A ce titre, elle insiste sur la faculté de saisir la justice pour protéger leurs droits contre des employeurs qui abuseraient de leur précarité sociale³⁷. Le droit français ne se démarque pas, l'égal accès aux institutions de protection sociale faisant l'objet d'un contrôle judiciaire croissant depuis une vingtaine d'années³⁸, même si le contrôle du juge est limité à la rupture « caractérisée » d'égalité³⁹.

L'obligation de protéger, dans sa double dimension de droit à la non discrimination et de droit à des garanties procédurales, constitue de la sorte une « voie privilégiée de la justiciabilité des droits sociaux »⁴⁰, étroitement contrôlée par les juges. Jointe à l'obligation de respecter, elle répond à ce standard de l'État de droit libéral, transparent et équitable, qui s'abstient de toute ingérence et de toute discrimination et assure aux individus les conditions d'accès à la justice. Le contrôle est plus lâche toutefois lorsqu'il porte sur le respect de l'obligation de réaliser.

II. Une créance dont l'exigibilité est susceptible de contrôle juridictionnel

Dans la mesure où l'obligation de réaliser des droits sociaux met à la charge des autorités publiques une obligation positive d'action, le contrôle juridictionnel de sa mise en œuvre est parfois refusé. Il symbolise cette crainte du juge d'empiéter sur le domaine de compétence du législateur et est souvent justifié par le caractère « vague » des droits sociaux. La jurisprudence de la Cour européenne en témoigne, lorsqu'elle affirme qu'il ne peut être dégagé de la Convention un droit à une pension sociale⁴¹, la Cour refusant de se substituer aux autorités nationales pour fixer ou modifier le montant des prestations

³⁶ CIADH, Avis relatif au statut juridique et droits des migrants en situation irrégulière, OC-18/03, v. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, précit., *supra*.

³⁷ Pour une analyse autorisée des standards adoptés par la Cour interaméricaine relatifs à l'accès à la justice et au droit en matière de droits sociaux, v. Victor ABRAMOVICH, « Acces to justice as a guarantee of economic, social and cultural rights : a review of the standards adopted by the inter-american system of Human Rights », OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 septembre 2007, <http://www.cidh.oas.org/countryrep/AccessoDESC07eng/Accessodescindice.eng.htm>

³⁸ Laure CAMAJI, La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales, Dalloz, 2008, pp. 25 et 143 s.

³⁹ Pour une analyse critique, v. Michel BORGETTO, « Le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité et les droits sociaux », précit. ; Laure CAMAJI, « La justiciabilité du droit à la sécurité sociale. Éléments de droit français », RDSS n° 5, 2010, à paraître.

⁴⁰ Carole NIVARD, précit., p. 470 et s.

⁴¹ ComEDH, 17 déc. 1966, X c. R.F.A., Rec. Déc. 23, p. 10.

prévues par un système de sécurité sociale⁴². Pour autant, l'obligation de mettre en œuvre constitue-t-elle un angle mort de la justiciabilité des droits sociaux ? On peut en douter, à l'examen de la jurisprudence – abondante – rendue en la matière. Si les juges, dans leur ensemble, font preuve d'une certaine retenue, deux lignes directrices apparaissent avec une constance remarquable : d'une part, l'idée que l'obligation de mettre en œuvre est une obligation de moyens nécessitant un engagement effectif des pouvoirs publics (A) ; d'autre part, l'existence d'un noyau dur d'obligations minimales (B).

A. Une obligation de moyens.

Le CoDESC le souligne : il « n'ignore pas que des facteurs extérieurs peuvent influencer sur le droit à une amélioration constante des conditions de vie et que la situation générale dans ce domaine s'est détériorée dans un grand nombre d'États parties au cours des années 80. Toutefois, (...) malgré les problèmes dus à des facteurs extérieurs, les obligations découlant du Pacte gardent la même force et sont peut être encore plus pertinentes en période de difficultés économiques. Le Comité estime donc qu'une détérioration générale des conditions de vie et de logement, qui serait directement imputable aux décisions de politique générale et aux mesures législatives prises par des États parties, en l'absence de toute mesure parallèle de compensation, serait en contradiction avec les obligations découlant du Pacte ».

Certes, souligne-t-il, « les moyens à mettre en œuvre pour garantir la pleine réalisation du droit à un logement suffisant varieront largement d'un État partie à l'autre, mais il reste que le Pacte fait clairement obligation à chaque État partie de prendre toutes les mesures nécessaires à cette fin. Il s'agira, dans la plupart des cas, d'adopter une stratégie nationale en matière de logement qui (...) définit les objectifs des activités à entreprendre pour améliorer les conditions d'habitation, identifie les ressources disponibles pour atteindre ces objectifs et les moyens les plus rentables de les utiliser et définit les agents chargés de l'exécution des mesures nécessaires ainsi que le calendrier dans lequel elles s'inscrivent »⁴³. Par ailleurs, « la surveillance régulière de la situation du logement est une autre obligation à effet immédiat. Pour que les États parties s'acquittent de leurs obligations (...), ils doivent prouver, notamment, qu'ils ont pris toutes les mesures nécessaires, soit sur le plan national, soit dans le cadre de la coopération internationale, pour évaluer l'ampleur du phénomène des sans abri et de l'insuffisance du logement sur leur propre territoire »⁴⁴.

L'interprétation du CoDESC n'est pas différente de celle du CEDS : le Comité européen rappelle que, si les États n'ont pas d'obligation de résultat,

⁴² CEDH, déc., 23 avr. 2002, *Larioshina c. Russie*, req. 56869/00.

⁴³ CODESC, Observation générale No 4 sur le droit à un logement suffisant, 13 décembre 1991, § 12.

⁴⁴ Id., § 13.

pèse sur eux une obligation de prendre les mesures effectives pour que des résultats soient qualitativement et quantitativement atteints⁴⁵. L'index de jurisprudence du Comité détaille ainsi précisément les engagements auxquels doivent souscrire les États : l'obligation incombant aux États parties est non seulement de prendre des initiatives juridiques mais encore de dégager les ressources et d'organiser les procédures nécessaires pour, entre autres obligations, protéger les sans-abri, mettre en place des aides au logement, éradiquer l'habitat insalubre⁴⁶... Ainsi, dans une réclamation contre la France, le Comité a relevé l'insuffisance de la mise en œuvre de la législation relative aux aires d'accueil pour les gens du voyage, constitutive une violation de l'article 31 § 1 de la Charte révisée. La mise en œuvre des droits sociaux est donc une obligation de moyens qui nécessite un engagement effectif des pouvoirs public.

Or, une telle analyse a pu être reprise par des juridictions internes. La plus célèbre est la décision *Grootboom*, prononcée par la Cour constitutionnelle sud-africaine, selon qui « la question n'est pas de savoir si les droits sociaux sont justiciables en vertu de la Constitution, mais comment les garantir dans un cas donné »⁴⁷. L'affaire, relative à des habitants d'un township de la banlieue du Cap expulsés, a permis à la Cour de concrétiser le droit au logement et le droit de l'enfant à un développement harmonieux, tous deux énoncés dans la Constitution en imposant aux pouvoirs publics une obligation d'agir dans des situations d'urgence vitale, en s'appuyant sur plusieurs considérations. D'abord, la réalisation progressive des droits économiques et sociaux est pour l'État une obligation indérogeable : « La Constitution oblige l'État à agir positivement pour améliorer les conditions de vie (des habitants de townships). L'obligation est de fournir un accès au logement, aux soins de santé, à une nourriture et une eau suffisante, et à la sécurité sociale pour ceux qui ne parviennent pas à assurer leurs conditions d'existence et celles des personnes qui dépendent d'eux ». Si les juges soulignent la difficulté pour l'État de remplir ces obligations au regard du niveau de développement sud-africain, ils relèvent néanmoins que cette particularité est reconnue par la Constitution qui dispose expressément que l'État n'est pas obligé d'aller au-delà de ses ressources disponibles ni de réaliser ces droits immédiatement. La cour insiste toutefois, nonobstant ces réserves, sur le fait que « ce sont là des droits, et que la Constitution oblige à leur donner effet. Ceci est une obligation que les tribunaux peuvent, et dans les

⁴⁵ CEDS, Mouvement international ATD Quart monde c. France, réclamation n° 33/2006, décision sur le bien-fondé du 5 décembre 2007, §§ 58 à 67, Fédération européenne des Associations nationales de travail avec les sans-abris (FEANTSA) c. Slovénie, réclamation n° 53/2008, décision sur le bien-fondé du 8 septembre 2009, § 28 à 31 ; Centre européen des droits des Roms (CEDR) c. France, Réclamation n° 51/2008, 19 oct. 2009, § 30.

⁴⁶ CEDS, Index de jurisprudence, septembre 2008, p. 171 et s., consultable en ligne : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestIndex_fr.asp

⁴⁷ Afrique du Sud, Cour const., *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and others* 2001 (1) SA 46 (CC), § 20 : « The question is therefore not whether socio-economic rights are justiciable under our Constitution, but how to enforce them in a given case ». traduit en français et commenté <http://www.rinoceros.org/article1129.html> ; *Lindiwe Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others* [2009] ZACC 28, Case No CCT 39/09, 8 octobre 2009.

circonstances adéquates, doivent exécuter ». Or, la réalisation progressive des droits économiques et sociaux ne signifie pas qu'il y ait des bénéfices minimum immédiatement exigibles mais impose en revanche à l'État d'avoir, au minimum, mis en place « un programme cohérent et adapté aux obligations qui lui incombent ». Examinant les programmes publics de logement destinés aux plus défavorisés au regard de cette obligation, la Cour constate que la politique de logement mise en œuvre par l'État ne répond pas à l'obligation de prendre « toutes les mesures raisonnables dans la limite des ressources disponibles ». Elle a ordonné aux administrations provinciale et nationale de « concevoir, financer, mettre en œuvre et superviser des mesures pour fournir un secours à ceux qui en ont désespérément besoin ». Elle a également disposé de mesures intérimaires pour améliorer le sort de la communauté (fourniture de draps, de toilettes et de points d'eau, etc.).

Cet examen attentif de la qualité et de l'adaptation des programmes publics de relogement des sans abri se retrouve dans la jurisprudence de la Cour suprême indienne⁴⁸. A propos de l'éviction d'habitants de *slums*, la Cour souligne que « bien qu'aucun individu n'ait le droit d'occuper illégalement et d'ériger des abris ou autres infrastructures sur les trottoirs ou la voie publique ou en tout autre lieu réservé à un usage public et prévu à une telle fin, la Constitution impose à l'État de créer des infrastructures et opportunités adéquates en redistribuant ses ressources afin de garantir la vie et la construction d'abris pour donner un sens au droit à la vie ». A cette fin, la Cour examine les programmes municipaux de relogement et, tout en gardant à l'esprit les contraintes financières pesant sur les autorités locales, considère que certains d'entre eux devraient être révisés⁴⁹.

Quant au droit à la protection sociale, l'obligation de le mettre en œuvre requiert, selon le CoDESC, que l'État partie prenne des mesures positives, notamment en veillant à ce que le système de sécurité sociale soit adéquat et accessible à tous, et qu'il couvre les risques et aléas sociaux. Elle requiert également de l'État partie qu'il prenne des dispositions pour veiller à ce que l'accès aux régimes de sécurité sociale fasse l'objet d'une information et d'une sensibilisation appropriées en particulier en direction des groupes vulnérables⁵⁰. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande est particulièrement révélatrice, lorsque, dans une décision dite Hartz IV, la Cour allemande vient à conclure que les modes de calcul prévus par le législateur dans le versement de prestations sociales (indemnité chômage) ne respectent ni la dignité de la personne humaine ni le principe constitutionnel de l'État social (art. 20 al. 1 LF). En effet, la loi adoptée ne satisfait pas à l'objectif de transparence qu'elle

⁴⁸ Inde, C.S., Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulab Khan & Others (1997) 11 SCC 123.

⁴⁹ Id : « the financial condition of the Corporation may also be kept in view but that would not be a constraint on the Corporation to avoid its duty of providing residence/plot to the urban weaker sections. It would, therefore, be the duty of the Corporation to evolve the schemes ».

⁵⁰ V. notamment les travaux de la Commission de démarginalisation par le droit, précités.

est censée viser et ne prend pas suffisamment en compte les besoins réels de l'individu. Aussi les juges constitutionnels, sans se prononcer sur le montant des aides accordées, imposent-ils au législateur une nouvelle méthode de détermination de cette aide fondées sur des critères rationnels⁵¹. La Cour constitutionnelle tchèque s'est placée dans une perspective analogue⁵², tout comme la Cour constitutionnelle lituanienne, laquelle a sanctionné, pour violation du droit constitutionnel à la sécurité sociale, une exonération de cotisations à un fonds de retraite dont bénéficiaient certains employeurs. Pour ce faire, la Cour a considéré que si le choix des moyens à mettre en œuvre pour la réalisation du droit à la sécurité sociale relève de la discrétion des États, en revanche l'État a l'obligation de développer des mécanismes pour garantir effectivement le droit énoncé. Or, dans le schéma adopté, les manquements de l'État dans le prélèvement des impôts ou des cotisations sociales ne lui permettaient pas une utilisation satisfaisante de toutes ses ressources pour la réalisation des droits sociaux⁵³. La décision lituanienne présente un intérêt manifeste en tant qu'illustration de la capacité des cours constitutionnelles à appliquer les standards internationaux et constitutionnels aux droits sociaux et à contrôler la mise en œuvre de ces droits par les autorités publiques.

B. Des obligations *a minima*.

Outre le contrôle de l'existence d'un engagement effectif en faveur de la réalisation des droits sociaux, la seconde ligne directrice qui sous-tend la jurisprudence relative à l'obligation de mise en œuvre des droits sociaux est relative à l'existence d'un noyau dur, constitué d'obligations minimales auxquelles les autorités publiques ne sauraient déroger. Une obligation d'agir *a minima* est ainsi imposée aux autorités publiques, quelle que soit par ailleurs la latitude laissée par un contrôle juridictionnel soucieux du respect des prérogatives des pouvoirs publics. Ainsi, pour le droit au logement, droit dont la réalisation est particulièrement complexe et suppose choix politiques, arbitrages budgétaires et programmes échelonnés dans le temps, le CoDESC donne une orientation générale : « les États parties doivent donner la priorité voulue aux groupes sociaux vivant dans des conditions défavorables en leur accordant une attention particulière. Les politiques et la législation ne devraient pas, en l'occurrence, être conçus de façon à bénéficier aux groupes sociaux déjà favorisés, au détriment des autres couches sociales »⁵⁴. Parallèlement, le Comité européen des droits sociaux a souligné la nécessité de protéger tout particulièrement l'accès au logement de différentes catégories de personnes vulnérables, à savoir les personnes aux revenus modestes, les chômeurs, les familles monoparentales, les jeunes, les personnes handicapées et de porter une attention particulière aux sans-abri. Il a mis à la charge des États une obligation de définir précisément le

⁵¹ Allemagne, C. Const., 9 février 2010, RDSS, 2010, p. 653, note Céline FERCOT.

⁵² Rép. tchèque, C. Const., Pl. US 42/04, 6 juin 2006, précit.

⁵³ Lituanie, C. Const., aff. n° 2000-08-0109, 13 mars 2001, http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=400782&focus=14014.

⁵⁴ CoDESC, Observation générale n° 4 (1991), Le droit à un logement suffisant, § 11.

contenu de la notion de « logement décent », en lien avec les notions de salubrité, de non surpeuplement⁵⁵.

Une interprétation identique inspire la jurisprudence même la plus réticente à mettre à la charge des pouvoirs publics une obligation de réaliser les droits sociaux. La Cour européenne des droits de l'Homme – qui refuse par ailleurs d'interpréter le droit à la vie privée et au respect du logement comme fondant un droit « à » un logement⁵⁶ – a pu, dans certaines affaires, sanctionner le défaut d'attribution d'un logement à des requérants en raison des répercussions de ce refus sur les droits des mal-logés. Ainsi, le placement d'enfants d'une famille mal-logée du fait de l'indigence des autorités de protection sociale et du défaut d'attribution d'un logement social⁵⁷ ou encore l'obligation d'assister des personnes handicapées dans leur recherche d'un logement adapté⁵⁸ ont-ils été relevés par la Cour. Dans une veine similaire, la Cour suprême sud-africaine souligne que les mesures prises par l'État en matière de logement ne peuvent pas être considérées comme adéquates ou raisonnables si elles ne bénéficient pas aux plus démunis : « le programme (d'habitat) qui a été adopté et qui était en vigueur dans la zone métropolitaine du Cap au moment du dépôt de cette plainte ne répondait pas pleinement (aux obligations découlant de l'art. 26) (...) il échouait en effet à fournir quelque sorte de secours que ce soit à ceux qui avaient désespérément besoin d'accès au logement ».

Le droit à la sécurité sociale s'inscrit dans une perspective similaire. Ainsi, selon le CODESC, les États sont tenus d'assurer l'exercice du droit à la sécurité sociale quand des individus ou groupes sont particulièrement exposés,

⁵⁵ CEDS, Digest, obs. Sous l'article 31, sept. 2008, précit.

⁵⁶ ComEDH, 29 sept. 1956, X c. R.F.A., Ann. Conv., vol. 1, p. 202 ; 15 juil. 1980, E.A. Arrondelle c. Royaume-Uni, D.R. 19, p. 186 ; CEDH, GC, 18 janv. 2001, Chapman c. Royaume-Uni, Rec. 2001-I, § 99 ; Pour une analyse d'ensemble : Institut des droits de l'Homme du Barreau de Bruxelles, *Le droit au logement : vers la reconnaissance d'un droit fondamental de l'être humain*, Bruylant 2008.

⁵⁷ CEDH, Wallova et Walla c. République Tchèque, 26 octobre 2006, req. 23848/04, § 73. Dans la présente affaire, les capacités éducatives et affectives des requérants n'ont jamais été mises en cause et les tribunaux ont reconnu leurs efforts déployés afin de surmonter leurs difficultés. Dès lors, la prise en charge des enfants des requérants a été ordonnée pour la seule raison que la famille occupait à l'époque un logement inadéquat. De l'avis de la Cour, il s'agissait donc d'une carence matérielle que les autorités nationales auraient pu compenser à l'aide des moyens autres que la séparation totale de la famille, laquelle semble être la mesure la plus radicale ne pouvant s'appliquer qu'aux cas les plus graves. 74. La Cour estime que, pour respecter en l'espèce l'exigence de proportionnalité, les autorités tchèques auraient dû envisager d'autres mesures moins radicales que la prise en charge des enfants. En effet, la Cour considère que le rôle des autorités de la protection sociale est précisément d'aider les personnes en difficultés qui n'ont pas les connaissances nécessaires du système, de les guider dans leurs démarches et de les conseiller, entre autres, quant aux différents types d'allocations sociales, aux possibilités d'obtenir un logement social ou quant aux autres moyens de surmonter leurs difficultés.

⁵⁸ Jurisprudence minimaliste, car la Cour rappelle que si l'État n'a pas l'obligation positive de fournir un appartement spécifique au requérant, le refus d'assister un individu souffrant d'une maladie grave dans sa recherche de logement peut poser un problème sous l'angle de l'article 8 (CEDH, 4 mai 1999, Marzari c. Italie, req. 36448/97). Dans une affaire proche, la Cour exonère l'État de sa responsabilité, la situation de la requérante handicapée n'était pas due à l'inertie des autorités, mais au propre comportement de celle-ci (CEDH, 13 janv. 2000, Maggolini c. Italie, req. 35800/97).

en instituant des régimes non contributifs ou d'autres mesures d'assistance sociale pour aider les individus et les groupes incapables de verser des cotisations suffisantes pour assurer leur propre protection (par exemple en cas de situations d'urgence, de catastrophes naturelles, de conflit armé...)⁵⁹. Le comité prend soin de délimiter le contenu du noyau dur du droit à la sécurité sociale, auquel les États ne sauraient déroger, quel que soit leur niveau de ressources⁶⁰. Il rappelle que, « pour qu'un État partie puisse imputer au manque de ressources le fait qu'il ne s'acquitte même pas de ses obligations fondamentales minimum, il doit démontrer qu'aucun effort n'a été épargné pour utiliser toutes les ressources à sa disposition aux fins de remplir, à titre prioritaire, ces obligations minimales »⁶¹. Enfin, pour déterminer si les États Parties se sont acquittés de l'obligation de prendre des mesures, le Comité examine si l'application est raisonnable ou proportionnée au regard de la réalisation des droits, si elle est conforme aux droits de l'Homme et aux principes démocratiques, et si elle est soumise à un mécanisme approprié de surveillance et de responsabilité⁶². L'idée d'un contenu minimal ou essentiel en matière de sécurité sociale a été utilisée par différentes cours constitutionnelles⁶³.

⁵⁹ CODESC, Observations générales n° 19, Droit à la sécurité sociale, précit., § 47-51 ; le comité ajoute : « Il importe que les régimes de sécurité sociale couvrent les groupes défavorisés et marginalisés, même si les moyens de financement de la sécurité sociale sont limités – qu'ils proviennent de recettes fiscales ou des cotisations des bénéficiaires. Des régimes parallèles et des régimes à faibles coûts pourraient être mis au point en vue de couvrir immédiatement ceux qui n'ont pas accès à la sécurité sociale, même si l'objectif devrait être d'intégrer ces personnes dans les systèmes ordinaires de sécurité sociale. Des politiques et un cadre législatif pourraient être adoptés en vue de la couverture progressive des personnes travaillant dans le secteur informel ou des personnes qui sont privées de l'accès à la sécurité sociale pour d'autres raisons ».

⁶⁰ Id. : « Art. 59- a) D'assurer l'accès à un régime de sécurité sociale qui garantisse, au minimum, à l'ensemble des personnes et des familles un niveau essentiel de prestations, qui leur permette de bénéficier au moins des soins de santé essentiels, d'un hébergement et d'un logement de base, de l'approvisionnement en eau et de l'assainissement, de denrées alimentaires et des formes les plus élémentaires d'enseignement. Si un État partie ne peut, au maximum de ses ressources disponibles, assurer ce niveau minimum contre tous les risques et aléas, le Comité lui recommande de sélectionner, après avoir procédé à des consultations élargies, un ensemble fondamental de risques et d'aléas sociaux ; b) De garantir le droit d'accès aux systèmes ou régimes de sécurité sociale sans discrimination, notamment pour les individus et les groupes défavorisés et marginalisés ; c) De respecter les régimes de sécurité sociale existants et de les préserver de toute interférence déraisonnable ; d) D'adopter et d'appliquer, au niveau national, une stratégie et un plan d'action pour la sécurité sociale ; e) De prendre des mesures ciblées en vue de la mise en œuvre des régimes de sécurité sociale, en particulier de ceux destinés à protéger les individus et les groupes défavorisés et marginalisés ; f) De contrôler dans quelle mesure le droit à la sécurité sociale est réalisé ou ne l'est pas ».

⁶¹ Id., § 60 ; v. également CODESC, Observations générales n° 3, précit., § 10.

⁶² Id., § 63.

⁶³ On doit également mentionner l'arrêt de la Cour constitutionnelle moldave, qui effectue un contrôle sur la base de différents principes aboutissant à mettre en œuvre une sorte de « clapet anti retour ». Ainsi, par exemple, elle a considéré, en se référant au principe de l'État de droit, qu'en obligeant l'État à prendre les mesures nécessaires pour garantir à tout homme un niveau de vie digne, le constituant avait inscrit le droit de tout citoyen à des conditions de vie normales, lui garantissant à lui et à sa famille une existence civilisée et digne. Un tel droit incluant une amélioration constante de ces conditions, y compris la garantie d'un droit à se nourrir, à se vêtir et se loger, un arrêté gouvernemental se refusant à indexer les pensions sur la hausse des prix est contraire à la Constitution (Moldavie, C. const., 18 mai 1999, citée in Jean-Pierre. MASSIAS et al., « Chr. Constitutionnelle des États d'Europe de l'Est », RDP 2001, p. 1076) ; de même, la Cour constitutionnelle ukrainienne a sanctionné un arrêté établissant une liste de services médicaux payants. Se fondant sur les dispositions de la Constitution proclamant le droit à la protection de la

L'exemple français est connu : la jurisprudence du Conseil constitutionnel a défini un noyau minimal des droits sociaux⁶⁴ : si le Conseil souligne la marge d'appréciation du législateur, il émet néanmoins des réserves d'interprétation quant aux durées, montants et plafonds qui restreignent l'accès à certaines prestations ou limitent la prise en charge des soins de santé par l'assurance maladie afin que ses modalités n'aboutissent pas à « remettre en cause » les exigences des alinéas 10 et 11 du Préambule⁶⁵. Mais des juridictions étrangères vont plus loin : ainsi, la Cour constitutionnelle italienne⁶⁶ a pu déclarer inconstitutionnelle une disposition législative qui ne prévoyait pas le remboursement par le service national de santé des frais coûteux de diagnostic spécialisé effectué par des laboratoires privés non conventionnés mais qui étaient les seuls à disposer du matériel nécessaire à la réalisation des examens qui étaient indispensables pour le patient. La cour sanctionne une atteinte au droit à la santé (article 32 de la constitution italienne) en considérant que la santé « ce droit *premier et fondamental* (...) impose une protection entière et exhaustive », « l'exclusion absolue de tout remboursement dans la législation attaquée alors que l'accès à certaines prestations est indispensable et qu'il est impossible d'y accéder autrement met donc en cause la garantie de ce droit ». Autre exemple, la Cour constitutionnelle colombienne⁶⁷ a considéré que lorsqu'une personne se trouve dans une situation de faiblesse manifeste, due à sa condition économique, physique ou mentale, sans qu'elle même ou sa famille puissent lui venir en aide, il incombe à l'État de lui fournir une assistance minimale. Les droits à la santé, à la sécurité sociale, à la protection et l'assistance aux personnes âgées revêtent certes en principe un caractère programmatique, admet la Cour. Mais ils peuvent faire naître un droit public subjectif d'application immédiate, dès lors que la personne intéressée prouve son état de faiblesse manifeste, ainsi que l'impossibilité matérielle de sa famille à l'assister. Ainsi restreint à une aide minimale versée aux plus démunis, le droit à la protection sociale devient exigible. Autre exemple, dans une décision rendue par la Cour suprême norvégienne⁶⁸, un contrôle du montant des prestations d'aide sociale et médicale a été effectué. Tout en soulignant la marge d'appréciation des autorités locales dans la mise en œuvre de ce programme

santé et à l'assistance médicale ainsi que la gratuité des soins prodigués dans les établissements étatiques et communaux, la Cour a déclaré que l'issue à la situation critique du financement du budget de la santé ne résidait pas dans l'établissement d'une liste de soins payants mais dans un changement d'approche conceptuelle des problèmes liés à la protection médicale (Ukraine, C. const., 25 novembre 1998, citée in Jean-Pierre MASSIAS et al., RDP, Chr. 2001 précit., p. 1076).

⁶⁴ Laurence GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2007, pp. 646-744.

⁶⁵ CC, 23 janv. 1987, n° 86-225 DC (durée de résidence pour l'accès à l'aide sociale) ; CC, 12 août 2004, n° 2004-504 DC, précit. ; CC, 13 déc. 2007, n° 2007-558, précit. (montant des participations financières imposées aux patients) ; CC, 18 déc. 1997, n° 97-393 DC, précit. ; CC, 23 juil. 1999, n° 99-416 DC (montant des plafonds de ressources pour bénéficier des allocations familiales et de la CMUC résultant de la mise sous condition de ressources de ces prestations).

⁶⁶ Italie, Cour const., 12-27 octobre 1988, sentence 992/ 1988.

⁶⁷ Colombie, Cour Constitutionnelle, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz Arrêt T-533/1992, 23 sept. 1992, § 5.

⁶⁸ Norvège, C.S., Fusa, Rt. 1990: 874, citée par Thor Inge HARBO, « Les droits sociaux en Scandinavie, à la recherche d'un équilibre optimal entre droit et politique, droits et devoirs », à paraître.

médico-social, et en concédant que le législateur n'avait pas entendu conféré un droit susceptible d'être garanti par les tribunaux, la Cour a souligné qu'un niveau minimal de soins devait être garanti et que les juridictions étaient fondées à vérifier ce montant. En d'autres termes, la Cour a accepté d'évaluer le bien fondé de la décision administrative à l'aune d'un noyau dur de droit à prestations sanitaires et sociales. Au cas d'espèce, la décision a été jugée déraisonnable, dans la mesure où les prestations versées étaient inférieures à ce degré minimal.

Conclusion

Le nombre et la diversité des décisions de justice, rendues ici ou ailleurs à propos du droit au logement ou à la sécurité sociale, conduisent ainsi à remettre en question le dogme de leur injusticiabilité, qui relève davantage du « poncif »⁶⁹ que de la réalité tangible. Différentes juridictions ou organes quasi judiciaires les reconnaissent comme étant des « droits » et donc du Droit : leurs débiteurs, publics ou privés, sont précisément identifiés, confirmant au passage le caractère horizontal de ces droits. Leur exigibilité est précisée par des juridictions qui ne considèrent pas la condition de réalisation progressive comme de nature à remettre en cause leur caractère obligatoire. En d'autres termes, la conditionnalité de ces droits ne signifie pas leur « optionnalité » et la jurisprudence peut ainsi révéler le souci du juge de contrôler le caractère raisonnable et adapté des efforts entrepris par les pouvoirs publics pour que ces droits deviennent effectifs.

⁶⁹ Constance GREEWE et Florence BENOIT-ROHMER, *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, PU Strasbourg, 2003.

DEUXIÈME PARTIE - LES ENJEUX D'UNE QUESTION EN DEVENIR

TITRE 1 - QUELLES MÉTHODES DE RÉALISATION DES DROITS SOCIAUX ?

Comment le juge met-il en œuvre les droits sociaux ? La question, par sa généralité, appelle des réponses variables, selon les juridictions étudiées. Car si l'approche comparatiste (Chapitre 1) révèle des approches comparables, autour de la formation de standards commun (Section 1) ou de stratégies judiciaires bien identifiables (Section 2), le droit français offre des enseignements originaux (Chapitre 2), pour peu qu'on examine attentivement certaines procédures, qu'il s'agisse du contentieux de l'urgence (Section 1) ou de ceux relatifs au droit au séjour des étrangers ou des garanties des salariés (Section 2).

CHAPITRE 1 - DROIT COMPARÉ

SECTION 1 -

STANDARDS JURISPRUDENTIELS ET CONTRÔLE DE L'OBLIGATION ÉTATIQUE EN DROIT COMPARÉ : UNE GÉOMÉTRIE VARIABLE,

ISABELLE BOUCOBZA & DAVID ROBITAILLE

L'étude comparative menée dans le cadre du programme de recherche sur la justiciabilité des droits sociaux a permis d'identifier des techniques souvent très proches qui sanctionnent le respect par le législateur étatique de « standards jurisprudentiels ». Ces standards, entendus ici comme des définitions matérielles des obligations étatiques, que les juges tirent des textes constitutionnellement consacrés, servent ensuite de fondement pour évaluer les actions et les omissions législatives.

Cette contribution propose de présenter la façon dont les juges parviennent à la formulation de ces normes, dont ils organisent aussi le contrôle à partir de méthodes ou de formes de décisions dont certaines ont été spécifiquement inventées pour la protection des droits sociaux. Il faut cependant noter que ces mêmes techniques peuvent parfois servir l'effet inverse de non protection ou d'abaissement du niveau de protection ; elles sont alors associées soit avec des arguments spécifiques qui servent à justifier la non protection ou l'abaissement du niveau de garantie, soit avec des arguments qui peuvent sembler identiques comme le caractère « raisonnable » d'un balancement entre deux principes.

La formulation des standards jurisprudentiels apparaissant en même temps que la mise en œuvre des techniques juridictionnelles qui visent à les protéger, il est apparu opportun de distinguer entre les techniques juridictionnelles elles-mêmes (I) et les arguments qui sont utilisés pour les justifier(II).

I. Les techniques juridictionnelles de protection des droits sociaux

On concentrera ici l'attention sur deux aspects de la question des techniques à travers lesquelles les juges formulent, ou au contraire se refusent à formuler, des standards jurisprudentiels : d'abord le recensement des techniques elles-mêmes (A), ensuite l'intensité des contrôles (B).

A. Les techniques recensées

1) La mise en place de « seuils » de protection : des jurisprudences ambiguës

a. Les équivoques sur l'existence d'une « obligation de non rétrogression »

« *Encliquetage* » ou « *standill* » dans le droit belge, jurisprudence du « *cliquet* » dans le droit français, ces expressions ont toute en commun avoir été forgées par la doctrine pour commenter et interpréter une jurisprudence qui a généré de nombreuses équivoques. En effet, lorsqu'il est compris comme un principe d'interdiction de régression sociale, autrement dit comme la reconnaissance d'acquis sociaux irréversibles, ou encore de droits intangibles, ce principe ne reçoit aucune confirmation dans les décisions de juridictions constitutionnelles¹.

Cette interprétation optimiste en France de la décision du Conseil constitutionnel de 1984 « *Entreprise de presse* » qui pose que « le pouvoir législatif ne peut réglementer l'exercice de la liberté de communication des pensées que dans le but de le rendre plus effectif » a été à la fois confirmée dans son principe – celui de l'obligation faite au législateur de rendre les droits effectifs – et en même temps infirmée puisque les décisions postérieures n'ont pas exigé que le législateur garantisse un droit à un toujours mieux (ou à plus d'effectivité), ni même au maintien de l'acte législatif existant. La formule issue de la décision de 1986 « *régime de Presse* » où le Conseil constitutionnel pose en effet que « si le législateur peut librement abroger ou modifier des dispositions législatives antérieures, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de « garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »² semble réduire l'obligation du législateur au maintien d'une réglementation, quel que soit son contenu³. Il paraît difficile d'y voir une sorte de constitutionnalisation de toute

¹ V. Isabelle HACHEZ, « La reconnaissance jurisprudentielle du principe de Standtill en droit belge », in Julia ILIOPOULOS-S'TRANGAS et Theunis ROUX, dir., *Perspectives nationales et internationales des droits sociaux*, Athènes/Ant. N. Sakkoulas, Bruxelles/Bruylant, 2008, pp. 200-201.

² CC, n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, Régime de la presse.

³ Il s'agit également de l'obligation minimale à laquelle est assujéti le gouvernement canadien en vertu des droits économiques et sociaux reconnus dans la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec (*Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429 (Canada, C.S.) [*Gosselin (Cour suprême)*], par. 87 à 96.

avancée dans la réalisation des droits sociaux ou alors faudrait-il peut être parler plus justement d'une cristallisation constitutionnelle relative.

Formulée par les textes constitutionnels eux-mêmes, l'idée d'une obligation de non rétrogression peut alors s'entendre dans deux sens : soit comme une interdiction de révision constitutionnelle, le droit ne serait pas même attaquable par le législateur constitutionnel ; soit comme la formulation d'une interdiction de toucher à une définition « minimale » ou « essentielle » du droit⁴ ou autrement dit, à la définition d'un contenu prioritaire des droits sociaux, qui constitue effectivement une technique de mise en œuvre juridictionnelle de seuils de protection, formellement identifiable dans différentes jurisprudences constitutionnelles, mais non dénuée d'ambiguïtés.

b. La définition d'un premier niveau de l'obligation de protection : le contenu minimum essentiel d'un droit

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies estime que les États parties au PIDESC ont l'obligation fondamentale de garantir le niveau minimal de tous les droits reconnus par le traité de façon à assurer à tous les besoins essentiels à une vie digne⁵.

Ainsi, le CoDESC a par exemple déterminé *le contenu minimum du droit à un niveau de vie suffisant* reconnu au paragraphe 11 du PIDESC. Cette disposition précise que le droit à un niveau de vie suffisant protège le droit à un logement décent, lequel doit notamment comprendre l'eau potable, l'électricité, les installations sanitaires et un espace suffisant⁶, à un coût correspondant à une fraction raisonnable du revenu de ses habitants⁷, ainsi que le droit à une nourriture saine et propre à la consommation, à des prix raisonnables⁸.

En droit national, la formulation d'un « contenu » « minimal » ou « essentiel », parfois également exprimé comme celle d'un « noyau dur » d'un droit, apparaît comme une limite à la modification législative. Or, cette formule est ambiguë : dans la mesure où elle s'applique à des dispositions qui impliquent la mise en œuvre d'un pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire d'un choix de moyens pour le législateur afin d'atteindre une fin plus ou moins définie, elle peut donner lieu à plusieurs interprétations qui seront vues comme étant plus ou moins favorables à la protection des droits sociaux. Ainsi, elle peut être entendue :

- d'un point de vue purement formel comme une simple habilitation législative, c'est l'idée déjà évoquée d'un traitement législatif quel que soit son

⁴ Ainsi, l'affirmation répétée dans la jurisprudence constitutionnelle italienne du caractère « inviolable » des droits fondamentaux présente suffisamment d'ambiguïtés pour être comprises dans les deux sens et justifier ces deux formes de protections (v. *infra*).

⁵ V. *supra*, Sophie GROSBON.

⁶ *Ibid.*, par. 8 (b), (d) et (e).

⁷ *Ibid.*, par. 8(c).

⁸ Observation générale 12, art. 8, 13.

contenu. Le législateur doit légiférer, au-delà de cette obligation, il est absolument libre.

- d'un point de vue formel et matériel : elle combine alors l'habilitation législative et la définition d'un contenu prioritaire des droits sociaux qui sera plus ou moins contraignant et plus ou moins protecteur.

On trouve une illustration de la conception purement formelle de la notion dans le droit canadien, et plus précisément dans l'interprétation donnée à la Charte québécoise⁹. Les droits économiques et sociaux reconnus dans la *Charte québécoise* imposeraient au gouvernement l'obligation de les rendre effectifs par l'adoption, par exemple, d'un régime législatif. L'« effectivité » dont il est ici question s'entend, évidemment, d'effectivité minimale ou purement formelle dans la mesure où les tribunaux n'exerceront aucun contrôle sur la suffisance de la loi, leur pouvoir se limitant à constater l'existence d'un tel régime ou, à défaut, à déclarer que l'omission du législateur à mettre un droit social donné en œuvre ne respecte pas la *Charte*. Dans ce dernier cas, la constatation de la Cour demeurera purement formelle puisque le juge ne dispose pas du pouvoir de contraindre le gouvernement à faire quoi que ce soit pour y remédier.

La conception formelle et matérielle quant à elle prend forme dans l'expression de *standards*, qui pourront aller vers le haut mais qui ne pourront pas tendre vers le bas. Dans cette seconde hypothèse, l'accent est mis sur la définition juridictionnelle du droit : il s'agit ni plus ni moins pour le juge que de formuler explicitement les obligations « minimales » « essentielles » qui découleraient de la consécration constitutionnelle d'un droit social. On touche ici une question très controversée puisque cette technique apparaît comme un remède juridictionnel au caractère insuffisamment précis ou vague de la formulation d'un droit social. On sait en effet toutes les conséquences que la doctrine a traditionnellement tiré de cette imprécision pour justifier la faible justiciabilité des droits sociaux, l'imprécision, le caractère programmatique mettant en cause jusqu'à l'existence même d'un droit justement parce que sa définition dépendrait exclusivement de la volonté discrétionnaire du législateur. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles la Cour constitutionnelle sud-africaine, dans l'interprétation des droits économiques et sociaux reconnus par la *Constitution de 1996*, a refusé de transposer dans le droit interne le concept de notion minimal ou essentiel développé en droit international. La Cour estime que le contenu des droits sociaux est trop variable ou indéterminé pour faire l'objet d'une définition précise, et que tel n'est pas son rôle.

En formulant une définition, l'interprète authentique « prend le pouvoir » et donne au droit un contenu, c'est-à-dire qu'il tranche la question controversée.

⁹ Canada, C.S., Gosselin, précit., par. 86-88.

*Il dit ce que dit le droit social*¹⁰, il énonce au législateur les obligations auxquelles son pouvoir discrétionnaire ne peut dès lors déroger en explicitant les finalités qu'il doit nécessairement atteindre et qui détermineront avec plus ou moins d'amplitude l'éventail des moyens à sa disposition.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne en offre de nombreuses illustrations : il faut noter que la Constitution italienne comporte un catalogue important de droits sociaux et la Cour a fait preuve d'un activisme marqué pour assurer leur protection. Ceci explique que la question d'une mesure minimale des droits sociaux n'apparaisse qu'au début des années 1990 dans sa jurisprudence. Elle a d'ailleurs été critiquée par certains auteurs en Italie car elle a été vue comme une technique d'abaissement du niveau de protection de certains droits sociaux, comme une modalité retour en arrière, expression d'un *self restraint* du juge¹¹. La définition de ce contenu minimum essentiel des droits sociaux coïncide en effet avec une période de compression des ressources financières de l'Etat et de pression sur les critères d'équilibre budgétaire, notamment en liaison avec l'engagement de l'Italie dans l'Union européenne. Dans la décision 992/1988, la Cour déclare inconstitutionnelle une disposition législative *qui ne prévoyait pas* le remboursement par le service national de santé des frais coûteux de diagnostic spécialisé effectué par des laboratoires privés non conventionnés mais qui étaient les seuls à disposer du matériel nécessaire à la réalisation d'examen indispensables pour le patient. En censurant cette disposition, elle signifiait donc au législateur qu'il n'était pas libre de déterminer le contenu de ce droit et qu'en l'espèce, les mesures adoptées n'étaient pas suffisantes pour respecter le droit à des prestations sanitaires. Pour la Cour, l'article 32 de la constitution qui énonce le droit à la protection de la santé contient celui de pouvoir accéder à des prestations indispensables dès lors que la technologie le permet. Selon une jurisprudence désormais abondante et constante, le juge constitutionnel italien a établi qu'aucun droit fondamental ne peut être compressé ou limité au point que son contenu minimum essentiel en soit compromis ou risqué de l'être.¹²

Il faut encore signaler qu'aujourd'hui la notion de contenu minimal essentiel des droits sociaux semble toujours plus liée à la question des disponibilités financières dans une conjoncture économique défavorable. Or, ce

¹⁰ Bien entendu, il faudra s'interroger sur la façon dont les juges justifient cette interprétation non seulement en sollicitant des arguments tels que nature juridique, intention du constituant etc...mais également en prétendant que le droit est doté d'un contenu propre prédéterminé (voir *infra* II) Pour une analyse plus approfondie, v. David ROBITAILLE, « L'interprétation en théorie du droit comparée : entre la lettre et l'esprit. Discussion autour d'auteurs américains, anglais, belges, canadiens et français », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2007, vol. 119, p. 1145 ; v. également Isabelle BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle, contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Dalloz, Collection nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, 2005.

¹¹ Carmela SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, p. 131.

¹² V. parmi d'autres les décisions 455/1990, 247/1992, 218-304/1994, 416/1995, 27-185-267/1998, 309/1999, 509/2000, 432/2005.

balancement entre ressources financières disponibles et droit donne des résultats contraires au principe d'interdépendance et d'indivisibilité de tous les droits et libertés, puisque il emporte une hiérarchisation entre les droits sociaux. Carmela Salazar¹³ souligne ainsi que, dans la jurisprudence italienne, la technique du contrôle minimum aurait donné au droit à la santé une position de droit préféré par rapport aux droits des travailleurs.

Selon certains, les contraintes budgétaires ne devraient pas entrer en jeu à l'étape de la « détermination » du contenu essentiel des droits sociaux mais plutôt à celle consistant à vérifier si le gouvernement pouvait raisonnablement manquer à son obligation¹⁴. Toutefois, l'exemple italien montre que c'est précisément au moment où la Cour s'est montrée plus sensible à l'argument de la compétence budgétaire du Parlement et de la disponibilité des ressources financières qu'elle a fait appel à la notion.

Enfin, à la pluralité des lectures possibles des décisions on doit ajouter des difficultés d'ordre terminologique : d'abord, il faut souligner que les expressions de « continu minimal », de « contenu essentiel » ou de « noyau essentiel » ne sont pas dépourvues d'ambiguïtés. Notamment on peut se demander si les notions de « contenu essentiel » et de « contenu minimal » sont synonymes. Ensuite, la terminologie n'est pas figée et de nouvelles expressions apparaissent : « exigences minimum de protection »¹⁵, « noyau indéfectible des garanties »¹⁶.

2) Le recours à d'autres droits ou l'interprétation « perméable » des droits à la vie, à la sécurité ou à l'égalité

Une autre technique fréquemment utilisée est le recours à d'autres droits et libertés fondamentaux qui, interprétés largement, pourraient inclure certains droits économiques et sociaux¹⁷. Au Canada, comme la constitution ne garantit aucun droit socioéconomique, les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne*, qui reconnaissent respectivement le droit à la vie et à la sécurité et le droit à l'égalité, ont été mobilisés afin de faire reconnaître, notamment, le droit à un niveau de vie suffisant ainsi que le droit à l'égalité réelle. Il a ainsi été soulevé que pour bénéficier d'une sécurité, d'une vie ou d'une égalité véritable, un certain niveau de protection sociale était nécessaire, sans quoi ces valeurs ou

¹³ Carmela SALAZAR, Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto, précit., p. 3.

¹⁴ David BILCHITZ, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core : Laying the Foundations for Future Socio-economic Rights Jurisprudence », S.A.J.H.R., 2003 (19), Johannesburg, 1, pp.22-23 ; « Giving Socio-economic Rights Teeth : The Minimum Core and its Importance », S. African L.J., 2002 (119), 484, p. 496; Laurence GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2007, p. 654.

¹⁵ V. arrêt n° 202/2008.

¹⁶ V. arrêt n° 80 de 2010.

¹⁷ Pour de plus amples détails, v. Diane ROMAN, *infra*.

droits seraient superficiels ou incomplets¹⁸. Les tribunaux canadiens se sont cependant montrés très hésitants à se prononcer sur les choix socioéconomiques du gouvernement et à intervenir dans un domaine qui, selon eux, relève de la politique¹⁹. Il faut reconnaître également que la *Charte canadienne* n'est pas la plus progressiste des constitutions et que son objectif n'était pas tant d'assurer une plus grande justice sociale mais plutôt la préservation de l'autonomie et de la liberté individuelles (*formelles*). La technique a connu un plus grand succès dans la jurisprudence de la Cour suprême indienne, cette dernière reconnaissant, sur le fondement d'une conception globale du droit à la vie, plusieurs droits économiques et sociaux²⁰. Pourtant, la Constitution indienne contient un chapitre distinct consacrant des principes socioéconomiques que le constituant a expressément prévu comme étant non-justiciables. Il est probable que la Cour suprême ait néanmoins eu recours à une interprétation large du droit à la vie – poussant ainsi plus loin les frontières de la séparation des pouvoirs judiciaire et législatif –, afin de pousser le gouvernement à agir pour faire diminuer la grande pauvreté qui affecte plusieurs citoyens. Il a en effet été remarqué que la jurisprudence la plus progressiste de la Cour a été développée dans les années 1990, alors que le gouvernement indien mettait sur pieds des politiques de libéralisation des marchés et d'ajustements structurels ayant pour effet d'augmenter la pauvreté des personnes les plus pauvres²¹. La réussite de cette technique est donc tributaire de la façon dont le juge conçoit les droits à la vie, à la sécurité ou à l'égalité (conception *substantielle* vs. *formelle* de la vie, de la sécurité ou de l'égalité) et du contexte dans lequel est interprétée la norme constitutionnelle.

Dans certaines décisions, la Cour constitutionnelle italienne associe un droit social avec un droit ou principe tel que celui de la dignité humaine²². Mais le droit « classique » auquel la Cour fait le plus souvent appel, en le combinant avec les dispositions qui protègent les droits sociaux, est sans conteste le droit à

¹⁸ V. notamment les motifs dissidents de la juge ARBOUR dans l'arrêt *Gosselin* (Canada, C.S.), *supra*, par. 307-394.

¹⁹ Pour une analyse plus détaillée de la jurisprudence canadienne, v. notamment Jamie CAMERON, « Positive Obligations Under Sections 15 and 7 of the *Charter* : A Comment on *Gosselin v. Québec* », *Sup. Ct. L. Rev.* (2d), 2003 (20), Toronto, 65 ; Angus GIBBON, « Social Rights, Money Matters and Institutional Capacity », *Revue nationale de droit constitutionnel*, 2003 (14), Scarborough (Canada), 353 ; Martha JACKMAN, « *Charter* Equality at Twenty : Reflections of a Card-carrying Member of the Court Party », *Revue nationale de droit constitutionnel*, 2006 (20), Scarborough (Canada), 115 ; Martha JACKMAN, « Poor Rights : Using the *Charter* to Support Social Welfare Claims », *Queen's L. J.*, 1993 (19), Kingston (Canada), 65 ; Natasha KIM et Tina PIPER, « Case Comment. *Gosselin v. Québec* : Back to the Poorhouse... », *Revue de droit de McGill*, 2003-2004 (48), Montréal, 749 ; David ROBITAILLE, « Non-universalité, illégitimité et sur-complexité des droits économiques et sociaux : des préoccupations légitimes mais hypertrophiées. Regard sur la jurisprudence canadienne et sud-africaine », (2008) *Revue de droit de McGill* 243.

²⁰ Pour de plus amples détails sur la jurisprudence indienne, v. Diane ROMAN, *infra* et David ROBITAILLE, *supra*.

²¹ V. David ROBITAILLE, « L'influence du contexte économique et idéologique sur la conception de l'être humain par le droit et le juge constitutionnels : les cas canadien, indien et sud-africain », *Revue canadienne droit et société / Canadian Journal of Law and Society*, à paraître.

²² Ex. Arrêt n° 252/2001.

l'égalité, consacré dans l'article 3 de la constitution. Sur son fondement, deux types de contrôle se sont développés : le premier est présenté comme un contrôle de « rationalité » ou de « cohérence » permettant de sanctionner une disparité de traitement. Sa particularité résiderait dans son caractère « ternaire »²³ : la disposition constitutionnelle dont on dénonce la violation est évidemment l'art. 3, mais la violation elle-même dériverait de la disparité de traitement réalisée par la loi dont la constitutionnalité est discutée par rapport à ce qui est fait par une autre loi utilisée comme *point de comparaison* (*tertium comparationis*) pour une catégorie de sujets semblables. La Cour apprécie alors le caractère « raisonnable », « rationnel » ou « cohérent » - ces différents termes ne faisant pas l'objet d'un usage rigoureux de la part du juge - de la différence de traitement. Ce type de jugement en matière de droits sociaux a donné lieu à des sentences très incisives à l'égard du pouvoir du législateur puisqu'elles consistent en *une addition de prestation* : lorsqu'il juge une différence de traitement discriminatoire - la loi a traité de façon différente des personnes qui se trouvaient dans une situation identique à celles qui étaient protégées par l'autre loi, le juge constitutionnel n'a pas hésité à étendre le bénéfice d'une prestation à une catégorie qui en était illégitimement exclue²⁴. Cependant le recours au principe d'égalité peut également conduire au retrait d'une prestation. Ainsi, la Cour, au lieu d'intervenir pour étendre le bénéfice d'un dispositif à d'autres catégories de sujet, a, dans certains cas, décidé de supprimer un privilège jugé irraisonnable, réalisant ainsi un nivellement vers le bas²⁵.

Le second type de contrôle est présenté comme un contrôle de « *raisonnabilité* » dont la particularité serait d'être binaire, il confronte la loi au principe d'égalité –, et consisterait essentiellement en une sorte d'examen des raisons d'être de la loi, de son caractère non arbitraire, au sens où les intérêts qu'elle protège sont raisonnablement compatibles avec les valeurs de la constitution ou qu'ils sont le fruit d'un « balancement raisonnable » entre elles.

Malheureusement, la distinction théorique et doctrinale entre ces deux types de contrôle se heurte à la réalité jurisprudentielle où il est bien difficile de les isoler. La Cour Sud africaine pratique également ces jugements de raisonnabilité qui méritent donc des développements spécifiques.

²³ Alfonso CELOTTO, « *Egualianza e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana* », Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, www.bibliojuridica.org/libros/6/2557/11.pdf.

²⁴ Parmi tant d'autres, v. par exemple l'arrêt de 1974 n° 230, pour plus d'illustrations présentées en français, v. Jean-Jacques PARDINI, *Le juge constitutionnel et le fait en Italie*, Economica, 2001

²⁵ Arrêt n° 421/1995, Giur. Cost. 1995, p. 3237 et s.

3) Les « jugements de raisonabilité » : des contrôles de « l'excès de pouvoir législatif » ?

a. Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne

Du côté de la Consulta, le principe d'égalité s'est progressivement transformé en principe de *raisonabilité*, c'est à dire en une sorte de « clause générale » qui permet la limitation des choix législatifs à partir de l'examen de la légalité, de la cohérence, de la proportionnalité de la mesure retenue dans la loi au regard des objectifs de celle-ci mais également des valeurs défendues par le système juridique. Cette diffusion du contrôle de *raisonabilité* qui n'est donc pas spécifique aux droits sociaux²⁶ pose souvent des difficultés de lecture : d'abord parce que cette jurisprudence serait devenue par sa densité tout à fait « ingérable »; ensuite parce que la systématisation doctrinale, elle-même victime du succès de la « raisonabilité », fait peut être courir le risque de mettre de l'ordre là où il n'y en a pas.

Ces précautions prises, il n'en demeure pas moins possible de percevoir que, par cette technique, la Cour procède ni plus ni moins à ce que l'on coutume d'appeler en droit administratif un contrôle de « *l'excès de pouvoir* », en l'occurrence, législatif.

Ainsi, dans la décision n. 421 de 1991, la Cour déclare l'inconstitutionnalité de la disposition qui prévoit, qu'en cas de transformation du contrat de travail d'un temps plein à un temps partiel et *vice versa*, le montant de l'indemnité de fin de contrat est calculée sur la base de la rétribution correspondant aux douze derniers mois de service. Cette disposition est jugée contraire à l'article 3 de la Constitution tant du point de vue du principe d'égalité que de celui du principe de rationalité. Sur le premier point, elle traite en effet de façon identique des situations différentes, ce qui crée un désavantage pour l'individu qui a travaillé à temps partiel seulement dans sa dernière année de contrat et, en même temps, une situation avantageuse mais injustifiée pour celui qui a donné un service à temps complet dans sa dernière année. Sur le second point, c'est parce que l'indemnité est liquidée sur la base d'une rétribution réduite en cas de travail à temps partiel, même pour les années de services effectuées à temps plein, sans tenir compte que pour ces années, l'employeur et le salarié ont versé une contribution proportionnelle à l'entière rémunération, que la loi est censurée. La démarche de la Cour ici est parfaitement bien illustrée : elle sanctionne la violation de l'égalité – raisonabilité, la norme en cause introduit un traitement égal de situations différentes, mais elle exprime également un jugement sur la *rationalité intrinsèque* de la disposition.

Le juge impose ainsi au législateur une obligation de cohérence qui s'applique à la logique interne des textes contrôlés mais également aux secteurs

²⁶ Andrea MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, ed. Giuffrè, 2001.

juridiques auxquels ils appartiennent. On peut aussi y voir une exigence de conformité à des principes de justice et d'équité qui fonctionnent comme critères de jugement de la « *raisonnabilité extrinsèque* » : le juge constitutionnel observe la conformité du dispositif avec les raisons et les valeurs qui fondent l'entier système constitutionnel.

Cette dernière déclinaison de la raisonnable peut être illustrée avec une décision de la Cour constitutionnelle relative aux discriminations fondées sur la citoyenneté pour la jouissance de prestations sociales : une disposition de la loi régionale lombarde est jugée contraire au principe d'égalité. Elle garantissait la circulation gratuite dans les transports régionaux, non à toutes les personnes résidentes en Lombardie et qui souffrent d'une invalidité égale à 100%, mais seulement à celles qui ont la nationalité italienne. La Région justifie la discrimination en retenant que les prestations de transport gratuites mises en place allaient bien au-delà des niveaux essentiels de prestations et qu'elles constituaient en cela des prestations « facultatives » qui devaient respecter les exigences de l'équilibre budgétaire. Si la Cour estime correcte dans son principe cette ligne de défense, elle la juge tout à fait hors de propos en ce qui concerne la disposition en cause.

« Le fait que la Région ait introduit un régime de faveur qui sans aucun doute excède les limites de "l'essentiel" (...) n'exclut en aucune manière que les choix liés à la désignation des bénéficiaires – qu'il faut nécessairement circonscrire en raison du caractère limité des ressources financières – doivent être opérés, toujours et en tout état de cause, dans le respect du principe de raisonnable ; en effet, le législateur étatique ou régional ne peut introduire des régimes différenciés, concernant le traitement à réserver aux individus, qu'en présence d'une "cause" normative non manifestement irrationnelle ou arbitraire ». Si la Cour juge que le critère de résidence n'est pas déraisonnable dans le cadre d'une réglementation régionale, en revanche elle rejette le critère de la citoyenneté « condition ultérieure, peu pertinente et incohérente par rapport à une mesure sociale qui fait des invalides à 100% la catégorie des bénéficiaires ». Soulignant que sa jurisprudence a rappelé à plusieurs reprises au législateur le principe fondamental et indérogable de non discrimination sur la base de la citoyenneté à l'égard des prestations sociales quelles qu'elles soient, la Cour fait de ce principe « le modèle sur le fondement duquel elle calibre son jugement de raisonnable » et précise : « tout choix du législateur qui introduirait des régimes dérogatoires à ce principe doit présenter dans sa structure normative même une spécifique transparente et rationnelle 'cause justificatrice' en mesure « d'expliquer » sur le plan constitutionnel, les « raisons posées au fondement de la dérogation » (432/2005). Enfin, cette technique du jugement de raisonnable se présente également comme une méthode de balancement entre des intérêts, des droits et des valeurs protégées par la constitution. Parmi ces valeurs, en matière de droits sociaux, on trouve notamment, dans une jurisprudence de 1990 (n° 260), celle de « l'équilibre financier ».

Ces divers jugements de raisonnable conduisent à des résultats très différents du point de vue de leur intensité. Comme le contrôle de l'excès de pouvoir en droit administratif, l'intensité variable auquel il peut donner lieu prend toute son importance en matière de droits sociaux. En effet, le contrôle de *raisonnabilité*, lorsqu'il porte sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du législateur, peut conduire le juge à exercer un contrôle en profondeur des décisions du législateur, si pénétrant qu'il peut aboutir à la substitution de ses choix.

b. Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sud-africaine

Dans l'arrêt *Government of the Republic of South Africa c. Grootboom*²⁷, la Cour constitutionnelle sud-africaine a élaboré ce que plusieurs considèrent comme une approche inspirée du droit administratif²⁸, en vertu de laquelle le rôle du tribunal est de vérifier si les politiques publiques sont cohérentes, rationnelles et suffisamment équilibrées entre la poursuite d'objectifs – et la satisfaction corollaires de besoins – à court, à moyen et à long terme²⁹. Cette norme de contrôle est en soi très floue et c'est pourquoi la Cour a tenté de la préciser en spécifiant que des politiques qui omettent de tenir compte des besoins prioritaires et de la grande pauvreté dans laquelle vivent certains groupes de personnes seront souvent jugées déraisonnables³⁰.

Contrairement au concept de noyau minimal que la Cour a rejeté³¹, cette norme de raisonnable n'oblige pas l'État à satisfaire les besoins essentiels de *tous* avant de viser la réalisation d'autres objectifs à moyen ou à long terme. S'il est par ailleurs difficile de déterminer de manière précise et prévisible la mesure dans laquelle une politique doit tenir compte de la situation des plus défavorisés pour être raisonnable, la Cour indique néanmoins que des programmes qui omettent de prioriser les besoins minimaux *d'un trop grand nombre de personnes* seront jugés inconstitutionnels³². C'est sur la base de ce test que la Cour constitutionnelle jugea arbitraire une politique en matière de logement dont les ressources étaient concentrées vers la construction de logements sociaux, un objectif à moyen sinon à long terme³³, et qui ne prévoyait aucune mesure pour alléger la misère des demandeurs qui, occupant des bidonvilles, vivaient dans des conditions extrêmement difficiles³⁴. C'est également en fonction de cette norme que la Cour jugea arbitraire une politique en vertu de laquelle l'État limitait de façon importante l'accessibilité publique à un médicament susceptible de prévenir la transmission du VIH entre une mère et

²⁷ [2001] 1 S. Afr. L.R. 46 (S. Afr. Const. Ct.) (ci-après *Grootboom*).

²⁸ V. not. Alana KLEIN, « Judging as Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights », *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 2007-2008 (39), New York, 351, pp. 374-385.

²⁹ *Grootboom, supra*, par. 43.

³⁰ *Ibid.*, par. 44.

³¹ *Ibid.*, par. 32, 35 et 37.

³² *Ibid.*, par. 43, 52-69.

³³ *Ibid.*, par. 51-52, 63 et 64.

³⁴ *Ibid.*, par. 7, 52-69.

son enfant et qui était offert gratuitement par le fabricant pour une période de cinq ans³⁵.

B. Des techniques de contrôle à intensité variable

Comme nous venons de le voir, la Cour constitutionnelle sud-africaine a élaboré une méthode de justiciabilité des droits économiques et sociaux que plusieurs considèrent comme étant inspirée du droit administratif, en vertu de laquelle le rôle du tribunal est de vérifier si les politiques publiques sont cohérentes et rationnelles. Traditionnellement, en droit administratif, on oppose l'hypothèse dans laquelle le contrôle est normal parce que la compétence de l'administration serait liée à celle d'un contrôle restreint dans laquelle la compétence ne le serait pas. On ajoute enfin à un troisième cas de figure dans lequel le pouvoir discrétionnaire mis en œuvre devrait faire l'objet d'un contrôle maximum (contrôle de proportionnalité) en raison du domaine qu'il touche, celui des droits et libertés.

Toutefois, on connaît aussi le caractère incertain de ces distinctions qui reposent essentiellement sur des tentatives de systématisations qui ne rendent pas suffisamment compte du rôle essentiel du juge dans la décision de considérer qu'il se trouve bien face à un pouvoir discrétionnaire. Cette interprétation a des conséquences pourtant déterminantes : elle peut laisser penser que l'autorité compétente, ici le législateur, est dotée d'un « simple » pouvoir discrétionnaire, ce qui justifie du même coup un contrôle restreint. En revanche, lorsque le pouvoir mis en œuvre est supposé lié (ce qui pose de redoutable difficulté de démonstration dans le domaine des droits sociaux) parce que tenu de respecter des droits sociaux au contenu déterminé, un contrôle maximum s'imposerait.

1) Contrôle restreint : l'indice d'une intervention législative dans un domaine de « non droits-sociaux » ?

Cette hypothèse concerne les cas où le pouvoir discrétionnaire du législateur s'exprime par la mise en œuvre de « politiques sociales » qui mettent en balance droits fondamentaux, notamment droits civils et politiques et « intérêts sociaux », ou encore des « objectifs à valeur constitutionnels » ou encore des « exigences constitutionnelles », selon les termes que l'on trouve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français. Dans ce cas, le pouvoir discrétionnaire du législateur ne serait pas limité par un contenu prédéterminé d'un droit social : il devrait plutôt mettre en œuvre les moyens de réaliser un objectif, un programme, sans remettre en cause les droits fondamentaux. Le juge se borne alors à un contrôle de « l'irraisonnabilité », *i.e.* à l'erreur manifeste d'appréciation, « erreur grossière » que le législateur aurait pu commettre dans

³⁵ *Minister of Health c. Treatment Action Campaign*, [2002] 5 S. Afr. L.R. 721 (S. Afr. Const. Ct.), par. 2-4, 17, 19, 57, 70, 92-95 et 135 (ci-après *Treatment Action Campaign*).

le balancement entre les moyens mis en œuvre pour réaliser l'objectif et les droits civils et politiques concernés.

Ainsi, en France, dans la décision du Conseil Constitutionnel 2004-504 sur la loi relative à l'assurance maladie, le principe de protection de la vie privée a été confronté à celui de la protection de la santé publique : le Conseil a conclu à une conciliation qui n'apparaissait pas « manifestement déséquilibrée. »

2) Contrôle normal et/ou maximum : les techniques palliatives de la carence législative

Ce type de contrôle postule pour le juge l'existence d'un droit social, et précisément d'un contenu normatif. C'est à cette condition que le juge peut dénoncer et sanctionner la carence du législateur.

La Cour constitutionnelle italienne a inventé des formes très variées de décisions – interprétatives, « manipulatives » pour pallier cette carence. Elles vont de la recommandation formulée au législateur à la sanction de la mise en œuvre partielle inconstitutionnelle d'un droit social (215/1987), en passant par l'admission provisoire de la constitutionnalité d'un dispositif (826/1988). Parmi cet éventail non exhaustif, on a déjà parlé des décisions « *additives de prestation* ». Coûteuses pour le budget de l'Etat, elles ont été très critiquées et ont progressivement laissé la place à des décisions additives « de principe », jugées plus respectueuses du pouvoir discrétionnaire du législateur. Si la naissance de cette technique est associée à l'exigence de respect du pouvoir discrétionnaire du législateur pour la détermination des ressources financières disponibles, le juge n'a pas pour autant renoncé à la définition du droit social. Par cette technique, il déclare l'inconstitutionnalité de la loi là où elle ne prévoit pas quelque chose qu'elle aurait du prévoir, mais au lieu d'ajouter la règle qui fait défaut, il ajoute un principe dont le législateur devra s'inspirer pour que sa législation soit conforme à la constitution, mais dont le juge *a quo* peut également faire usage pour résoudre le cas qui lui est soumis. En cela, elle est vue comme une solution qui n'est pas « auto applicative »³⁶. En 1988 (arrêt n° 497) la Cour fournissait une sorte de mode d'emploi de ce type de décision : « la déclaration d'inconstitutionnalité d'une omission législative (...) alors qu'elle laisse au législateur, dont on reconnaît l'indéniable compétence pour introduire et réglementer des mécanismes de protection, même rétroactivement au moyen de normes abstraites, propose elle-même, dans l'attente de l'intervention

³⁶ Il existe au Canada une sanction similaire, soit le *jugement déclaratoire*. Les juges y ont recours lorsque l'interprétation d'un droit fondamental n'est pas encore bien établie mais le devient dans un litige à l'issue duquel il est déclaré que l'État n'a pas respecté le droit en question. Dans ce contexte, les tribunaux déclarent ou constatent, un peu symboliquement, la violation du droit tout en laissant au législateur le soins d'apporter la solution qu'il estime appropriée afin de se conformer à la constitution. Au Canada, dans le domaine des droits et libertés, la Cour suprême a notamment utilisé cette sanction dans le contexte du seul véritable droit « positif » ou droit « créance » reconnu dans la *Charte canadienne*, soit le droit à l'instruction dans la langue de la minorité francophone ou anglophone dans une province donnée. V. *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342 (Cour suprême du Canada).

législative, un principe auquel le juge de droit commun est habilité à faire référence pour remédier à la carence de règle par la voie de la solution du cas individuel et concret qui lui est présenté.». Deux techniques sont donc ici combinées : le recours à un principe formulé par le juge et le contrôle de raisonabilité sur le fondement de ce principe. Dans ce dispositif, l'alliance entre les juges ordinaires et le juge constitutionnel joue un rôle essentiel. Pour C. Colapietro, cette technique a été vue comme une tentative du juge constitutionnel de poursuivre - à travers la formulation de conditions d'exercice du pouvoir discrétionnaire du législateur une politique extensive des droits sociaux, en s'érigeant ainsi comme l'unique défenseur de cet Etat social mis en danger, non seulement par une grave crise économique mais également par une politique législative caractérisée par des coupes dans les dépenses qui s'appliquent au premier chef au détriment des conquêtes sociales perpétuées pendant des années³⁷.

Dans la mesure où la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sud-africaine n'en est encore qu'à ses premiers balbutiements, ses types d'interventions ne sont pas aussi variés que ceux de la Cour constitutionnelle italienne. Jusqu'à présent, bien que la Constitution accorde un large pouvoir de sanction aux juges afin de remédier aux violations des droits économiques et sociaux³⁸, la Cour s'est surtout contentée de déclarer ou constater les cas de violation de ces droits et à faire des recommandations assez générales au gouvernement. Ainsi, la Cour n'a à ce jour jamais utilisé le pouvoir dont elle dispose d'ordonner juridiquement au gouvernement la mise en place de mesures plus précises et ni son pouvoir de surveiller le respect de ses jugements par des ordonnances de rendre compte, lesquelles exigeraient que le gouvernement fasse part à la Cour, dans un certains délai, des avancées ou des ratés dans l'élaboration de politiques respectueuses de la Constitution.

II. Les motifs formulés au soutien des techniques de protection

Afin de justifier le contrôle du pouvoir discrétionnaire à travers les différentes techniques à peine évoquées les juridictions fournissent des motifs qui doivent être analysés. Parmi ceux-ci, le recours à l'argument d'une prétendue prédétermination des droits sociaux se singularise dans la mesure où la « nature juridique » est bien loin d'être constante et exempte de contradictions(A). La prétendue incompétence institutionnelle et illégitimité politique des tribunaux à se prononcer sur les questions socioéconomiques (B) ainsi que « l'obscur motif de la raisonabilité » (C) retiendront successivement notre attention.

³⁷ Carlo COLAPIETRO, « Garanzia e promozione dei diritti sociali nella più recente giurisprudenza costituzionale », *Giu. It.*, 1995 p. 125.

³⁸ Constitution sud-africaine, par. 172 (1) ; Treatment Action Campaign, *supra*, par. 101-102.

A. Une prétendue prédétermination des droits sociaux

1) « Droits subjectifs et inviolables » : des qualifications favorables à la protection

La qualification de droit subjectif permet l'économie d'un discours justificatif : l'applicabilité directe des droits sociaux est présentée comme une conséquence de cette « nature juridique ». La Cour constitutionnelle italienne dans un arrêt de 1960 n°30 affirme que l'article 36 de la constitution énonce un *droit subjectif parfait* sans renvoi à la loi ordinaire. La qualification de *droit fondamental de la personne*, très présente dans la jurisprudence récente semble bien jouer le même rôle que la notion de droit subjectif. Ainsi, dans l'arrêt n° 252 de 2001 la Cour affirme que : « Le 'noyau irréductible' de protection de la santé en tant que droit fondamental de la personne doit être reconnu également aux étrangers, quelle que soit leur position par rapport aux normes qui règlent l'entrée et le séjour dans l'Etat, et même si le législateur peut prévoir différentes modalités d'exercice de celui-ci. »

L'argument de l'inviolabilité des droits est quant à lui invoqué notamment pour justifier la non rétrogression du droit en dessous d'un contenu minimum essentiel ainsi que pour isoler un noyau qui serait même inviolable par le législateur constituant. Les droits sociaux à eux seuls, ou associés au principe de dignité (voir supra) sont à plusieurs reprises qualifiés directement par le juge de *droits inviolables et irrétractables* de la personne, en tant qu'ils expriment des valeurs ou des principes constitutionnels suprêmes : il en est ainsi, parmi d'autres, du droit à la santé (1011/1998, 294 et 184/1986, 88/1979), du droit au logement (19/1994, 404 et 217/ 1998), du droit au travail (108/1994 et 232 /1989).

2) Des qualifications moins favorables

a. Des droits conditionnés par les ressources financières

La jurisprudence italienne en matière de droits sociaux a été considérablement marquée par une décision de 1990 (455/1990) relative au droit à la santé dans laquelle a été affirmé le caractère « conditionné » des droits sociaux. En effet, elle semble rétablir la distinction entre disposition programmatique et les dispositions prescriptives que la Cour avait pourtant écarté dès sa première décision. Elle scinde le droit à la santé en un droit défensif et un droit social, le droit à recevoir des prestations sanitaires : au sujet de ce dernier, elle observe que le droit à la santé est « un droit constitutionnel conditionné dont la réalisation dépend du législateur en tenant compte des limites objectives que ce même législateur rencontre dans son action de mise en œuvre de la constitution en relation avec les ressources institutionnelles et financières dont il dispose à ce moment ». La Cour y affirme encore que la réalisation des droits sociaux doit tenir compte également d'un « raisonnable balancement avec d'autres intérêts ou biens qui jouissent de la même façon de

protection constitutionnelle » et que ce « balancement » serait « lui aussi l'objet d'un contrôle de la part de la Cour, dans les formes et dans les modes appropriés à l'usage du pouvoir discrétionnaire du législateur ». Enfin, dans une décision n° 417/1996 la Cour rejette une question de constitutionnalité et affirme qu'« il n'est pas possible d'exclure la possibilité d'une intervention législative qui, en raison de l'indérogeable exigence de limitation de la dépense publique, réduise définitivement un traitement de pension précédemment prévu, étant donné qu'il existe la limite des ressources disponibles ».

Au Canada, les tribunaux s'appuient aussi le caractère « conditionné » des droits économiques et sociaux pour en réduire la portée juridique ou tout simplement refuser de reconnaître leur caractère fondamental et constitutionnel et les restreindre à de simples déclarations d'intentions politiques. Par exemple, dans l'arrêt *Gosselin* en première instance, la Cour supérieure affirmait : « Il y a une différence de nature entre d'une part les droits économiques et sociaux qui exigent une intervention active et l'engagement de ressources importantes de l'État pour leur mise en œuvre et d'autre part, les droits civils et politiques qui n'exigent généralement que des aménagements aux institutions politiques et juridiques et sont ainsi susceptibles de mise en œuvre immédiate par les États quelque soit leur niveau de développement³⁹ ». La Cour suprême du Canada confirmait cette interprétation en soulignant le caractère programmatoire des droits économiques et sociaux dont la mise en œuvre dépend nécessairement d'une intervention législative et, conséquemment, dont la portée réelle serait déterminée exclusivement et discrétionnairement par le législateur⁴⁰.

b. Des objectifs à valeur constitutionnelle

Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, on retrouve les incertitudes exprimées dans la jurisprudence constitutionnelle italienne : il en est ainsi du droit à la santé et du droit au travail pour lesquels le Conseil utilise les formules de « droit à », mais réserve un traitement souvent identique à celui qu'il applique aux objectifs à valeur constitutionnelle, notamment en restreignant le contrôle de leur respect à celui de l'erreur manifeste d'appréciation⁴¹. Il se refuse par la même occasion à formuler des standards jurisprudentiels permettant de cerner les contours des droits sociaux. Par ailleurs, la jurisprudence sur les « garanties légales des exigences constitutionnelles » n'a jamais conduit le juge français à constater la méconnaissance de l'interdiction de priver de garanties légales les exigences

³⁹ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [1992] R.J.Q. 1647 à la p. 1669 (Cour supérieure du Québec) [*Gosselin (Cour supérieure)*]. V. également *Gosselin (Cour suprême)*, *supra*, par. 89, juge McLachlin, 421, juge Le Bel; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 1033 à la p. 1047, juge Baudouin (Cour d'appel du Québec) [*Gosselin (Cour d'appel)*] ; *Lévesque c. Québec (Procureur général)*, [1988] R.J.Q. 223 (Cour d'appel du Québec) ; *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] R.J.Q. 1227 à la p. 1242 (Cour d'appel du Québec).

⁴⁰ *Gosselin (Cour suprême)*, *supra*, aux par. 85 à 96 ; *Gosselin (Cour d'appel)*, *Ibid.*, à la p. 1047.

⁴¹ Décision 94-359 D.C. du 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat.

constitutionnelles en matière sociale⁴². Cet ensemble d'éléments semble témoigner du retrait du Conseil constitutionnel du domaine de la définition des droits sociaux laissée précisément à l'appréciation du législateur. Enfin, il convient de souligner que le caractère prédéterminé d'un droit social, en l'occurrence le droit de grève, a été établi dans la jurisprudence constitutionnelle française par le recours à l'argument de l'intention du constituant⁴³, ce qui pourrait être une voie pour la formulation de standards pour les droits sociaux non défensifs.

c. Des droits qui ne peuvent se réaliser que progressivement⁴⁴

Alors que l'engagement pris par les États parties au PIDESC de réaliser progressivement les DESC en fait clairement une des techniques de protection des droits sociaux⁴⁵, dont on peut comprendre qu'elle entretient des liens étroits avec la notion de contenu minimal essentiel⁴⁶, on doit souligner que ce principe de réalisation progressive a fait l'objet de vives critiques en Italie. Encore une fois il a été vu comme une expression de *self restraint* du juge. Il est notamment critiqué en raison de la présomption de légitimité qu'il semble conférer aux réglementations qui mettent en œuvre les droits sociaux, excluant d'office les possibilités de censure du caractère partiel de la mise en œuvre, de l'inadéquation de la mesure.

Par opposition à ce principe de « gradualité » vers le bas, une lecture plus positive est également présente dans la jurisprudence et dans la doctrine quand elle correspond à un accroissement progressif et graduel du niveau de garanties, en somme un principe de gradualité vers le haut.

B. Des questions socioéconomiques qui ne relèveraient pas de la compétence des tribunaux

Au Canada, la stratégie la plus souvent déployée pour dénier aux droits économiques et sociaux le caractère de droits fondamentaux consiste à les opposer aux droits civils et politiques. Alors que le droit à la vie, la liberté d'expression, et d'autres droits et libertés classiques seraient intrinsèques à la nature humaine et n'exigeraient ce faisant aucune intervention étatique particulière⁴⁷, il en irait autrement en ce qui concerne les droits économiques et sociaux. Ceux-ci n'existeraient pas concrètement à l'état originel de « nature » et ne seraient pas universels puisque seuls les individus non méritoires auraient

⁴² CC 86-225 DC 23 janvier 1987.

⁴³ Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007.

⁴⁴ Carmela SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, précit., p. 128.

⁴⁵ Cette obligation ressort, en droit international, de l'article 2(1) du PIDESC.

⁴⁶ Effectivement, l'obligation de l'État ne saurait se limiter à ne protéger que le contenu minimal d'un droit social. Une fois ce niveau atteint, l'État n'en demeure pas moins tenu de continuer à faire des efforts soutenus en vue d'assurer, à terme, une protection plus efficace, voir la pleine réalisation, des droits économiques et sociaux.

⁴⁷ Gosselin (Cour supérieure), *supra*, à la p. 1669.

besoin de leur protection. C'est d'ailleurs la conception qui ressort de la jurisprudence canadienne, alors que la pauvreté semble être considérée comme un problème qui résulte de la « faute » ou des mauvais choix de vie de l'individu qui la subit et qui, conséquemment, a besoin d'une aide de dernier recours de la part de l'État⁴⁸. Les tribunaux doutent par ailleurs de leur compétence à se prononcer sur des questions socioéconomiques complexes ainsi que la légitimité politique pour un juge de remettre en question les choix budgétaires du gouvernement. La réalisation des droits sociaux implique en effet pour l'État la dépense de fonds publics⁴⁹. Considérant la pression que cela exercerait sur les ressources étatiques, les tribunaux canadiens, de même que la Cour constitutionnelle sud-africaine malgré le caractère plus progressiste de sa jurisprudence, considèrent trompeur de promettre aux citoyens, sous la forme de droits fondamentaux, la satisfaction de besoins dont la matérialisation pour tous est impossible⁵⁰. Puisque l'État n'est pas responsable de toutes les inégalités socioéconomiques et qu'il est souverain sur les questions budgétaires, il serait illégitime, au nom de la séparation des pouvoirs, que des juges non élus fassent de la « politique » en dictant au gouvernement comment dépenser son argent⁵¹.

On soutient par ailleurs que le « contenu obligationnel »⁵² des droits économiques et sociaux est trop variable ou incertain pour qu'ils soient formulés et garantis dans des instruments juridiques constitutionnels reconnaissant des droits universels. Le droit au logement, par exemple, implique-t-il que l'État doive construire des habitations à loyers modiques ou qu'il subventionne directement les personnes dans le besoin afin qu'elles puissent elles-mêmes se trouver un toit ? Aussi, quelles doivent être la qualité et les caractéristiques de l'immeuble qui fait l'objet du droit individuel. Voilà le genre de questions spécifiques ou de détails auxquels la fonction judiciaire ne serait pas nécessairement bien placée pour répondre⁵³. Les tribunaux estiment ainsi généralement que la branche politique de l'État, par son expertise sociale et économique, est mieux à même d'évaluer les besoins de la population et développer des programmes qui y répondent⁵⁴.

⁴⁸ Gosselin (Cour supérieure), *Ibid.* à la p. 1676.

⁴⁹ Gosselin (Cour d'appel), *supra*, à la p. 1047, juge BAUDOUIN ; *Masse v. Ontario (Ministry of Community & Social Services)*, [1996] O.J. No. 363 (Ont. Div. Ct.), aux para. 42-43, juge O'Driscoll, 56, juge O'Brien ; Gosselin (Cour supérieure), *supra*, à la p. 1669.

⁵⁰ *Government of the Republic of South Africa c. Grootboom*, [2001] 1 S. Afr. L.R. 46 (Cour constitutionnelle sud-africaine), au par. 35.

⁵¹ *V. Masse*, *supra*, par. 43, juge O'Driscoll, 58, juge O'Brien ; *Clark v. Peterborough Utilities Commission*, (1995), 24 O.R. (3d) 7 [Div. gén. Ont.], par. 28 ; *Conrad v. Halifax (County) et al.*, (1994), 124 N.S.R. 251 [Cour supérieure de la Nouvelle-Écosse], par. 93, 95 ; Gosselin (Cour supérieure), *supra*, aux pp. 1669-1670.

⁵² Nous empruntons cette expression au juge LeBel : Gosselin (Canada, C.S.), *supra*, par. 429.

⁵³ *Grootboom*, *supra*, par. 32, 37 et 38.

⁵⁴ *Clark*, *supra*, par. 28 ; *Conrad*, *supra*, par. 93, 95.

C. La « raisonnabilité » des choix législatifs : un motif certainement obscur, et donc réellement efficace ?

Le caractère insaisissable de l'argument de la raisonnabilité du choix du législateur pose évidemment le problème du pouvoir considérable qu'il remet entre les mains du juge. Certaines tentatives doctrinales reprises par la jurisprudence en Italie ont tenté en dépit des ambiguïtés des termes, de désamorcer les critiques en soutenant le caractère « lié » de ces jugements de « rationalité » (1). Mais si l'on admet que la raisonnabilité est une justification qui suppose une appréciation en termes de valeurs, il peut être intéressant d'observer alors quels sont les « bons » arguments retenus dans la jurisprudence. L'efficacité de l'argument n'en sera que plus évident : toutefois celle-ci n'est pas toujours favorable aux droits sociaux (2).

1) « Raisonabilité »/« rationalité » : une distinction doctrinale et jurisprudentielle pour masquer le pouvoir des juges

Il est apparemment facile d'expliquer le recours à l'argument de la raisonnabilité en rappelant que les droits sociaux interviennent dans un domaine où le législateur dispose dans leur mise en œuvre d'un pouvoir discrétionnaire. Aussi, pourrait-on dire que la solution ne peut se déduire logiquement des dispositions constitutionnelles, d'où le recours à un contrôle de raisonnabilité, c'est-à-dire d'adéquation entre les moyens et les fins.

L'argument de la raisonnabilité au sens de rationalité (raisonnabilité-rationalité) n'est qu'une autre formulation de l'argument de la compétence liée du législateur. Il a été mobilisé, et cela n'est guère surprenant, pour légitimer les décisions additives de prestations, *i.e* celles qui sont *le plus irrespectueuses du pouvoir discrétionnaire du législateur*. Il se construit sur l'affirmation du caractère univoque des dispositions utilisées pour combler l'omission législative, que l'expression doctrinale et jurisprudentielle de décision « *à rimes obligées* » illustre parfaitement.

A coté de cette première stratégie qui consiste à nier le pouvoir du juge, on trouve une argumentation plus moderne, mise en œuvre au soutien des *additives de principe*. Il n'est plus question de déduction ici, mais d'une appréciation de l'adéquation (de l'opportunité) d'un choix de moyens pour la réalisation d'une fin. La norme qui sert de paramètre pour le contrôle de constitutionnalité laisse le choix des solutions au législateur, *la norme serait muette selon le juge. Mais le juge dégage de l'ensemble des valeurs consacrées par le système juridique un principe constitutionnel* : quand la Cour trouve une lacune qui pour être comblée nécessiterait un choix normatif de type politique, elle ne peut pas émettre une décision « *à rimes obligées* », étant donné la pluralité d'options normatives qui pourraient se présenter pour remplir le vide laissé par le législateur. En l'espèce, au lieu d'« imposer » une solution et donc d'exercer de manière impropre une fonction de législation positive, la Cour « découvre » un principe, au moyen duquel elle ne fait pas autre chose que de

définir le droit social, et en impose le respect au législateur et au juge *a quo* pour le cas qui lui est soumis.

2) La « raisonabilité » du choix législatif : les « bons » arguments selon le juge constitutionnel

Selon R. Guastini l'argument de la raisonabilité est un *argument tautologique*. Les tribunaux, on l'a vu, ont forgé le principe de raisonabilité sur le fondement d'une interprétation désormais répandue du principe d'égalité selon laquelle : les cas égaux doivent être traités de façon identique, les cas différents de façons différentes : « Mais comment décider quels sont les cas semblables et quels sont les cas différents ? En d'autres termes, quelles sont les distinctions justifiées et quelles sont les distinctions constitutives de discriminations ? Et bien, le principe de raisonabilité constitue précisément une réponse à cette question. Malheureusement, il s'agit d'une réponse tautologique. Selon ce principe, les distinctions (ou classifications) opérées par le législateur doivent être raisonnables pour ne pas être discriminatoires. Qu'est-ce que cela veut dire ? Cela signifie que, pour distinguer, il faut qu'il y ait des raisons, naturellement. Mais que faut-il entendre par 'raisons' ? Dans ce type de contexte, il est évident que 'raisons' ne signifie pas simplement argument : il signifie « bons » arguments, c'est-à-dire des justifications. Donc, selon le principe de raisonabilité, une distinction est justifiée quand elle est justifiée »⁵⁵.

Cette critique de l'auteur italien peut être ici utilisée pour examiner les « bons » arguments que le juge retient dans le domaine des droits sociaux. Décider qu'un argument est « bon », qu'un choix législatif est justifié, c'est naturellement porter sur lui un jugement de valeur. Le jugement de raisonabilité confère en principe au juge un instrument très puissant pour revoir les choix discrétionnaires du législateur (b). Encore faut-il toutefois qu'il ait décidé de faire usage de cet instrument. Dans le cas contraire, c'est une politique jurisprudentielle de *self-restraint* qui s'exprime lorsque, selon le juge, la compétence discrétionnaire du législateur en matière d'équilibre budgétaires est en jeu (a).

a. La raisonabilité « en soi » du respect de l'équilibre budgétaire

Le caractère raisonnable d'un choix ou d'un balancement entre des principes réalisés par le législateur peut venir justifier la restriction du contrôle (voir supra). Cette restriction manifeste de la part du juge une *présomption implicite de faveur pour le principe du pouvoir discrétionnaire du législateur*, c'est notamment le cas lorsque l'argument du respect de l'équilibre budgétaire est mobilisé.

⁵⁵ Riccardo GUASTINI, « La costituzione come limite alla legislazione », *Analisi e diritto*, 1998, disponible en ligne, www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/.../Guastini1.pdf.

Le rôle conféré au principe de l'équilibre financier dans la jurisprudence des années 90 en Italie a été vivement critiqué en doctrine. On reprochait notamment à la Cour de lui réserver une place à part, l'exemptant même du processus de pondération entre les intérêts constitutionnels, comme si elle l'admettait *a priori* et en tant que tel. La Cour aurait donné la préférence à des appréciations de « politique économique » plutôt que de « politique constitutionnelle »⁵⁶. Bien entendu, cette critique porte en elle la revendication d'un partage du pouvoir entre législateur et juge pour décider des équilibres, bref pour *codéterminer*, d'un point de vue substantiel, les priorités dans le domaine des politiques sociales de l'Etat.

b. Raisonabilité/dignité et Raisonabilité/égalité

Une loi, pour être constitutionnelle, doit proposer une justification raisonnable ou procéder à un balancement raisonnable au sens où le législateur ne peut jamais aller jusqu'à remettre en cause la dignité humaine dont certains droits sociaux découlent. C'est d'ailleurs sur cette base, comme nous l'avons observé, que la Cour constitutionnelle sud-africaine est intervenue dans les arrêts *Grootboom* et *Treatment Action Campaign*, les politiques gouvernementales portant atteinte aux besoins urgents et immédiats de personnes vivant dans une pauvreté extrême. La Cour suprême indienne est elle aussi intervenue dans certains litiges afin de sanctionner des violations des principes socioéconomiques reconnus dans la Constitution qui avaient pour effet corollaires de porter atteinte au droit à la vie⁵⁷.

De la même façon une loi sera jugée raisonnable et donc constitutionnelle si la distinction qu'elle opère entre des bénéficiaires de prestations est jugée raisonnable ou si elle procède à un balancement raisonnable entre les principes en présence. Dans le cas contraire, elle sera jugée irraisonnable et le juge constitutionnel dispose alors d'une vaste gamme de décisions pour résoudre le cas, allant de la recommandation à la décision additive de prestation.

Conclusion

Si pour conclure nous tentons de mettre en rapport les techniques avec les arguments identifiés, on notera que la justification de la technique du « premier stade ou contenu minimal/ essentiel » peut intervenir soit au moyen de la raisonabilité/équilibre budgétaire, soit au moyen de la raisonabilité/dignité. Quand le juge veut justifier un retour en arrière du point de vue de la protection, il invoquera l'argument du pouvoir discrétionnaire du législateur pour justifier une protection « minimum ». Quand en revanche, il veut maintenir la protection

⁵⁶ Les auteurs faisaient remarquer qu'il existe d'autres types de décision de la Cour, qui ne portent pas sur des droits sociaux, et qui ont pour effet l'augmentation imprévue de la dépense publique. Carlo AMIRANTE, « Diritti fondamentali e diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale », in *Diritti di libertà e diritti sociali, tra giudice costituzionale e giudice comune*, Jovene, Napoli, 1997, p. 267.

⁵⁷ V. David ROBITAILLE, *supra* et Diane ROMAN, *infra*.

ou même l'étendre, il justifiera sa préférence en renforçant son poids dans la balance face au principe du pouvoir discrétionnaire du législateur (décision 309/1999 au principe de dignité)⁵⁸.

Enfin, si l'argument de la raisonnable/égalité permet de justifier des politiques jurisprudentielles très audacieuses et pénétrantes dans la sphère de décision du législateur, notamment au moyen des techniques de sentences additives de prestations, le caractère minimal/essentiel du droit ne semble pas compatible avec une exigence de « raisonnable/égalité », selon laquelle tout avantage conféré par la mise en œuvre d'un droit social devrait être étendu à des catégories qui en seraient illégitimement exclues.

Au contraire, le contenu minimal essentiel, pris isolément, justifie la limitation de l'extension des garanties dans le sens d'une réduction ou égalisation vers le bas et non vers le haut. Combiné cependant au principe de progression reconnu en droit international, il oblige le gouvernement, une fois réalisé le contenu minimal ou essentiel des droits sociaux, à poursuivre ses efforts en vue d'assurer éventuellement la pleine réalisation de ses droits et, conséquemment, une meilleure qualité de vie aux citoyens.

⁵⁸ « La protection du droit à la santé ne peut pas subir les mêmes contraintes que le législateur rencontre dans la distribution des ressources financières dont il dispose ». La Cour a en effet affirmé de façon répétée (sent. nn. 267 de 1998, 416 de 1995, 304 e 218 de 1994, 247 de 1992, 455 de 1990) que les exigences des finances publiques ne peuvent assumer dans le balancement du législateur, un poids si prépondérant qu'il conduise à comprimer le noyau essentiel du droit à la santé protégé par la constitution en tant que domaine inviolable de la dignité humaine ».

SECTION 2 -

LES DROITS CIVILS AU RENFORT DES DROITS SOCIAUX : L'INTERCHANGEABILITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LE DISCOURS JUDICIAIRE,

DIANE ROMAN

Est-il concevable de fonder une protection juridictionnelle des droits sociaux par des mécanismes détournés, lorsque le texte fondamental que le juge est chargé d'appliquer ne proclame que des droits de nature civile et politique ? *A priori*, la distinction doctrinale entre droits civils, supposant une abstention des pouvoirs publics, et droits sociaux, nécessitant une intervention sous forme de prestations, semble s'y opposer. Or, l'appel au droit comparé¹ révèle une évidence : la frontière entre droits civils et droits sociaux est par endroits très mince, voire inexistante et des droits dits civils sont souvent utilisés par les juges pour analyser et apprécier des situations dont le ressort est avant tout économique et social. En d'autres termes, bon nombre de solutions jurisprudentielles étrangères permettent de relativiser la différence entre catégorie de droits en mettant au jour une certaine proximité d'inspiration et d'application des droits, quels qu'ils soient. Cette « interchangeabilité » des droits dans le discours judiciaire, qui met en lumière la « radicale interprétativité des textes juridiques »², est rendue possible par des choix

¹ Deux précisions méthodologiques s'imposent : 1) Il ne s'agit pas de tenter une comparaison de différents « systèmes juridiques » pour étudier la façon dont les droits sociaux sont mis en œuvre par les juges (la tâche serait en l'état impossible, tant les champs étudiés sont différents, mais, plus modestement, de comparer la diversité des discours judiciaires dans un contexte normatif similaire. Cette restriction explique en retour que l'appareil bibliographique critique cité en note de bas de page soit restreint, l'ambition n'étant plus ici d'étudier le discours doctrinal mais le discours du juge. A cette fin, n'ont été retenus que les systèmes juridiques dont le texte fondateur soit ne proclame aucun droit social, soit consacre des droits sociaux sur un mode mineur, comme principe programmatique et non droit justiciable. Concrètement, cela renvoie au système de la Convention européenne des droits de l'Homme et certains droits constitutionnels étrangers (Allemagne, Canada, Inde, Irlande, Israël, Royaume Uni, Suisse avant 1999, USA. 2) Par ailleurs, a fortement pesé un double critère d'accessibilité matérielle (via les bases de données numérisées et disponibles sur Internet : sites de juridictions et sites officiels, bases de données académiques) et linguistique (sources disponibles en français ou en anglais). Les traductions non officielles en français sont de notre fait, sauf pour les arrêts des juridictions allemandes, que nous devons à l'amabilité de Céline Fercot. Pour des raisons matérielles, les arrêts cités ne sont pas reproduits mais sont disponibles en version intégrale et originale sur le site Internet de la recherche, <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=104> et, pour les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, sur sa base de données HUDOC.

² Antoine JEAMMAUD et Martine LE FRIANT, « L'incertain droit à l'emploi », Travail, Genre et Société, n° 2/1999, L'Harmattan, p. 38.

effectués par les juges. Or, ces choix semblent relever de « stratégies judiciaires », au sens, attesté par le Trésor de la langue française, d'« ensemble d'actions coordonnées, d'opérations habiles, de manœuvres en vue d'atteindre un but précis ». Ce sont elles qui seront au cœur de ces développements, qui s'attacheront à une double interrogation : d'une part, quelles options sont ouvertes au juge pour protéger des droits sociaux pour lesquels il n'a pas reçu de mandat *en tant que tel* (I) ? D'autre part, à quels résultats aboutissent ces stratégies judiciaires fondées sur une certaine interchangeabilité des droits (II) ?

I. Les stratégies judiciaires d'interchangeabilité des droits

Deux points communs unissent des juridictions aussi différentes que la Cour suprême israélienne, celle indienne, le Tribunal fédéral suisse et la Cour européenne des droits de l'Homme : celui d'avoir à appliquer un texte, constitutionnel ou interétatique, qui ne leur attribue compétence que pour veiller au respect de droits civils et politiques. Et celui d'avoir dépassé cette compétence restreinte, pour élargir leur office à des questions de nature sociale, selon des stratégies distinctes (A) mais avec des justifications comparables (B).

A. Des stratégies diverses : enrichissement et renforcement normatifs

Le contenu du texte que le juge est chargé d'appliquer détermine en grande partie la marge de manœuvre du juge. Dans certaines situations, le texte fondateur ne contient aucune disposition relative aux droits sociaux et se résume à une proclamation de droits considérés comme n'ayant qu'une dimension civile ou politique. C'est la situation, par exemple, de la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans cette hypothèse, des stratégies d'enrichissement du texte normatif peuvent être observées, visant à faire produire aux droits civils des prolongements économiques ou sociaux qui ne sont pas expressément prévus par le texte même. De cette stratégie d'enrichissement doit être distinguée une stratégie de renforcement. Elle se donne à lire à travers la jurisprudence de certains cours dont les textes de référence ont consacré des droits sociaux, tout en ayant effectué cette proclamation sur un mode mineur, la possibilité d'un recours en justice étant refusée par le texte même.

1) La stratégie d'enrichissement

Alors que le texte de la Convention qu'elle est chargée de mettre en œuvre ne proclame que des droits civils et politiques, la Cour européenne a entrepris, par un travail d'interprétation dynamique, d'atténuer la distinction entre droits civils et droits sociaux. Certes, elle rappelle régulièrement que le moyen tiré de la méconnaissance de la Charte sociale européenne ne peut être

accueilli par elle³ et que la Convention ne garantit pas de « droits économiques et sociaux en tant que tels », notamment, « le droit à un logement gratuit, le droit au travail, le droit à une assistance médicale gratuite ou le droit d'exiger de l'État une assistance financière pour maintenir un certain niveau de vie »⁴. Néanmoins, pour dépasser cette incompétence *rationae materiae* et étendre son contrôle à des cas dans lesquels sont en jeu des situations socioéconomiques préjudiciables à l'exercice de droits conventionnels, la Cour a admis, à partir de l'arrêt *Airey c. Irlande*⁵, une certaine perméabilité de la Convention aux droits sociaux⁶, partant du principe que « nulle frontière étanche » ne sépare les deux catégories de droits. Une démarche prétorienne « intégrative »⁷ a permis à la Cour de souligner les prolongements socio-économiques des droits civils et de mettre à la charge des États un certain nombre d'obligations positives nécessaires. Ce mouvement touche potentiellement l'ensemble des droits conventionnels⁸. Parmi une jurisprudence connue, un exemple peut être cité, tiré du contentieux relatif à la situation faite aux Roms en Europe de l'Est. Après avoir vu leurs maisons incendiées criminellement, les requérants ont vécu dans des conditions délabrées. Or, pour la Cour, ces conditions de vie « notamment la promiscuité et l'insalubrité et leurs effets délétères sur la santé et le bien-être des requérants, associées à la durée pendant laquelle ces derniers ont été contraints de vivre ainsi et à l'attitude générale des autorités » ont « nécessairement dû leur causer des souffrances psychologiques considérables et, partant, porter atteinte à leur dignité humaine et susciter chez eux des sentiments d'humiliation et d'avilissement ». La situation de dénuement extrême, associée à l'attitude discriminatoire des autorités roumaines, est qualifiée de traitement dégradant au sens de l'article 3 CEDH⁹. L'arrêt illustre ainsi parfaitement la tendance de la Cour à marquer une attention aux conditions concrètes d'exercice des droits conventionnels, l'effectivité de ceux-ci supposant des prolongements socio-économiques. Mais ces conditions socio-économiques constituent davantage *le contexte de l'exercice des droits civils* que le fondement de la reconnaissance de droits sociaux en tant que tels.

Cette « socialisation »¹⁰ limitée de la Convention européenne a des répercussions sur le droit interne, les juges nationaux s'emparant de

³ CEDH, 4 oct. 2007, *Djaoui c. France*, § 64 ; 1er juil. 2008, *Beyaz c. Turquie*, § 28.

⁴ CEDH, déc., 28 oct. 1999, *Paneenko c. Lettonie*, § 2.

⁵ CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, § 26.

⁶ Craig SCOTT, « The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms : Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights », [1989] 27 *Osgoode Hall L.J.* 769, p. 771 ; Martin SCHEININ, « Economic and Social Rights as Legal Rights », in Rosas et al. (éd.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Kluwer, 2002, 2nd ed., p. 29-32 ; Frédéric SUDRE, « La "perméabilité" de la Convention européenne des droits de l'Homme aux droits sociaux », *Pouvoir et liberté, Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, pp. 467-478.

⁷ Carole NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, Thèse Montpellier 1 (dir. Pr. Frédéric SUDRE), 2009, p. 175 et s.

⁸ La jurisprudence relative aux implications sociales des articles 2, 3, 4, 8, 11 et art. 1 du Protocole n° 1 est désormais bien connue. On se référera notamment, pour une présentation détaillée, à Carole NIVARD, précit.

⁹ CEDH, 12 juil. 2005, *Moldovan et al. c. Roumanie*, § 103 et 110.

¹⁰ Carole NIVARD, précit., p. 176 et s.

l'interprétation faite par la Cour et la faisant leur. Sans qu'il soit possible de prétendre à l'exhaustivité, deux exemples peuvent attester de ce relais national. Ainsi, la jurisprudence européenne sur le droit à la vie privée des personnes handicapées en lien avec leurs conditions d'habitation [et quoique par ailleurs n'aboutissant qu'à des résultats fort timides]¹¹, a pu inspirer le juge britannique. Dans une affaire où était en cause un logement dont la configuration ne laissait aucune intimité à la demanderesse, handicapée, la Haute Cour a considéré que le refus des autorités de reloger la personne contrevenait aux exigences de l'article 8, l'arrêt mettant l'accent sur le fait que les personnes handicapées sont « un groupe particulièrement vulnérable » à l'égard desquels des obligations spécifiques existent¹². Autre exemple, la jurisprudence relative à l'expulsion d'étrangers malades, susceptible d'être qualifiée de violation de l'article 3 en raison du risque de traitement inhumain et dégradant qui résulterait d'une privation de soins semble avoir inspiré le Conseil d'État français. Au visa de la Convention européenne, celui-ci exige désormais que l'administration s'assure de la possibilité effective pour l'étranger de bénéficier des soins que son état de santé requiert¹³ : la proximité non seulement des solutions mais également des champs lexicaux utilisés par les juges nationaux et européens (« vulnérabilité », « situation d'une exceptionnelle gravité ») est à souligner.

Si intéressante soit-elle, cette socialisation de la convention reste néanmoins d'un impact limité. D'une part, si la frontière n'est pas étanche, elle n'en demeure pas moins réelle, ce dont témoigne la rédaction de certains arrêts. Ainsi, saisie d'une requête déposée par une handicapée se plaignant de l'inadaptation de nombreux bâtiments publics de sa ville de résidence, dénués de dispositifs d'accès spécifiques aux handicapés, la Cour a procédé à une délimitation du champ d'application de l'article 8, en recherchant « où est la frontière qui sépare les droits garantis par la Convention d'une part et les droits sociaux garantis par la Charte sociale européenne d'autre part »¹⁴. La frontière existe donc bien, la Cour en recherchant le tracé. D'autre part, il est arrivé à la Cour de relativiser l'importance de la socialisation de la Convention. Ainsi, dans un récent arrêt¹⁵, la Cour n'a pas hésité à inverser le raisonnement tenu jusqu'alors et à considérer que « même si nombre des droits qu'elle énonce ont des prolongements d'ordre économique ou social, la Convention vise essentiellement à protéger des droits civils et politiques ». L'arrêt a pu sembler sonner le glas de la jurisprudence *Airey*. D'autant que l'affaire, relative à l'expulsion d'une étrangère malade, a été l'occasion de rappeler qu'une éventuelle protection des aspects socio-économiques des droits

¹¹ CEDH, déc., 4 mai 1999, *Marzari c. Italie*.; déc., 13 janv. 2000, *Maggiolini c. Italie* ; v. aussi la récente décision *Farcaș c. Roumanie*, 14 septembre 2010, 32596/04.

¹² R.-U., Haute Cour, *R (Bernard) v. Enfield London Borough Council*, [2002] EWHC 2282.

¹³ France, Cons. État, Sect. 7 avril 2010, *Jabnoun et Bialy*, note Benjamin DEMAGNY et Serge SLAMA, JCP A, 2010, p. 2238.

¹⁴ CEDH, 14 mai 2002, *Zehnalova et Zehnal c. Rép. tchèque*, nous soulignons.

¹⁵ CEDH, GC, 27 mai 2008, *N. c. RU*.

conventionnellement garantis ne pouvait valoir que dans des hypothèses extrêmes.

La stratégie d'enrichissement, si limitée soit-elle dans la jurisprudence conventionnelle, est plus discrète dans les jurisprudences constitutionnelles. Deux raisons peuvent être avancées : d'une part, peu de textes constitutionnels sont totalement muets à l'égard des questions sociales ; d'autre part, elle témoigne d'une liberté du juge dans l'interprétation du texte qu'il a pour mission d'appliquer. Or, l'audace argumentative joue plus souvent dans un sens « conservateur » que progressiste¹⁶. La jurisprudence fédérale américaine est emblématique de ce refus de principe d'effectuer une interprétation favorable aux droits sociaux : le rejet ferme de toute obligation positive illustré dans la célèbre affaire *Deshaney* a été martelé par la Cour suprême, selon qui la constitution « ne confère aucun droit positif à une aide gouvernementale, même quand une telle aide est nécessaire à la protection de la vie »¹⁷. Lorsque des juges constitutionnels se risquent à une telle stratégie argumentative, c'est généralement de façon très hésitante, l'absence de support textuel constituant une bride à un éventuel activisme judiciaire. Les exemples canadien et israéliens attestent de cette difficulté commune.

Le *Canada* tout d'abord : la situation constitutionnelle canadienne a évolué avec l'adoption en 1982 de la Charte canadienne des droits et libertés. Ce texte ne proclame que des droits dits « civils », hormis le droit à l'instruction. La question s'est posée en doctrine de savoir si ses articles 7 (« Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité ») et 15 (Égalité devant la loi) peuvent être lus de façon à garantir des droits de nature sociale, et permettre ainsi la reconnaissance indirecte du droit à la santé et à un niveau de vie suffisant¹⁸. La jurisprudence de la Cour suprême est nuancée : dans une première affaire, où était contesté un règlement prescrivant une diminution des prestations sociales versées aux personnes de moins de 30 ans, la Cour a considéré que la « sécurité économique » n'est pas protégée par l'article 7¹⁹. Dans une affaire ultérieure, où étaient en cause les dysfonctionnements du régime public de soins de santé québécois, l'interdiction législative de souscrire à des assurances-santé privées a toutefois été jugée contraire à la sécurité²⁰. D'interprétation malaisée, l'arrêt a été précisé ultérieurement²¹, les juges majoritaires ayant alors affirmé rétrospectivement

¹⁶ V. en ce sens l'analyse stimulante de Ran HIRSCHL, *Towards Juristocracy : the origins and consequences of new constitutionalism*, Harvard univ. press, 2004.

¹⁷ USA, Cour Suprême, *Deshaney v. Winnebago County dept. of Social Services*, 489 US 189, 195, 196 [1989]. Pour une analyse de la jurisprudence de la Cour suprême en matière de droits sociaux, v. Cass SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*, New York, Basic Books, 2004.

¹⁸ David ROBITAILLE, « Non-universalité, illégitimité et surcomplexité des droits économiques et sociaux ? Des préoccupations légitimes mais hypertrophiées : regard sur la jurisprudence canadienne et sud-africaine », (2008) 53 R.D. McGill.

¹⁹ Canada, C.S., 19 décembre 2002, *Gosselin c. Québec* 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429.

²⁰ Canada, C.S., 9 juin 2005, *Chaoulli v. Québec*, [2005], 1 SCR 791.

²¹ Canada, C.S., 8 juin 2007, *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Association v. Colombie-Britannique* CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, 283 D.L.R. (4e) 40, § 144.

que l'arrêt *Chaoulli* imposait à l'État « l'obligation constitutionnelle de fournir des soins de santé publics de qualité raisonnable dans un délai raisonnable, du moins dans certaines circonstances ».

Israël ensuite : les deux lois fondamentales relatives à des droits individuels adoptées en 1992 visent exclusivement des libertés civiles, comme le droit à la vie, le droit à l'intégrité physique, le droit à la dignité et à la liberté²². Dans un contexte d'activisme judiciaire qui a permis une interprétation extensive des droits garantis, la Cour suprême a déduit du droit à la dignité des implications sociales, qu'elle a opposé à l'État, consacrant le droit à des conditions minimales d'existence²³ et la liberté du travail²⁴, tout en relevant le refus des constituants de constitutionnaliser des droits sociaux.

2) Stratégie de « renforcement normatif »

A la stratégie d'enrichissement de textes incomplets s'ajoute une stratégie de renforcement normatif, qui peut être illustrée par deux contre-exemples bien connus, la jurisprudence irlandaise et celle indienne. L'écart entre les postures judiciaires se remarque d'autant plus qu'elles se présentent dans un contexte normatif très ressemblant : les constitutions irlandaise et indienne distinguent toutes deux en leur sein entre des droits fondamentaux, présentés comme justiciables et relevant de la catégorie des droits civils, et des principes sociaux, pour lesquels la compétence du juge est exclue par le texte constitutionnel²⁵. Or, en dépit de leur ressemblance littérale, les textes constitutionnels irlandais et indiens ont fait l'objet d'une interprétation jurisprudentielle diamétralement opposée.

L'Irlande tout d'abord : la jurisprudence de la Cour suprême irlandaise est révélatrice d'un souci de fidélité extrême au texte constitutionnel, une interprétation textuelle l'emportant sur toute autre considération. La Cour considère que « à l'exception de (...) l'éducation des enfants, aucune disposition constitutionnelle susceptible d'être invoquée en justice n'impose une obligation expresse de l'État de fournir une prise en charge, un traitement médical, une aide sociale ou quelconque autre prestation socio-économique aux citoyens,

²² Yoram RABIN, Yuval SHANY, « The Case for Judicial Review over Social Rights : Israeli perspectives », *Israël Affairs*, 2008,14/4, pp. 681-703.

²³ Israël, HCJ, 12 December 2005, *Commitment to Peace and Social Justice Society and others*, 366/03, § 15, pp. 124 ; HCJ, *Itri v. State of Israël*, 161/94, § 14.

²⁴ Israël, HCJ, 30 mars 2006, *Kav LaOved Hotline for workers v Government of Israël*, 4542/02.

²⁵ La constitution irlandaise de 1937 distingue en son sein les droits fondamentaux (art. 40 et s) et les « principes directeurs de politique sociale » (Directive principles of social policy) établis par l'article 45 comme étant « destinés à l'orientation générale du Parlement. L'application de ces principes dans l'élaboration des lois appartient exclusivement au Parlement et ne peut être connue d'aucun tribunal selon aucune disposition de la présente Constitution ». La constitution indienne de 1950, sur le même modèle, distingue les Droits fondamentaux (partie 3) et les « Principes directeurs de la politique de l'État » (Directive principles of state policy) qui mettent un certain nombre d'obligations sociales à la charge de l'État tout en excluant un contrôle judiciaire de leur mise en œuvre (art. 37 : « ces dispositions ne peuvent pas être appliquées par les tribunaux, bien qu'elles soient fondamentales pour la gouvernance du pays et qu'il soit du devoir de l'État de les mettre en œuvre par la loi »).

quelle que soit leur situation de besoin »²⁶. Dans une affaire de principe jugée en 2005²⁷, la Cour était saisie d'une loi instaurant une sorte de franchise restant à la charge des personnes hospitalisées. La constitutionnalité de ce dispositif était discutée, notamment sur le point de savoir si les dispositions constitutionnelles liant droit à la vie et au respect de l'intégrité physique pouvaient être entendues comme impliquant un droit à une prise en charge matérielle au profit des personnes dans une situation de besoin. La Cour n'exclut pas totalement la reconnaissance d'un tel droit, mais souligne la grande latitude dont bénéficie le pouvoir politique (*Oireachtas*) et conclut au rejet.

L'Inde est connue pour avoir suivi une évolution jurisprudentielle diamétralement opposée. En 1981, l'affaire *Francis Coralie*, relative aux conditions de détention, a permis à la Cour suprême de poser les premiers jalons d'une interprétation sociale des droits civils, et spécialement du droit à la vie²⁸. L'interprétation large des droits fondamentaux ainsi ouverte, jointe à l'amélioration des conditions d'accès aux prétoires grâce à des procédures simplifiées (*Public interest litigation*²⁹) ont offert à la Cour suprême les conditions d'un développement jurisprudentiel spectaculaire³⁰ : droit à une rémunération équitable³¹, droit à la protection des conditions de travail³², droit à la santé³³, droit au logement³⁴, droit de jouir de moyens de subsistance³⁵, droit à l'alimentation³⁶, droit à l'éducation³⁷ ont été reconnus par le truchement du droit à la vie. La jurisprudence de la Cour suprême offre ainsi un panorama complet de consécration et de mise en œuvre de droits sociaux, même si son activisme a pu susciter certaines critiques³⁸. Son œuvre interprétative a servi de modèle

²⁶ Irlande, C.S., 17 déc. 2001, T.D. v. The Minister for Education & ors, [2001] IESC 101.

²⁷ Irlande, C.S., 16 février 2005, In the Matter of Article 26 of The Constitution & In the Matter of the Health (Amendment) (No. 2) Bill 2004; [2005] IESC 7.

²⁸ Inde, C.S., 13 janvier 1981, Francis Coralie Mullin v. the Administrator, Union Territory of Delhi, (1981) 2 SCR 516, p. 529; pour une analyse de l'évolution de la jurisprudence indienne, S. MURALIDHAR, « The Expectation and Challenges of Judicial Enforcement of Social Rights », in M. LANGFORD (dir.), *Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2008, p. 102 et s.

²⁹ Upendra BAXI, « Taking Suffering Seriously : Social Action Litigation in the Supreme Court of India », in *Supreme Court on Public Interest Litigation*, éd. Jagga Kapur, vol. I (1998), p. A-91 Parmanand SINGH, « Access to Justice : public interest Litigation and the Indian suprême court », 10-11 *Delhi law rev.*, 156 (1981-1982).

³⁰ S. MURALIDHAR, « Justiciable Enforcement of Economic and Social Rights: The Indian Scenario », in F. COOMANS (dir.), *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systemes*, Antwerp-Oxford : Intersentia, 2006, p. 240.

³¹ Inde, C.S., *Daily Rated Casual Labour Employed under P & T Department v. Union of India* (1988) 1 SCC 122, § 7 & 9.

³² Inde, C.S., *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India*, (1984) 3 SCC 161, § 10, p. 183.

³³ Inde, C.S., *Paschim Banga Khet Majoor Samity v. State of West Bengal* (1996) 4 SCC 37.

³⁴ Inde, C.S., *Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulab Khan* (1997) 11 SCC 123.

³⁵ Inde, C.S., *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation*, (1985) 3 SCC 545.

³⁶ Inde, C.S., *People's Union for Civil Liberties v. Union of India and others*, requête [civil] n° 196 de 2001. Non jugée au fond mais ayant donné lieu à de nombreux arrêts provisoires. V. *infra*.

³⁷ Initialement affirmé par la jurisprudence de la cour suprême [aff. *Unnikrishnan J.P. v. State of Andhra Pradesh* (1993) 1 SCC 645, § 183 en lien avec le droit à la vie, « au regard de son importance fondamentale »], le droit à l'éducation est expressément consacré, depuis une révision constitutionnelle de 2002, comme un droit fondamental.

³⁸ Pour un exposé, v. S. MURALIDHAR, « Justiciable Enforcement of Economic and Social Rights: The Indian Scenario », précit., pp. 264-265.

dominant en Asie du Sud Est³⁹ et le niveau auquel la Cour suprême a hissé le droit indien est équivalent à celui brésilien ou sud-africain, où les choix politiques initiaux ont été différents, les textes constitutionnels énonçant expressément l'importance attachée à la protection des droits sociaux⁴⁰.

La confrontation des jurisprudences indienne et irlandaise est instructive, en ce qu'elle montre à l'envie la part de construction du droit laissée au juge. En présence d'un énoncé normatif quasiment identique, des juges aboutissent à des solutions jurisprudentielles diamétralement opposées, tout en revendiquant largement le caractère « contraint » de leur raisonnement. L'interprétation littérale irlandaise, comme l'interprétation évolutive indienne, se prévalent toutes deux d'une légitimité incontestable. Ce qui suppose de s'intéresser aux justifications avancées par les juges au soutien de leur argumentation.

B. Des stratégies judiciaires diversement justifiées

Les jurisprudences récusant une interprétation favorable aux droits sociaux sont assez laconiques. Les juges se réfèrent au texte écrit et relèvent que la volonté constituante ou des États signataires a conduit à certains choix rédactionnels, que les juges ne peuvent infirmer. D'où le renvoi à l'appréciation politique d'une mise en œuvre de droits sociaux, qui ne peut être discutée dans les prétoires⁴¹. En revanche, pour ce qui concerne les jurisprudences mobilisant les droits sociaux, l'œuvre constructive est justifiée par des arguments différents, mobilisant différents registres.

1) Le registre juridique

Un premier type de justification, de nature *juridique*, est généralement avancé. Les cours invoquent alors la logique des droits de l'Homme, soulignant leur indivisibilité. La légitimité de leur démarche interprétative est alors rattachée à une certaine conception de l'office du juge qui consiste notamment à produire toujours une interprétation en contexte du texte dont il est le gardien,

³⁹ Iain BYRNE, Sara HOSSAIN, « Economic and Social rights Case Law of Bangladesh, Nepal, Pakistan and Sri Lanka », in M. Langford (dir.), précit., p. 125 et s.

⁴⁰ Flavia PIOVESAN, « Brazil: Impact and Challenges of Social Rights in the Courts », in M. LANGFORD (dir.), précit., p. 185.

⁴¹ Selon la Cour suprême irlandaise, [2005] IESC 7, précit : « No doubt it could be said that the State could or should have been more generous, or less so with regard to persons of significant means, but that is the kind of debate which lies classically within the policy arena and is not a question of law. All the Court is concerned with is whether the charges are such that they would so restrict access to the services in question by persons of limited means as to constitute an infringement or denial of the rights asserted by counsel » ; l'argument de la nature politique d'une telle question est également très présente dans la jurisprudence américaine. V. notamment US, SC, Dandridge v. Williams, 397 US 471 487 (1970) : « the intractable economic, social and even philosophical problems presented by public welfare assistance programs are not the business of this Court » ; Lindsay v. Normet, 405 US 56, 74 (1972): « we do not denigrate the importance of decent, safe and sanitary housing. But the Constitution does not provide judicial remedies for every social and economic ill (...) Absent constitutional mandate, the assurance of adequate housing and the definition of landlord-tenant relationships are legislative, not judicial functions ».

à en accompagner l'évolution et l'adéquation permanentes aux réalités concrètes qu'il a vocation à régir. L'exemple archétypal est offert par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Airey*, selon qui « la Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui et à l'intérieur de son champ d'application elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu. Or si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. (...) la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention »⁴². Le souci de garantir l'effectivité des droits a servi d'argument pour élargir le contrôle de la Cour aux conditions matérielles d'exercice des droits sociaux. Cette conception d'un certain office du juge se retrouve, sous une forme comparable dans les jurisprudences de certaines Cours constitutionnelles. Ainsi, en Inde, c'est sur son fondement que la Cour suprême, dans les années 1970, a abandonné l'interprétation conservatrice de la Constitution et a souligné la complémentarité existant entre les droits fondamentaux et les DPSP : l'arrêt *Kesavananda Bharati c. État de Kerala* a justifié cette évolution par l'importance du contrôle judiciaire pour la protection de la structure fondamentale du droit indien⁴³. De même, la Cour suprême israélienne souligne fortement les prolongements sociaux et économiques du droit à la dignité garanti dans la loi fondamentale⁴⁴.

Cette interprétation « effective » des textes est souvent doublée d'une interprétation « dynamique » qui permet aux juges d'actualiser les textes. Ainsi, pour justifier son recours à d'autres instruments conventionnels comme éléments d'interprétation des dispositions de la Convention, et spécialement la Charte sociale européenne, la Cour européenne a tenu à rappeler « qu'elle s'est toujours référée au caractère « vivant » de la Convention à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et qu'elle a tenu compte de l'évolution des normes de droit national et international dans son interprétation des dispositions de la Convention »⁴⁵. Ce souci d'adaptation se retrouve dans la jurisprudence canadienne, qui n'exclut pas de se référer à la théorie de l'arbre vivant pour dégager, le cas échéant, des droits sociaux déduits de la charte canadienne⁴⁶.

2) Le registre humaniste

A cette justification juridique peut être ajouté un argument de type *humaniste* : le juge souligne la nécessité de l'interprétation extensive par la nature humaine et la protection du besoin. Cet argument personnaliste est

⁴² CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, § 26.

⁴³ Inde, C.S., *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (1973) 4 SCC 225 § 982-983.

⁴⁴ Outre les arrêts précités, v. Israël, H CJ 3512/04n *Shezifi v. National Labour Court* [20], J. Arbel ; LCA 4905/98 *Gamzu v. Yeshayahu* [16], pp. 375-376, J. Barak.

⁴⁵ CEDH, GC, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, § 68.

⁴⁶ Canada, C.S., 19 décembre 2002, *Gosselin c. Québec*, précit., § 82.

particulièrement employé par la Cour suprême indienne, qui retient, dans l'affaire *Pashim Banga*, que « les besoins de l'être humain sont traditionnellement portés au nombre de trois : alimentation, nourriture et abri. Le droit à la vie est garanti dans toute société civilisée. Il inclut le droit à l'alimentation, le droit à un environnement sain et à un logement adapté. La différence entre le besoin d'un abri pour l'animal et pour l'être humain doit être soulignée. Pour l'animal, il s'agit de la seule protection du corps tandis que pour un être humain, il s'agit d'un foyer qui lui permette de se développer dans tous ses aspects, physique, mental et intellectuel »⁴⁷. Ailleurs, mais avec une identité de vision, l'accent est mis sur la spécificité de la personne humaine, dans une double dimension charnelle (l'être de sang qui a des besoins de protection physique⁴⁸) et sociale (l'être social qui a besoin de sécurité pour se développer⁴⁹). Le lien est ainsi clairement établi entre sauvegarde de la dignité humaine et impératif de protection contre les conséquences dégradantes et avilissantes de la misère⁵⁰.

3) Le registre politique

Enfin, un dernier argument, plus *politique*, peut être formulé. Dans certaines décisions, les juges s'attachent à ce qu'ils considèrent être les nécessités sociales. Une justification de type holistique est ainsi avancée pour légitimer un élargissement des droits garantis, qu'elle repose sur une évolution des valeurs prédominantes dans la société ou au contraire sur un consensus social ancien. Différents exemples peuvent illustrer cette démarche. La Cour européenne a pu employer un tel argument en insistant sur le lien entre *modernité politique* et protection sociale⁵¹ et en tirer certaines conséquences sur l'interprétation à donner de la Convention européenne⁵². La Cour suprême indienne s'est référée à la « révolution sociale pacifique » que promeut la Constitution indienne et à son objectif de changement de la structure de la société indienne, par la promotion de buts sociaux⁵³, la Cour suprême israélienne a fait état des valeurs qui guident la société israélienne⁵⁴. Plus significative encore, la démarche retenue par le Tribunal fédéral suisse⁵⁵ pour dégager un droit constitutionnel non écrit à la garantie d'existence (« *Existenzsicherung* »). Le juge considère en effet que la garantie des moyens d'existence est un élément indispensable à une communauté démocratique de droit. Il souligne le consensus historique et doctrinal en la matière et en déduit dès lors que la garantie d'existence doit être reconnue non seulement comme

⁴⁷ Inde, C.S., *Pashim Banga*, précit., 1996 ; C.S., 31 janvier 1990: *Shantistar Builders v. Narayan Khimalal Tatome and Others*.

⁴⁸ Israël, HCJ 366/03, *Commitment to Peace*, précit., § 16, § 126-127.

⁴⁹ *Idem*, § 15, pp. 124.

⁵⁰ Diane ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, LGDJ, 2002, pp. 302-306.

⁵¹ CEDH, GC, 6 juillet 2005, *Stec et al. c. RU*, § 51.

⁵² V. par ex. CEDH, GC, 12 nov. 2008, *Demir et Baykara*, § 84.

⁵³ Inde, C.S., *Kesavananda Bharati v. State of Kerala (1973)* 4 SCC 225, § 755.

⁵⁴ Israël, HCJ, 366/03, *Commitment to Peace*, précit., § 22.

⁵⁵ Suisse, Trib. Féd., 27 octobre 1995, P.V. ; P.V. et M.V. c. *Ostermundigen et Berne* ; Suisse, Trib. Féd., ATF 121, I, p. 367 et s. [371-373], 27 octobre 1995.

droit constitutionnel non écrit mais de surcroît comme droit justiciable, au sens où il est possible pour un juge de le concrétiser. La postérité de cet arrêt en souligne, si besoin était, le caractère hautement politique : en effet, il a été le prétexte de l'insertion, lors de la révision constitutionnelle de 1999, d'une disposition concernant expressément le droit des personnes en situation de détresse à une aide (art. 12).

Spectaculaire, la justification « sociale » est peu fréquemment utilisée. Peut être - mais il s'agit là d'une hypothèse - en raison de sa dimension à proprement parler politique, dans la mesure où il repose expressément sur un *choix* de société. Or, l'idée même de choix est niée dans les arguments de type juridique ou humaniste, qui sont présentés comme des postulats irréfutables commandant la solution juridictionnelle. En d'autres termes, la force de persuasion de la décision de justice apparaît peut-être plus évidente lorsque elle est présentée comme reposant sur une évidence transcendante, uchronique, celle de la nature humaine (argument « humaniste ») ou sur la nouvelle doxa juridique (indivisibilité des droits et contrôle judiciaire, argument juridique) que lorsqu'elle se présente comme le fruit d'une analyse politique des besoins sociaux. Fonder l'ouverture d'un contrôle judiciaire aux droits sociaux peut ainsi sembler plus légitime lorsque cette ouverture repose sur une nature objective et universelle de l'homme ou sur l'effectivité des textes en cause. Un certain nombre de juges ont donc expressément *choisi* de faire évoluer le texte dont ils ont en charge le respect de façon à inclure une certaine protection des droits sociaux. Conclusion qui suppose, dès lors, d'analyser les modalités de ce contrôle c'est à dire ses finalités et ses effets.

II. L'effectivité des stratégies judiciaires d'inter-changeabilité des droits

Le recours aux droits civils pour la mise en œuvre de droits sociaux peut avoir plusieurs finalités. Tout d'abord, le juge peut dans certains cas constater que le texte qu'il interprète est méconnu du fait de l'abstention des pouvoirs publics. Dans cette hypothèse, le juge sanctionne la carence des pouvoirs publics, considérée comme constitutive d'une violation des droits fondamentaux (A). A un second degré, lors de la mise en œuvre des droits sociaux par le pouvoir exécutif ou législatif, le juge contrôle alors les modalités de la mise en œuvre des politiques sociales (B).

A. Contraindre à la mise en œuvre de politiques sociales

Alors même que le texte qu'il applique ne reconnaît pas de droits sociaux, le juge peut être amené à considérer que les conséquences de la misère sont susceptibles de placer l'individu dans une situation telle que l'ensemble de ces droits constitutionnellement garantis seront méconnus. Au premier chef le droit à la vie et à la dignité de la personne. Mais généralement, une condition de seuil

est posée par le juge (1). En conséquence, une obligation d'agir peut être imposée aux pouvoirs publics (2).

1) Conditions : une menace directe pour la vie et la dignité de la personne

Les illustrations les plus symboliques sont généralement en lien avec le droit à la vie et à la protection de la dignité.

Il s'agit, dans cette hypothèse, de protéger *la vie* biologique de la personne. Un certain nombre de conséquences économiques et sociales ont été déduites de la proclamation du droit à la vie. Certes, ce lien n'est pas toujours admis. Outre la jurisprudence de la Cour européenne⁵⁶, des juridictions nationales peuvent sembler hésitantes à faire produire une telle conséquence à la stipulation conventionnelle⁵⁷. Mais d'autres juridictions ont pu procéder à une interprétation constructive. L'exemple indien sur la revendication en justice du droit à l'alimentation l'illustre : le débat judiciaire sur le droit à l'alimentation en Inde a été porté par une campagne d'ONG grâce à une procédure de PIL, débutée en 2001 et à ce jour non encore définitivement jugée⁵⁸. La pétition judiciaire visait à mettre en exergue le décalage entre la proclamation constitutionnelle d'un droit à la vie qui suppose implicitement mais nécessairement une alimentation suffisante pour mettre l'individu à l'abri de la malnutrition, et le dénuement d'une grande partie de la population indienne. Au fil des années, les revendications se sont élargies à différentes perspectives sociales et mettent l'accent sur la transparence administrative et la responsabilité des pouvoirs publics. Bien que non jugée au fond, la pétition judiciaire a donné lieu au prononcé de jugements « avant dire droit » (*interim order*) qui préjugent du lien établi par la Cour suprême entre droit à la vie et droit dérivé à l'alimentation. Ainsi, par exemple, la Cour a ordonné au gouvernement fédéral indien ainsi qu'aux autorités publiques d'introduire des repas cuisinés pour le déjeuner des écoliers scolarisés en école primaire, de garantir un approvisionnement en céréales à des prix aidés à des populations démunies ou encore de doubler les allocations attribuées aux programmes de travail ruraux⁵⁹.

D'autres illustrations peuvent être trouvées à travers les implications sociales du *droit à la dignité*. Des solutions identiques ont été retenues en Suisse ou au Royaume-Uni pour les demandeurs d'asile, quoique sur des fondements différents. En Suisse, saisi d'une affaire relative à des demandeurs d'asile sans ressources, le Tribunal fédéral de Lausanne a consacré un droit non écrit à une

⁵⁶ V. *supra*.

⁵⁷ R.U., WLR, R. v. Cambridge Health Authority, ex parte B [1995] 1 WLR 898.

⁵⁸ Inde, C.S., PUCL v. Union of India and others (Writ Petition [Civil] No. 196 of 2001).

⁵⁹ Les ordonnances prévisionnelles, qui déploient le large éventail de mesures de contrôle que les juridictions indiennes mettent en œuvre sont compilées sur le site de la campagne d'activistes indiens <http://www.righttofoodindia.org/case/case.html>.

garantie d'existence, sur la base d'une coutume constitutionnelle⁶⁰, lequel a ensuite été inséré dans la Constitution fédérale de 1999 (art. 12). Au Royaume-Uni, c'est par appel à la Convention européenne qu'un tel principe a été dégagé. Dans une affaire *Anufrijeva*, l'article 3 de la CEDH a été interprété comme imposant une obligation positive à la charge de l'État de procurer à un demandeur d'asile des secours⁶¹. Ultérieurement, dans un arrêt *Limbuela*⁶², le comité d'appel de la Chambre des lords a considéré que la privation de tels secours constituait une violation de l'article 3. L'argumentation retenue est particulièrement intéressante : si la Cour rejette l'argument selon lequel ce serait une question politique, elle retient un critère de gravité : le traitement n'est inhumain ou dégradant que si, par une mesure gravement préjudiciable, il méconnaît les besoins les plus fondamentaux de l'être humain. L'appréciation est appelée à varier selon la situation personnelle (âge, sexe, état physique ou mental) et le contexte : ainsi, le fait de laisser à la rue de façon prolongée un demandeur d'asile est constitutif d'un traitement dégradant sous l'angle de l'article 3⁶³. Quant au droit français, c'est sur le fondement d'une procédure de référé liberté et par appel à une directive européenne⁶⁴ qu'une solution identique a été retenue⁶⁵, aboutissant à la consécration d'un droit de tous les demandeurs d'asile à des conditions matérielles d'accueil.

2) Conséquence : une obligation d'agir *a minima*

Le juge peut ainsi utiliser les droits civils pour contraindre les pouvoirs publics à agir en matière économique et sociale. Néanmoins, il semble que l'obligation d'agir mise à la charge des pouvoirs publics soit restreinte à un noyau dur (urgence vitale, situation d'extrême gravité) qui peut être sérieusement limité par l'invocation d'autres intérêts.

La jurisprudence *indienne* est particulièrement intéressante, tant elle est citée en exemple pour son exemplarité. On voudrait s'attarder ici sur un cas célèbre : l'affaire *Olga Tellis*⁶⁶. Il nous semble que deux lectures sont possibles de cet arrêt. Une première lecture va insister sur la richesse argumentative de la Cour, qui, s'appuyant sur une analyse de la réalité sociologique indienne, met en exergue les conséquences de l'exode rural et souligne les conditions de vie dramatiques dans lesquelles sont contraints de vivre les habitants des bidonvilles (*slums*). La Cour, insistant sur l'existence de menus commerces exercés par les habitants des rues dans des baraques de fortune, souligne qu'il faut nécessairement déduire du droit à la vie garanti par la Constitution le droit

⁶⁰ V. *supra*.

⁶¹ UK, *Anufrijeva v Southwark LBC* [2003] EWCA Civ 1406.

⁶² UK, *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Limbuela*, [2005] UKHL 66, [2006] 1 AC 396, arrêt unanime.

⁶³ *Limbuela*, précit., § 7-9 (Lord Bingham), § 60 (Lord Hope).

⁶⁴ Directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à l'accueil des demandeurs d'asile, article 2.

⁶⁵ France, CE, ord. , 20 octobre 2009, Mlle Salah, Epx Mirzoian, AJDA, 2010, p. 202, note S. Slama.

⁶⁶ Inde, C.S., *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation* (1985) 3 SCC 545, p. 579. V. aussi *Sodan Singh v. NDMC*, (1989) 4 SCC 155.

à des moyens d'existence (*right to livelihood*)⁶⁷, ce qui lui confère une protection constitutionnelle. L'empathie que la Cour manifeste à l'égard des parias indiens transparait dans l'ensemble des – longs – développements de l'arrêt. Mais une seconde lecture est possible, s'attachant aux résultats : bien que la Cour suprême indienne ait reconnu un droit à des moyens d'existence, elle a refusé d'admettre que l'expulsion d'habitants de bidonvilles soit constitutive d'une violation du droit à la vie. En effet, d'une part elle a souligné que le droit à des moyens de subsistance pouvait être protégé contre l'État mais non revendiqué à l'encontre de celui-ci⁶⁸ (la Cour a précisé ce point dans une affaire ultérieure en affirmant que les pouvoirs publics n'ont aucune obligation légale de fournir, aux sans-abri des solutions de rechange en vue de leur réhabilitation)⁶⁹. D'autre part, alors que les habitants de baraques de fortune dans lesquelles ils exerçaient de menus commerce faisaient valoir qu'une expulsion aurait pour effet de les priver de moyens de subsistance, la Cour suprême a rejeté leurs arguments au motif qu'« aucun individu n'a le droit d'utiliser des biens publics à des fins privées sans avoir, au préalable, obtenu les autorisations requises, et, par conséquent, il est erroné de prétendre que les sans-abri ont le droit d'occuper les trottoirs en y construisant des abris (...) quelles qu'aient été la contrainte économique ayant motivé ce geste »⁷⁰.

Autre exemple d'invocations d'intérêts concurrents : celui offert par le droit à la santé. L'accès effectif au médicament est une préoccupation dont sont fréquemment saisies les Cours⁷¹. La jurisprudence *allemande* en offre une illustration intéressante. Saisie une première fois de la question du non remboursement par les caisses d'assurance santé de médicaments anticancéreux encore expérimentaux, la Cour constitutionnelle a rejeté la demande au motif que, si le droit à la vie impose aux pouvoirs publics « une obligation juridique objective de protection et de promotion de ce droit », sa mise en œuvre suppose un « important pouvoir discrétionnaire »⁷². Dès lors, les plaintes constitutionnelles relatives à cette obligation ne peuvent avoir pour objet que de « garantir que les autorités publiques prennent des mesures de protection de ce droit fondamental qui ne soient pas totalement inappropriées ou inadéquates ». Faisant application de sa théorie de la « réserve du possible » (*Möglichkeitsvorbehalt*)⁷³, la Cour considère, compte tenu de ces limitations, qu'« il est conforme à la loi fondamentale que l'obligation de paiement, au regard du principe de viabilité économique que les fonds de soins de santé sont obligés d'observer, soit conditionnée à l'approbation officielle d'un médicament ». Toutefois, la Cour a été amenée à faire évoluer sa jurisprudence dans une affaire

⁶⁷ Inde, C.S., Olga Tellis, précit., pp. 79-80.

⁶⁸ Idem, pp. 80-81.

⁶⁹ Inde, C.S., Municipal Corporation of Delhi v. Gurnam Kaur, (1989) 1 SCC 101.

⁷⁰ Id., pp. 87-88.

⁷¹ V. la contribution de Tatiana GRÜNDLER, ci-dessous.

⁷² All., Cour const., 5 mars 1997, 1 BVR 1071/95.

⁷³ All., Cour const., BVerfGE 33, p. 303 et s. [333], Numerus Clausus I. V. Céline FERCOT, « La justiciabilité des droits sociaux en Allemagne et en Suisse : des réticences progressivement surmontées », article à paraître.

dont on a souligné à la fois l'exceptionnalité et l'exemplarité⁷⁴ : saisie par un patient atteint d'une maladie extrêmement grave qui demandait le remboursement des frais médicaux non couverts, la Cour a rappelé les limites traditionnelles de son contrôle. Puis, soulignant l'importance du principe constitutionnel d'État social et des droits fondamentaux à la vie et à la liberté, la Cour constitutionnelle a considéré que violait ces principes le refus opposé à un assuré social de rembourser ses soins médicaux choisis par lui-même pour traiter sa maladie considérée comme extrêmement grave voire mortelle, pour laquelle aucun moyen de traitement conventionnel n'était alors disponible.

Le contrepoint indien est là encore pertinent : la Cour suprême a souligné l'impératif accès aux soins d'urgence qui constitue le noyau dur du droit à la protection de la santé⁷⁵. Dans une affaire devenue célèbre, relative à un accident subi par un travailleur agricole, la Cour a affirmé que l'État ne peut éluder l'obligation constitutionnelle mise à sa charge de protéger la vie humaine⁷⁶ au motif que « tout ce qui est indispensable doit être accompli ». Pour ce faire, elle détaille les mesures qui doivent être adoptées. L'argument des contraintes des finances publiques a été ultérieurement développé par la Cour, à propos d'une disposition visant à limiter les modalités de remboursements des frais médicaux engagés par les fonctionnaires d'un État. L'État du Punjab, qui se prévalait de contraintes budgétaires, défendait la mesure en soulignant la nécessité de concilier le droit à la vie et à l'accès aux soins avec la protection d'autres intérêts publics. La Cour, après avoir rappelé le principe de séparation des pouvoirs et la nécessité de respecter les choix politiques émis, rappelle que son rôle se borne à vérifier l'absence d'arbitraire et le respect des droits constitutionnels et admet la validité de la réserve du possible⁷⁷.

La confrontation des exemples indien et allemand souligne à l'envie, en dépit de la différence importante existant dans tout à la fois les traditions juridiques, le développement économique et le système politique de ces deux pays, une intuition commune : l'appel au droits civils (en l'occurrence le droit à la vie) permet d'exiger une action administrative d'urgence lorsqu'un droit fondamental est méconnu. Ce résultat ne prive toutefois pas les autorités publiques d'une importante marge d'appréciation. Une conclusion identique peut être formulée lorsque le juge intervient pour contrôler la mise en œuvre de politiques sociales.

B. Contrôler la mise en œuvre de politiques sociales

Quels contrôles un juge peut-il exercer pour vérifier la conformité des politiques sociales aux droits civils proclamés par le texte qu'il est chargé

⁷⁴ All., Cour const., BVerfG, 6 déc. 2005, 1 BvR 347.

⁷⁵ Jennifer SELLIN, « Justiciability of the right to health: access to the medicines, the South African and Indian experiences », *Erasmus Law Rev.*, vol. 2-4, 2009, p. 462.

⁷⁶ Inde, C.S., *Paschim Banga Khet Majoor Samity v. State of West Bengal*, (1996) 4 SCC 37, § 16.

⁷⁷ Inde, C.S., *State of Punjab v. Ram Lubhaya Bagga* (1998), 4 SCC 117-130.

d'appliquer, alors même que ledit texte ne lui reconnaît pas compétence pour protéger des droits de nature sociale ? De prime abord, aucun, serait-on tenté de répondre, au regard d'un principe de compétence *ratione materiae*. En réalité, la lecture de solutions judiciaires étrangères révèle une pluralité de contrôle. Plus précisément, trois stratégies de contrôle judiciaire semblent pouvoir se distinguer : un contrôle de type procédural sur le respect du principe de non discrimination ; un contrôle substantiel portant sur le respect effectif des droits garantis, lequel peut être plus ou moins approfondi, un contrôle « rationnel » portant sur les critères d'appréciation et de choix des pouvoirs publics.

1) Un contrôle de type procédural : le contrôle de la juste distribution et du respect du principe de non discrimination

Ce type de contrôle peut être illustré par la jurisprudence de la Cour européenne : depuis une dizaine d'années, la jurisprudence européenne considère expressément que le droit à l'attribution des prestations sociales est un droit patrimonial au sens des stipulations de l'article 1^{er} du Protocole n°1 et qu'il doit, à ce titre, bénéficier de la protection conventionnelle. Le principe vaut pour les prestations contributives⁷⁸ comme non contributives⁷⁹. Cette protection est toutefois doublement limitée : d'une part, elle ne permet pas d'obtenir la condamnation d'une carence des pouvoirs publics à mettre en œuvre un régime de prestation sociale ; en effet, la Cour considère que l'article 1 du Protocole n° 1 n'impose pas aux États contractants d'instituer un régime de sécurité sociale ou de pensions. Cependant, dès lors que l'un d'eux met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale – contributive ou pas –, cette législation doit être considérée comme engendrant un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1 pour les personnes remplissant ses conditions⁸⁰. D'autre part, il ne s'agit pas d'un droit substantiel et, par exemple, la Cour ne va pas jusqu'à considérer qu'il existe un droit à l'indexation de ces pensions. En d'autres termes, la protection du droit de propriété ne conduit pas à exiger des États qu'ils en préservent la valeur, par un mécanisme approprié de revalorisation⁸¹. Exclu d'une protection substantielle, le droit de propriété bénéficie en revanche d'une protection formelle : en effet, les prestations sociales étant assimilées à des biens, leur jouissance doit être encadrée, selon la clause « anti-discrimination » de l'article 14 de la Convention, par un régime juridique « sans distinction aucune fondée sur notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». La rédaction de l'article 14 constitue très nettement une liste

⁷⁸ CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, § 41.

⁷⁹ CEDH, 30 sept. 2003, *Koua Poirrez c. F*, n° 40892/98, § 37.

⁸⁰ CEDH, 12 avril 2006, *Stec et autres c. RU*, § 54, CEDH, 12 octobre 2004, *Kjartan Ásmundsson c. Islande*, § 63-64.

⁸¹ CEDH, GC, 16 mars 2010, *Carson c. RU*.

ouverte⁸², et la Cour a admis, par exemple, que « le lieu de résidence » pouvait être un motif supplémentaire de discrimination interdite par la Convention⁸³.

2) Un contrôle substantiel : le respect effectif des droits garantis

Dans ce type d'hypothèse, le juge vérifie si la législation adoptée est conforme aux droits sociaux. Cette justiciabilité objective des droits est particulièrement développée par la Cour suprême indienne qui affirme ainsi : « compte tenu du fait que les Principes directeurs de la politique de l'État (...) ne sont pas exécutoires devant un tribunal, il ne sera certainement pas possible de faire prendre une décision judiciaire pour contraindre l'État de garantir (...) le respect de ces éléments essentiels qui participent de la dignité humaine. Cependant, lorsqu'une législation a déjà été promulguée par l'État responsable de la satisfaction de ces besoins des travailleurs et qui, ce faisant, prend en charge leur droit de vivre dans des conditions de dignité humaine fondamentale, en termes de réalité concrète et de contenu, l'État peut certainement être astreint à veiller au respect de cette législation. En effet, tout manquement de l'État à agir pour garantir la mise en œuvre des textes de loi pertinents serait constitutif d'un déni du droit de vivre dans la dignité humaine, prévu par l'article 21, en particulier au regard de l'article 256, lequel dispose que le pouvoir exécutif de chaque État s'exerce de telle sorte qu'il puisse garantir le respect des lois votées par le parlement et de toute législation existante qui serait opposable à l'État concerné »⁸⁴.

Toutefois, malgré la solennité de la proclamation de l'importance des droits sociaux, le contrôle judiciaire peut demeurer assez restreint, la marge d'appréciation du pouvoir politique restant importante. La jurisprudence israélienne en atteste : l'interprétation extensive de la loi fondamentale sur la dignité n'a ouvert qu'un contrôle restreint de la Cour des dispositions législatives modifiant les règles relatives à l'instauration d'un revenu minimum garanti. La Cour considère que les obligations étatiques sont respectées par la mise en place d'un filet social ("protective net") qui ne peut être résumé à telle ou telle allocation. Une telle interprétation permet de ce fait à l'État de réduire de façon importante les prestations sociales, d'autant plus que la charge de la preuve incombe aux victimes, qui doivent prouver que les mesures ont eu des conséquences dramatiques sur leur existence⁸⁵, preuve difficile à apporter...

⁸² Frédéric SUDRE (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

⁸³ CEDH, Gr. Ch., *Carson c. RU*, précit.

⁸⁴ *Inde, C.S., Bandhua Mukti Morcha v. Union of India*, (1984) 3 SCC 161, § 10, p. 183.

⁸⁵ Israël, C.S., *Commitment to Peace and Social Justice Society*, § 20, précit.

3) Un contrôle « rationnel » : l'encadrement des critères d'appréciation et de choix des pouvoirs publics

Dernier type de contrôle pouvant être distingué : celui de type rationnel exercé par certaines juridictions, cherchant à contrôler et éventuellement censurer le caractère « non raisonnable »⁸⁶ de certaines politiques sociales. Si l'exemple sud-africain est bien connu⁸⁷, celui allemand vient de bénéficier d'une certaine médiatisation. La Cour constitutionnelle procède à une lecture combinée des articles 1^{er} al. 1 (intangibilité de la dignité humaine) et 2 al.2 (droit à la vie et à l'intégrité physique) en lien avec le principe de l'État social (art. 20). Sur ce fondement, une jurisprudence classique a dégagé une obligation pour les pouvoirs publics de consacrer au bénéfice des individus un droit à des conditions minimales d'existence⁸⁸, utilisé par la Cour constitutionnelle allemande dans sa récente décision *Hartz IV*⁸⁹ : la Cour considère que la réforme législative des prestations sociales méconnaît ces principes, les modes de calcul ne respectant ni la dignité de la personne humaine ni le principe de l'État social. Toutefois, sans se prononcer sur le montant des allocations concernées, elle cherche surtout à imposer une méthode de détermination de cette aide. Si la Cour rappelle que le législateur dispose d'une marge d'appréciation (*Gestaltungsspielraum*) en fonction de l'état de développement de la société et des conditions de vie existantes, néanmoins, des directives encadrent le pouvoir d'appréciation du législateur : notamment, le législateur doit, de manière équitable et compréhensible, dans le cadre d'une procédure transparente et appropriée, déterminer l'ensemble des charges nécessaires à l'existence sur les fondements de chiffres éprouvés et de méthodes de calcul concluantes.

Conclusion

Tout en concédant la pertinence historique et textuelle de la distinction entre droits civils et droits sociaux, un aperçu comparatiste permet de relativiser sa pertinence jurisprudentielle. et de souligner l'interchangeabilité des droits civils et sociaux pouvant exister dans certaines jurisprudences. En effet, il est techniquement possible aux juges, se fondant sur les droits civils proclamés par les textes qu'ils ont pour mission, d'intervenir dans le champ social. Quel que soit l'argument invoqué (nécessités sociales, protection de la personne, souci de l'effectivité des droits garantis), différents juges ont d'intégrer à leur domaine de contrôle la protection des droits sociaux. Le droit à la vie ou la sauvegarde de la dignité jouent en la matière un rôle privilégié de catalyseurs de cette incursion dans un domaine que les textes initiaux leur refusaient. Se

⁸⁶ L'adjectif est employé ici comme une importation approximative de « reasonable test », employé par les juges de common law. V. *supra* l'article d'Isabelle Boucobza et David Robitaille.

⁸⁷ Non étudié ici, compte tenu du fondement textuel de la protection des droits sociaux constitutionnels en Afrique du Sud.

⁸⁸ V. Céline FERCOT, « Les contours du droit à un minimum vital conforme à la dignité humaine : à propos de la décision « Hartz IV » de la Cour constitutionnelle allemande du 9 février 2010 », RDSS 2010 n° 4, p.653.

⁸⁹ All., CC, 9 février 2010, 1 BvL 1/09, §§ 1-220 ; Céline FERCOT, précit., p. 653.

trouvent ainsi confirmés les propos d'A. Jeammaud et M. Le Friant selon qui « les propositions émanant d'un constituant ou d'un législateur (y compris celles dont la signification normative n'est pas un seul instant discutée) ne "font" rien, ne procurent rien, par elles-mêmes, Elles sont seulement mobilisables – et doivent être mobilisées pour produire effet – dans une argumentation et un débat extra-judiciaire ou judiciaire, aux allures de "lutte sur leur sens" »⁹⁰.

Faut-il pour autant conclure de cette possible interchangeabilité une « inutilité » *juridique* de la proclamation de droits sociaux ? Non certainement. S'il est, en pratique, possible de protéger l'individu contre les rigueurs de la misère sur le fondement de droits civils, en exigeant des pouvoirs publics une intervention d'urgence ou en contrôlant la rationalité et l'équité de cette intervention, en revanche, le tour d'horizon permet de souligner la nécessité *politique* de la proclamation de tels droits : tout d'abord, pour inciter le juge à se reconnaître compétent et à exercer un contrôle renforcé ; ensuite pour conférer une plus grande légitimité aux décisions rendues⁹¹ ; enfin, pour s'assurer que la justiciabilité ainsi reconnue aux droits sociaux soit de nature à garantir leur effectivité, en offrant un contexte favorable au contrôle judiciaire en matière sociale. L'exemple indien est là encore précieux : on a pu noter un certain décalage existe entre « ce qui se dit » du droit indien (une jurisprudence hardie ayant reconnu la justiciabilité des droits sociaux, au risque d'un affrontement avec le pouvoir exécutif) et « ce que dit le droit indien » (un juge engagé dans un bras de fer avec le pouvoir politique et conduit à « négocier » son activisme)⁹². Constat qui permet de souligner combien le droit, bien plus qu'être une technique, est avant tout une politique...

⁹⁰ Antoine JEAMMAUD, Martine LE FRIANT, précit., p. 38.

⁹¹ V. en ce sens Siri GLOPPEN, « Legal enforcement of social rights : enabling conditions and impact assessment », *Erasmus Law Review*, vol. 2, n° 4, 2009, pp. 472.

⁹² S. MURALIDHAR, « Justiciable Enforcement of Economic and Social Rights: The Indian Scenario » précit. ; « The Expectation and Challenges of Judicial Enforcement of Social Rights », précit.

CHAPITRE 2 - DROIT FRANÇAIS

SECTION 1 -

L'EFFECTIVITÉ DES DROITS SOCIAUX DANS LE CADRE DES PROCÉDURES D'URGENCE,

OLIVIER LE BOT

Un demandeur d'asile se retrouve privé de toit et de moyens de subsistance, un chef de service refuse d'autoriser un délégué syndical à s'absenter de son travail pour se rendre à une réunion, un préfet contraint un salarié gréviste à reprendre le travail. Dans de tels cas de figure, le juge du fond statuant selon la procédure ordinaire ne pourra donner au justiciable qu'une satisfaction purement platonique. Il pourra certes annuler l'acte qui en est à l'origine, à raison de son illégalité, mais l'annulation interviendra des mois voire des années après que celui-ci a produit tous ses effets¹. Il pourra également réparer le préjudice qui en a résulté mais, là encore, la consolation sera bien mince pour celui qui n'a pu exercer ses droits. Le demandeur d'asile n'aura pas bénéficié de ses droits à prestations, le délégué syndical n'aura pu se rendre à sa réunion, le salarié gréviste n'aura pas exercé son droit de cesser le travail pour faire aboutir des revendications.

Ces exemples mettent en évidence la nécessité d'une protection juridictionnelle rapide lorsqu'un droit social est menacé à brève échéance. Dans de telles hypothèses, c'est d'une intervention immédiate, ou à tout le moins très rapide, qu'a besoin le justiciable pour bénéficier d'une garantie concrète de ses droits.

Trois procédures, dont l'objet est de protéger, en urgence, les droits des personnes physiques et morales contre les actes et agissements de la puissance publique, peuvent être utilisées à cet effet : le référé-suspension, le référé-liberté et la voie de fait administrative.

Le référé-suspension est codifié à l'article L. 521-1 du code de justice administrative (CJA). Cette procédure, introduite parallèlement à un recours au

¹ V. CE, 7 janvier 1976, Centre hospitalier général d'Orléans, n° 92162, Lebon p. 10. Le Conseil d'État confirme le jugement dans lequel le Tribunal administratif, statuant le 1^{er} juin 1973, a annulé la décision adoptée par un directeur d'hôpital le 20 juin 1972 qui interdisait l'exercice du droit de grève à plusieurs agents pour la journée du 23 juin 1972. Un délai d'un an a donc été nécessaire au juge pour intervenir, là où une réaction en moins de 3 jours s'imposait.

fond (dont elle constitue l'accessoire), permet d'obtenir du juge administratif la suspension d'une décision administrative à deux conditions. La première repose sur l'existence d'un doute sérieux sur la légalité de la décision attaquée, c'est-à-dire sur une apparence ou une vraisemblance d'illégalité. La seconde condition réside dans l'urgence de la situation en cause. Elle sera caractérisée si le délai nécessaire à l'intervention du juge du fond est trop long pour permettre à ce dernier d'assurer une protection en temps utile des droits du demandeur².

Le *référé-liberté*, ensuite, est codifié à l'article L. 521-2 du CJA. Il permet au juge administratif des référés de prononcer une mesure de sauvegarde en cas d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Le demandeur doit en outre justifier d'une situation d'urgence³ et, plus précisément, d'« une situation d'urgence imminente »⁴, une situation « impliquant qu'une mesure soit prise immédiatement »⁵. La condition d'urgence est donc appréciée plus strictement dans le cadre de cette procédure. Lorsque l'urgence n'apparaît pas suffisamment caractérisée, le demandeur en référé-liberté peut être réorienté vers la procédure du référé-suspension où la condition d'urgence est appréciée moins strictement⁶.

La *voie de fait*, enfin, est une procédure relevant de la compétence des juridictions civiles et qui, dans la majeure partie des cas, se trouvent introduites devant le juge civil des référés⁷. Au point de vue substantiel, la voie de fait « par manque de droit » est caractérisée lorsque l'administration, agissant en dehors de l'exercice de ses pouvoirs, porte atteinte à une liberté fondamentale. Le constat d'une voie de fait permet au juge civil de déployer ses prérogatives à l'encontre de l'administration et, notamment, de lui adresser des injonctions.

En pratique, la plupart des décisions rendues en matière de droits sociaux concernent le référé-liberté. Cela s'explique par l'objet de cette procédure, dont la vocation exclusive est d'assurer la défense des libertés fondamentales et, parmi celles-ci, des droits sociaux. On relève par ailleurs un

² Concrètement, le juge des référés vérifie que le juge du fond ne pourra pas statuer avant que la décision attaquée ait produit des effets difficilement réversibles. Si l'écoulement du temps risque de préjudicier gravement aux intérêts du demandeur avant que celui-ci puisse assurer leur protection, l'urgence sera caractérisée. V. CE, Sect., 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, Lebon p. 29, faisant état d'une « urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue ».

³ CE, ord. 18 février 2003, Commune de Pertuis, Lebon p. 68.

⁴ CE, ord. 15 octobre 2004, Sahi, n° 273110.

⁵ CE, ord. 9 mars 2007, Guiot et Section française de l'observatoire international des prisons, n° 302182, Lebon T.

⁶ V., en matière de protection de la santé, l'ordonnance Guiot précitée. Le juge des référés reconnaît que le demandeur, détenu à la prison de Fresnes, doit être orienté vers une structure adaptée à son état de santé. Il rejette toutefois la requête introduite sur le fondement de l'article L. 521-2 pour défaut d'urgence, indiquant « que si l'état de santé de M. Guiot, rapproché des conditions de son maintien en détention, peut justifier l'urgence prévue par l'article L. 521-1 du code de justice administrative, ces éléments ne caractérisent en revanche pas l'urgence au sens de l'article L. 521-2 du même code, impliquant qu'une mesure soit prise immédiatement ».

⁷ Sur le fondement de l'article 809 al. 1 du Code de procédure civile (CPC), qui permet au juge civil de « prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

certain nombre de décisions rendues au titre du référé-suspension. Quant aux décisions rendues sur le fondement de la voie de fait, elles sont pour leur part extrêmement rares, et concernent en pratique les droits des travailleurs. Les autres droits sociaux n'ont pas donné lieu à des applications notables en la matière. Cela s'explique par la raison suivante : les atteintes qui leur sont portées résultent généralement d'abstentions, alors que la voie de fait doit être dirigée contre des actions⁸.

Ces trois procédures, conçues pour assurer le respect de la légalité et la garantie des droits, peuvent être utilisées – et elles le sont effectivement – par les justiciables s'estimant victimes d'atteintes à leurs droits sociaux⁹. La question essentielle, dans une perspective pragmatique, est de savoir avec quel bonheur elles sont mises en œuvre, et pour quel résultat pour les intéressés.

A la lumière des décisions rendues, il apparaît que ces voies de droit sont de nature à garantir une protection efficace des droits sociaux, et ce sous l'effet de deux facteurs. Le premier réside dans la reconnaissance de pouvoirs d'urgence qui permettent au juge d'intervenir rapidement et d'agir en temps réel sur les situations. Le second résulte de l'exercice par le juge des référés de ses pouvoirs, qu'il accepte de mettre en œuvre, de façon parfois inventive, lorsqu'est en cause la violation de droits sociaux.

I. Une effectivité liée à l'existence de pouvoirs d'urgence

Pour assurer la protection des droits sociaux (comme des droits non sociaux), la loi organise un accès facilité au juge des référés et le prononcé très rapide d'une décision. Il en résulte une souplesse procédurale au niveau de l'engagement du recours et une extrême célérité au niveau du prononcé du jugement. Les pouvoirs qui lui sont attribués permettent en outre de mettre un terme sans délai à la situation qui se trouve à l'origine de l'atteinte.

A. Une saisine large et immédiate

Les procédures de référé, en contentieux administratif comme en droit judiciaire privé, favorisent une possibilité d'intervention immédiate du juge des référés.

Si la situation litigieuse trouve son origine dans une décision, chacune des trois procédures peut, sans délai, être engagée. Si, en revanche, cette situation résulte d'un comportement (une action ou une abstention de la puissance publique), le référé-suspension sera d'une utilité relative. Ce recours devant nécessairement être dirigé contre une décision, il appartiendra au requérant de susciter la naissance d'une décision administrative (c'est-à-dire

⁸ Il est en effet nécessaire d'identifier que l'administration a agi en dehors de ses pouvoirs pour caractériser une voie de fait par manque de droit.

⁹ Olivier LE BOT, « La justiciabilité des droits sociaux dans le cadre des procédures d'urgence », RDSS 2010, n° 5, à paraître.

d'adresser une demande à l'administration et, si elle ne répond pas, d'attendre deux mois pour que naisse une décision implicite de rejet rendant possible l'engagement du recours). Ce délai d'attente privera souvent d'intérêt l'introduction d'une telle demande. Les procédures du référé-liberté et de la voie de fait, pour leur part, seront tout à fait opérantes dans un pareil cas de figure dans la mesure où leur engagement n'est pas subordonné à la production d'une décision administrative. Peuvent être contestés, par exemple, la suspension d'un agent public¹⁰, l'abstention du président d'université à rouvrir des locaux occupés¹¹, le maintien d'un détenu dans une cellule¹² ou encore le transfert d'un patient dans une unité de soins palliatifs¹³. Sur le fondement de ces procédures, le juge des référés ne statue pas sur une *décision* mais sur une *situation*¹⁴. Il peut être saisi, en conséquence, dès qu'une atteinte se produit.

Une fois la demande introduite (par voie de requête pour les juridictions administratives, et d'assignation devant les juridictions civiles), la demande va être instruite selon une procédure accélérée.

B. Une instruction accélérée

Après l'enregistrement de la demande, la procédure a été conçue pour un traitement extrêmement rapide des dossiers. Tout d'abord, la demande est examinée par un juge unique, ce qui évite le recours à une formation collégiale, par nature plus lourde à mobiliser et plus lente à statuer. Ensuite, devant les juridictions administratives, le juge des référés peut rejeter immédiatement, sans instruction ni audience, les demandes visiblement vouées à l'échec.

¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 22 novembre 1983, *Reymondon c. ministre de la santé et de la Sécurité sociale*, n° 82-14.972, Bull civ. I, n° 277.

¹¹ TA Toulouse, ord. 13 avril 2006, *Wenger et autres* : AJDA, 2006, pp. 1281-1286, note Xavier BIOY ; GP 13 octobre 2006, pp. 15-21, note Hélène HOEPFFNER.

¹² CE, ord. 8 septembre 2005, *Ministre de la Justice c. Bunel, Lebon p. 388*.

¹³ TA Marseille, ord. 22 janvier 2004, *Mme X*, n° 04427/0.

¹⁴ Par exemple, dans l'affaire *Aguillon et autres*, les requérantes contestent formellement un arrêté préfectoral en date du 21 novembre qui, ordonnant la réquisition de salariés grévistes pour une période de sept jours, cesse de produire ses effets le 28 novembre, jour de l'introduction du pourvoi en cassation devant le Conseil d'État. La décision contestée devant le premier juge ayant épuisé ses effets, le Conseil d'État aurait déclaré le pourvoi irrecevable si le recours avait été introduit par la voie de l'article L. 521-1. Mais le juge du référé-liberté, juge des situations juridiques, accepte de connaître du recours. Si la décision formellement mise en cause devant le juge du premier degré a cessé de produire ses effets, ceux-ci ont néanmoins été reconduits en termes strictement identiques, et pour une nouvelle période de dix jours, par une décision en date du 28 novembre. Cette seconde décision, qui produit des effets au jour où le juge statue, n'a certes pas été contestée en première instance. Mais dans la mesure où elle maintient la situation juridique née de la première décision et s'inscrit dans la continuité de celle-ci, le Conseil d'État prend en considération l'ensemble de la situation litigieuse. Il n'évoque pas isolément l'arrêté du 21 novembre ni celui du 28 novembre mais choisit de faire plus largement référence aux « arrêtés en cause » (CE, 9 décembre 2003, *Aguillon et autres*, Lebon p. 497, RFDA 2004, pp. 306-310, concl. Jacques-Henri STAHL ; pp. 311-321, note Paul CASSIA ; Dr. soc. 2004, pp. 172-176, concl. ; AJDA, 2004, pp. 1138-1140, note Olivier LE BOT ; AJFP 2004, pp. 148-150, note Carole MONIOLLE ; JCP G 2004, II, 10076, note Xavier PRETOT ; JCP A 2004, 1096, note Dominique MAILLARD DESGREES DU LOÛ ; Le Droit ouvrier 2004, pp. 184-188, note Mireille PANIGEL-ENNOUCHE ; RDSS 2004/2, pp. 298-309, note Daniel BOULMIER ; JCP A 2004, 1054, obs. Jacques MOREAU).

L'article L. 522-3 du CJA lui permet en effet de rendre ces ordonnances dites « de tri » dans deux hypothèses distinctes : d'une part lorsque « la demande ne présente pas un caractère d'urgence », d'autre part lorsqu'il apparaît « manifeste, au vu de la demande, que celle-ci ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou qu'elle est mal fondée ». En épargnant au juge une perte de temps inutile pour les demandes dénuées de pertinence, ce procédé favorise la rapidité d'intervention du juge dans les cas qui le justifient réellement.

Ces derniers, qui correspondent aux affaires présentant un intérêt suffisamment sérieux au vu de la requête, sont mis à l'instruction et jugés à bref délai après tenue d'une audience publique. L'instruction débute par l'échange de mémoires écrits et se poursuit à l'audience ou des documents et moyens nouveaux peuvent être produits et développés. Une fois qu'il s'estime suffisamment éclairé, le juge clôt l'instruction et statue sur la demande.

Ces aménagements procéduraux permettent d'aller très vite et d'obtenir une décision dans un délai extrêmement bref (de l'ordre de 3 à 4 semaines pour le référé-suspension, et de quelques jours voire quelques heures dans le cadre du référé-liberté et de la voie de fait). Par exemple, le tribunal administratif de Marseille a statué le jour même de l'introduction de la requête dans un litige concernant le transfert d'une patiente dans une unité de soins palliatifs¹⁵.

C. Des mesures efficaces

Si les conditions d'obtention d'une mesure sont satisfaites, le juge peut, pour faire cesser l'atteinte portée à un droit social, suspendre la décision qui en est à l'origine ou prononcer une injonction à l'encontre de l'administration. La suspension d'exécution suffit en principe à faire cesser l'atteinte résultant d'une décision positive. Si l'atteinte trouve sa source dans une décision de refus, la suspension devra, pour remédier à l'atteinte, être assortie d'une injonction d'exécution¹⁶. Le juge peut par ailleurs adresser une injonction à l'administration, le cas échéant sous astreinte¹⁷. Concrètement, l'injonction peut prendre la forme d'obligations diverses : adopter une décision déterminée, adopter une décision dans un délai déterminé ou, enfin, adopter un comportement déterminé, positif ou négatif que le juge définit au regard des circonstances particulières de l'espèce pour mettre un terme immédiatement à la violation constatée. Quelle que soit la mesure prise, la décision revêtira, comme

¹⁵ TA Marseille, ord. 22 janvier 2004, Mme X, n° 04427/0.

¹⁶ Laquelle peut être prononcée d'office par le juge, c'est-à-dire sans même avoir été sollicitée par le requérant. Le Conseil d'État considère en effet que le juge des référés peut, « de sa propre initiative » assortir la mesure de suspension « de l'indication des obligations provisoires qui en découleront pour l'administration » (CE, 27 juillet 2001, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c. Vedel, Lebon p. 416*).

¹⁷ L'astreinte est prononcée sur le fondement des dispositions de l'article L. 911-3 du CJA pour le juge administratif, et sur le fondement des dispositions de l'article 491 du CPC pour le juge civil.

toute décision de justice, un caractère obligatoire et exécutoire, celui-ci pouvant produire effet dès son prononcé¹⁸.

Au final, les pouvoirs et procédures mis à la disposition du juge des référés favorisent une intervention extrêmement rapide de ce dernier pour protéger les droits des plaideurs. Tout l'enjeu est alors de déterminer si le juge des référés *accepte* de mettre en œuvre ces pouvoirs lorsque les demandeurs engagent un recours pour violation d'un droit social. Fait-il preuve de prudence, de retenue au dessein de préserver les deniers publics, ou au contraire consent-il à utiliser pleinement et quel qu'en soit le domaine, les prérogatives qui lui sont confiées par la loi ?

Au regard des décisions rendues, il apparaît que les juges n'hésitent pas à mettre en œuvre les pouvoirs qui leur sont conférés. Il s'agit là du second facteur d'effectivité des droits sociaux, à savoir *l'exercice* par le juge de ses pouvoirs d'urgence.

II. Une effectivité liée à l'exercice des pouvoirs d'urgence

Devant les tribunaux judiciaires comme les juridictions administratives, le juge met en œuvre les pouvoirs qui lui sont reconnus pour protéger tant les droits des travailleurs que les droits sociaux qui impliquent, à titre principal, l'attribution de biens ou la prestation de services.

A. Des pouvoirs mis en œuvre pour les droits des travailleurs

Les décisions les plus nombreuses pouvant être recensées concernent les droits des travailleurs : liberté syndicale, droit de grève et liberté du travail.

1) Liberté syndicale

Le refus d'accorder aux syndicats et aux délégués syndicaux les droits qui leur sont reconnus par la loi (autorisations d'absence, décharge d'activité de service, mise à disposition de locaux) a été sanctionné à de multiples reprises par le juge des référés¹⁹.

¹⁸ L'article R. 522-13 al. 2 prévoit que le juge administratif des référés peut décider que l'ordonnance « sera exécutoire aussitôt qu'elle aura été rendue », et donc avant même sa notification. Dans le même sens, l'article 489 al. 2 du nouveau code de procédure civile prévoit qu'« en cas de nécessité, le juge peut ordonner que l'exécution aura lieu au seul vu de la minute ».

¹⁹ Les requêtes dirigées contre les mesures n'affectant pas la liberté syndicale ont en revanche été rejetées. Ainsi, ne méconnaît pas cette liberté la décision de changer la serrure d'un des locaux attribués à un syndicat, dès lors que les documents et archives qu'il contient n'ont pas été déplacés, que le syndicat a la possibilité d'y accéder au moyen d'une clé détenue par le responsable de la sécurité et qu'il dispose d'un second local dans le même établissement (CA Paris, 11 mars 2002, Syndicat SMESAC / FAC – FGAF/UNSA, n° 2001/06973). De même, dans la mesure où la liberté syndicale « n'implique pas qu'un syndicat puisse fixer son siège dans des locaux administratifs sans l'accord des autorités dont ceux-ci dépendent », le maire ne viole pas cette liberté en informant un syndicat que celui-ci pourra établir ses locaux non pas à l'intérieur de la

Statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, le Conseil d'État a admis qu'une décision de retrait de décharges de service est un acte faisant grief²⁰ et, par conséquent, qu'un délégué syndical peut obtenir la suspension d'une telle décision par le biais de cette procédure. Encore faut-il, pour cela, justifier d'une urgence à obtenir la suspension demandée, comme l'a rappelé le Conseil d'État dans un arrêt du 28 décembre 2005²¹. Dans cette affaire, des agents désignés par la CFDT pour bénéficier de décharges de service au titre d'une activité syndicale démissionnent pour rejoindre un autre syndicat. La CFDT demande la suspension du refus opposé par le président du Conseil général de mettre fin à ces décharges de service. Le juge des référés de première instance rejette cette demande pour défaut d'urgence, ce que confirmera le Conseil d'État en affirmant que « le juge des référés a pu sans erreur de droit et sans insuffisance de motivation juger que la condition d'urgence ne pouvait être regardée comme remplie, dès lors que les requérants ne faisaient, en l'espèce, état d'aucune circonstance particulière de nature à justifier une atteinte grave et immédiate à l'exercice des libertés syndicales ».

Seules des circonstances particulières, caractérisant une situation d'urgence, permettent la mise en œuvre de cette procédure pour protéger la liberté syndicale. Ce pourrait être le cas, par exemple, si une décision de retrait intervenait à la veille d'élections professionnelles²².

En pratique, le contentieux de la liberté syndicale s'est principalement concentrée sur le référé-liberté. Ainsi, l'administration a été condamnée pour avoir refusé d'accorder à un délégué syndical les 12 jours d'autorisations d'absence demandés par ce dernier pour le mois de janvier 2009. Faute de justification reposant sur l'intérêt du service, la décision est constitutive d'une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté syndicale. Aussi le juge décide-t-il de suspendre la décision attaquée et d'enjoindre à la commune, sous astreinte, de statuer à nouveau sur la demande du syndicat dans les huit jours suivant la notification de l'ordonnance²³.

mairie mais dans un autre bâtiment (CE, ord. 28 mars 2006, Commune de Saint-Chély d'Apcher, n° 291399, Lebon T).

²⁰ CE, 17 mars 2004, Syndicat départemental unitaire des Collectivités locales, de l'Intérieur et des Affaires sociales du Val-de-Marne (SDU/CLIAS 94), Lebon T. p. 752.

²¹ CE, 28 décembre 2005, Syndicat CFDT Interco du Territoire de Belfort, n° 281909, AJFP 2006, p. 83 ; Dr. Adm. 2006, comm. 68, obs. Emmanuel GLASER.

²² Hypothèse envisagée par le commissaire du Gouvernement Christophe DEVYS dans ses conclusions inédites sur CE, 17 mars 2004, Syndicat départemental unitaire des Collectivités locales, de l'Intérieur et des Affaires sociales du Val-de-Marne (SDU/CLIAS 94).

²³ TA Saint Denis de la Réunion, ord. 16 janvier 2009. Saisi d'un litige concernant la liquidation de l'astreinte décidée par le premier juge dans cette affaire, le juge des référés du Conseil d'État confirme que « les autorisations spéciales d'absence prévues aux articles 12 et suivants du [décret du 3 avril 1985] ont pour seul objet de permettre aux représentants des organisations syndicales, mandatés pour y assister, de se rendre aux congrès syndicaux ou aux réunions des organismes directeurs dont ils sont membres élus ; que sur la demande de l'agent justifiant d'une convocation à l'une de ces réunions et présentée à l'avance dans un délai raisonnable, l'administration doit, dans la limite du contingent éventuellement applicable, accorder cette autorisation en l'absence

Dans le même sens, le juge des référés a rappelé qu'une collectivité publique ne peut subordonner l'exercice des droits syndicaux à la présentation des « statuts » de la section locale dans la mesure où celle-ci, simple émanation du syndicat qu'elle représente, en est par nature dépourvue. Ainsi, en subordonnant la délivrance des autorisations d'absence à la fourniture préalable des statuts de la section syndicale, le directeur du CCAS de Bordeaux a porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté syndicale. Pour faire cesser l'atteinte, le juge enjoint « au CCAS de la ville de Bordeaux d'appliquer le protocole d'accord conclu le 25 janvier 1978 et de délivrer à M. Paniagua les autorisations d'absence que celui-ci sera amené à solliciter dans le cadre de ses activités syndicales au sein du bureau général du syndicat »²⁴. Dans une affaire analogue, l'Office public d'habitat de Chartres avait cessé de mettre à la disposition du syndicat CFDT Interco 28 un local syndical et de lui accorder des décharges de service et autorisations d'absence au motif infondé qu'il ne disposait pas en son sein d'une section syndicale déclarée. Pour mettre un terme à cette atteinte, le juge enjoint à l'autorité administrative « de réexaminer, dans un délai d'un mois, les droits auxquels le syndicat CFDT Interco 28 peut prétendre s'agissant de la possibilité pour lui de bénéficier d'un local syndical situé dans les locaux de l'office ainsi que l'étendue de ses droits en matière de décharges syndicales et, dans l'attente de ce réexamen, de rétablir ce syndicat dans les droits dont il bénéficiait antérieurement en lui restituant le local dont sa section syndicale disposait jusqu'alors, l'ensemble des biens et documents qui s'y trouvaient, ainsi que les décharges de service et autorisations d'absence attribuées à ses représentants »²⁵.

Les mesures ordonnées en référé permettent, à l'image de cette injonction, de sauvegarder immédiatement la liberté syndicale menacée²⁶.

2) Droit de grève

Le juge des référés protège également le droit de grève. Il distingue, pour ce faire, ce qui relève de l'organisation normale du service et ce qui représente une violation caractérisée de ce droit.

d'un motif s'y opposant tiré des nécessités du service, qui ne saurait être utilisé pour faire obstacle à l'exercice de la liberté syndicale, laquelle constitue une liberté fondamentale » (CE, ord. 19 février 2009, Syndicat autonome de la fonction publique territoriale de la Réunion, n° 324864, Lebon T).

²⁴ TA Bordeaux, ord. 13 décembre 2005, Syndicat CGT du Centre communal d'action sociale de Bordeaux, n° 0504746.

²⁵ CE, 31 mai 2007, Syndicat CFDT Interco 28, n° 298293, JCP S 2007, 1638, étude Bernard GAURIAU.

²⁶ On notera que dans le cadre de la voie de fait, il s'est avéré difficile d'identifier des décisions prises par l'administration en dehors de l'exercice de ses pouvoirs. V. notamment Cass. Soc., 28 novembre 1995, Union des travailleurs de l'énergie-Union générale des travailleurs de la Guadeloupe, n° 94-60.567. Une commission électorale de l'établissement public EDF avait, par décision du 19 octobre 1994, déclaré irrecevable la liste des candidats présentée par un syndicat aux élections de l'établissement. Le juge judiciaire rejette la demande présentée sur le fondement de la voie de fait. Selon la Cour de cassation, le tribunal d'instance saisi de la demande « a exactement décidé que cette décision, qui n'était pas manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir de l'administration, n'était pas constitutive d'une voie de fait ».

Relève de la première catégorie la circulaire visant, après qu'une grève se soit tenue, à recenser, d'un côté, les agents absents pour fait de grève et, d'un autre, ceux absents pour autre motif régulier, en vue d'appliquer aux premiers une retenue sur traitement²⁷.

A l'inverse, représente une atteinte grave et manifestement illégale au droit de grève la décision préfectorale de réquisitionner *l'ensemble* des sages-femmes grévistes d'une clinique privée en vue de permettre un fonctionnement *normal* des services obstétricaux. La décision, non proportionnée à l'objectif poursuivi, représente une négation du droit de grève puisqu'elle tend à ce que les services soient assurés précisément comme s'il n'y avait pas de grève. Le juge suspend, par conséquent, les arrêtés portant réquisition des personnels grévistes²⁸. L'atteinte trouvant sa source dans une décision positive, la suspension de cette mesure suffit à mettre un terme à la violation.

3) Liberté du travail

Les atteintes à la liberté du travail relevées par le juge des référés ont été plus rares. En pratiques, celles-ci se retrouvent dans le secteur hospitalier et ont été sanctionnées sur le fondement de la voie de fait. Ainsi, l'atteinte a été reconnue dans l'hypothèse où un praticien, faisant l'objet de poursuites disciplinaires, s'est trouvé suspendu de ses fonctions au-delà de la durée prévue par les textes sans faire l'objet, ni d'une réintégration, ni d'une mesure de sanction. Selon la Cour de cassation, toute prolongation de la mesure au-delà du délai prévu « est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration » et constitue, par conséquent, une voie de fait²⁹.

En revanche, lorsque la présence d'un praticien au sein d'un service a pour effet de paralyser le fonctionnement de celui-ci, l'administration dispose, sur le fondement de l'article L. 143-7 du code de la santé publique, du pouvoir de lui interdire l'accès aux locaux³⁰. Dans ces conditions, un chef de service n'agit pas en dehors de ses pouvoirs en plaçant l'intéressé, même illégalement, en « autorisation d'absence » pendant une durée de plus de 16 mois³¹.

On le voit, les droits des travailleurs sont efficacement protégés dans le cadre des procédures de référé. Le juge va, de manière identique, garantir l'effectivité des droits à l'attribution de biens et à l'obtention de services.

²⁷ CE, 25 juillet 2003, SNUDI-FO, n° 258677, AJDA, 2004, p. 447, note Olivier GRIMALDI.

²⁸ CE, 9 décembre 2003, Aguillon et autres, Lebon p. 497. V. également TA Nantes, ord. 2 avril 2001, Syndicat Sud-CRC services santé-sociaux Loire-Atlantique, Dr. adm. 2001, com. n° 155, note David TANIA-MARIE.

²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 22 novembre 1983, Reymondon c. ministre de la santé et de la Sécurité sociale, n° 82-14.972, Bull. civ. I, n° 277 (renvoi devant les juges du fond). Dans le même sens, Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 1996, Bull. civ. I, n° 229 ; Cass., 1^{ère} civ., 6 mars 2001, Bull. civ. I, n° 63.

³⁰ CE, 15 décembre 2000, n° 194807, Venkemmél, Lebon, p. 630.

³¹ Cass. 1^{ère} civ., 17 février 2004, n° 249, CHU de Fort-de-France, JCP A 2004, 1277, note Olivier RENARD-PAYEN.

B. Des pouvoirs mis en œuvre pour les droits à prestations et à services

Ces droits sont, dans la pratique des référés, traités au même titre que n'importe quel autre droit.

1) Les droits à l'attribution de biens

Deux domaines illustrent la protection juridictionnelle des droits à l'attribution de biens.

Le premier concerne les conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile. Dans une formule de principe, le juge des référés du Conseil d'État affirme que « la privation du bénéfice des mesures prévues par la loi afin de garantir aux demandeurs d'asile des conditions matérielles d'accueil décentes jusqu'à ce qu'il ait été statué définitivement sur leur demande est susceptible de constituer une atteinte grave et manifestement illégale » au droit constitutionnel d'asile³². Le juge définit, en se basant sur les textes internes et communautaires garantissant l'aide sociale, les prestations auxquels le demandeur d'asile peut obtenir le bénéfice. L'autorité administrative doit, « aussi longtemps qu'il est admis à se maintenir sur le territoire en qualité de demandeur d'asile et quelle que soit la procédure d'examen de sa demande, lui assurer, selon ses besoins et ses ressources, des conditions d'accueil comprenant le logement, la nourriture et l'habillement, fournies en nature ou sous la forme d'allocations financières ou de bons ou en combinant ces formules ; (...) si, notamment lorsqu'une première évaluation des besoins spécifiques du demandeur est requise ou lorsque les capacités de logement normalement disponibles sont temporairement épuisées, l'autorité administrative peut recourir à des modalités différentes de celles qui sont normalement prévues, c'est pendant une période raisonnable, aussi courte que possible, et en couvrant les besoins fondamentaux du demandeur d'asile ; (...) une privation du bénéfice de ces dispositions peut conduire le juge des référés à faire usage des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 521-2 précité du code de justice administrative, lorsqu'elle est manifestement illégale et qu'elle comporte en outre des conséquences graves pour le demandeur d'asile ».

Le juge s'emploie ainsi à donner vie et vigueur aux garanties prévues par la loi nationale et le règlement communautaire. Celles-ci ne restent pas lettre morte mais trouve, dans le prétoire du juge des référés, le levier d'une application effective. Ainsi, dans l'affaire *Salah*, le juge du premier degré avait ordonné à l'autorité préfectorale d'assurer l'hébergement en urgence de la requérante à qui aucune allocation financière ni solution matérielle d'hébergement n'avait été fournie. Saisi par la voie de l'appel, le juge des référés du Conseil d'État confirme cette solution. Le juge veille à ce que le droit des

³² CE, ord. 17 septembre 2009, n° 331950, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c. Salah, Lebon*, AJDA, 2010, p. 202-209, note Serge SLAMA ; JCP A 2009, 2262, note Laetitia FERMAUD.

demandeurs d'asile à des conditions matérielles d'accueil décentes soit respecté, nonobstant la charge financière qu'il a nécessairement pour effet d'engendrer. A partir du moment où le principe d'une aide publique est prévue par la loi, le juge des référés se contente de l'appliquer : saisi par tout intéressé, il garantit que l'aide à laquelle l'individu a droit lui sera bien versée.

Le second domaine ayant donné lieu à des applications significatives est celui de l'aide sociale aux familles. Une affaire portée devant les juridictions administratives montre tout l'intérêt de ces procédures. Elle concerne une décision du 1^{er} avril 2002, par laquelle le Département des Bouches-du-Rhône avait décidé de cesser le versement d'une aide sociale à l'hébergement à un bénéficiaire. Saisi sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille relève, pour conclure à l'existence d'une situation d'urgence, l'absence de ressources de la famille des requérants et ses difficultés d'hébergement. Il juge en outre que la décision portant cessation de versement de l'aide sociale étant insuffisamment motivée, elle est de nature à faire naître un doute sérieux sur sa légalité. Cette appréciation, contestée par la voie de la cassation, ne sera pas remise en cause par le Conseil d'État. La juridiction suprême confirme la suspension de la décision portant cessation de versement de l'aide sociale à l'hébergement, et l'injonction d'accorder cette aide aux requérants sous astreinte de 100 euros par jour de retard³³.

Les droits à l'obtention d'un service se trouvent pareillement protégés au moyen de ces procédures.

2) Les droits de bénéficiaire d'un service

Par la voie du référé-liberté et du référé-suspension, le juge des référés condamne les administrations publiques à verser aux particuliers les prestations sociales auxquels ils peuvent bénéficier. Deux obligations de l'État, qui ont pour contrepartie des droits des individus, ont ainsi vu leur effectivité renforcée grâce aux procédures de référé : l'obligation de soigner d'une part, l'obligation d'enseigner d'autre part.

Le droit d'être soigné a été protégé dans une très intéressante affaire soumise au Tribunal administratif de Marseille³⁴. Une patiente développe, à la suite d'une intervention chirurgicale pratiquée le 2 décembre 2003, un grave trouble neurologique caractérisé par la perte simultanée de la vue et de l'audition. Faute d'explication précise, l'hôpital suppose que ce trouble neurologique est dû à l'extension au cerveau d'une affection cancéreuse dont souffrait par ailleurs l'intéressée. Il en déduit, de manière plutôt hâtive, et en tous cas sans examen complémentaire, que l'intéressée est condamnée et doit être transférée vers une unité de soins palliatifs.

³³ CE, 22 août 2002, Département des Bouches-du-Rhône, n° 247068, AJDA, 2002, p. 1245.

³⁴ TA Marseille, ord. 22 janvier 2004, Mme X, n° 04427/0.

En s'adressant au juge du référé-liberté, la famille de la patiente va obtenir la condamnation de l'hôpital à réaliser les examens auxquels celui-ci refusait de procéder. Au cours de l'instruction, l'hôpital reconnaît qu'aucun examen spécialisé, notamment par un scanner, n'a permis d'établir que le cancer de l'intéressée avait atteint son cerveau (et, par conséquent, que le trouble neurologique dont elle souffre résulte de cette maladie et est insusceptible d'être soigné). Il en résulte, selon le juge « que les motifs médicaux à l'origine de la décision de transfert litigieuse, qui reposent sur le pronostic défavorable porté sur l'évolution de ce cancer, ne sont manifestement pas de nature à justifier la renonciation implicite qu'elle comporte, de voir traiter spécifiquement l'affection neurologique en cause ». Dans ces conditions, le refus implicite de l'hôpital « de procéder aux investigations complémentaires et aux soins éventuels requis par l'état neurologique de la patiente, malgré les demandes réitérées en ce sens de sa famille, et sans justification médicale spécifique sur l'irréversibilité de cette pathologie, doit être regardé comme portant atteinte de manière grave et manifestement illégale » au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Pour faire cesser cette situation, le juge enjoint à l'hôpital, de façon extrêmement précise et détaillée, « de faire procéder, dans le service où se trouve [la requérante] ou dans un autre service hospitalier approprié, à toutes investigations et à tous soins médicalement compatibles avec l'état général de l'intéressée, pour traiter spécifiquement son affection neurologique récente, comportant perte de la vue et de l'audition, et de n'envisager un transfert de l'intéressée dans une unité de soins palliatifs qu'au cas où l'irréversibilité de cette affection serait considérée comme établie ». La patiente, condamnée à partir d'un diagnostic incomplet, a ainsi droit à un examen approfondi suivi, le cas échéant, d'un traitement approprié. Par le biais du référé-liberté, un patient souhaitant bénéficier de soins qui lui sont refusés pourra, dans certaines limites, se les voir dispenser conformément à sa volonté³⁵.

Un second droit à service – le droit à l'instruction – s'est également trouvé protégé en référé. Il s'agit, plus précisément, du droit d'accéder à l'enseignement supérieur, dont la consistance a pu être éprouvé en 2006 lors du blocage des universités par les étudiants opposés au « Contrat première embauche ». A l'image de nombreux établissements, l'Université Toulouse-Le Mirail se trouvait paralysée par le blocage des locaux. Refusant de se résigner face à cette situation, un étudiant toulousain en formation continue saisit le juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-2 du CJA en invoquant une atteinte à la liberté personnelle. Pour apprécier le caractère grave et manifestement illégal de l'atteinte portée à cette liberté, le juge va mettre en

³⁵ Il pourra, tout autant, obtenir une protection de son refus de bénéficier de soins ou de traitements. V. CE, ord. 16 juillet 2002, Feuillatey, Lebon p. 309 : Droit, déontologie et soin septembre 2002, vol. 2, n° 3, pp. 416-425, note Lynda OUATAH ; LPA 26 mars 2003, n° 61, pp. 4-10, note Cyril CLEMENT ; JCP G 2002, II, 10184, note Patrick MISTRETTA ; JCP A 2002, 1022, note Aurélie MERSCH ; Resp. civ. et ass. 2002, chron. n° 21, note Stéphanie PORCHY-SIMON ; Dr. adm. 2002, comm. n° 188, note Emmanuel AUBIN ; RGDM 2003/9, pp. 97-104, note Bertrand MATHIEU ; RGDM 2003/10, pp. 143-155, note Antoine GARAY ; Droit de la famille 2003, comm. n° 11, note Stéphane MOUTON.

balance deux considérations : d'une part la protection de la liberté personnelle, qui implique de ne pas subir de contraintes excessives, d'autre part la protection de l'ordre public, qui suppose de ne pas procéder à l'évacuation par la force des bloqueurs si cela implique des affrontements et le risque de blessés. En d'autres termes, il doit déterminer si les risques liés à une intervention des forces de l'ordre sont suffisamment caractérisés pour justifier l'atteinte portée au droit des étudiants de suivre leurs cours. Après avoir mis en perspective les diverses considérations en présence, il affirme « qu'il résulte des pièces du dossier que, dans la gestion de la situation qui prévaut à l'Université de Toulouse-Le Mirail depuis l'occupation et le blocage des accès aux locaux, le président de cette Université, alors même qu'il a mis en oeuvre les moyens de poursuivre des enseignements destinés à des catégories particulières d'étudiants et développer pour les autres des modes alternatifs d'acquisition des connaissances, n'a pas utilisé l'ensemble des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 712-2 du Code de l'éducation ; qu'il a ainsi illégalement méconnu l'étendue de ses pouvoirs ; qu'il n'est pas établi que la sauvegarde de l'ordre public et le respect des droits d'autrui auraient justifié qu'il s'abstienne d'exercer l'ensemble desdits pouvoirs ». Il ajoute que les menaces de troubles à l'ordre public n'étant pas suffisamment établies pour laisser se poursuivre l'atteinte à la liberté personnelle des étudiants, cette liberté implique de faire cesser les contraintes que le blocage fait peser « sur la poursuite de leur année universitaire ». Le dispositif de l'ordonnance en tire la conclusion qui s'impose pour sauvegarder l'accès à l'enseignement supérieur : « Il est enjoint au président de l'Université de Toulouse-Le Mirail de prendre toutes mesures utiles particulièrement à la poursuite de l'ensemble des enseignements dans les conditions propices à une préparation efficace des examens ». Les autorités universitaires sont ainsi condamnées par le juge des référés à rendre effectif le droit des étudiants au service public de l'enseignement supérieur.

Conclusion

En définitive, la saisine du juge des référés permet de garantir l'efficacité des droits sociaux dans les situations qui commandent une intervention très rapide. Non seulement le juge des référés est parfaitement outillé pour assurer, en urgence, la défense de ces droits mais, en outre, on constate qu'il accepte de mettre en oeuvre les pouvoirs dont il dispose pour veiller à leur protection et garantir leur réalisation.

En précisant l'analyse, on observe toutefois une différence de situation selon les droits en cause et, plus spécifiquement, selon qu'existe ou non une structure capable de conseiller, d'aider et d'accompagner devant les tribunaux la personne victime d'une atteinte à ses droits. Lorsque de telles structures existent, l'effectivité des droits sociaux, dans le cadre des procédures d'urgence atteint un niveau élevé. C'est le cas pour les droits reconnus aux demandeurs d'asile : ces derniers sont efficacement protégés grâce aux compétences des associations qui leur viennent en aide et à la maîtrise par celles-ci des procédures contentieuses. C'est le cas également des droits des travailleurs, qui

deviennent effectifs en référé grâce au concours actif des syndicats concernés. A l'inverse, dans les autres domaines, les structures sont moins nombreuses ou moins bien armées pour engager des procédures. Cela se ressent au niveau des possibilités concrètes qu'a l'individu de mener une action en justice. L'intéressé ignore qu'une voie de droit est à sa disposition ou encore est rebuté par la complexité des procédures. Dans un cas comme dans l'autre, il cèdera facilement devant le fait accompli et ne s'adressera pas à la justice pour obtenir la défense de ses droits.

Au final, l'appui institutionnel dont bénéficient les personnes victimes d'atteintes à leurs droits sociaux conditionne en grande partie l'effectivité de ces derniers dans le cadre des procédures d'urgence. L'efficacité des droits sociaux en référé ne dépend pas seulement de la qualité des procédures existantes. Elle est aussi fonction, pour une part significative, du dynamisme de la société civile pour favoriser l'accès de ses membres aux organes juridictionnels chargés de leur protection.

SECTION 2. -

LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DES DROITS SOCIAUX COMPARÉE À CELLE DES DROITS CIVILS : EXISTE-T-IL UNE RÉELLE DIFFÉRENCE DE MISE EN ŒUVRE DES DROITS ?

Le postulat est constamment mis en avant : les droits sociaux seraient essentiellement programmatiques et ne pourraient pas faire l'objet d'une protection juridictionnelle comparable à celle dont bénéficient les droits civils ou politiques. Face aux droits sociaux, le juge, respectueux du pouvoir démocratique du Parlement et limité par le caractère politique des arbitrages budgétaires nécessaires à leur mise en œuvre, pratiquerait un *self restraint* et renverrait vers l'hémicycle des questions qui ne pourraient être tranchées dans les prétoires. L'argument méritait que l'on s'y attardât. Deux exemples ont été choisis, pour tenter de prendre la mesure de l'écart existant dans la mise en œuvre juridictionnelle des droits. Celui, d'une part, du contentieux du droit du séjour des étrangers (1), celui, d'autre part, des droits des salariés (2).

1) PROTECTION COMPARÉE DU DROIT AU SÉJOUR POUR MENER UNE VIE PRIVÉE ET FAMILIALE NORMALE ET POUR RAISON MÉDICALE : UNE APPROCHE SPÉCIFIQUE DU JUGE DANS LA PROTECTION DES DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX ?

JOHANN MORRI

Le développement massif du contentieux des étrangers depuis la fin des années 1980 a fait l'objet de nombreux commentaires ou analyses. Une de ses caractéristiques est non seulement le nombre des affaires jugées chaque année mais aussi, au sein de ces affaires, la récurrence de certains types de contentieux, des moyens invoqués et des solutions juridictionnelles données.

Parmi les moyens les plus fréquemment invoqués figure, sans aucune contestation possible, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 8 de la

CEDH¹. A partir de l'admission par le Conseil d'État du caractère opérant de ce moyen contre un refus de titre de séjour ou une mesure d'éloignement par les arrêts d'assemblée *Babas et Belgacem* du 19 avril 1991, s'est progressivement développé un corpus jurisprudentiel très codifié, qui a l'intérêt, pour les praticiens, les étrangers et l'administration, de présenter certains gages de prévisibilité et de stabilité² mais qui, corrélativement, peut sembler désormais ne plus guère présenter d'intérêt pour les chercheurs et les universitaires.

L'invocation du droit à la santé, ou, pour être plus précis, du droit de séjourner en France ou de ne pas être éloigné lorsque cette mesure emporterait, à raison de l'état de santé de l'intéressé et de l'absence de possibilités de soins des conséquences graves est également la source d'un contentieux récurrent et abondant³. Là encore, on est en présence d'un corpus jurisprudentiel relativement stable, même s'il n'exclut pas des évolutions majeures, comme vient de le montrer le Conseil d'État dans l'arrêt de Section du 7 avril 2010 *Ministre de l'intérieur c. Jabnoun et Ministre de l'Immigration c/ Bialy*⁴, en réouvrant un chapitre qu'on croyait clos depuis années (la prise en compte des facteurs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'effectivité de l'accès aux soins, sujet sur lequel aucune décision de principe n'était intervenue mais sur lequel les sous-sections du Conseil d'État avait tranché à de nombreuses reprises dans le même sens).

On est donc en présence, dans les deux cas, de contentieux présentant à juger chaque année des milliers d'affaires, et dans lesquels l'abondance du contentieux a permis la formation de ligne de forces, de principes et de standards de nature à faciliter la compréhension globale et l'étude critique (par opposition aux domaines où, faute de contentieux nombreux, l'observateur est confronté au risque de la généralisation hypothétique à partir d'exemples épars).

Mais au-delà de cette similitude tenant à la catégorie d'usagers concernés, au nombre des contentieux et à l'existence d'une jurisprudence stable, on pourrait objecter qu'il existe entre ces types de contentieux une différence de nature. Dans un cas, le juge intervient dans la protection d'un droit généralement classé dans les droits civils et politiques (le droit de mener une vie privée et familiale normale)⁵ et, dans l'autre, dans la protection d'un droit social,

¹ Il est difficile de chiffrer avec précision le nombre d'affaires dans lequel ce moyen est invoqué, mais une estimation de 10 000 à 20 000 affaires par an paraît raisonnable sur un total de 35 015 requêtes contre des APRF ou des OQTF en 2008.

² Pour une analyse exhaustive de la jurisprudence en la matière, v. N. FERRAN, *L'intégration des étrangers saisie par le droit. Contribution à l'analyse du droit des étrangers 1981-2006*, dir. D. Rousseau : Th. dactyl., Montpellier 1, 2008.

³ Chaque année, sur les 40 000 avis médicaux concernant des étrangers malades (premières demandes ou renouvellement), 12 000 sont négatifs. Si le taux de recours est identique au contentieux général des étrangers, le nombre de requêtes s'élèverait à plus de 3 000/ an. Compte tenu des enjeux humains le taux de recours est probablement plus élevé.

⁴ AJDA, 2010, p.881, chron. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, JCP A, 2010, note S. SLAMA et B. DEMAGNY.

⁵ Encore que cette classification ne soit pas évidente s'agissant du droit de mener une vie privée et familiale normale. Ainsi, dans les grands arrêts de la jurisprudence administrative, on note que :

le droit à la santé. Bien sûr, une objection vient immédiatement à l'esprit sur ce point : le fait que dans les deux cas, ces deux droits sont appréhendés sous l'angle commun du droit au séjour, c'est-à-dire, en définitive, d'une forme de la liberté d'aller et venir, est qui est l'archétype des droits civils et politiques, des « droits de ». Pour autant, doit-on considérer qu'un droit social perd toute spécificité dès lors qu'il est appréhendé sous l'angle du droit civil et politique qui en conditionne l'exercice ? En d'autres termes, le droit au séjour pour raisons de santé est-il un droit civil et politique avant d'être un droit social, ce qui fausserait par avance la comparaison ?

L'idée qu'il faudrait distinguer de « vrais » droits économiques et sociaux, qui se manifesteraient sous la forme pure d'un droit créance, de « faux » droits économiques et sociaux, qui seraient en réalité des libertés à coloration économique et sociale mériterait sans doute de vastes développements. Pour les besoins de cette étude, on se limitera à indiquer que tout droit économique et social, fut-il un droit de créance, suppose en amont la reconnaissance du minimum de libertés indispensables pour jouir effectivement de cette créance. De même que le droit à la retraite suppose de pouvoir correspondre avec sa caisse d'assurance vieillesse et de pouvoir franchir les portes de celle-ci pour déposer son dossier, le droit à la santé suppose de pouvoir accéder physiquement à un lieu où des soins seront prodigués. L'idée qu'il y aurait disqualification d'un droit économique et social chaque fois qu'il s'accompagnerait de l'exercice de la liberté d'aller et venir conduirait donc à vider la catégorie des droits économiques et sociaux, ce qui paraît une conséquence difficilement admissible.

Par ailleurs, le droit au séjour pour raison de santé ne se limite que rarement à l'exercice d'un simple droit au séjour : en effet, sauf dans des hypothèses exceptionnelles, le droit au séjour s'accompagne le plus souvent d'un accès aux soins (prise en charge médicale et protection sociale). Donc, en réalité, le « *droit de* » est non seulement une condition nécessaire pour l'exercice du « *droit à* », mais, en pratique, cette condition -le droit de séjourner pour être soigné- tend être à nécessaire et suffisante pour bénéficier de l'accès aux soins.

Pour peu que l'on admette, donc, que l'on est bien en présence d'un droit civil et politique d'un côté et d'un droit économique et social de l'autre, l'observation de la façon dont le juge assure la protection de ces droits dans le contentieux du séjour et de l'éloignement peut être l'occasion de rechercher s'il existe, en la matière, une approche spécifique du juge en fonction de la nature des droits en cause. A cet égard, il semble qu'il faille distinguer deux questions. D'une part, la question de l'impulsion initiale qui aboutit à consacrer ces droits

« La décision GISTI est (...) symptomatique de la reconnaissance par le juge administratif de principes généraux du droit à caractère social » (GAJA, 16^{ème} édition, arrêt n° 90). Milite en ce sens la présence de ce droit dans le préambule de la constitution de 1946. Mais, à l'inverse, on peut noter que la présence de ce droit dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui regroupe des droits de « première génération », est un élément de rattachement à la catégorie des droits civils et politiques cf. arrêt CEDH du 27 mai 2008 N... c. Royaume Uni, § 44 : RTDH 2009. 261, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE.

ou à leur donner leur plein effet. D'autre part, la question de la mise en œuvre du régime de protection de ces droits et de ses modalités.

I. Le rôle du juge dans la consécration de ces droits

Un des aspects de l'opposition traditionnelle entre droits civils et politiques et droits économiques sociaux consiste souvent à insister sur le fait que la consécration des droits économiques et sociaux peut difficilement être réalisée par la simple voie jurisprudentielle, dans la mesure où leur mise en œuvre relève d'une politique publique, des mesures positives, une organisation administrative, des ressources, etc. et implique un ensemble de choix, qui relève en principe plutôt du législateur ou du gouvernement.

A. Le droit au séjour des étrangers malades : un droit préfiguré par le juge, consacré et étendu par le législateur

La consécration du droit au séjour des étrangers malades est le résultat d'un processus en plusieurs étapes : un principe posé par le juge, une pratique administrative qui en découle, et qui est finalement reprise et consacrée par le législateur.

A l'origine du processus, se trouvent les arrêts d'assemblée du 29 juin 1990, *Olmos Quinteiro* et *Imanbaccus*. Dans ces affaires, le Conseil d'État se penchait sur la première fois sur le contentieux de la reconduite à la frontière et consacrait l'existence d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation des conséquences d'une telle mesure. Le commissaire du gouvernement Faugère suggérait alors que cette hypothèse pourrait s'appliquer à « des cas exceptionnels dans lesquels la reconduite à la frontière aurait des conséquences humainement inacceptables : ainsi d'un étranger sous traitement médical lourd et continu ; de même sans doute d'une femme en fin de grossesse ». Ainsi, il ne s'agissait au départ que d'une application particulière de la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation, illustrée dès l'année suivante par des arrêts contrôlant l'erreur manifeste au regard des conséquences sur l'état de santé⁶.

L'avis rendu en section administrative le 22 août 1996 à la suite de l'évacuation de l'Église Saint-Bernard achève de poser en principe le fait qu'est entachée d'erreur manifeste d'appréciation la reconduite la frontière lorsqu'est « sérieusement en cause l'état de santé des intéressés »⁷, et c'est notamment à cet avis que se réfère le ministre de l'Intérieur pour estimer inutile un amendement déposé au mois de décembre suivant, dans le cadre de la discussion du projet de loi sur l'immigration⁸. L'amendement est toutefois adopté, et le 8^e

⁶ CE, 10 octobre 1991, *Préfet des Alpes Maritimes c. Soares Semedo* (aux tables, n° 125193) ; CE, 19 juin 1992, *Préfet de l'Yonne c. Larbi* (n° 131547, aux tables).

⁷ Rapport annuel du CE pour 1996, p. 279 ; Grands avis du Conseil d'État, Dalloz, 3^{ème} éd., n° 29.

⁸ V. l'historique des débats dans les conclusions du rapporteur public Claude JARDIN dans l'affaire *Préfet de Police c. Jabnoun*.

de l'article 25 de l'ordonnance de 1945, issu de la loi du 24 avril 1997, inscrit dans le droit positif le principe de l'interdiction d'éloignement d'un étranger résidant habituellement en France atteint d'une pathologie grave nécessitant la poursuite d'un traitement médical dont l'interruption pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays de renvoi. De l'interdiction d'éloignement, on passe assez logiquement à la garantie d'un droit au séjour avec la loi dite « Chevènement » du 11 mai 1998, sur proposition de la mission Weil⁹. On assiste à cette occasion à quelques passes d'armes sur la générosité et l'impact excessifs de cette disposition. Ainsi, un ancien ministre de l'Intérieur déclare : « L'instauration d'une carte de séjour pour les étrangers malades (...) va multiplier les charges sociales que nous supportons... la France n'a ni vocation, ni intérêt à devenir l'hôpital du monde »¹⁰.

La disposition adoptée, quelle appréciation peut-on porter sur l'impact du juge dans la consécration de ce droit ? Un point ressort avec certitude de la chronologie et des débats parlementaires : c'est bien de la jurisprudence administrative qu'est née l'impulsion qui a conduit à l'instauration d'une pratique administrative¹¹, puis à l'inscription d'un droit dans la loi elle-même. Pour autant, peut-on affirmer que la reconnaissance du droit au séjour pour raisons médicales est essentiellement l'œuvre du juge, et que le législateur n'aurait fait que couronner le dispositif ? Comme cela a été indiqué, il ne s'agit au départ, pour le juge, que d'illustrer la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation, qui est, par essence, assez restrictive¹². Mais le juge a joué un rôle essentiel en concrétisant par des annulations effectives, dès 1991-1992, ce qui n'était au départ qu'un propos illustratif dans des conclusions de commissaire de gouvernement. En revanche, rien ne pouvait laisser prévoir, dans ces conclusions, ou dans les premières solutions jurisprudentielles, l'ampleur du droit finalement reconnu. Ce droit change d'échelle, lorsque le législateur accepte de le reprendre à son compte et de lui donner une portée qui n'avait pas nécessairement été prévue au départ. Mais qu'il s'agisse d'un malentendu ou d'un « effet boule de neige », il reste que le juge a bien apporté une contribution importante à l'instauration d'un droit économique et social, qui concerne aujourd'hui des dizaines de milliers de personnes par an.

Il est également intéressant d'observer à quel point le processus qui a mené à la consécration de ce droit relativise l'opposition traditionnelle entre les

⁹ Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration, La Doc. fr., 1997 p. 85.

¹⁰ Charles PASQUA, Sénat, séance du 21 janvier 1998.

¹¹ Une approche complète impliquerait de prendre en compte l'impact de la mobilisation des associations qui se sont mobilisées pour le droit au séjour des étrangers malades, comme le Comede, l'ODSE, Act Up, etc., mais ce n'est pas le sujet de la présente étude.

¹² Il faut relativiser ce point, car c'est un argument rhétorique classique des commissaires du gouvernement que de montrer que l'évolution qu'ils proposent n'a qu'un impact limité... Il est rare, à l'inverse qu'un commissaire présente une solution comme révolutionnaire, bouleversante ou hérétique. Cela dit, il n'est pas certain que les formations de jugement soient dupes de ce type d'« euphémisation », tant il est fréquent qu'une évolution présentée comme limitée ait, par la suite, des conséquences majeures.

droits-libertés, qui pourraient être garantis par une simple abstention, et les droits-créances, qui supposent une action organisée pour que leur jouissance soit effective. En effet, la protection du droit à la santé pour les étrangers en situation irrégulière est, au départ, assurée par l'imposition d'une simple abstention. Mais la situation qui est créée par cette abstention (la présence d'étrangers ne pouvant être éloignés, au statut juridique indéterminé, et dont la prise en charge doit être assurée d'une façon ou d'une autre) engendre une situation face à laquelle les pouvoirs publics sont sinon tenus d'agir, du moins fortement incités à le faire, à la fois pour passer de l'obligation de ne pas éloigner à la création d'un statut juridique (un titre de séjour spécifique) et pour organiser l'octroi de ce statut (intervention du médecin inspecteur de santé publique ou, aujourd'hui, à compétences constantes, du médecin de l'Agence régionale de la santé). Par ailleurs, l'existence d'un droit au séjour pour soins ou à raison de l'état de santé est un élément important pour inciter à la mise en œuvre d'une prise en charge financière et médicale qui permette l'accès aux soins pour lesquels, précisément, le séjour a été protégé.

B. Le droit de mener une vie privée et familiale normale : une création revendiquée par le juge

On ne refera pas ici en détail l'historique de la reconnaissance du droit de mener une vie privée et familiale normale, si ce n'est pour rappeler les deux étapes majeures qu'on constituait l'arrêt d'Assemblée *Gisti* du 8 décembre 1978, qui énonce « qu'il résulte des principes généraux du droit et, notamment du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale », et les arrêts *Babas* et *Belgacem* du 19 avril 1991 qui consacrent la possibilité d'invoquer à l'encontre d'une mesure d'éloignement l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme protégeant le droit de mener une vie privée et familiale normale. On peut également souligner la continuité entre ces deux étapes qui, même si elles reposent sur des sources différentes, s'inscrivent dans une démarche générale du juge dont la cohérence a été souvent soulignée, notamment dans les commentaires les plus autorisés. Ainsi, les grands arrêts notent, à propos des arrêts *Babas* et *Belgacem*, que « la convention internationale prend ici le relais du principe général du droit dégagé par le juge » (*GAJA*, 16^{ème} édition, arrêt n°90).

Si l'on examine la contribution respective du législateur et du juge dans la consécration du droit de mener une vie privée et familiale normale, on est frappé de voir que le rôle du législateur a été beaucoup plus limité que ne l'a été son rôle dans la reconnaissance du droit au séjour pour raisons de santé.

Certes, l'arrêt *Gisti* de 1978 ne consacrait pas ex-nihilo un droit au regroupement familial, puisque le principe d'un droit au séjour pour les membres des familles des étrangers autorisés à résider en France avait été posé, deux ans avant, par le décret du 29 avril 1976. Mais la simple consécration de ce

droit par voie réglementaire ne lui garantissait aucune pérennité, comme le démontrent aussitôt les circonstances de la suspension de ce droit par le décret du 10 novembre 1977, qui restreignait fortement le droit au regroupement familial, et la contestation de ce décret par le Gisti. En indiquant qu'il résulte des principes généraux du droit et, notamment, du Préambule de la Constitution que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale, qui comporte, en particulier, la faculté de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs, le Conseil d'État confère à ce droit une pérennité que le législateur s'était abstenu lui reconnaître. Le commissaire du gouvernement Dondoux indiquait d'ailleurs, à propos du décret, qu'il « vise à mettre en œuvre, aux lieu et place d'un législateur défaillant un droit au regroupement familial qu'impliquait soit un principe général du droit soit un principe à valeur constitutionnelle »¹³. L'intervention du législateur ne sera pas jugée urgente ou particulièrement nécessaire, puisqu'il faudra attendre la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 pour que soit introduit dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 un chapitre VI consacré au « regroupement familial ».

S'agissant de la protection contre l'éloignement, elle est là encore essentiellement l'œuvre du juge, ou plus exactement des conséquences qu'il tire des engagements internationaux. En effet, si le législateur avait délimité certaines catégories protégées contre l'éloignement à raison d'attaches familiales en France, il n'avait pas organisé de façon générale une protection contre l'éloignement à raison de ce droit. La consécration par le Conseil d'État de l'applicabilité de l'article 8 de la CEDH au contentieux des mesures d'éloignement¹⁴ donne une portée générale à cette protection. C'est désormais essentiellement en fonction de la jurisprudence administrative que vont être fixés ses contours.

Certes, l'intervention du législateur conserve tout son intérêt lorsqu'elle aboutit à protéger contre l'éloignement des étrangers dont la situation ne se rattache pas à la vie privée et familiale (par exemple la protection à raison de la durée du séjour habituel en France), mais dans les autres cas, compte-tenu de l'évolution restrictive de la législation en vigueur, les standards du législateur sont en général moins protecteurs que ceux du juge.

Au total, l'étude comparée du rôle joué par le juge dans la consécration du droit de mener une vie privée et familiale normale et du droit à la santé pour les ressortissants étrangers ne remet pas fondamentalement en cause l'opposition traditionnelle entre droit civils et politiques et droits économiques et sociaux, mais incite cependant à la nuancer.

¹³ Droit social, 1979, p. 57.

¹⁴ Qui faisait suite aux arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme dans les affaires Berrehab c. Pays Bas du 21 juin 1988 (série A n° 138) et Moustaquim c. Belgique du 18 février 1991.

En effet, dans le cas de la consécration du droit à la santé, le juge, sans procéder lui-même à une consécration générale, pose les jalons qui vont sinon contraindre du moins inciter le législateur à intervenir. Il n'est donc pas étranger à l'impulsion initiale qui aboutit à la consécration de ce droit et ne se limite pas à mettre en œuvre les principes posés par le législateur. La jurisprudence, en consacrant la protection contre l'éloignement pour raisons de santé, a précédé la loi. En revanche, le rôle joué par le législateur est décisif dans le changement d'échelle pour la mise en œuvre de ce droit, car au départ la protection qui résulte de la jurisprudence n'est conçue que pour agir dans des cas exceptionnels. Par ailleurs, si le juge joue un rôle important, quoique non exclusif ou décisif, il n'a pas nécessairement une conscience claire des conséquences de sa jurisprudence et ne revendique pas un rôle moteur par rapport au législateur. En revanche, s'agissant du droit de mener une vie privée et familiale normale, on observe deux différences essentielles. En premier lieu, le juge semble avoir une conscience plus claire de la portée de son intervention et moins de complexes sinon à empiéter sur le champ du législateur, du moins à le suppléer : qualifié ici de « législateur défaillant » (conclusions Dondoux sur l'arrêt Gisti de 1978), ou rappelé ouvertement à ses limites¹⁵. En second lieu, l'intervention du législateur et du gouvernement est assez limitée, sauf pour définir les modalités de mise en œuvre du droit au regroupement familial.

II. Le rôle du juge dans la mise en œuvre de ces droits

Dès lors qu'il s'agit d'examiner l'efficacité réelle de la protection d'un droit, « le diable est dans les détails ». La façon dont ces droits sont mis en œuvre, notamment par le juge, peut avoir une incidence pratique extrêmement importante, qui peut, selon les cas, donner sa pleine portée à un droit ou, au contraire, en rendre l'exercice limité ou aléatoire. Ainsi, des règles en théorie très protectrices sur le droit d'asile sont à peu près sans portée sans possibilité concrète d'accéder au guichet pour déposer une demande. Or, ce qui paraît aller de soi pour des usagers *lambda* de l'administration est loin d'être évident pour des personnes en situation juridique ou matérielle précaire, telles qu'un demandeur d'asile. Il aura fallu l'intervention du Conseil d'État, dans le cadre d'un des premiers référés-liberté, pour rappeler l'évidence : pas de droit d'asile sans possibilité effective de déposer une demande¹⁶. Un très grand nombre de facteurs interviennent entre la proclamation ou la reconnaissance d'un droit et sa garantie effective. Pour n'évoquer que ceux qui concernent le juge, on peut évoquer des questions telles que les modes d'interprétation de la loi, le degré de contrôle, les « standards » jurisprudentiels, la charge de la preuve, etc.

¹⁵ « Si l'on suppose un instant que le législateur a entendu écarter toute protection en dehors des cas prévus (par la loi) il en résulterait nécessairement que la loi serait, dans cette mesure, incompatible avec la Convention », concl. DONDOUX, précit.

¹⁶ « Le référé liberté et le droit d'asile », note J. MORRI et S. SLAMA sous CE, réf., 12 janvier 2001 Mme Hyacinthe, AJDA, 2001, p. 589.

Si l'on en revient à la distinction entre droits civils et politiques et droits économiques et sociaux, la thèse classique de l'opposition entre ces deux notions devrait logiquement conduire à ce que la spécificité des droits économiques et sociaux s'illustre dans une approche particulière et restrictive, voire particulièrement restrictive, à leur endroit, qu'il serait possible d'opposer à une approche plus audacieuse ou plus intransigeante du juge en matière de droits civils et politiques. De même, on pourrait penser que lorsqu'il intervient dans la protection des droits économiques et sociaux, qui est « étroitement dépendante des ressources dont l'État peut disposer »¹⁷, le juge est particulièrement attentif à l'impact économique et budgétaire de sa jurisprudence.

A. Article 8 *versus* regroupement familial ou comment le juge s'efforce d'appliquer les engagements internationaux sans priver le Gouvernement et le Législateur de leurs prérogatives

L'une des questions récurrentes s'agissant de l'application du droit de mener une vie privée et familiale normale dans le contentieux des étrangers concerne les rapports entre l'institution du regroupement familial et la norme européenne de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme.

L'institution du regroupement familial est l'ensemble des règles permettant à l'étranger en situation régulière de faire venir en France, sous certaines conditions, son conjoint et ses enfants mineurs. Les conditions ont varié au gré des évolutions politiques et juridiques dont le droit des étrangers est coutumier, mais restent, pour l'essentiel, fondées sur deux critères¹⁸ : l'existence de ressources stables et suffisantes et d'un logement considéré comme normal pour une famille de même composition vivant en France¹⁹. Ces règles reposent sur l'idée qu'en contrepartie du droit reconnu au ressortissant étranger d'être rejoint par sa famille, il est normal d'exiger que celui-ci puisse démontrer, au préalable, qu'il sera en mesure d'assurer des conditions matérielles satisfaisantes pour sa famille, cette exigence étant justifiée soit par des considérations utilitaristes (empêcher que le membre de famille ne devienne une « charge » pour la société française), soit par ces considérations d'intégration (donner au membre de famille les conditions permettant une intégration rapide dans la société française)²⁰.

Le « revers de la médaille » est la difficulté ou l'impossibilité pour les étrangers, même en situation régulière et présents de longue date sur le

¹⁷ J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. I, 9^e édition, n° 135.

¹⁸ On laissera ici de côté les critères d'intégration qui tendent, dans la période récente, à être mis en avant, avec les problèmes que posent ces critères dans d'une procédure concernant des personnes qui résident et vivent à l'étranger.

¹⁹ Auxquels s'ajoutent depuis 2003 la condition d'intégration républicaine dans la société française. V. D. LOCHAK, « Devoir d'intégration et immigration », *Revue de droit sanitaire et social*, 2009, p. 18 ; « L'intégration comme injonction. Enjeux idéologiques et politiques liés à l'immigration », *Cultures & Conflits*, 64, hiver 2006, n° 51.

²⁰ V. en ce sens la thèse de N. FERRAN, précit.

territoire français, de faire venir leur famille lorsque leur emploi, leurs ressources ou leurs possibilités d'obtenir un logement ne satisfont pas ces conditions. Cette difficulté concerne notamment les travailleurs précaires, occupant des emplois à temps partiel ou mal rémunérés, vivant dans des agglomérations où l'offre de logement est insuffisante, ou parents de familles nombreuses. Face à ces difficultés, la pratique consistant à se faire rejoindre par des membres de famille « hors regroupement familial », entrés avec un visa de court séjour ou, plus rarement, de façon irrégulière, est relativement courante. Les gouvernements successifs ont fréquemment réaffirmé leur souhait de faire échec à ces pratiques, notamment en limitant au maximum les possibilités de régularisation pour les membres de famille entrés hors de ce regroupement, qui sont par exemple exclus du droit à la carte de séjour « *vie privée et familiale* »²¹.

L'apparition du contrôle fondé sur l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme aurait pu remettre en cause ce dispositif, dans la mesure où il conditionne l'exercice du droit de mener une vie privée et familiale normale à des conditions d'ordre économique et social, ce qui n'est pas prohibé par principe par la convention, mais pouvait occasionner des contradictions de « standard », dans l'appréciation de la balance entre atteinte au droit protégé et justification invoquée pour cette atteinte. En effet, dans la mesure où les notions de la convention sont des notions autonomes, éclairées par la jurisprudence d'une juridiction internationale, il n'y a pas de raison pour qu'elles coïncident *a priori* avec les exigences du droit national (sauf recours à la notion de marge nationale d'appréciation dans certains cas). En d'autres termes, il était tout à fait possible que les exigences de l'article 8 obligent à assouplir les règles de séjour des enfants et conjoints d'étrangers, et relèguent au second plan les exigences d'ordre économique et social mises en avant par le législateur et l'Exécutif pour limiter ce séjour. L'enjeu de ce débat était essentiel, car l'affaiblissement du regroupement familial par une lecture totalement autonome de l'article 8 aurait retiré au Gouvernement et au Parlement un instrument de contrôle de l'immigration (enjeu de souveraineté) et aurait sinon fait disparaître, du moins fortement atténué, le principe selon lequel le droit d'être rejoint par sa famille devait être conditionné par le respect de conditions matérielles et économiques (enjeu économique et social).

Le terrain privilégié de cette opposition a été le contentieux de l'éloignement. En effet, s'il est possible de contester le refus de regroupement familial en invoquant l'article 8, cette voie est peu utilisée, sans doute en raison de la durée des procédures (qui s'ajoute à la durée de la procédure de regroupement). Le contentieux se noue donc le plus souvent lors de l'édition d'une mesure d'éloignement à l'encontre du membre de famille et de son contrôle

²¹ Ceseda, art. L. 313-11 7 ; exclusion en partie théorique, dans la mesure où elle aboutit soit à placer l'étranger protégé par l'article 8 mais exclu par le législateur dans une situation de « ni-ni » (ni éloignable, ni régularisable) en cas d'annulation de la mesure d'éloignement, soit à la délivrance du titre que le législateur entendait refuser (en cas d'annulation du refus de titre de séjour assortie d'une injonction).

par le juge. Face à une telle situation, deux types d'orientations jurisprudentielles étaient concevables. La première consistait à estimer que la possibilité de bénéficier d'une procédure de regroupement familial, même lorsque les conditions de cette procédure ne seront pas nécessairement remplies à brève échéance, constitue un élément qui sera, sinon un obstacle à ce que soit retenue l'atteinte disproportionnée, du moins un élément qui conduira à ne la retenir que dans des cas tout à fait exceptionnels. On retrouve les premières décisions consacrant cette approche dès le début des années 1990²². La seconde approche consiste à faire prévaloir le caractère autonome des droits reconnus par la convention et à estimer que, même si la possibilité de regroupement familial est un élément à prendre en compte pour apprécier la gravité de l'atteinte portée au droit à la vie familiale, elle ne l'exclut pas par principe. Elle est consacrée dans un arrêt CE, 3 avril 2002, *Mme Owusu*²³, qui censure pour atteinte disproportionnée au droit de mener une vie privée et familiale un arrêté de reconduite à la frontière pris à l'encontre du conjoint d'un étranger en situation régulière et parent de deux enfants « *alors même* » que cette personne peut prétendre au regroupement familial.

En pure logique, une de ces approches aurait dû prévaloir sur l'autre. En réalité, l'on a assisté pendant plusieurs années à la cohabitation de ce que le rapporteur public L. Derepas nommait, dans ses conclusions sur l'arrêt *Boudaa*, un « premier ensemble » et un « second ensemble » de décisions, c'est-à-dire de deux courants jurisprudentiels sinon parallèles du moins d'une conciliation délicate... Et si le rapporteur public estimait, avec une certaine bienveillance, que « ces deux courants ne sont pas contradictoires » et « traduisent simplement le fait que le même critère, la possibilité de recourir au regroupement familial, peut, en fonction des circonstances de l'espèce, venir au soutien d'un rejet ou ne pas faire obstacle à une annulation », force est de constater qu'il était parfois bien difficile de déterminer dans quelles circonstances d'espèce l'article 8 devait céder le pas devant le regroupement familial, et réciproquement. En pratique, c'est une typologie de situations qui a été progressivement forgée par le juge pour indiquer les cas dans lesquels, malgré la possibilité de regroupement, l'atteinte devait être regardée comme constituée (en fonction du titre de séjour détenu par le conjoint, de la durée du séjour, du nombre des enfants, etc.). Mais si cette typologie a assurée une certaine prévisibilité, elle ne réglait pas la question de principe.

La façon dont le Conseil d'État, dans le récent arrêt *Boudaa*,²⁴ a choisi de clarifier cette question lancinante, offre une illustration de la façon dont le juge évalue l'impact de sa jurisprudence sur la politique publique avec laquelle elle

²² V. CE, Président de la section du contentieux, 2 décembre 1992, *Mme Yachir*, n° 135418, non publié ; CE, Président de la section du contentieux, 19 septembre 1994, *Préfet de la Marne*, n° 156808 ; CE, Président de la section du contentieux, 21 novembre 1994, *M. Li*, n° 147199, non publié ; en dernier lieu, CE 30 mai 2005, *Préfet du Val-de-Marne c. Mme Diarra*, n°260364, aux tables.

²³ Req. n° 231033, publié aux tables.

²⁴ CE Sect., 28 déc. 2009, n° 308231, *Mme Boudaa*, épouse Azzi.

est susceptible d'entrer en contradiction ou en concurrence. Le Conseil d'État énonce désormais sans ambiguïté que : « la circonstance que l'étranger relèverait, à la date de cet examen, des catégories ouvrant droit au regroupement familial ne saurait, par elle-même, intervenir dans l'appréciation portée par l'administration sur la gravité de l'atteinte à la situation de l'intéressé ». Mais le regroupement familial, chassé par la porte, revient aussitôt par la fenêtre, puisque dans le deuxième temps du raisonnement, le Conseil d'État indique que l'administration « peut en revanche tenir compte le cas échéant, au titre des buts poursuivis par la mesure d'éloignement, de ce que le ressortissant étranger en cause ne pouvait légalement entrer en France pour y séjourner qu'au seul bénéfice du regroupement familial et qu'il n'a pas respecté cette procédure ».

Si l'on s'en tient à la formulation de principe, la portée de l'évolution jurisprudentielle ainsi opérée est difficile à saisir. Car si l'administration ne peut plus, dans un premier temps, faire « *comme si* » la possibilité future et hypothétique d'obtenir un regroupement familial atténue les effets, immédiats et certains, d'une mesure d'éloignement, elle peut, dans un second temps, justifier la gravité de l'atteinte ainsi portée en invoquant la nécessité de s'opposer au contournement du regroupement familial : au final, on peut donc se demander ce que cela change, pour les intéressés, que le regroupement familial soit opposé dans la phase initiale ou finale du raisonnement de l'administration...²⁵ Derrière cette formulation subtile, voire byzantine, les conclusions du rapporteur public font en réalité apparaître une nouvelle distinction : entre les cas où la vie familiale est née sur le territoire français (par exemple, dans le cas du titulaire d'une carte de séjour étudiant qui rencontre, en France, un autre étranger en situation régulière, et l'épouse alors que les deux conjoints sont présents sur le territoire français) et ceux où cette vie familiale est née à l'étranger et où le « rejoignant » était conscient, dès l'origine, d'enfreindre les règles du regroupement familial.

Sans aller jusqu'à dire que la montagne accouche d'une souris, il faut constater que cette évolution –si elle devait être la seule conséquence de l'arrêt *Boudaa*- est d'une portée limitée, la situation dans laquelle la vie familiale est née sur le territoire français étant beaucoup moins fréquente que celle du conjoint ou des enfants qui rejoignent ce territoire quelques années après le départ du père ou de la mère.

La justification du caractère limité de cette évolution est très explicite : éviter, autant que possible, de retenir dans l'application de la Convention une solution qui contredise l'approche du législateur national. Dans ses conclusions, le rapporteur public, après avoir longuement développé les raisons qui militent pour l'abandon de la jurisprudence antérieure, revient néanmoins sur « la

²⁵ V. en ce sens N. FERRAN, S. SLAMA, « Contentieux de la reconduite : l'éveil de la conscience des préfets à l'article 8 de la Convention EDH en cas de non-recours au regroupement familial », JCP G, 2010, p. 231.

nécessité d'assurer une certaine effectivité à la procédure de regroupement familial », et après avoir rappelé que la jurisprudence Diarra se veut « la traduction du primat donné par les textes à la procédure de regroupement familial sur les autres modes d'installation régulière des familles étrangères sur le territoire français », il invite le Conseil à adopter une solution qui ne sape pas le primat du regroupement familial : « Nous avons dit combien ce primat avait un caractère relatif depuis que les étrangers peuvent se prévaloir directement de la méconnaissance de l'art. 8 de la CEDH. Il reste que vous devez vous efforcer de donner une portée à la volonté ainsi exprimée par le législateur. »

Au total, la position retenue par le Conseil d'État semble reposer sur le postulat que ce n'est ni au juge de définir une politique publique définie par le gouvernement et le législateur, ni d'en contrecarrer la mise en œuvre. Certes, elle s'accompagne également d'une justification sur le terrain de la morale et du rapport à la loi, puisqu'il s'agirait, toujours selon le rapporteur public, de traiter différemment –de manière moins favorable- les personnes qui ont « sciemment contourné la procédure de regroupement familial en procédant à l'introduction des « rejoignants » par d'autres voies ». Mais sur, ce point, on peut estimer que le raisonnement est un peu circulaire, car le respect dû à la loi dépend aussi de sa conformité à la norme supérieure (en l'occurrence internationale).

Opposer l'audace du juge et son constructivisme en matière de droits « classiques » à sa frilosité en matière de droits économiques et sociaux se heurte pour le moins au constat qu'en matière de droits classiques, le juge prend aussi largement en compte des aspects de politique publique. A l'inverse, il peut même dans la mise en œuvre de droits économiques et sociaux, faire preuve d'une certaine « audace » pour tirer les conséquences de la législation en vigueur.

B. Droit à la santé et prise en compte des ressources dans l'accès aux soins : quand le juge tire, tardivement mais complètement, toutes les conséquences des principes posés par le Législateur

La loi garantit le droit au séjour de l'étranger « résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire »²⁶. De l'interprétation qui est faite de ces conditions (résidence habituelle, nécessité d'une prise en charge médicale, conséquences d'une exceptionnelle gravité en cas de défaut de prise en charge, absence de possibilité effective de bénéficier d'un traitement approprié dans le pays d'origine) dépend l'étendue des droits reconnus aux étrangers concernés et, corrélativement, l'impact pour l'État français. Or, la question de la charge représentée par ces dispositions avait été largement évoquée lors des débats

²⁶ Ceseda, art. L. 313-11, 11 et L. 511-4.

ayant précédé leur adoption, les opposants à cette mesure insistant sur les conséquences financières potentielles d'une telle réforme.

Le juge a tout d'abord eu à déterminer ce qu'il fallait entendre par « conséquences d'une exceptionnelle gravité ». Sans surprise, eu égard à la rédaction de la disposition en cause, la jurisprudence a rapidement écarté l'interprétation très restrictive qui aurait conduit à considérer que seul un risque vital pouvait faire regarder cette condition comme remplie. La notion de conséquences d'une exceptionnelle gravité a donc été comprise comme incluant les cas de pathologies invalidantes ou d'atteinte à l'intégrité physique, comme le risque de cécité²⁷. Un degré supplémentaire a été franchi lorsque cette notion également a été comprise comme incluant, mais uniquement dans certaines circonstances particulières, l'interruption d'un processus de fécondation *in vitro* ou d'un traitement contre la stérilité²⁸, ou l'interruption d'une hormonothérapie féminisante pour des personnes transsexuelles, lorsqu'elle répond à une indication thérapeutique et que l'interruption du traitement entraînerait des risques importants²⁹. Au total, et malgré certaines limites³⁰, c'est une notion relativement large de « conséquences d'une exceptionnelles gravité » qui a été retenue.

Beaucoup plus délicat était, en raison de ses enjeux, le problème de la portée à donner à la notion d'accès « effectif » aux soins, qui vient de donner lieu aux arrêts de la section du contentieux du 7 avril 2010 *Jabnoun et Bialy*³¹. Dans une interprétation restrictive et abstraite, on pouvait considérer que cet accès devait s'entendre sur le plan strictement médical et que les soins devaient être considérés comme effectivement disponibles dès lors qu'ils étaient dispensés dans le pays en cause, et sans considération de leur coût et de la possibilité pour le patient de le prendre en charge seul ou dans le cadre d'un système de protection sociale. Au contraire, une interprétation concrète conduisait simplement à rechercher si, dans une situation donnée, un étranger pouvait accéder aux soins, sans distinguer selon la nature des obstacles, médicaux ou financiers, qui pouvaient empêcher cet accès. Elle conduisait à reconnaître le bénéfice de la disposition en cause à des personnes originaire d'un pays dans lequel une offre médicale adaptée existe mais où, par exemple, l'absence de système de protection sociale ou d'accès aux soins exige, pour bénéficier du traitement, un niveau de ressources sans commune mesure avec celles de l'intéressé.

²⁷ CE 31 janvier 2000 Préfet d'Ille et Villaine c. Farzouz, aux tables.

²⁸ CE 21 février 2000 Préfet de Seine Saint-Denis c. Jelassi, au Recueil, CE 7 juillet 2004 Préfet des Hauts-de-Seine c. Badja, n° 260388 ; a contrario, CE 30 novembre 2005 Préfet de Police c. Njike Nyatcha, n° 263476.

²⁹ CE 30 juin 2003 Préfet du Val d'Oise c. Martillo Jarrin, n° 248215, et CE 30 juin 2003 Préfet de Police C/ Boubkari n° 252621, publié aux tables.

³⁰ CE 28 avril 2000 Mboume, n° 211323, l'absence d'intervention chirurgicale pour une arthrose de la hanche droite n'est pas de nature à entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité

³¹ Les conclusions de M. GUYOMAR ont été publiées sur le blog : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/04/20/>.

On peut objecter – d’autant plus en connaissant la solution qui été finalement apportée à la controverse- que la loi elle-même était dépourvue d’ambiguïté, et que, comme l’a notamment relevé le rapporteur public C. Jardin devant la Cour administrative d’appel de Paris, le terme « effectivement » renvoyait nécessairement et évidemment à une approche concrète, la simple consultation du dictionnaire indiquant que les synonymes de ce termes sont « réellement », « véritablement » et « vraiment ». Et ce d’autant plus que l’administration elle-même avait – du moins à l’origine³²- retenu cette interprétation dans la circulaire du ministère de l’intérieur du 12 mai 1998, qui indiquait que « la possibilité pour l’intéressé de bénéficier ou non du traitement approprié (...) dépend notamment de l’existence des moyens sanitaires adéquats, mais encore des capacités d’accès du patient à ces moyens (...) L’accès aux structures sanitaires éventuelles est fonction de la distance entre le lieu de résidence du patient et la structure de soins qui conditionne le suivi médical régulier mais aussi, s’agissant de personnes le plus souvent démunies, de l’existence d’une couverture sociale et de son étendue ou d’une prise en charge financière des soins par la collectivité ».

Mais force est de constater que cela n’est pas du tout celle qui a été retenue pendant la première décennie d’application de la loi. En effet, sans que cette question ait jamais été soumise à une formation solennelle du Conseil d’État ou ait fait l’objet d’une décision publiée, la jurisprudence était constante pour s’en tenir à la disponibilité théorique des soins et pour écarter le critère des ressources³³. La solution retenue par le Conseil d’État dans les arrêts *Jabnoun* et *Bialy*, en effet, referme cette parenthèse de plus dix ans, en jugeant, conformément aux conclusions du rapporteur public Guyomar, que c’est bien une approche concrète de l’accessibilité des soins qui doit prévaloir. Le Conseil d’État, après avoir rappelé que « l’autorité administrative ne peut légalement décider l’éloignement de l’étranger que s’il existe des possibilités de traitement approprié de l’affection en cause dans le pays de renvoi », indique que « si de telles possibilités existent mais que l’étranger fait valoir qu’il ne peut en bénéficier, soit parce qu’elles ne sont pas accessibles à la généralité de la population, eu égard notamment aux coûts du traitement ou à l’absence de modes de prise en charge adaptés, soit parce qu’en dépit de leur accessibilité, des circonstances exceptionnelles tirées des particularités de sa situation personnelle l’empêcheraient d’y accéder effectivement, il appartient à cette même autorité, au vu de l’ensemble des informations dont elle dispose, d’apprécier si l’intéressé peut ou non bénéficier effectivement d’un traitement approprié dans le pays de renvoi ».

³² Il paraît assez clair que, dans les faits, cette interprétation large n’était plus celle retenue par l’administration, car dans le cas contraire, elle n’aurait pas suscité un abondant contentieux.

³³ V. par exemple CE, 13 février 2008 *Ministre de l’Intérieur c. Antir*, n° 297518 ; CE, 28 septembre 2005 *Préfet de Police c. Ngami*, n° 25826 ; CE, Président de la section du contentieux, 7 juillet 2004, *Toumi*, n° 261709 ; CE, Président de la section du contentieux, 20 décembre 2000 *Rahimi*, n° 22458.

Avancée incontestable dans la protection du droit à la santé des étrangers, cette position ne peut faire l'objet que d'une appréciation nuancée sur ce qu'elle révèle ou illustre de l'attitude générale du juge administratif vis-à-vis de la protection de ce droit et, à travers lui, des droits économiques et sociaux. En effet, cette appréciation doit être la combinaison de trois constats qui ne vont pas nécessairement dans le même sens :

- Le premier constat, qui a été rappelé, et qui serait plutôt un argument en faveur de la thèse d'une prudence particulière ou excessive du juge dans la mise en œuvre de ces droits, réside dans le fait que cette prise de position solennelle du Conseil d'État met un terme à une période de plus dix ans pendant laquelle a prévalu une interprétation de la loi extrêmement minimaliste, dont le rapporteur public a relevé, dans ses conclusions, qu'elle était à la fois en décalage avec « les termes de la loi », « les travaux préparatoires », « l'économie même du dispositif de protection », sans que cela suscite de controverse majeure (qui serait manifestée, par exemple, par des solutions divergentes des sous-sections jugeant seules). La façon dont s'est élaboré ce consensus minimaliste ne permet pas de disposer de document (conclusions de rapporteurs publics, par exemple) qui en aurait explicité de façon incontestable les raisons et les fondements théoriques. Mais il est difficile d'écarter l'hypothèse de craintes vis-à-vis d'un impact financier, économique et social trop important, dans la mesure où, pour préconiser l'évolution de jurisprudence en cause, le rapporteur public, qui n'avait pas relevé de raison juridique déterminante pour l'interprétation antérieure, s'est employé à relativiser, de façon précise et chiffrée, l'impact de l'évolution proposée, en s'appuyant sur le bilan des premières années d'application de la loi³⁴.

- Le deuxième constat est tiré de ce que cette prise de position ne s'est pas opérée, comme c'est souvent le cas, sous la contrainte du droit européen des droits de l'Homme ou du droit international. En effet, la position prise par le Conseil d'État dans les arrêts *Jabnoun* et *Bialy* contraste singulièrement avec celle de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt rendu par la grande chambre dans l'affaire *N... c/ Royaume-Uni* du 27 mai 2008 (*préc.*). En effet, dans cet arrêt la Cour, d'une part, opère une hiérarchisation très nette des droits civils et politiques et des droits économiques et sociaux au regard de la convention européenne, en rappelant que « même si nombre des droits qu'elle énonce ont des prolongements d'ordre économique ou social, la Convention vise essentiellement à protéger des droits civils et politiques » et que « le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la Convention », et, d'autre part, en tire des conséquences extrêmement nettes, voire brutales, en jugeant que si l'article

³⁴ L'analyse était d'autant plus précise qu'elle était faite a posteriori, à partir des taux d'octroi de la carte de séjour pour soins. On peut donc penser que le fait qu'une période d'essai ou d'observation, si l'on peut dire, ait permis d'apprécier l'impact de la loi, a joué un rôle dans l'évolution intervenue.

3 de la CEDH doit empêcher l'expulsion d'étrangers malades « dans des cas très exceptionnels », il ne fait pas obligation à l'État contractant de pallier les disparités entre les systèmes de soins et les systèmes sociaux-économiques des États « en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire. », ajoutant que « conclure le contraire ferait peser une charge trop lourde sur les États contractants »³⁵.

- Le troisième constat qui, il est vrai, relève de la tautologie, porte sur le fait qu'au final, le juge a surmonté ses réticences et donné sa pleine portée aux dispositions législatives. Même si la façon dont ces principes seront appliqués par les juges du fond sera déterminante, la position adoptée offre un exemple de cas où, par la combinaison de l'intervention du législateur et du juge, la justiciabilité d'un droit économique et social est garantie, à la fois en principe et en pratique, et avec des implications assez fortes (si on les juge, par exemple, aux craintes que des implications similaires ont pu inspirer à la CEDH).

Au total le juge administratif, même s'il a fait preuve au départ d'une certaine timidité, a fini par tirer toutes les conséquences de la lettre de la loi, tout du moins lorsqu'il est apparu qu'on disposait de suffisamment de recul les implications du dispositif.

Ainsi, s'agissant de la mise en œuvre des droit, l'opposition ou la distinction entre droits civils et politiques et droits économiques et sociaux semble perdre de sa force. Certes, le juge prend soin, en matière de droit à la santé, d'apprécier l'impact de la mise en œuvre complète des règles posées par le législateur. Mais en réalité, cette approche ne singularise pas le contentieux des droits économiques et sociaux, puisqu'elle est également très présente dans le contentieux du droit de mener une vie privée et familiale normale, où se manifeste, dans l'application concrète des principes, un souci – parfois explicite – d'apprécier l'impact de cette jurisprudence par rapport à la politique gouvernementale et la sa mise en œuvre législative³⁶.

Au terme de ce tour d'horizon, on peut faire un constat et une réserve.

Pour aussi décevant que cela puisse paraître, l'étude comparée de la protection du droit de mener une vie privée et familiale normale et du droit à la santé n'autorise pas de conclusions radicales sur la différence d'approche du juge à l'égard des droits économiques et sociaux et des civils et politiques. L'idée d'une prudence ou d'une réticence particulière du juge à l'égard des droits économiques et sociaux n'est pas complètement démentie, puisque l'on voit bien

³⁵ Par. 44.

³⁶ On se souviendra, par exemple, que dans ses conclusions sur l'arrêt Gisti de 1978, le commissaire du gouvernement Dondoux avait pris, avant de conclure, de formuler deux observations sur « l'opportunité du décret » de 1977 dont il proposait la censure, en soulignant, d'une part, que le décret – et son annulation – n'avaient qu'une portée symbolique, 96 % des étrangers vivant en France étant sous régime conventionnel et, d'autre part, que l'influence du regroupement familial sur le marché de l'emploi était marginale.

que la consécration du droit à la santé comme protection contre l'éloignement et droit au séjour a été l'œuvre conjointe du législateur et juge, là où, en matière de droit à la vie privée et familiale, le juge a œuvré de façon plus originale et autonome. En revanche, au stade la mise en œuvre des principes, la distinction s'estompe quelque peu. Loin de se comporter, en matière de droits civils et politiques, comme un « *pur esprit* » indifférent aux conséquences économiques, sociales ou politiques de ses décisions, le juge est attentif à l'impact de ses décisions et à la façon dont elle peuvent se concilier – ou pas – avec les politiques publiques.

Si, dans certains domaines du droit des étrangers, le juge a canalisé le législateur, il s'est aussi montré attentif à ne pas priver les gouvernants successifs des moyens de leur politique. S'il n'a pas été un simple alibi, il n'a pas non plus été le rempart espéré par ceux qui voyaient dans le juge un instrument de contestation de ces politiques³⁷. Sur un plan anecdotique, il est par exemple frappant de voir, dans les conclusions des commissaires du gouvernement ou de rapporteurs publics, des développements consacrés à démontrer que l'évolution proposée ne conduira qu'à des annulations exceptionnelles ou ne feront pas peser une charge excessive sur l'administration ou sur les finances publiques³⁸.

De ce point de vue, il semble y avoir un invariant, une caractéristique transversale aux deux types de droits. Cela dit, et c'est sur point que s'impose une réserve, le fait que les deux droits étudiés se rattachent au domaine, particulièrement sensible, du droit des étrangers rend difficile de savoir si cette caractéristique est générale ou s'observerait, de la même manière, dans un domaine où les enjeux politiques ou de société sont moins aigus.

³⁷ Non que ces limites n'aient pas été perçues par les défenseurs de la cause des étrangers : « il faut admettre que, dans un contexte globalement défavorable aux immigrés, le juge ne peut à lui seul contenir une évolution législative qui paraît faire consensus au sein de la classe politique, à défaut de recueillir le soutien unanime de l'opinion publique. D'autant que ce juge ne vit pas dans une tour d'ivoire et peut être lui aussi convaincu de la nécessité de « maîtriser les flux migratoires », même au prix de restrictions aux droits des étrangers » D. LOCHAK, « Défendre la cause des étrangers : portée et limites de l'arme contentieuse », contribution au colloque électronique de la Fondation Albert COHEN, mai 2010 <http://ecolloque.fondationmemoirealbertcohen.org/index.php?page=defendreetrangers>.

³⁸ Pour un exemple, v. Mathias GUYOMAR, concl. précit. : « l'évolution de jurisprudence qui vous est proposée aujourd'hui nous paraît nécessaire pour conférer à la protection des étrangers malades décidée par le législateur sa pleine portée sans que les modalités d'application que nous avons retenues fassent peser sur l'administration une charge insupportable et reposer sur son juge un contrôle impossible ».

2) COMPARAISON DU CONTENTIEUX DES DROITS DE RETRAIT ET AU RESPECT DE LA VIE PERSONNELLE EN DROIT DU TRAVAIL,

THOMAS BOMPARD

Les droits de retrait et au respect de la vie personnelle ont tous deux fait l'objet d'une médiatisation récente. Le premier est fréquemment exercé par les salariés travaillant dans les transports en commun, suite aux agressions subies par eux ou leurs collègues de travail¹. La question de l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle retient également l'attention des médias, notamment en raison de l'expansion des réseaux dits sociaux sur internet². Outre leur médiatisation, un autre point commun les unit : ils seraient une illustration en droit du travail de l'opposition entre les droits « civils » et les droits « sociaux ». Alors que le droit au respect de la vie personnelle s'analyse comme la projection dans les rapports de travail du droit au respect de la vie privée – droit civil par excellence³ –, le droit de retrait constitue en la matière une déclinaison d'un droit social, le droit à la protection de la santé⁴.

D'un côté, le droit de retrait est attaché à la qualité de salarié⁵. Il ne peut par conséquent trouver qu'à s'exercer aux temps et lieu de travail. Droit individuel, même si plusieurs salariés peuvent le faire valoir en même temps, il a été inséré dans le Code du travail par la loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982. Au sein d'une partie consacrée à la santé et à la sécurité au travail⁶, l'article L. 4131-1 prévoit, dans sa version actuellement en vigueur, que : « le travailleur alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection. Il peut se retirer d'une telle situation (...) ». Fondé sur l'idée du « sauve qui peut »⁷, ce texte reconnaît au salarié un « droit de désobéir »⁸, justifié

¹ V. par ex. : « Reprise du trafic des bus à Metz après la levée du droit de retrait des chauffeurs », AFP, 16 juill. 2010 ; il l'a été par des médecins pour la même raison (Richard BOUDES « Le « droit de retrait » des médecins de nuit à Valdegour », *Midi Libre*, 13 mai 2010), ainsi que par des dizaines d'opérateurs de crainte de perdre leur ouïe (Francine AIZICOVICI, « Des centres d'appels sous le choc... acoustique », *Le Monde*, 21 mai 2010).

² Judith DUPORTAIL, série en quatre volets sur le thème : « La vie privée au travail », *Le Monde*, 16-20 août 2010 ; Jean-Emmanuel RAY, « Sur Facebook, ce n'est pas le salarié qui s'exprime contre son employeur, mais le citoyen », entretien au journal *Libération*, 26 sept. 2010.

³ Consacré à l'art. 9 du Code civil, il est également protégé par l'art. 8 de la CEDH, ainsi que par l'art. 17 PIDCP.

⁴ Sur le droit à la protection à la santé, et not. ses fondements, v. *supra*, Tatiana GRÜNDLER.

⁵ Il est aussi reconnu à la plupart des agents publics.

⁶ Hervé LANOUZIERE, « La santé et la sécurité au travail », *AJDA*, 2008, p. 861.

⁷ Jean-Michel GASSER, « Le droit de retrait dans le secteur privé », *RJS* 6/06, p. 463.

par la nécessité de « la protection de la personne [qui] représente un intérêt majeur face au préjudice économique subi par l'employeur »⁹. Souvent lié à des droits proches (à la vie et à l'intégrité physique), le droit de retrait peut-être analysé comme un instrument de garantie du droit à la protection de la santé. Il entraîne le bénéfice d'un régime très protecteur puisque l'article L. 4131-3 ajoute qu'« aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut-être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou la santé de chacun d'eux ».

D'un autre côté, le droit au respect de la vie personnelle est avant tout une construction jurisprudentielle, systématisée par la doctrine¹⁰. Cette construction se donne pour objectif de borner l'étendue du lien de subordination pesant sur le salarié en considérant que « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée »¹¹. Si elle englobe la vie privée, la notion de vie personnelle la dépasse pour comprendre des faits de vie publique qui doivent demeurer protégés du regard de l'employeur¹².

La comparaison proposée s'inscrit dans le cadre de l'application horizontale des droits fondamentaux. Il s'agit en effet de saisir l'employeur, personne privée, comme débiteur de droits, et d'apprécier le contrôle juridictionnel exercé en la matière par les juges ordinaires français. Plus précisément, le propos est ici de rechercher les éventuelles divergences dans l'exercice du contrôle du juge, autrement dit de déterminer dans quelle mesure chacun de ces droits peut faire « plier le lien de subordination »¹³ d'une part, et obliger l'employeur à l'action d'autre part, avec pour question liée d'observer s'il est possible d'imputer ces variations à leur différence supposée de nature.

Soumettre le discours traditionnel sur la justiciabilité des droits sociaux à l'épreuve du droit positif régissant les rapports de travail conduit à retenir deux propositions. Alors que ce discours postule une différence de nature qui devrait s'accompagner d'une protection juridictionnelle affaiblie pour les droits sociaux, la comparaison du contentieux des droits de retrait et au respect de la vie personnelle révèle en premier lieu une volonté convergente de protection du salarié (I.). Si ces droits sont tous deux justiciables, ils le sont chacun à leur

⁸ Jean-Claude MAESTRE, « Le devoir d'obéissance : quelles limites ? », in Constitution et finances publiques. Etudes en l'honneur de Loïc PHILIP, Economica, 2005, p. 139.

⁹ Annie BOUSIGES, « Le droit des salariés de se retirer d'une situation dangereuse pour leur intégrité physique », Dr. soc. 1991, p. 283.

¹⁰ v. surtout Philippe WAQUET, L'entreprise et les libertés des salariés, éd. Liaisons, 2003, p. 111 et s. Pour ce qui est de la doctrine universitaire, la revue Droit Social a consacré deux colloques au thème « Vie professionnelle et vie personnelle » (n° 1 des années 2004 et 2010) et Chantal MATHIEU a réalisé sa thèse sur La vie personnelle du salarié, ANRT, 2004, 608 p.

¹¹ Soc., 2 oct. 2001, Nikon, n° 99-42942, Juris-Data n° 2001-011137.

¹² Le droit au respect de la vie personnelle ayant un champ d'application potentiellement très vaste, le parti a été pris de cibler principalement le cas des clauses de mobilité.

¹³ Philippe WAQUET, « Les libertés dans l'entreprise », RJS 2000/5, p. 338 ; l'auteur traitait alors du droit de retrait.

manière. Il ressort en second lieu de la comparaison un contrôle dissymétrique des réactions de l'employeur (II.).

I. Une volonté convergente de protection du salarié

Les droits au respect de la vie personnelle et de retrait sont tous deux protégés par le juge. A l'effort de préservation de la vie personnelle du salarié et de l'agent public (A.) répond la protection étendue du droit de retrait (B.).

A. L'effort de préservation de la vie personnelle du salarié

Cet effort s'est traduit de différentes manières.

Tout d'abord, par la garantie au salarié d'une immunité disciplinaire pour les faits tirés de sa vie personnelle : la chambre sociale s'est attachée progressivement à ériger un « mur (...) entre vie personnelle et vie professionnelle »¹⁴. Cette volonté de séparer ces sphères a débouché sur une « exigence d'indifférence »¹⁵, empêchant par conséquent le recours par l'employeur à son pouvoir disciplinaire à l'encontre de son salarié pour des faits tirés de la vie personnelle. « Un fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne [peut] constituer une faute », affirme une jurisprudence désormais acquise¹⁶.

Ensuite, par la sanction des restrictions excessives imposées par voie unilatérale : les juges exercent un contrôle approfondi sur l'ensemble des mesures unilatérales qui auraient pour effet de restreindre le droit au respect de la vie personnelle des salariés. Le Conseil d'Etat a joué un rôle précurseur en transposant en droit du travail le contrôle de proportionnalité consacré par l'arrêt *Benjamin* à propos des mesures de police administrative¹⁷. Le législateur s'est inspiré de cette jurisprudence concernant les règlements intérieurs en 1982¹⁸, avant d'étendre dix ans plus tard cette solution à l'ensemble des mesures susceptibles de porter atteinte « aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives » des salariés¹⁹. Le droit au respect de la vie personnelle bénéficie de cette protection. Attestant de ce que le salarié garde une part de vie personnelle sur son lieu de travail, le Conseil d'Etat a ainsi

¹⁴ Précit., p. 18.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Juris-Data n° 1997-005138 (clerc de notaire condamné pénalement pour aide au séjour irrégulier d'un étranger) ; solution réitérée le 18 juin 2002, n° 00-44111 (détention d'un stock d'armes à domicile) ; Ch. Mixte, 18 mai 2007, JCP S 2007, 1538, note Alexandre BAREGE et Bernard BOSSU ; D. 2007, p. 2137, note Jean MOULY ; Soc., 19 sept. 2007, n° 05-45294 ; Soc., 23 juin 2009, n° 07-45256, RDT 2009, p. 657, obs. Chantal MATHIEU-GENIAUT.

¹⁷ CE Sect., 1^{er} févr. 1980, *Ministre du travail c. Sté Peintures Corona*, Dr. soc. 1980, p. 310, concl. Alain BACQUET.

¹⁸ Loi du 4 août 1982 (art. L. 1321-3 C. trav.) : « Le règlement intérieur ne peut contenir [des] dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

¹⁹ Loi du 31 déc. 1992 (art. L. 1121-1) : « nul ne peut apporter... [*Ibid.*] ».

considéré comme excédant les pouvoirs de l'employeur l'interdiction absolue des conversations étrangères au service dans l'entreprise²⁰. Quant à la Cour de cassation, elle refuse par exemple les restrictions apportées à la liberté de se vêtir à sa guise qui ne sont pas justifiées et proportionnées²¹. L'intervention du juge permet, sur le fondement du nécessaire respect de la vie personnelle du salarié, de « desserrer un peu le lien de subordination »²² pendant l'accomplissement de la prestation de travail. En dehors des temps et lieu de travail, les atteintes au droit au respect de la vie personnelle sont en principe inadmissibles. En principe seulement, car la frontière entre les sphères personnelle et professionnelle est poreuse. En cas de rattachement possible avec la vie professionnelle, le lien de subordination va faire sa réapparition. Il importe alors que ces immixtions de l'employeur dans la vie personnelle du salarié soient strictement encadrées. Un contrôle rigoureux est exercé concernant les mesures affectant le domicile du salarié, véritable sanctuaire de sa vie personnelle. La chambre sociale a ainsi rappelé à l'employeur que « le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail »²³. Elle a aussi cassé un arrêt d'appel admettant le licenciement d'un salarié refusant de se soumettre à un ordre de déménager²⁴.

Enfin, c'est surtout à propos des clauses contractuelles de résidence²⁵ et de mobilité²⁶ que l'étendue du contrôle du juge trouve à se manifester. En contractant ces clauses, le salarié consent à l'encadrement de son droit au respect de sa liberté personnelle. Cependant, le juge contrôle la portée de cet engagement en sanctionnant les restrictions contractuelles disproportionnées. La Cour de cassation a ainsi jugé excessive l'obligation d'un transfert du domicile d'un salarié²⁷. A propos des clauses de mobilité, il est arrivé au juge d'admettre, sur le fondement des notions de bonne foi et/ou d'abus de droit, le refus par un salarié, fondé sur des éléments tirés de sa vie personnelle, tels une « situation familiale critique »²⁸, le fait d'avoir un enfant handicapé²⁹, ou encore

²⁰ CE, 25 janv. 1989, Sté Sita, RJS 1989, n° 423 ; Dr. soc. 1990, p. 203, concl. Jacqueline DE CLAUSADE.

²¹ Soc., 19 mai 1998, n° 96-41123 ; Soc., 3 juin 2009, n° 08-40346, RDT 2009, p. 656, obs. Cécile ROBIN.

²² Philippe WAQUET, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », Dr. soc. 2010, p. 16.

²³ Soc., 2 oct. 2001, Abram, Dr. soc. 2001, p. 1039, note Jean-Emmanuel RAY ; solution réitérée par Soc., 7 avr. 2010, JCP S 2010, 1218, note G. LOISEAU ; JCP E 2010, 1593, note Stéphane BEAL et Cécile TERRENOIRE.

²⁴ Soc., 23 sept. 2009, n° 08-40434, D. 2009, p. 2431 ; RDT 2010, p. 37, obs. Alexia GARDIN ; Dr. soc. 2010, p. 114, obs. Grégoire LOISEAU.

²⁵ Clause privant le salarié du libre choix de son domicile.

²⁶ Clause prévoyant la modification possible (par voie unilatérale) du lieu de travail du salarié.

²⁷ Soc., 12 janv. 1999, Spileers, n° 96-40755, Dr. soc. 1999, p. 287, obs. Jean-Emmanuel RAY ; D. 1999, p. 645, note Jean-Pierre MARGUENAUD et Jean MOULY ; RJS 1999, p. 94, rapp. Jean RICHARD DE LA TOUR.

²⁸ Soc., 18 mai 1999, n° 96-44315, Dr. soc. 1999, p. 734, obs. Bernard GAURIAU ; D. 2000, p. 84, obs. Marie-Cécile ESCANDE-VARNIOL.

²⁹ Soc., 6 févr. 2001, SA Abilis c. Doussin, RJS 4/01, n° 412.

des difficultés d'ordre matériel³⁰, de la mise en œuvre d'une clause de mobilité qu'il a pourtant contractée. Le recours aux notions civilistes permettait au juge d'exercer un contrôle de « proportionnalité implicite »³¹. Il est désormais directement fondé sur l'art. L. 1121-1³². En définitive, l'intensité du contrôle exercé révèle très clairement un effort pour protéger la vie personnelle du salarié. Un effort comparable se retrouve concernant le droit de retrait.

B. La protection étendue du droit de retrait

Il ressort du contrôle du juge une volonté de garantir et même, parfois, d'étendre la possibilité d'exercer le droit de retrait. Trois solutions seront seulement évoquées. Le juge s'est opposé avec constance à l'exigence d'une déclaration écrite que certains chefs d'entreprise avaient tenté d'imposer – par une disposition du règlement intérieur – à leurs salariés pour l'exercice de leur droit de retrait³³. Si le salarié doit signaler à son employeur qu'il entend faire valoir son droit³⁴, il peut donc le faire par tout moyen. Par ailleurs, la chambre sociale a indiqué que le retrait « constitue pour le salarié un droit et non une obligation »³⁵. Elle a encore estimé que « la condition d'extériorité du danger n'est pas exigée d'une manière exclusive »³⁶. Plus intéressantes sont les décisions par lesquelles le juge préserve la dimension subjective du droit de retrait (1.-), neutralise le caractère imminent du danger allégué (2.-) et admet la nullité du licenciement du salarié ayant exercé son droit de retrait (3.-).

1) La préservation de la dimension subjective du droit de retrait

L'article L. 4131-1 C. trav. agrège deux éléments pour composer le droit de retrait : un élément subjectif, le « motif raisonnable de penser [à un danger] » ; et un élément objectif, le « danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ». Le risque, pour les titulaires de ce droit, serait de voir s'imposer une interprétation minorant le premier élément en privilégiant le second. Les juges

³⁰ Soc., 2 juill. 2003, RJS 10/03, n° 1120 ; Soc., 25 mars 2009, n° 07-45281, JCP S 2009, 1294, note Bernard BOSSU (salarié affecté à 150 km de son domicile alors qu'il ne dispose pas d'un moyen de transport personnel).

³¹ Benoît GENIAUT, La proportionnalité dans les relations de travail. De l'exigence au principe, NBT Dalloz, 2009, p. 221.

³² Soc., 14 oct. 2008, n° 07-40523, RJS 12/08, n° 1162 ; Dr. ouvr. 2009, p. 16, note Florence LANUT ; Soc., 13 janv. 2009, n° 06-45562, RDT 2009, p. 300, obs. Alexandre DUMERY ; JCP S 2009, 1162, note Bernard BOSSU.

³³ CE, 12 juin 1987, Sté Gantois, n° 72388 (et 74605), AJDA, 1987, p. 462, chr. Michel AZIBERT et Martine DE BOISDEFFRE ; Dr. soc. 1987, p. 652, obs. Jean SAVATIER ; Soc. 10 mai 2001, n° 00-43437 ; RJS 7/01 n° 872.

oc., 28 mai 2008, n° 07-15744 ; JCP S 2008, 309, obs. Lydie DAUXERRE ; RJS 2008, p. 717.

³⁴ Art. L. 4131-1 al. 1.

³⁵ Soc., 9 déc. 2003, JurisData n° 2003-021403 ; RJS 2/04, n° 216.

³⁶ Soc., 20 mars 1996, Adli c. Sté SGDE, RJS 1996, p. 319, concl. Yves CHAUVY ; D. 1996, p. 116, JCP E 1996, II, 850, note Gérard LACHAISE ; Dr. Soc. 1996, p. 684, obs. Jean SAVATIER : salarié connaissant des problèmes d'allergie, suscités par l'environnement du poste d'activité (présence d'animaux de laboratoire et de produits irritants).

suprêmes se sont efforcés d'y parer, qu'il s'agisse du Conseil d'Etat³⁷ comme de la Cour de cassation. Même si l'appréciation de la réalité d'un tel motif raisonnable relève des juges du fond³⁸, la chambre sociale contrôle la motivation de leurs décisions et casse en conséquence celles dans lesquelles les juges du fond n'ont « pas recherché si les salariés avaient un motif raisonnable de croire à l'existence d'un danger grave et imminent pour la vie ou la santé de chacun d'eux »³⁹. L'appréciation souveraine des juges du fond peut jouer tant en faveur du salarié⁴⁰ qu'à son détriment⁴¹. Selon la doctrine, une démarche en deux temps peut être observée⁴². Les juges procèdent en premier lieu à une approche objective, qui se fait alors au bénéfice des salariés⁴³. Si l'existence d'un « danger grave et imminent » apparaît établie, le salarié avait *a fortiori* un « motif raisonnable » de le penser, aussi le contrôle s'arrête-t-il là. En second lieu, à défaut de parvenir à caractériser un tel danger, les juges ont l'obligation légale de laisser une place à l'appréciation subjective du danger par le salarié. Sauf à n'avoir aucun sens, cela revient inéluctablement à lui reconnaître le droit à l'erreur dans l'appréciation de certaines situations⁴⁴. La référence au standard du « motif *raisonnable* » renvoie implicitement à l'idée de bonne foi du salarié. Le droit de retrait ne peut être invoqué *a posteriori*⁴⁵ pour justifier une absence⁴⁶ ou un refus d'effectuer une tâche manifestement sans danger⁴⁷. De même, si une place doit être laissée à l'erreur du salarié, celui-ci devra reprendre le travail une fois l'inanité de ses craintes démontrée⁴⁸. A l'inverse, dans d'autres

³⁷ CE, 9 oct. 1987, n° 69829, JCP E 1987, I, 16785 ; CE, 22 avr. 1988, n° 85342 ; CE, 1^{er} juill. 1988, n° 81445.

³⁸ Soc., 11 déc. 1986, Sté Précilec c. Nette, JCP G 1987, II, 20807, obs. Odile GODARD ; Dr. ouvr. 1988, p. 245, obs. Michèle BONNECHERE ; v. aussi : Soc., 22 oct. 2008, n° 07-43740.

³⁹ Soc., 11 juill. 1989, Sté Nouvelle des Ateliers et Chantiers de la Rochelle-Palice c. Bobrie et Combeau, Dr. ouvr. 1989, p. 492.

⁴⁰ Soc., 26 nov. 1987, SA Caulliez Delaoutre, n° 85-43600 (fonctionnement défectueux de deux machines se traduisant par un dégagement de poussières anormal) ; Soc., 19 mai 2010, Semitag, n° 09-40353 (retrait d'un conducteur-receveur suite à l'agression de collègues de travail sur la même ligne de tramway).

⁴¹ Soc., 23 avr. 2003, n° 01-44806, Dr. soc. 2003, p. 805, obs. Jean SAVATIER.

⁴² Alexia GARDIN, « Le droit de retrait du travailleur : retour sur quelques évolutions marquantes », RJS 8-9/09, p. 600.

⁴³ Par exemple en s'appuyant sur les constats de l'inspecteur du travail et du contrôleur du travail (CA Metz, 6 févr. 2006, CERIT). Pour d'autres exemples, v. Alexia GARDIN, art. précit., p. 601. L'auteur tient à remercier Yonka GASSER, responsable de la banque de données du CERIT, pour lui avoir transmis les arrêts de Cour d'appel portant cet acronyme dans la contribution.

⁴⁴ Pour une excellente illustration : CA Douai, 31 mars 2005, CTS c. Vendeville, CERIT (salarié qui, n'ayant pas été prévenu d'un exercice de simulation d'alerte au gaz, se retire en s'éloignant du chantier quand il se voit remettre un masque. Les juges lui donnent raison alors qu'il n'y avait aucun danger) ; v. aussi, pour un arrêt à la motivation exemplaire : CA Bordeaux, SA Solanilla c. Lorenzo, Juris-Data n° 149420, JCP E 2001, 2039 ; JCP G 2001, IV, 3094.

⁴⁵ Pour être plus précis, si le signalement à l'employeur peut-être postérieur au retrait, il doit être immédiat. Sont ici visés les cas où l'invocation intervient bien après le retrait, ce qui laisse présumer la mauvaise foi du salarié.

⁴⁶ CA Montpellier, 4 févr. 2004, Carceles c. Lozachmeur, n° 03/01178, CERIT.

⁴⁷ CA Nancy, 6 juin 2005, Juris-Data n° 2005-279526, JCP G 2006, IV, 1257.

⁴⁸ CA Pau, 28 oct. 1988, JurisData n° 1988-047607 : « commettent une faute (...) les salariés qui refusent de reprendre le travail qu'ils ont cessé pour une raison qui s'est révélée non fondée après examen de la situation par le CHSCT ».

situations, la référence au raisonnable présentera l'intérêt pour le salarié de voir sa situation saisie de façon encore plus subjective⁴⁹.

2) La neutralisation du caractère imminent du danger allégué

La composante objective du droit de retrait renvoie à un « danger grave et imminent ». Un argument de texte⁵⁰ aurait pu être opposé à l'invocation du droit de retrait pour les situations dans lesquelles, à proprement parler, l'idée de l'existence d'un péril imminent est difficile à soutenir. Or, il faut constater dans plusieurs décisions la neutralisation de cette condition textuelle⁵¹. La Cour d'appel de Paris a par exemple admis un exercice du droit de retrait par anticipation d'un danger grave et imminent⁵². Encore plus significatif est l'accueil favorable réservé par la Cour de cassation, dès sa première saisine, à l'invocation liée à la maladie⁵³. Cette décision suscite l'approbation au regard du droit fondamental que le droit de retrait vient protéger dans les relations de travail. En effet, « l'atteinte à la santé postule assurément qu'une maladie soit un danger grave justifiant de se retirer de son poste de travail »⁵⁴. Une Cour d'appel a statué dans le même sens s'agissant d'un machiniste affecté sur une vieille locomotive, alors même que seule une exposition régulière pouvait lui faire craindre des pathologies⁵⁵. Il en est encore allé ainsi de l'exposition au tabagisme passif⁵⁶. En définitive, même s'ils mentionnent généralement le terme imminent, les juges réalisent – dans certains cas – une évolution, du cumulatif vers l'alternatif, des caractères que doit présenter le danger allégué.

3) La nullité du licenciement du salarié ayant exercé son droit de retrait

La question des conséquences à tirer par le juge du licenciement du salarié ayant valablement exercé leur droit de retrait a connu un dénouement

⁴⁹ En tenant compte, par exemple, de l'âge du salarié (CA Riom, 24 oct. 1987, Bonnet c. Perronin, JCP G 1989, IV, p. 323) ou de sa propre expérience professionnelle (CA Lyon, 21 oct. 2004, n° 01/03100, Association Maison d'enfants du docteur Yvert c. Vicet, CERIT ; CA Metz, 13 sept. 2010, Garrido c. Ets Jung Albert, n° 10/00241, CERIT).

⁵⁰ Jean SAVATIER, *Dr. Soc.* 1996, p. 685.

⁵¹ Contra : CA Dijon, 10 févr. 2000, JCP E 2001, 833 ; CA Dijon, 23 janv. 2007, Jacobberger, n° 06/00712, CERIT.

⁵² CA Paris, 19 déc. 1991, Briatte c. Sté COFRAS, RJS 1992, n° 297, p. 181 ; D. 1992, p. 95 (à propos d'instructeurs pilotes de l'aéronautique civile refusant de se rendre en mission en Angola où sévissait un conflit armé).

⁵³ Soc., 11 déc. 1986, Nette c. Sté Precilec, JCP G 1987, II, 20807, obs. Odile GODARD, *Dr. ouvr.* 1988, p. 245, obs. Michèle BONNECHERE (à propos d'une salariée atteinte d'une scoliose).

⁵⁴ Annie BOUSIGES, art. précit., p. 285.

⁵⁵ CA Amiens, 1er juill. 2009, JurisData n° 2009-018857, *Revue de droit des transports* 2010, 150, obs. Stéphane CARRE.

⁵⁶ CA Rennes, 16 mars 2004, Villeret c. SARL Le Damier, Juris-Data n° 2004-246295, JCP G 2004, IV, 3330 ; JCP E 2004, 1726 ; CA Rennes, 3 sept. 2009, SA TFE c. Le Corvic, Juris-Data n° 2009-009337, *Revue de droit des transports* 2010, 83, obs. Stéphane CARRÉ (solution fondée sur l'obligation de résultat en matière de lutte contre le tabagisme).

récent. Remarquable, la solution de la nullité⁵⁷ l'est eu égard à l'absence de texte la prévoyant expressément. En effet, selon une jurisprudence classique, « le juge ne peut, en l'absence de dispositions le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement »⁵⁸. Or, les textes relatifs au droit de retrait se bornent à interdire toute sanction et/ou retenue sur traitement du salarié exerçant son droit de retrait, sans ne souffler mot des conséquences d'un licenciement. La référence à la fundamentalité ayant pour fonction, en droit du travail, de transformer un licenciement sans cause réelle et sérieuse en licenciement nul⁵⁹, entraînant par là-même la réintégration de droit du salarié dans l'entreprise⁶⁰, les commentateurs ont affirmé que l'arrêt *Wolff* consacrait la liaison entre le droit de retrait et le droit fondamental à la protection de la santé. Il faut néanmoins observer qu'il n'est pas fait mention de la fundamentalité dans le texte de l'arrêt, ni même explicitement – et curieusement – de la santé. La chambre sociale s'appuie sur l'« obligation de sécurité de résultat en matière de protection et de sécurité au travail », incombant à l'employeur⁶¹ qui « doit en assurer l'effectivité ». Il faut bien convenir cependant que cela revient au même⁶².

S'il est possible d'observer une volonté convergente dans la protection juridictionnelle des droits de retrait et au respect de la vie personnelle, le contrôle des réactions de l'employeur ne s'opère pas de la même manière selon que le juge est confronté à l'exercice de l'un ou l'autre de ces droits.

II. Un contrôle dissymétrique des réactions de l'employeur

L'approche différente des réactions de l'employeur par le juge se manifeste à deux niveaux. La comparaison fait en effet ressortir un contrôle variable des obligations de ne pas faire de l'employeur d'une part (A) et de ses obligations d'agir d'autre part (B).

⁵⁷ Soc., 28 janv. 2009, *Wolff c. SNC Sovab*, n° 07-44556, JCP S 2009, 1226, note Pierre-Yves VERKINDT ; Dr. soc. 2009, p. 486, obs. CHAUMETTE ; RDT 2009, p. 167, obs. Michel MINE ; JCP E 2009, 1638, note Patricia POCHET ; LPA 6-7 août 2009, n° 156-157, p. 18, note Christophe RADE.

⁵⁸ Soc., 13 mars 2001, RJS 5/01 n° 590 ; Soc., 29 juin 2005, n° 03-42099.

⁵⁹ Xavier DUPRE DE BOULOIS, « Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé », JCP G 2007, I, 211.

⁶⁰ Soc., 30 avril 2003, RJS 7/03, n° 869 ; Dr. Soc. 2003, p. 827, obs. Bertrand GAURIAU.

⁶¹ Énoncée à partir des arrêts Amiante du 21 févr. 2002 (JCP G 2002 II, 10053, concl. Alexandre BENMAKHLOUF).

⁶² Pierre SARGOS, « L'émancipation de l'obligation de sécurité de résultat et l'exigence d'effectivité du droit », JCP S 2006, 1278 ; Sylvie BOURGEOT et Michel BLATMAN, « De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés », Dr. soc. 2006, p. 653.

A. Un contrôle variable des obligations de ne pas faire de l'employeur

Il convient ici de mettre en vis à vis les limitations opposables au droit au respect de la vie personnelle par l'employeur (1) et la restriction impossible du droit de retrait (2).

1) Les limites opposables au droit au respect de la vie personnelle par l'employeur

Le salarié bénéficie en principe d'une immunité pour les faits tirés de sa vie personnelle, mais celle-ci n'est que disciplinaire. Elle ne saurait empêcher dans certaines situations un licenciement : en effet, « si, en principe, il ne peut être procédé à un licenciement pour un fait tiré de la vie privée du salarié, il en va autrement lorsque le comportement de celui-ci a créé un trouble caractérisé à l'entreprise »⁶³. Le licenciement ouvre à l'employeur une issue pour faire face aux conséquences objectives que ce comportement a produites sur le bon fonctionnement de l'entreprise. Il revêt donc une « fonction palliative »⁶⁴ qui permet de dépasser le « conflit de logiques » entre le droit du salarié et l'intérêt de l'entreprise⁶⁵. Certes, cette solution oblige l'employeur à objectiver le motif du licenciement et elle constitue en cela une forme de protection. Mais il reste qu'elle limite considérablement la liberté du salarié désireux de conserver son emploi, lequel préférera peut-être brider ses sentiments de peur des conséquences éventuelles si la relation tournait mal⁶⁶, ou s'abstenir de toute conduite qui, pourtant relevant de sa vie personnelle, pourrait lui causer préjudice en raison de son caractère public si elle apparaissait socialement inacceptable⁶⁷. Il est des cas où, par exception, l'employeur retrouve la possibilité de recourir à un licenciement disciplinaire, alors même que le salarié n'a pas agi aux temps et lieu de travail. En effet, si son comportement peut être rattaché à la sphère professionnelle, la faute pourra être retenue, nonobstant le lien avec la vie personnelle du salarié. Il en va ainsi lorsque le salarié profite de ses fonctions pour commettre une infraction⁶⁸ ou si l'employeur parvient à établir un manquement à une obligation particulière de probité ou de loyauté

⁶³ Soc., 9 juill. 2002, n° 00-45068, RJS 11/02, n° 1212. V. déjà Soc., 17 avr. 1991, Painsecq, n° 90-42636 ; Dr. soc. 1991, p. 485, note Jean SAVATIER (trouble lié à l'homosexualité d'un salarié aide-sacristain non établi en l'espèce).

⁶⁴ Jean MOULY, D. 2001, p. 2137

⁶⁵ Michel BUY, « Libertés individuelles des salariés et intérêts de l'entreprise : un conflit de logiques », in Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise, Actes du colloque du 20 mai 1994, Aix-Marseille, 1994, p. 11.

⁶⁶ CA Amiens, 18 mai 2004 (a contrario), cité par Christophe RADE, « Amour et travail : retour sur un drôle de ménage », Dr. soc. 2010, p. 38.

⁶⁷ Soc., 28 juin 1995, n° 93-46424 : joueur de football professionnel aperçu par des supporters le soir dans des bars et boîtes de nuit, ce qui avait suscité le mécontentement de supporters et causé au club un trouble objectif caractérisé.

⁶⁸ Soc., 24 juin 1998, n° 96-40150 (réalisation d'une escroquerie en utilisant les services de la banque employeur).

(obligation liée à l'exercice des fonctions exercées par l'intéressé)⁶⁹. Ces fondements sont parfois problématiques. La chambre sociale a par exemple admis la faute grave du salarié dont le permis de conduire était suspendu pour des infractions commises en dehors du temps de travail, alors que l'exécution de son contrat de travail impliquait la conduite d'un véhicule⁷⁰. Il serait préférable qu'il ne puisse être licencié qu'en raison du trouble objectif qu'entraînera la suspension de son permis. La conduite illicite a eu lieu durant sa vie personnelle. Dès lors, si lui refuser l'indemnité compensatrice de préavis peut se discuter, le priver des indemnités de rupture est injustifié.

Il faut souligner par ailleurs l'ambivalence du contrôle de proportionnalité commandé par les articles L. 1321-3 et L. 1121-1. En effet, prohiber les seules restrictions disproportionnées, c'est dans le même temps « consacrer la licéité de certaines « restrictions » des droits fondamentaux liées à la prestation de travail, à l'intérêt de l'entreprise, à l'intérêt général ou aux droits des tiers (...) »⁷¹. Si la double négation employée signale a priori un contrôle rigoureux, « les notions standards [qu'utilisent les textes précités] autorisent d'importantes variations »⁷², laissant en définitive le juge apprécier in concreto si la restriction est proportionnée ou non⁷³. C'est pourquoi il importe de borner le champ d'application de ces dispositions en considérant qu'elles n'ont pas, par principe, vocation à régir la vie personnelle du salarié. Elles ne doivent « concerner que les situations où l'intéressé se trouve soit dans l'exécution de son contrat de travail, soit soumis à une obligation particulière résultant, même implicitement, du contrat de travail (...) »⁷⁴. Aux temps et lieu de travail, des restrictions justifiées et proportionnées au but recherché peuvent par exemple être apportées à la liberté de se vêtir à sa guise du salarié. L'employeur peut interdire à la secrétaire d'une agence immobilière de venir travailler en survêtement⁷⁵ ou à un salarié de porter un bermuda sous sa blouse⁷⁶, si ces deux salariés sont amenés à être en contact avec la clientèle. Le recours à un tel

⁶⁹ Soc., 25 févr. 2003, Dr. soc. 2003, p. 625, obs. Jean SAVATIER (salariée qui s'était livrée au même type de fraude que celles qu'elle était chargée de réprimer) ; Soc., 25 janv. 2006, JCP G 2006, II, 10049, note Bernard BOSSU.

⁷⁰ Soc., 2 déc. 2003, n° 01-43227, Dr. soc. 2004, p. 550, note Jean SAVATIER ; « l'idée qui sous-tend cet arrêt est que les normes de sécurité (...) ne peuvent se diviser » (rapport de la Cour de cassation pour 2003, p. 303) ; Soc., 19 mars 2008, Dr. soc. 2008, p. 818, note Christophe VIGNEAU ; v. toutefois et entretemps, Soc., 19 sept. 2007, n° 06-40150.

⁷¹ Antoine JEAMMAUD, « La place du salarié-individu dans le droit français du travail », in *Le droit collectif du travail. Etudes en hommage à Madame le professeur Hélène SINAY*, Nikitas Aliprantis et Francis Kessler éd., 1994, p. 353.

⁷² Emmanuel DOCKES, *Droit du travail*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2009, p. 149.

⁷³ Cet « énoncé ouvert (...) ménage une place déterminante au contrôle juridictionnel » (Sophie NADAL, « Les interdictions adressées à l'employeur en droit du travail : essai de clarification », *Droit et cultures* 2009, n° 57, § 17).

⁷⁴ Philippe WAQUET, « Libertés et contrat de travail. Réflexions sur l'article L. 120-2 du Code du travail, devenu l'article L. 1121-1 », *RJS* 5/09, p. 355.

⁷⁵ Soc., 6 nov. 2001, JCP E 2002, II, 1732, note Gérard LACHAISE ; Dr. soc. 2002, p. 110, obs. Jean SAVATIER.

⁷⁶ Soc., 28 mai 2003, *Monribot c. Sagem*, Dr. soc. 2004, p. 132, note Pascal LOKIEC ; D. 2003, p. 2718, note Frédéric GUIOMARD ; soc., 12 nov. 2008, *Monribot c. Sté Sagem*, n° 07-42220 ; JCP S 2009, 1200, note Bernard BOSSU.

critère permet d'affaiblir la rigueur du contrôle exercé par le juge, en laissant l'employeur imposer au salarié la normalisation de son comportement⁷⁷. Le recours à la théorie de l'abus de droit va contribuer aussi à circonscrire la part de vie personnelle reconnue au salarié pendant son temps de travail, qu'il s'agisse des conversations étrangères au service par téléphone⁷⁸ ou de l'usage d'internet⁷⁹. Ce dernier type de restrictions n'a rien de surprenant : au travail, le salarié est avant tout là pour travailler. En dehors des temps et lieu de travail, un règlement intérieur peut aller jusqu'à apporter une restriction à l'usage du domicile d'un salarié. Un éducateur a par exemple été sanctionné disciplinairement pour avoir reçu à son domicile personnel une mineure en difficulté placée dans l'établissement, malgré l'interdiction posée par ce règlement⁸⁰. Un comportement privé se trouve ainsi facilement « professionnalisé »⁸¹. Il le sera souvent par voie contractuelle. La chambre sociale a admis la mise en œuvre d'un certain nombre de clauses de mobilité en considérant qu'elles satisfaisaient aux exigences prévues par l'art. L. 1121-1⁸². Enfin, la chambre sociale a également affirmé qu'« une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile ». Par conséquent, elle n'admet pas, en cas de mise en œuvre attentatoire à la bonne foi contractuelle, la nullité du licenciement (et donc la réintégration du salarié), mais seulement le licenciement sans cause réelle et sérieuse et les indemnités afférentes⁸³.

2) L'impossible restriction du droit de retrait par l'employeur

« Le droit de retrait, droit situé, droit propre au salarié », n'entre pas dans la catégorie des droits et libertés susceptibles de faire l'objet de restrictions au sens du Code du travail, notamment par des dispositions du règlement intérieur⁸⁴. Il convient de tenir le même raisonnement concernant la règle plus générale énoncée par l'art. L. 1121-1⁸⁵. Comme l'a expliqué Jean Mouly, « lorsque le législateur reconnaît un droit au salarié [en cette qualité], il a nécessairement envisagé l'intérêt contraire de l'employeur et estimé qu'il réalisait, par la disposition édictée, un juste équilibre entre les intérêts divergents des deux parties. L'on ne saurait donc invoquer un quelconque pouvoir de l'employeur ou intérêt de l'entreprise pour limiter le droit ainsi

⁷⁷ En ce sens, v. l'opinion critique de Pascal LOKIEC, *Dr. soc.* 2004, p. 139.

⁷⁸ CA Dijon, 30 janv. 2001, RJS 11/01, n° 1256 ; CA Versailles, 27 nov. 2002, RJS 12/03, n° 1477.

⁷⁹ Soc., 18 mars 2009, n° 07-44247 (quarante et une heures de connexion à usage personnel en un seul mois).

⁸⁰ Soc., 13 janv. 2009, n° 07-43282 ; RJS 3/09, n° 225 ; JCP S 2009, 1122, note Bernard BOSSU.

⁸¹ D. 2009, p. 1316, note Jean MOULY.

⁸² Soc., 29 janv. 2002, RJS 4/02, n° 392 ; Soc., 13 juillet 2004, n° 02-44958.

⁸³ Soc., 28 mars 2006, n° 04-41016, JCP S 2006, 1381, note Pierre-Yves VERKINDT ; RDT 2006, p. 116, obs. Olivier LECLERC.

⁸⁴ Benoît GENIAUT, thèse précit., pp. 103-105.

⁸⁵ La référence à cet art. dans l'arrêt Wolff (précit.) semble servir à renforcer la motivation justifiant la nullité. A moins que le juge ait sérieusement envisagé d'admettre à l'avenir de telles restrictions, il y a là une instrumentalisation de cette disposition, signe maladroit d'une conversion bienvenue du juge judiciaire à la logique des droits fondamentaux.

reconnu au salarié. Le conflit a déjà été réglé *en amont*. La technique mise en œuvre par l'article L. 120-2 du code du travail [désormais art. L. 1121-1] est donc inappropriée en ce qui concerne les conflits mettant en cause les droits « sociaux » du salarié⁸⁶. L'ancien doyen de la chambre sociale ne dit pas autre chose quand il affirme : « la loi du 31 déc. 1992, qui a eu pour but et pour objet de protéger les droits et libertés du citoyen (...) ne permet pas à l'employeur de toucher aux protections et garanties spécifiques du droit du travail [et ce] quelles que soient les justifications invoquées »⁸⁷. A la différence du droit au respect de la vie personnelle, qui tolère des restrictions encadrées directement par le juge, le droit de retrait confère une « véritable immunité »⁸⁸ à son titulaire, immunité totale depuis l'arrêt *Wolff* du 28 janvier 2009 (préc.). Une logique binaire s'applique : soit la condition d'existence tenant au motif raisonnable est remplie et le titulaire du droit de retrait peut s'en prévaloir, soit il en va autrement et le salarié, n'étant alors « titulaire d'aucun droit appelant un régime particulier »⁸⁹, s'exposera à une retenue sur salaire et pourra voir l'inexécution injustifiée de sa prestation de travail sanctionnée, éventuellement par un licenciement⁹⁰.

Trois nuances doivent être apportées. Il faut d'abord réserver le cas des métiers à risques, pour lesquels la notion de motif raisonnable s'entend avec plus de rigueur. Il importe en effet que le danger allégué soit « distinct des risques habituels et inhérents aux fonctions occupées »⁹¹. Ici domine l'idée de risque accepté – avec les mesures spécifiques de protection qui doivent l'accompagner. L'employeur retrouve alors le pouvoir de réagir pour borner l'invocation du droit de retrait. Il faut concéder qu'il est possible d'y voir l'admission de restrictions contractuelles implicites, ce qui rapprocherait le droit de retrait, pour ce cas précis, du droit au respect de la vie personnelle. Ensuite, le recours au droit de retrait peut, dans des situations très particulières, jouer le rôle d'un révélateur de l'inaptitude du salarié au poste pour lequel il a été recruté. Tel était le cas dans l'affaire du salarié allergique au contact avec certains animaux et produits chimiques. En l'espèce, celui-ci n'avait pas demandé sa réintégration dans l'entreprise. S'il était amené à se positionner, il est probable que le juge accepte ici d'appliquer les solutions classiques relatives au salarié malade⁹², interdisant le licenciement en raison de l'état de santé du salarié, mais autorisant celui motivé par la situation objective de l'entreprise

⁸⁶ Jean MOULY, D. 2006, p. 344, § 5 (l'auteur traitait alors des clauses d'indivisibilité ; le propos s'applique parfaitement au droit de retrait).

⁸⁷ Philippe WAQUET, art. précit., p. 352.

⁸⁸ Alexia GARDIN, art. précit., p. 607.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Ce qui a conduit Michèle BONNECHERE à écrire, pour le déplorer : « Un motif raisonnable, ou le licenciement » (« Le corps laborieux : réflexion sur la place du corps humain dans le contrat de travail », Dr. ouvr. 1994, p. 183). Ex. : Soc., 20 janv. 1993, JCP E 1993, II, 494, note Gérard LACHAISE ; il est même arrivé que la faute grave soit retenue (Soc., 22 janvier 1997, n° 93-46109).

⁹¹ Significatif est l'exemple du refus du retrait d'un convoyeur de fonds (CA Aix-en-Provence, 8 nov. 1995, JCP E 1996, II, 859, note Véronique COHEN-DONSIMONI).

⁹² V. en ce sens Jean SAVATIER, Dr. Soc. 1996, p. 685.

obligée de pourvoir à son remplacement définitif⁹³. Dans cette hypothèse, la solution rejoint encore, mutatis mutandis, celle retenue pour le droit au respect de la vie personnelle. Mais l'on ne situe plus dans le cadre du droit de retrait. Enfin, le caractère encore incertain du droit positif ne doit pas être ignoré. Le droit de retrait reste d'un intérêt très limité s'il implique une prise de risque trop importante de son titulaire. C'est pourquoi il faut regretter que certaines décisions des juges du fond persistent à faire de l'approche objective (le salarié était-il ou non en danger ?) l'alpha et l'omega de leur contrôle, en retenant une motivation annihilant l'élément subjectif du droit de retrait⁹⁴.

B. Un contrôle variable des obligations d'agir de l'employeur

La seconde différence relative au contrôle des réactions de l'employeur a trait aux conséquences qu'est susceptible d'entraîner l'exercice de chacun d'eux. La comparaison contentieuse permet de constater que le passage de la protection – dimension défensive du droit – à la prestation – dimension positive – est beaucoup moins fréquent quand est invoqué le droit au respect de la vie personnelle (1.-) que lorsqu'il s'agit du droit de retrait (2.-).

1) La rareté des obligations positives liées à l'invocation du droit au respect de la vie personnelle

Cette idée ne surprendra pas. Le droit au respect de la vie personnelle est conçu comme un droit visant à conférer une sphère de protection à son titulaire et n'a pas vocation, en principe, à lui permettre de revendiquer l'action du débiteur du droit, mais seulement son abstention. Un arrêt mérite néanmoins de retenir l'attention. L'affaire concernait une salariée qui sollicitait une mutation à Avignon. Son employeur la lui avait refusée, avant de la licencier pour faute grave pour abandon de poste. Au visa de l'art. 8 CEDH, la chambre sociale relève qu'il appartenait à l'employeur d'« expliquer les raisons objectives qui s'opposaient à ce que l'un des postes disponibles dans la région d'Avignon soit proposé à la salariée, contrainte de changer son domicile pour des raisons familiales sérieuses » et, « de surcroît, que la décision de l'employeur (...) de maintenir son affectation à Valenciennes, portait atteinte de façon disproportionnée à la liberté de choix du domicile de la salariée et était exclusive de la bonne foi contractuelle »⁹⁵. Les commentateurs ont pu s'interroger sur « l'émergence, en droit du travail, d'un droit au rapprochement familial »⁹⁶ ou encore d'« un droit à la mutation géographique pour des raisons familiales »⁹⁷.

⁹³ V. ainsi Soc., 16 juill. 1998, n° 97-43484, ainsi que le rapport annuel de la Cour de cassation pour 2007, p. 139 et s.

⁹⁴ V. *supra*, I. B. ; v. not. CA Douai, 31 mars 2009, Belkadi c. SAS Sambre et Meuse, n° 08/01796, CERIT : l'ouvrier concerné n'a « pas été placé dans une situation de travail présentant un danger grave et imminent pour sa vie et sa santé ».

⁹⁵ Soc., 24 janv. 2007, n° 05-40639 ; Dr. ouvr. 2007, p. 282 ; D. 2007, p. 1480, note Grégoire LOISEAU ; et *infra*.

⁹⁶ JCP G 2007, II, 10110, note Jean MOULY.

⁹⁷ JCP S 2007, 1243, note Stéphane BEAL et Anne-Laure DODET.

Toutefois, il ne faudrait pas exagérer la portée de cette solution. Il faut sûrement y voir un arrêt d'espèce, s'expliquant tant par la situation familiale de la salarié que par le refus de l'employeur d'en tenir compte, alors même qu'il en avait la possibilité sans que cela n'affecte l'intérêt de son entreprise. Au demeurant, cet arrêt restera vraisemblablement isolé. Le juge ne semble pas montrer d'empressement à s'immiscer dans le fonctionnement des entreprises. La chambre sociale a eu l'occasion de rappeler ultérieurement qu'une salariée « n'avait pas de droit acquis à une mutation »⁹⁸. Les obligations positives sont donc rares. La situation pourrait évoluer avec le développement des interventions législatives cherchant à favoriser la conciliation entre vies personnelle et professionnelle⁹⁹ ou à faire participer l'employeur à la répression de certains comportements dans l'entreprise, notamment en matière de harcèlement¹⁰⁰.

2) La fréquence des obligations positives liées à l'invocation du droit de retrait

Tout comme le droit au respect de la vie personnelle, le droit de retrait renferme d'abord une obligation d'abstention de l'employeur : « le minimum que l'on puisse attendre est qu'il n'entrave pas l'action sécuritaire »¹⁰¹ de son titulaire. Cependant, il arrive fréquemment que ce minimum soit dépassé, le retrait du salarié obligeant l'employeur à œuvrer lui-même pour la sécurité dans l'entreprise. Les textes tant généraux¹⁰² que spécifiques au droit de retrait¹⁰³ envisagent cette hypothèse. Les obligations positives sont fréquentes mais en aucun cas permanentes. En effet, à partir du moment où l'on admet que le droit de retrait puisse être exercé dans des hypothèses où il n'y avait finalement pas de danger, l'employeur ne saurait être systématiquement conduit à l'action. Dans ce cas, il devra parfois néanmoins prouver au salarié qu'il avait tort de se sentir en danger¹⁰⁴. Mis à part cette situation, il est possible de mettre en

⁹⁸ Soc., 28 oct. 2009, n° 08-41883.

⁹⁹ V. not. Chantal MATHIEU, thèse précit., p. 343 et s. ; Laurent LEVENEUR, « Vie privée et familiale et vie professionnelle », in Bernard TEYSSIE (dir.), *La personne en droit du travail*, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 1999, p. 31.

¹⁰⁰ Antoine MAZEAUD, « Harcèlement entre salariés : apport de la loi de modernisation », *Dr. soc.* 2002, p. 323.

¹⁰¹ Alexia GARDIN, art. précit., p. 607 ; selon l'art. L. 4132-5 : « L'employeur prend les mesures et donne les instructions nécessaires pour permettre aux travailleurs, en cas de danger grave et imminent, d'arrêter leur activité et de se mettre en sécurité en quittant immédiatement le lieu de travail ».

¹⁰² En vertu de l'art. L. 4121-1 C. trav., « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs de l'établissement » ; pour une approche générale, v. Sylvie BOURGEOT et Michel BLATMAN, *L'état de santé du salarié*, Ed. Liaisons, 2^{ème} éd., 2009, p. 132 et s.

¹⁰³ Selon l'alinéa 3 de l'art. L. 4131-1 C. trav. « l'employeur ne peut demander au travailleur qui a fait usage de son droit de retrait de reprendre son activité dans une situation de travail où persiste un danger grave et imminent résultant notamment d'une défectuosité du système de protection ». Implicitement, l'employeur est amené à agir s'il veut que son salarié se remette au travail.

¹⁰⁴ Rappporter une telle preuve pourra nécessiter que l'employeur agisse : CA Montpellier, 30 avr. 1998, *Juris-Data* n° 034906 (présenter le véhicule à une contre-visite afin que soit garantie l'intégrité des réparations effectuées).

évidence l'influence de l'intervention – ou de l'absence d'intervention – de l'employeur dans la motivation des décisions de justice en distinguant cinq configurations, favorables tantôt au salarié, tantôt à l'employeur. La première se rencontre rarement et renvoie au cas où le juge insiste sur une action antérieure de l'employeur pour renforcer la motivation de sa décision refusant le retrait. Dans l'affaire relative au convoyeur de fond, les juges procèdent ainsi quand ils relèvent que l'employeur « a[vait] pris des dispositions, non exigées par la législation, pour faire fabriquer des fourgons blindés de nature à résister à des armes de guerre »¹⁰⁵. La deuxième témoigne du lien logique entre le droit de retrait et les obligations positives de l'employeur. Il s'agit de l'hypothèse où l'exercice du droit, sinon contraint l'employeur à agir à l'avenir, au moins révèle qu'il aurait dû le faire. Les obligations positives apparaissent ici en creux : l'invocation du droit de retrait est justifiée parce que l'employeur n'a pas pris les mesures qu'il fallait¹⁰⁶. La troisième configuration est une variante de la précédente. La persistance d'une situation de danger, due à l'absence d'action postérieure de l'employeur après son signalement, va justifier la prolongation du retrait¹⁰⁷. A l'inverse – quatrième cas de figure –, la réaction de l'employeur permet de dénier au salarié le droit de se retirer¹⁰⁸. La cinquième et dernière configuration renvoie aux situations dans lesquelles le juge analyse l'action postérieure de l'employeur comme un « aveu implicite de ce dernier » de sa carence et donc de la légitimité du retrait¹⁰⁹. Au total, il est possible de déceler de nombreuses obligations positives pour l'employeur. Il faut dire que ce dernier est fortement encouragé à réagir aux signaux envoyés par ses employés. Selon l'article L. 4131-4 C. trav., « le bénéfice de la faute inexcusable de l'employeur (...) est de droit pour le ou les travailleurs qui seraient victimes d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle alors qu'eux-mêmes ou un représentant du personnel au [CHSCT] avaient signalé à l'employeur le risque qui s'est matérialisé ». Il existe donc un risque à rester inactif¹¹⁰, voire à faire cesser les mesures de protection qui avaient été adoptées en vue d'assurer la protection de l'un de ses salariés¹¹¹.

¹⁰⁵ CA Aix-en-Provence, 8 nov. 1995, précit.

¹⁰⁶ CA Poitiers, 25 juillet 1996, Léonarduzzi c. Turpaux, CERIT : le juge stigmatise la faible diligence de l'employeur s'étant contenté de remplacer le salarié retiré. Il fallait agir autrement.

¹⁰⁷ Il n'y a là que l'application de l'art. L. 4131-1 al. 3, précit. ; CA Paris, 30 sept. 1987, Sté Séjourné-Cellula-Staff c. Pose-Rey et Oliati, Dr. ouvr. 1988, p. 246, obs. Michèle BONNECHERE ; Soc., 1^{er} mars 1995, n° 91-43406.

¹⁰⁸ CA Dijon, 8 sept. 1999, SA TSA industries c. Marchand, CERIT : « [la salariée] ne démontre pas qu'elle a été informée de l'abaissement de la température dans les ateliers, le responsable de l'entreprise s'est abstenu de faire diligence pour remédier à la situation » ; v. aussi CA Nancy, 10 sept. 2010, SAS Transcom c. Elkhannous, n° 09/03110, CERIT : « suite aux malaises du 25 janvier 2008, la société Transcom a pris les mesures nécessaires pour garantir la sécurité de ses salariés (...) ».

¹⁰⁹ Alexia GARDIN, art. précit., p. 601 ; avec les exemples cités, not. CA Nancy, 2 février 2007, n° NCY/2007/4, CERIT (« de nouvelles mesures ont été prises pour rendre le sol moins glissant »).

¹¹⁰ « Cette présomption de faute inexcusable vient contraindre l'employeur à l'action (...) puisque son inaction peut se révéler extrêmement coûteuse » (Pierre-Yves VERKINDT, note sous Civ. 2^{ème}, 2 oct. 2008, RDSS 2008, p. 1140).

¹¹¹ CA Nancy, 15 juill. 2009, JurisData n° 2009-379925, Revue de droit des transports 2010 65, obs. Stéphane CARRÉ.

Trois types de difficultés peuvent être soulignées. D'abord, en refusant que le salarié soit obligé d'expliquer les motifs de son retrait, le juge dénie à l'employeur la possibilité d'organiser « une procédure interne permettant de faire remonter jusqu'à lui (...) toutes les informations nécessaires pour identifier exactement le risque signalé et pour intervenir efficacement »¹¹². C'est là un effet pervers d'une jurisprudence qui se veut protectrice du salarié. Ensuite, du moyen de pression que constitue le droit de retrait à la revendication professionnelle qui caractérise le droit de grève, il n'y a qu'un pas. La possibilité d'un exercice successif des deux droits¹¹³ montre qu'il peut y avoir des recoupements. La question n'est pourtant pas sans enjeu : le droit de grève entraîne une retenue sur salaire, laquelle n'est pas permise dans le cas du droit de retrait. L'invocation d'un « droit de retrait-solidarité » constitue une sorte de dévoiement de ce droit qui, individuel, implique d'être personnellement concerné¹¹⁴. Il reste que reposant sur une appréciation subjective (quoique raisonnable), l'émotion suscitée par une agression justifiera parfois le retrait des collègues de la victime, à condition qu'ils puissent établir se trouver dans une situation proche sinon similaire de celle de la personne agressée¹¹⁵. Enfin, et non sans lien avec la difficulté précédente, il n'est pas rare que le danger allégué ne soit pas directement imputable à l'employeur. « La sécurité publique ne relève pas des entreprises »¹¹⁶. Si la nécessité de protéger la santé de l'employé, fondement de ce droit, justifie le retrait immédiat (dimension défensive), l'employeur apparaîtra souvent démuné quant aux suites à apporter (dimension positive). Aussi est-il possible de se demander si l'engagement de la responsabilité de l'Etat par l'employeur – après acceptation par le juge de l'exercice du droit de retrait des salariés suite à une agression – est envisageable dans une telle hypothèse¹¹⁷.

« Les droits sociaux sont de la fausse monnaie ». Ce jugement de Gérard Lyon-Caen, énoncé il y a plus de vingt ans¹¹⁸, est trop catégorique pour rendre compte de la situation actuelle relative au droit de retrait et, par extension, au droit à la protection de la santé. La comparaison avec le droit au respect de la vie personnelle aboutit à des résultats inverses à ceux qui auraient pu être déduits des débats doctrinaux faisant valoir une réticence – pour la légitimer, la dénoncer ou simplement la remarquer – à la justiciabilité des droits sociaux. En

¹¹² Odile GODARD, obs. sous TA Bordeaux, 7 mai 1985, Sté Ford-France c. Min. du trav. JCP E 1985, 14542.

¹¹³ Jean DEPREZ, « Droit de retrait, droit de grève et réintégration du salarié illégalement licencié », RJS 12/90, p. 619.

¹¹⁴ Soc., 23 avr. 2003, n° 01-44806, précit. (limitation, pour des chauffeurs de bus, de la possibilité de s'en prévaloir à la condition de travailler sur la ligne où ont été commises les agressions).

¹¹⁵ La chambre sociale n'a par exemple pas souhaité discuter l'appréciation souveraine de juges du fond admettant un exercice du droit de retrait par cent vingt-six agents (Soc., 22 oct. 2008, SNCF, n° 07-43740).

¹¹⁶ Jean SAVATIER, note précit., p. 806.

¹¹⁷ Thibault LAHALLE, *JurisClasseur Travail* (2009), Fasc. 18-1 : « Droits et obligations des parties ».

¹¹⁸ « Divagations sur un adjectif qualificatif », *Ecrits en l'honneur de Jean SAVATIER*, PUF, 1992, p. 347.

effet, il faut constater que le droit de retrait, droit dit social, fait plus plier le lien de subordination caractéristique de la relation de travail que le droit au respect de la vie personnelle, droit dit civil. Mieux encore, il entraîne des obligations positives et celles-ci ne sont pas un obstacle à sa justiciabilité. Il faut cependant nuancer ces affirmations. D'un point de vue concret d'abord, quand le mot « social » est utilisé à bon escient¹¹⁹, il n'y a rien de très original à démontrer qu'un droit social se trouve bien protégé¹²⁰ par le droit du même nom. Il n'est guère surprenant non plus que le droit au respect de la vie personnelle puisse connaître des restrictions. En s'engageant par un contrat de travail, le salarié renonce nécessairement à une part de sa liberté, part qui réduit d'autant la sphère de sa vie personnelle. D'un point de vue plus théorique ensuite, il convient de douter du caractère généralisable de ces conclusions. Le droit de retrait résulte en effet d'une médiation législative¹²¹, laquelle n'est pas réalisée pour tous les droits sociaux. Enfin, une étude de contentieux est impuissante à rendre compte avec précision de l'effectivité des droits étudiés dans la pratique. En ce qui concerne le droit de retrait, si certaines professions semblent rompues à s'en prévaloir, d'autres, pourtant fortement exposées à des situations de danger, n'en ont pas forcément la connaissance ou sont dans des situations trop précaires pour prendre le risque de mobiliser ce dispositif. Cela permettrait pourtant d'éviter de nombreux accidents du travail.

¹¹⁹ Ce qui est le cas pour désigner le caractère protecteur du droit du travail en matière de protection de la santé et de la sécurité (v. Gérard LYON-CAEN, art. précit., p. 348).

¹²⁰ Le salarié dispose d'ailleurs d'un fondement méconnu pour poursuivre l'employeur en cas de sanction abusive de ce droit (Agnès CERF-HOLLENDER, note sous Crim., 8 oct. 2002, n° 01-85550, *Revue de science criminelle* 2003, p. 354 : « les poursuites pénales en ce sens sont inexistantes »).

¹²¹ Jean RIVERO envisageait déjà cette hypothèse il y a quarante ans (« La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées », in *Mélanges René CASSIN*, t. 3, 1971, p. 313).

TITRE 2 - LES DÉBITEURS DES DROITS SOCIAUX

D'après la définition la plus communément admise, le débiteur est « celui qui doit quelque chose à quelqu'un » ou encore « celui qui est tenu d'une dette, obligé, engagé – qu'il s'agisse d'une obligation en nature ou d'une obligation de somme d'argent »¹. En d'autres termes, le débiteur désigne une personne tenue envers une autre d'exécuter une créance, celle-ci ne portant d'ailleurs pas uniquement sur une somme d'argent : la créance peut en effet également consister en une obligation de faire ou de ne pas faire². Cette définition met en lumière l'importance de la notion de contrainte lorsque l'on s'attache à étudier celle de débiteur : ce dernier est tenu à quelque chose ; quant au créancier, il « peut exiger » du débiteur « l'accomplissement d'une prestation »³. Déterminer le débiteur d'un droit social revient donc à se demander qui peut être contraint à fournir le bienfait objet du droit. Et, en la matière, on pense d'emblée aux personnes publiques dans la mesure où ce sont elles qui mettent en œuvre les services publics nécessaires à la concrétisation de la plupart des droits sociaux. Il existe en effet un lien de réciprocité entre la reconnaissance d'un droit et la création d'un service public, comme le relève une partie de la doctrine⁴. Il convient dès lors de s'interroger sur l'obligation pesant sur les personnes publiques et sur les conditions de réalisation de cette obligation, le choix de la décentralisation pouvant rendre plus complexes les relations entre personnes publiques, comme la contribution relative au domicile de secours le démontrera.

Pour autant, réduire la réflexion sur les débiteurs des droits sociaux aux seules personnes publiques serait éminemment contestable. D'abord, parce que celui qui doit non seulement de quoi manger mais également se vêtir ou se loger, celui qui, en d'autres termes, doit des aliments, et peut être contraint de les fournir, c'est, à lire le Code civil, le parent ou l'allié, en somme, un membre de la famille. Ensuite, parce que le législateur lui-même a parfois établi un lien entre droit social et charge pesant sur des personnes privées : il n'est que de songer au

¹ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, collection « Quadrige », 2008, p. 264.

² Jean CARBONNIER souligne à ce propos que « dans sa nature profonde, l'obligation alimentaire est une obligation qui n'a rien de monétaire, l'obligation de faire vivre autrui. D'être une obligation de faire vivre, elle tire son originalité, ses deux traits si particuliers, son urgence et son actualité, au sens fort des termes » (*Droit civil*, t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, 21^e éd., PUF, coll. « Thémis », 2002, p. 62).

³ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, précit., p. 252.

⁴ V. en ce sens Michel BORGETTO, « La notion de service public constitutionnel face au droit de la protection sociale », in *Le droit administratif : permanences et convergences*, Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME, Dalloz, 2007, p. 83.

droit à l'habitat ou au droit au logement, initialement proclamés dans des textes relatifs aux baux d'habitation⁵ et qui invitaient donc à considérer que la contrainte, dérogatoire au droit commun, qui pesait sur les propriétaires bailleurs était la contrepartie d'un droit social. Enfin, la montée en puissance de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) permet peut-être de percevoir de nouvelles catégories de débiteurs. A l'origine de cette responsabilité, il y a la théorie de la citoyenneté sociale au sens des lois Auroux sur la démocratie industrielle⁶. L'idée était que les droits sociaux devaient transpercer l'unité juridique de l'entreprise pour s'appliquer aussi aux travailleurs. Alors qu'auparavant seule l'entreprise se voyait accorder des droits et devoirs, il fallait décomposer plus avant cette entité afin de protéger les salariés face aux employeurs. Cela s'est traduit par la reconnaissance de droits procéduraux et matériels aux salariés. Lors d'un passage au niveau international, principalement lié à la mondialisation⁷, l'idée d'une protection des travailleurs n'a pas décliné⁸. Mais elle s'est trouvée prise en défaut par une mobilité géographique croissante des entreprises et l'affaiblissement controversé de l'État face à ces mouvements. Deux phénomènes ont donc conduit à la RSE : l'intégration des droits sociaux au sein de l'entreprise et le retrait progressif de la mainmise de l'État sur la question de la protection des droits sociaux.

Face à cette pluralité de débiteurs, la question de la coordination devra nécessairement être posée, et à cet égard, l'étude relative à la notion de domicile de secours permettra d'illustrer l'existence d'une forme de concurrence entre les collectivités publiques, concurrence qui vise non pas à réclamer la qualité de débiteur, mais au contraire à la faire peser sur une autre personne publique. En la matière, la règle est la suivante : le département où se situe le domicile de secours du titulaire du droit à une prestation d'aide sociale doit prendre en charge les frais inhérents à cette aide⁹. A défaut de domicile de secours, le département où le bénéficiaire potentiel réside au moment de la demande sera

⁵ Pour le droit à l'habitat, v. la loi n° 82-526 du 22 juillet 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs, dite Quilliot, art. 1^{er}, JO 23 juin 1982, p. 1967 ; pour le droit au logement, v., toujours en vigueur, la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, dite Mermaz, art. 1^{er}, JO 8 juillet 1989, p. 8541.

⁶ Loi n° 82-957 du 15 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, JO 14 novembre 1982, p. 3414 ; loi n° 82-689 du 23 juillet 1982, relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, JO 6 août 1982, p. 2518 ; loi n° 82-915 du 5 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, JO 29 octobre 1982, p. 3255 ; loi n° 82-1097 du 16 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, JO 26 décembre 1982, p. 3858 ; v. aussi Gérard COUTURIER, *Droit du travail*, 1. Les relations individuelles de travail, 3^e éd., PUF, 1996, n° 20, p. 39 ; Martine LE FRIANT, « La démocratie sociale, entre formule et concept », *Regards*, 2001, vol. 19, pp. 47-53, p. 6.

⁷ Définie comme l'« intensification des relations à travers le monde qui relie des localités distantes d'une telle manière que des événements locaux sont engendrés par des causes géographiquement lointaines et vice versa », v. Jürgen HABERMAS, « The European nation state : its achievements and its limitations, on the past and future of sovereignty and citizenship », *Ratio Juris*, 1996, 9(2), pp. 125-137.

⁸ Franck COCHOY, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme "représentation" de l'économie et du droit », *Droit et Société*, 01/01/2007, n° 65, pp. 91 -101.

⁹ Art. L. 121-1 al. 4 et L. 122-1 al. 1^{er} du Code de l'action sociale et des familles.

compétent¹⁰. Enfin, « en l'absence de domicile fixe, les dépenses sont à la charge de l'État, sous réserve toutefois d'une éventuelle domiciliation »¹¹. En outre, dans le cadre de la loi *DALO* du 5 mars 2007¹², une procédure de domiciliation pour les personnes sans domicile « stable »¹³ a été mise en œuvre afin de favoriser leur accès au(x) droit(s). L'État ne servira donc que les prestations limitativement énumérées à l'article L. 121-7 du Code de l'action sociale et des familles. Malgré des dispositions législatives laissant aujourd'hui peu de place au doute, on constate que les départements sont très enclins à contester leur compétence concernant la prise en charge d'une aide sociale dont l'octroi a été validé par les services d'aide sociale. Cela permettra ainsi de démontrer que la détermination du débiteur peut se révéler délicate et être à l'origine de contentieux qui témoignent finalement de l'existence d'une forme de concurrence entre personnes publiques.

Pour autant, ce phénomène de concurrence – concurrence négative, surtout : il s'agit principalement de *ne pas payer* – n'est sans doute pas circonscrit au seul champ d'action des personnes publiques. Les relations entre les différentes formes de solidarité, et notamment entre la solidarité nationale et la solidarité familiale, peuvent également illustrer le problème de la coordination entre débiteurs – l'articulation entre ces formes de solidarité donnant lieu à des débats toujours recommencés. De fait, en la matière, le droit s'avère hésitant. Le principe demeure la subsidiarité de l'intervention de la solidarité nationale : le débiteur « naturel » reste le groupe familial – ou plus exactement un ou plusieurs parents ou alliés¹⁴. Mais certaines aides ne sont pas subordonnées à la mise en œuvre de l'obligation alimentaire, ou ne donnent pas lieu à recours contre les débiteurs familiaux d'aliments ou à récupération sur succession¹⁵ - ce qui semble illustrer la volonté de réduire les cas d'activation de la solidarité familiale. Cependant, flux et reflux, cette tendance semble, à l'heure de la volonté de réduire la dépense publique, remise en cause, notamment dans

¹⁰ Art L. 122-1 al. 2 du Code de l'action sociale et des familles.

¹¹ Anne REVEILLERE-MAURY, « Le rôle des notions de domicile de secours, de résidence et de domiciliation dans l'imputation des dépenses d'aide sociale », RDSS 2007, p. 1066.

¹² Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, JO 6 mars 2007, p. 4190 ; v. l'article L. 264-1 CASF.

¹³ Préféré à « sans domicile fixe » par le législateur.

¹⁴ Car, en matière familiale, ce sont les liens interpersonnels qui importent, plus que l'appartenance à un « groupe » familial : en ce sens, v. Dominique EVERAERT-DUMONT, « Le paradoxe des obligations alimentaires ou comment concilier principe de solidarité et obligation personnelle », RDSS 2008, p. 538 et s. L'auteur relève par conséquent que concernant « la ligne de partage entre ces deux solidarités [familiale et collective] [...], plus qu'un problème de mesure, c'est surtout l'articulation de deux systèmes de pensée qu'il faut mettre en évidence. Deux conceptions de la solidarité s'opposent : à une vision sociale fondée sur l'appartenance à une collectivité correspond un faisceau d'obligations interpersonnelles » (p. 539).

¹⁵ Sur ce phénomène v. Michel BORGETTO et Robert LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, 7^e éd., Montchrestien, coll. « Domat », 2009, n° 28, p. 26 et surtout n° 193, p. 199 : « Si elle occupe toujours une place importante pour apprécier le droit à l'aide sociale, la mise en œuvre de l'obligation alimentaire s'est trouvée cependant écartée pour plusieurs prestations : frais d'hébergement et d'entretien des personnes handicapées dans les établissements de rééducation et d'aide par le travail ainsi que dans les foyers et foyers-logements, allocation compensatrice pour aide d'une tierce personne, aide ménagère à domicile des personnes âgées ou encore prestation spécifique dépendance devenue allocation personnalisée d'autonomie ».

le cadre des réflexions qui animent le financement de la dépendance¹⁶. Si les termes exacts de la complémentarité entre la solidarité familiale et solidarité nationale semblent donc particulièrement incertains, la nécessité même de cette articulation illustre qu'un même droit social peut appeler pour sa garantie la protection de plusieurs débiteurs.

Mais étudier les débiteurs des droits sociaux suppose également de s'interroger sur l'intensité de la contrainte pesant sur ces débiteurs : s'agit-il d'une contrainte juridique donnant corps à des droits opposables et justiciables – ce que semble impliquer la définition commune du débiteur – ou s'agit-il seulement d'une contrainte morale, politique ou sociale¹⁷ ? Et cette contrainte se traduit-elle par l'affirmation d'une obligation de moyens ou est-elle la source d'une obligation de résultat ? Sur ce point, les différentes contributions rassemblées dans ce titre mettront en perspective des niveaux de protection particulièrement hétérogènes : si l'obligation alimentaire entre parents et alliés est évidemment justiciable, et si les moyens de sa justiciabilité ont été accrus au cours des dernières décennies, si le droit au service public peut, dans une certaine mesure, être justiciable, cela semble plus incertain concernant la responsabilité sociale pesant sur les entreprises. La principale spécificité de la RSE est en effet son caractère volontaire ou non obligatoire, son habit de droit mou (*soft law*). L'entreprise s'engage seule et sans contrepartie envers ses travailleurs, mais ne se contraint pas.

La question de l'intensité de la contrainte supposera, par ailleurs, de s'interroger sur les éléments qui conditionnent la mise en œuvre de l'obligation, et à cet égard, il conviendra de s'intéresser au rôle du juge, mais aussi de souligner le rôle des textes, c'est-à-dire l'importance des dispositions écrites, dans la réalisation des droits sociaux. L'existence d'une disposition textuelle suffisamment précise peut en effet constituer une condition indispensable à la concrétisation d'un droit et donc à la reconnaissance d'une créance. Les études afférentes au droit au service public et au domicile de secours l'illustreront. Les garanties apportées au droit au service public se trouveront, en effet, renforcées dès lors qu'existe une disposition claire et précise faisant peser une obligation sur les personnes publiques. De la même manière, la question de l'existence d'une règle écrite et de sa normativité se pose également s'agissant de la RSE. L'intérêt de cette question réside dans un paradoxe qui caractérise la définition

¹⁶ V., en dernier lieu, le rapport d'information n° 2647 du 23 juin 2010, fait par la députée Valérie ROSSO-DEBORD sur la prise en charge des personnes âgées dépendantes et la proposition de loi n° 2740 du 13 juillet 2010 visant à faire évoluer les critères de l'allocation personnalisée d'autonomie.

¹⁷ Le droit civil connaît la figure du débiteur qui ne peut être contraint : c'est l'hypothèse de l'obligation naturelle, sur laquelle v. en part. Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation, 6^e éd., par Eric SAVAUX, Sirey, 2009, n° 68 et s., p. 55 et s. : « L'appellation d'obligation naturelle s'oppose à celle d'obligation civile. Celle-ci caractérise la situation de contrainte du débiteur, le créancier étant admis à exiger l'exécution, au besoin en recourant à des mesures d'exécution forcée. Celle-là est, au contraire, une obligation qui ne comporte pas un tel pouvoir de contrainte : le créancier ne peut forcer le débiteur à l'exécution ; il ne peut le poursuivre en justice à cet effet ».

même de la RSE. Elle a pour objectif la contrainte de l'entreprise au respect de règles de droit social. Pourtant, son caractère volontaire rend l'idée d'une contrainte (étatique ou non) impossible. En dehors de l'État, le socle étatique ou international de valeurs communes risque de ne plus être respecté et le travailleur peut se trouver dans un état de quasi-incapacité à se défendre. L'entreprise se retrouve toute puissante. Et l'État inutile.

En définitive, les études réunies mettent en évidence que les droits sociaux, comme leur dénomination usuelle l'indique, ont certainement *un* débiteur, unique : la société – dans toutes ses composantes, personnes publiques comme personnes privées. Mais, entité vague, la société ne peut être attraitée en justice : la justiciabilité impose la détermination de débiteurs plus précis. C'est avec l'objectif de s'interroger sur les différents niveaux de débiteurs, mais également sur l'intensité de la contrainte et les éléments conditionnant sa réalisation, que sont construites les contributions qui suivent, avec pour ambition de porter un regard croisé sur les débiteurs des droits sociaux. Ces analyses permettront de dévoiler l'existence d'une pluralité de débiteurs potentiels, même si l'intensité de la contrainte et les instruments d'activation de celle-ci souffrent parfois d'un manque d'effectivité.

CHAPITRE 1 - LE DROIT AU SERVICE PUBLIC, REFLET DES OBLIGATIONS PESANT SUR LES PERSONNES PUBLIQUES,

VIRGINIE DONIER

Le rôle assigné aux services publics dans la mise en œuvre des principes républicains est fréquemment mis en exergue par le discours politique, mais aussi par la doctrine. Michel Borgetto et Robert Lafore considèrent ainsi que « le service public est le produit du renversement de la conception du droit intervenu à la fin du XIX^{ème} siècle, lequel a voulu substituer au droit révolutionnaire d'essence jusnaturaliste, individualiste et contractualiste une nouvelle construction juridique bâtie sur une théorie sociologique de l'intégration sociale »¹. Le discours doctrinal s'accorde en effet sur la fonction de solidarité du service public dans la mesure où il constitue sans nul doute le principal instrument de lutte contre les inégalités de fait². Une telle analyse est également confirmée par la jurisprudence administrative, le juge n'hésitant pas à justifier la création d'un service public par la volonté d'assurer à tous, et notamment aux plus modestes n'ayant pas les moyens financiers de recourir au secteur privé, l'accès à des prestations jugées essentielles³.

Le rôle du service public dans la mise en œuvre des droits se vérifie particulièrement s'agissant des droits sociaux qualifiés de droits-créances. Comme le soulignait Jean Rivero, « les droits de créances ne peuvent recevoir satisfaction qu'après la mise en place d'un appareil destiné à répondre aux exigences des particuliers. Le service public est donc, pour la satisfaction de tels pouvoirs, le procédé le plus normal. Tant que le service public n'est pas créé (...) le droit du créancier ne peut s'exercer »⁴. Services publics et droits-créances entretiennent des liens étroits ; dès lors, on peut s'étonner qu'aucun texte de droit interne ne consacre expressément le droit aux services publics. Certes, il existe bien des textes qui affirment, dans des domaines particuliers, le droit d'accès à un service public, à l'instar de l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946. Mais aucune disposition constitutionnelle ne consacre le droit d'accès aux services publics alors même que le Préambule de 1946

¹ Michel BORGETTO et Robert LAFORE, *La République sociale*, contribution à l'étude de la question démocratique en France, PUF, collection *La politique éclatée*, 2000, p. 306 et s.

² Laurent THEVENOT, « Les justifications du service public peuvent-elles contenir le marché ? » in *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Antoine LYON-CAEN et Véronique CHAMPEIL-DESPLATS (dir.) Dalloz, collection *Thèmes et commentaires*, 2001, p. 127. Gilles J. GUGLIELMI, Geneviève KOUBI et Gilles DUMONT, *Droit du service public*, Montchrestien, *Domat de droit public*, 2007, p. 661.

³ CE, 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, AJDA, 1964, p. 705.

⁴ Jean RIVERO, *Libertés publiques*, t. 1, PUF, 1991, p. 121.

reconnait et garantit des droits-créances. Seule la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne fait état d'un droit d'accès à certaines activités de service public : l'article 34 énonce ainsi que « l'Union reconnaît et respecte le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux (...) » ; quant à l'article 36, il affirme que « l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et les pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union ». Ces deux articles constituent les seuls textes susceptibles de servir de fondement à la reconnaissance d'un droit aux services publics, sans pour autant que l'on puisse déduire des formulations retenues une quelconque obligation à la charge des États membres.

Dès lors, faut-il admettre, comme certains auteurs, que les droits sociaux proclamés en France ne le sont à l'encontre d'aucun débiteur clairement identifié⁵ ? Si l'on se reporte à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 qui fait peser sur la Nation la protection de la santé et la sécurité matérielle, on ne peut que souscrire à cette analyse. Certaines dispositions sont en revanche plus précises et désignent sans ambiguïté un débiteur, à l'image de l'alinéa 13 selon lequel « l'organisation de l'enseignement public et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État ». L'emploi du terme « Nation » dans certains alinéas du Préambule témoigne sans doute de la volonté des rédacteurs du texte de laisser une marge de manœuvre substantielle aux pouvoirs publics pour décider des conditions de mise en œuvre des droits considérés. Mais sans instrument d'activation, ces dispositions, et les droits afférents, peuvent rester lettre morte. Au-delà de l'affirmation du lien entre la création d'un service public et la concrétisation d'un droit, il importe donc d'analyser les conditions de mise en œuvre de ce lien et particulièrement l'intensité de la contrainte qui caractérise cette relation. De cette analyse découlera ainsi la réponse à la question de savoir si les personnes publiques sont réellement les débiteurs des droits sociaux, ou pour le moins, les principaux débiteurs. En d'autres termes, s'interroger sur l'identification des débiteurs des droits sociaux ne suppose pas uniquement de mettre en exergue le rôle dévolu aux services publics dans la réalisation de ces droits, il convient en outre de s'interroger sur l'étendue des obligations pesant sur les personnes publiques afin de déterminer si le droit au service public, c'est-à-dire le droit à la concrétisation des droits sociaux, leur est opposable.

D'après Michel Borgetto, l'opposabilité d'un droit implique d'une part, la désignation « d'une autorité responsable de sa mise en œuvre », et d'autre part, « que le citoyen puisse, si nécessaire, revendiquer son droit devant une instance compétente »⁶. Un droit opposable semble donc être également un droit justiciable puisque le citoyen doit pouvoir disposer d'une procédure

⁵ Jean-Pierre CHAUCHARD, « Variations sur les droits sociaux », *Droit social*, 2010, p. 947.

⁶ Michel BORGETTO, « L'accès aux droits sociaux : quelle effectivité ? » in *Droit et pauvreté*, Séminaire ONPES, DREES-MiRe, 2008, p. 105 et s.

juridictionnelle permettant de garantir la mise en œuvre de ce droit. Mais la justiciabilité n'est pas nécessairement synonyme d'effectivité, et l'analyse des garanties accordées au droit au service public le démontrera. Ainsi, s'interroger sur l'intensité de la contrainte pesant sur les personnes publiques consiste à déterminer si le droit au service public est opposable, justiciable et effectif. Et pour tenter d'apporter des éléments de réponse, il faudra, dans un premier temps, se demander si la création d'un service public est une obligation à la charge des personnes publiques. Existe-t-il une contrainte juridique pesant sur les personnes publiques en la matière (I) ? Par ailleurs, une seconde question méritera d'être soulevée : la créance pesant sur les personnes publiques est-elle éteinte dès lors que le service public est créé, existe-t-il un droit d'accès aux services publics existants (II) ?

I. L'étendue des devoirs pesant sur les personnes publiques quant à la création des services publics

Si le droit à la création de services publics est souvent analysé comme un devoir social pesant sur les personnes publiques, il s'agit essentiellement de contraintes a-juridiques. La corrélation entre l'existence de services publics et la concrétisation d'un droit est fréquemment affirmée tant dans le discours doctrinal que dans la jurisprudence (A), mais cela n'engendre pas nécessairement la reconnaissance d'une créance à la charge des personnes publiques (B).

A. Les justifications apportées à l'existence des services publics : l'affirmation d'un devoir social

Le service public est traditionnellement analysé comme un vecteur de solidarité, et ce quel que soit l'objet de son activité. Cela se confirme particulièrement dans le cadre des services sociaux dont l'objectif est d'assurer une redistribution des revenus. La Commission européenne considère ainsi que les services sociaux d'intérêt général, qui ont pour objet de « répondre aux besoins vitaux de l'Homme », sont « généralement fondés sur le principe de solidarité et dépendent fortement des financements publics, de manière à garantir l'égalité d'accès, indépendamment des richesses ou des revenus »⁷. Cet objectif de solidarité justifie par ailleurs que de telles activités puissent bénéficier de dérogations aux règles du Traité, et notamment aux règles de la concurrence⁸, même si ces dérogations ne sont ni systématiques ni généralisées. C'est en effet le degré de solidarité que comporte une activité sociale qui détermine l'applicabilité ou la non-applicabilité des règles du droit de la

⁷ Communication de la Commission européenne du 20 novembre 2007, « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », COM(2007) 725.

⁸ Patrick THIEFFRY, « Une année en demi-teinte pour les services sociaux d'intérêt général », AJDA, 4 février 2008, p. 176.

concurrence⁹. Cela tend à démontrer que l'existence de services publics à vocation sociale se justifie par la volonté de garantir la mise en œuvre du principe de solidarité, et c'est précisément cet objectif qui justifie également le régime juridique qui leur est applicable en droit communautaire. Le service public est donc présenté comme un outil en faveur de la lutte contre les inégalités de fait.

La jurisprudence administrative confirme cette analyse. Dans une décision rendue le 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, le Conseil d'État a considéré que la création d'un service municipal de soins dentaires était justifiée par le souci d'assurer à tous, l'accès à un service essentiel, indépendamment du niveau de ressources des usagers¹⁰. De la même manière, dans une décision plus récente, le Conseil d'État a estimé qu'un département pouvait légalement créer un service de téléalarme au profit des personnes âgées afin de faciliter leur maintien à domicile. Cette intervention ne porte pas atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie dans la mesure où elle est motivée par le principe de solidarité, c'est-à-dire par la volonté de garantir à toutes les personnes âgées, et notamment aux plus modestes, le bénéfice d'une prestation indispensable à leur maintien à domicile¹¹. Les lois du marché peuvent ainsi céder face aux impératifs de solidarité. Cela met alors en lumière les carences du secteur privé qui n'est pas en mesure de proposer une offre de service accessible à tous ; or, il appartient aux personnes publiques de combler ces carences.

Mais la justification des interventions des personnes publiques en matière de création de services publics n'est pas circonscrite au seul secteur social ; le rôle civique que revêt le service public contribue en effet à légitimer les interventions des personnes publiques dans d'autres secteurs. Ce rôle tient à ce que le service public est « un instrument essentiel pour garantir aux citoyens un mieux-être économique et social »¹², mais il est également présenté comme une composante de la citoyenneté, et notamment de la citoyenneté européenne. C'est ce qui ressort du libre blanc de la Commission européenne du 12 mai 2004 dans lequel il est affirmé que l'accès aux services d'intérêt général « est nécessaire pour permettre aux citoyens de l'Union de jouir pleinement de leurs droits fondamentaux »¹³. Cette corrélation autorise alors à penser que l'accès aux services publics est un préalable indispensable à l'exercice de la citoyenneté, et à l'exercice des droits fondamentaux. Dès lors, l'existence des services publics peut trouver sa légitimité dans la volonté de garantir pleinement l'exercice de la

⁹ Sean VAN RAEPENBUSCH, « Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social », in *Les services d'intérêt économique général de l'Union européenne*, Jean-Victor LOUIS et Stéphane RODRIGUES (dir.), Bruylant, 2006, p. 69.

¹⁰ Arrêt précité.

¹¹ CE, 3 mars 2010, Département de la Corrèze, RDSS 2010, n°2, p 341, note Geneviève KOUBI et Gilles J. GUGLIELMI.

¹² Gilles J. GUGLIELMI, Geneviève KOUBI et Gilles DUMONT, *Droit du service public*, précit. p. 661.

¹³ COM (2004) 374 final.

citoyenneté, et c'est sans doute ce qui justifie l'article 36 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui se réfère expressément à l'accès aux services d'intérêt économique général ; cette disposition ne vise pas nécessairement à faire de l'accès à ces activités un droit fondamental, mais elle a sa place dans la charte dans la mesure où les services d'intérêt général constituent « le socle d'un certain nombre de droits fondamentaux »¹⁴.

Une telle analyse se retrouve par ailleurs dans le discours politique français comme en témoigne la proposition de résolution relative au rôle des services publics présentée par plusieurs sénateurs français le 28 mai 2009. Cette proposition vise à affirmer que le « service public est un facteur de cohésion sociale. Il fait une large place à la redistribution sociale et territoriale (...). Le service public n'est donc pas simplement un prestataire de biens et de services mais aussi un producteur de lien social et de citoyenneté »¹⁵. Cette vision du service public avait déjà été mise en exergue lors des débats parlementaires afférents à la loi « exclusions » du 29 juillet 1998¹⁶, la création de services publics étant présentée comme un instrument indispensable à la réalisation des droits fondamentaux. Le lien ainsi établi entre services publics et citoyenneté se retrouve également dans la jurisprudence administrative, et plus spécifiquement, dans la jurisprudence relative à la tarification sociale des services publics. Dans ses conclusions rendues à propos des arrêts *Commune de Gennevilliers* et *Commune de Nanterre* du 29 décembre 1997, Jacques-Henri Stahl estimait qu'« affirmer qu'est d'intérêt général tout ce qui contribue à affermir le lien social n'est pas déraisonnable »¹⁷. Et cette analyse est appliquée, dans les deux cas d'espèce, à un service public qui n'a pas directement une vocation sociale car il s'agit d'un service culturel, ce qui tend à conforter le rôle assigné aux différents services publics dans la mise en œuvre de la citoyenneté.

La place dévolue aux services publics dans le discours politique, mais aussi dans la doctrine et la jurisprudence, contribue alors à mettre à la charge des personnes publiques, et notamment de l'État, un devoir qui trouve sa source dans la nécessité de garantir les conditions nécessaires à l'exercice de la citoyenneté. C'est donc là que le service public puise les justifications de son existence : dans la mesure où le secteur privé ne peut, à lui seul, assurer l'accès de tous aux droits fondamentaux, l'intervention des pouvoirs publics paraît non seulement justifiée, mais également indispensable. Se dessine ainsi les contours d'un devoir pesant sur les personnes publiques et en premier lieu sur l'État. La question est alors de savoir si ce devoir social, ou cette contrainte a-juridique, trouve sa concrétisation en droit : le devoir social qui semble être à l'origine de

¹⁴ Hélène PAULIAT, « L'accès aux services d'intérêt général et la cohésion sociale et territoriale », in *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Jacques VANDAMME et Stéphane RODRIGUES (dir.), éditions ASPE Europe, 2003, p. 98.

¹⁵ Proposition de résolution n°446.

¹⁶ Loi n°98-657, JO 31 juillet 1998, p. 11679.

¹⁷ RFDA, 1998, p. 539.

l'existence de services publics se traduit-il par la consécration d'un droit opposable ?

B. L'intensité de la contrainte juridique : une opposabilité variable

La question de savoir si les personnes publiques sont dans l'obligation de créer des activités de service public suppose de rechercher l'existence de dispositions textuelles ou de principes juridiques dictant au législateur, ou aux collectivités territoriales, une telle obligation. D'après certaines analyses doctrinales, existeraient des services publics dont l'existence est imposée, ou tout du moins découle, de dispositions constitutionnelles et sont ainsi placés à l'abri du législateur¹⁸. Cela ne signifie pas pour autant que de telles activités constituent, dans tous les cas, des monopoles étatiques, certains services publics dont l'existence découle de dispositions constitutionnelles peuvent en effet admettre, aux côtés du secteur public, un secteur privé¹⁹. Tel est le cas de l'éducation ou de la santé.

Mais il n'en demeure pas moins qu'une partie de la doctrine considère que de telles activités, qui semblent être impliquées par une disposition constitutionnelle, s'imposent aux personnes publiques et supposent l'existence d'un service public ; s'agissant du service public de l'éducation, cela est affirmé par l'alinéa 13 du Préambule de 1946. Cependant, le manque de précision de certaines dispositions ne permet pas toujours d'en déduire explicitement l'obligation de créer un service public. A la lecture de l'alinéa 11 du Préambule de 1946, on ne peut en effet conclure à l'existence d'un service public constitutionnel de la protection sociale. Si cette disposition reconnaît le droit à la protection sociale, elle n'exige pas que ce droit soit mis en œuvre par le biais d'un service public ; il appartient certes, à la Nation de garantir ce droit, mais compte tenu de l'imprécision de cette disposition, on ne peut conclure, de prime abord, à l'obligation de créer un service public. Les moyens à mettre en œuvre pour garantir les droits énoncés par l'alinéa 11 ne sont pas clairement exposés, ils sont laissés à la libre appréciation du législateur. Or, cette indétermination n'est pas sans conséquences sur l'opposabilité de cette disposition, le manque de précision dans l'énoncé d'un droit étant régulièrement présentée comme un obstacle à son opposabilité et à sa concrétisation²⁰.

¹⁸ Louis FAVOREU, « Service public et Constitution », *AJDA*, 1997, n° spécial, p. 16 ; Pierre ESPUGLAS, *Conseil constitutionnel et service public*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1994. Pour une analyse contraire, v. Ramu DE BELLESCIZE, *Les services publics constitutionnels*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2005.

¹⁹ Ces services publics entrent alors dans ce que certains auteurs qualifient de services publics constitutionnels de « second rang », par opposition aux services publics constitutionnels de « premier rang » qui correspondent aux fonctions de souveraineté et qui excluent toute intervention du secteur privé. V. en ce sens Pierre ESPUGLAS, précit. p 34 et s.

²⁰ Xavier PRETOT, commentaire de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Gérard CONAC, Xavier PRETOT, Gérard TEBoul (dir.) Dalloz, collection Thèmes et commentaires, 2001, p. 261 ; François RANGEON, « Réflexions sur

Néanmoins, on peut considérer que la dimension universelle de cet alinéa, visant à garantir à « tous » le droit à la sécurité matérielle, impose l'existence d'un secteur public aux côtés du secteur privé qui, par nature, est guidé par des considérations financières. Ainsi, en dépit de l'imprécision de l'alinéa 11, on peut tout de même penser que l'universalité dont cette disposition est empreinte implique la mise en œuvre d'un service public. Pour autant, cette obligation n'est assortie d'aucune sanction, aucun dispositif juridique ne permet, en effet, d'enjoindre au législateur la création de services publics, *a fortiori* lorsque ces activités découlent de dispositions constitutionnelles dont les implications sont nébuleuses.

Cela tend notamment à mettre en lumière l'importance de l'existence d'une disposition précise, qu'elle soit constitutionnelle ou législative, pour imposer l'obligation de créer un service public. Et sur ce point, la mise en œuvre du service minimum d'accueil conforte cette analyse : dans sa décision rendue le 7 août 2008, le Conseil constitutionnel a considéré que l'institution d'un droit d'accueil au profit des élèves des écoles maternelles et élémentaires publiques pendant le temps scolaire supposait la création d'un service public²¹. En l'occurrence, la corrélation entre la reconnaissance d'un droit et l'existence d'un service public est affirmée dans la mesure où elle découle d'une disposition législative dont le niveau de précision est suffisant pour créer une obligation à la charge des personnes publiques. Et c'est parce que l'existence d'une telle obligation ne fait pas de doute que le juge administratif n'hésite pas à sanctionner les collectivités territoriales ayant refusé de mettre en place un tel service public, et à faire usage de son pouvoir d'injonction, éventuellement sous astreinte, afin de leur imposer la réalisation de cette obligation²². On remarque dès lors que le juge administratif dispose, par le biais de son pouvoir d'injonction, de la possibilité de garantir la mise en œuvre d'une obligation mise à la charge d'une autorité administrative par la loi. Mais aucune solution similaire n'est valable à l'adresse du législateur dont la carence dans la création du service ne semble pouvoir être sanctionnée, notamment lorsque l'obligation découle de dispositions imprécises.

Deux conditions semblent finalement devoir être réunies pour assurer l'opposabilité d'un droit : il convient d'une part que ce droit soit affirmé en des termes suffisamment précis, et d'autre part, il doit être assorti d'une sanction résidant dans l'existence d'un recours juridictionnel, ce qui tend à mettre en exergue le rôle du juge dans la garantie des droits²³.

l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, Danièle LOCHAK (dir.), CURAPP, PUF, 1989, p. 126.

²¹ CC, n° 2008-569 DC, JO 21 août 2008.

²² V. par exemple TA Paris, 30 janvier 2009, n° 0816692, JCP édition A, 4 mai 2009, p. 39, comm. Jean-Marie PONTIER.

²³ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Normativité et effectivité des droits économiques et sociaux dans les débats constitutifs de 1946 », in *La Déclaration universelle des droits de l'Homme (1948-2008) - Réalité d'un idéal commun ?*, La documentation française, 2009, p. 406. V. également François RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », précit.

Mais surtout, l'opposabilité du droit au service public semble variable, ce qui laisse apparaître un paradoxe entre l'affirmation d'un devoir social à la charge de l'État et l'absence d'obligation générale pesant sur les personnes publiques. Les justifications apportées à l'existence des services publics ne se sont pas donc nécessairement traduites en contraintes juridiques : si le discours doctrinal et politique reconnaît largement l'existence d'une créance à la charge des personnes publiques, le droit positif ne dispose pas d'un instrument général d'activation de cette créance. Le service public est certes présenté comme un vecteur de citoyenneté et donc comme le socle d'un certain nombre de droits fondamentaux, mais la traduction de cette analyse en droit positif est soumise à des conditions qui ne sont pas nécessairement satisfaites.

La question que l'on peut se poser à présent, à l'égard de l'existence des services publics, est de savoir si le pouvoir d'appréciation reconnu aux pouvoirs publics pour mettre en œuvre de telles activités, en l'absence de dispositions textuelles précises, s'exerce de la même manière tout au long de la vie du service. La faculté de créer un service public se traduit-elle, parallèlement, par la faculté de le supprimer, ou pour le moins, d'en réduire le champ d'action soit matériellement, soit géographiquement ? A cet égard, la jurisprudence constitutionnelle relative aux services publics constitutionnels permet d'établir que la marge de manœuvre du législateur s'agissant du maintien de l'activité est plus restreinte. Michel Borgetto le démontre à propos du service public de la protection sociale : selon lui, la notion de service public constitutionnel tend à préserver le droit à la protection sociale en interdisant au législateur de supprimer purement et simplement ce service sans le remplacer par un système au moins équivalent²⁴. Il apparaît ainsi que l'existence d'une disposition constitutionnelle légitimant l'existence d'un service public peut le mettre à l'abri de toute suppression radicale. Si l'imprécision de certaines dispositions constitutionnelles ne permet pas de déceler l'affirmation d'un droit opposable à la création de l'activité dans la mesure où la carence du législateur ne peut être sanctionnée, ces dispositions peuvent néanmoins devenir opposables dès lors qu'il s'agit de préserver l'existence même du service.

Pour autant, cela ne signifie pas que l'autorité publique n'est pas en mesure de supprimer certaines implantations locales de services publics ; le droit au maintien des services, dont certains trouvent leur fondement dans des dispositions constitutionnelles, est en réalité un droit à la prestation. Ce droit se concilie avec le pouvoir d'appréciation reconnu aux personnes publiques dans la gestion de leurs activités de service public, comme en témoigne la jurisprudence administrative relative à la réforme de la carte judiciaire : si la justice est incontestablement un service constitutionnel, le juge administratif considère que l'autorité chargée de sa mise en œuvre est tout à fait fondée à décider de supprimer certains tribunaux, c'est-à-dire certaines implantations locales de ce

²⁴ Michel BORGETTO, « La notion de service public constitutionnel face au droit de la protection sociale » in *Le droit administratif entre permanences et convergences*, Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME, Dalloz, 2007, p. 83.

service²⁵. Certes, on trouve dans la jurisprudence administrative, des décisions qui imposent le maintien d'un service dès lors qu'il répond à un besoin avéré ; tel est notamment le sens d'une décision rendue par le Conseil d'État à propos d'un service d'ophtalmologie dans un hôpital²⁶. Toutefois, cette solution paraît quelque peu isolée. La mise en perspective de ces deux jurisprudences permet d'ailleurs de démontrer que les services régaliens ne bénéficient pas nécessairement d'une protection plus importante que celle accordée aux services à vocation sociale. Le pouvoir d'organisation reconnu à l'administration sur ses services publics dépasse largement le clivage entre droits civils et politiques d'un côté, et droits économiques, sociaux et culturels de l'autre. Ce pouvoir lui permet en effet, dans les deux cas, de procéder à des aménagements géographiques en supprimant des implantations locales, et ce, même s'il s'agit de services trouvant leur justification dans la Constitution. Dans la mesure où de telles décisions ne conduisent pas à remettre en cause le droit à la prestation, puisque le service n'est pas supprimé dans sa globalité, elles sont autorisées.

S'agissant en revanche des aménagements matériels qui pourraient être apportés aux activités de service public découlant de la Constitution, le juge constitutionnel a construit une jurisprudence qui semble révéler l'existence d'une contrainte juridique à la charge des personnes publiques. Lorsque le législateur aménage le champ matériel d'une prestation existante, le Conseil estime qu'il doit veiller à ce que ces aménagements n'aboutissent pas à remettre en cause des exigences de caractère constitutionnel²⁷. Cela signifie que le législateur se doit de respecter un minimum incompressible, la loi ne peut affecter « la substance même d'un droit (...) en réduisant [la garantie accordée antérieurement] de manière telle que le droit en question se trouve atteint dans son principe »²⁸. Cette jurisprudence est applicable aux services à vocation sociale, ce qui tend à démontrer que l'alinéa 11 du Préambule de 1946 peut mettre des obligations à la charge des personnes publiques. Cet alinéa devient opposable lorsque le législateur modifie le champ des garanties matérielles accordées au droit à la sécurité matérielle, au droit à la protection de la santé, ou au droit d'obtenir des moyens convenables d'existence. Le service public semble ainsi être protégé dans son existence même, mais aussi, dans une certaine mesure, dans son champ matériel. Pour autant, aucune jurisprudence n'est, pour l'heure, venue sanctionner les choix du législateur ; la définition de conditions plus restrictives pour bénéficier d'une prestation n'a pas été jugée

²⁵ V. en ce sens les décisions rendues par le CE le 8 juillet 2009, Commune de Saint-Die-des-Vosges, n° 314236 et Commune de Nogent le Rotrou n°319066 ; Mathieu TOUZEIL-DIVINA, « La redistribution des cartes judiciaires », AJDA, 2010, p. 398. V. également CE, 19 février 2010, M. Pierre M et autres, n° 322407. Dans ces différentes espèces, si le Conseil d'État annule parfois la décision de suppression de tel ou tel tribunal, il n'en demeure pas moins qu'il rappelle l'étendue du pouvoir d'organisation dont disposent les autorités publiques sur ce service public.

²⁶ CE, 28 février 1990, Décaudin, n° 73788.

²⁷ V. en ce sens la décision n° 97-393DC du 18 décembre 1997, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998, JO 27 décembre 1997, p. 19663.

²⁸ Michel BORGETTO et Robert LAFORE, *La République sociale. Contribution à l'étude de la question démocratique en France*, PUF, collection La politique éclatée, 2000, p. 231 et s.

contraire à la Constitution²⁹. Les potentialités offertes par cette ligne jurisprudentielle, qualifiée de cliquet anti-retour, restent donc virtuelles. Il n'en demeure pas moins qu'elle est susceptible de servir de fondement à l'opposabilité du droit au service public dès lors que l'activité en cause découle d'une disposition constitutionnelle.

En définitive, l'existence des services publics reçoit une protection variable : si la création de services publics relève généralement du pouvoir discrétionnaire des personnes publiques, la vie de ces activités bénéficie d'une protection qui peut être opposée à la personne publique. Mais au-delà des questions ayant trait à l'existence des services publics, il convient également de s'interroger sur la portée du droit d'accès aux services créés.

II. L'étendue des devoirs pesant sur les personnes publiques quant à l'accès aux services publics existants

L'analyse ne porte plus, dans cette hypothèse, sur les conditions d'existence des services publics, c'est-à-dire sur les conditions entourant leur création et leur suppression, mais se tourne vers les obligations pesant sur les personnes publiques à l'égard des services déjà mis en place. Cela permettra de démontrer que le droit d'accès au service public est opposable grâce aux lois du service public qui imposent un certain nombre de contraintes aux personnes publiques, contraintes qui peuvent servir de fondement à un recours juridictionnel. Le droit d'accès est donc justiciable (A), mais cela suffit-il pour garantir son effectivité (B) ?

A. La justiciabilité du droit d'accès garantie par les lois du service public

Pas plus qu'il n'existe de droit général à la création et au maintien des services publics, il n'existe un droit d'accès aux services publics reconnu de manière globale. En dépit des affirmations contenues dans les articles 34 et 36 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, on ne peut conclure à la reconnaissance d'un droit d'accès. En effet, ces dispositions visent simplement à reconnaître les actions des États en la matière, sans leur dicter de réelles obligations. A l'instar de certains auteurs, il faut en convenir que l'article 36 « n'est pas à ranger parmi les droits subjectifs invocables en justice » ; « l'article 36 ne contraint pas les instances communautaires à mettre en œuvre un droit d'accès aux services d'intérêt économique général, il consacre au contraire une abstention : ne pas remettre en cause les législations et les pratiques nationales qui mettent en œuvre le droit d'accès aux services d'intérêt

²⁹ V. en ce sens la décision précitée du 18 décembre 1997 : le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur pouvait soumettre l'octroi d'allocations familiales à une condition de ressources sans remettre en cause des exigences de caractère constitutionnelle.

économique général»³⁰. Le contenu du droit d'accès est ainsi déterminé par chaque État membre, réserve faite du service universel puisque cette notion détermine un minimum commun à tous les États et auquel tous les citoyens de l'Union ont droit. Le service universel confère donc des droits aux usagers, tout du moins, dans les domaines dans lesquels il existe car le champ d'application de cette notion demeure sectoriel³¹. Mais en dehors du service universel, aucune obligation découlant du droit communautaire n'est imposable aux États, les termes de la charte des droits fondamentaux ne souffrent sur ce point d'aucune ambiguïté : l'Union européenne se cantonne dans un rôle d'abstention, elle se refuse à endosser un rôle d'impulsion.

Dès lors, puisque le droit communautaire n'est pas la source d'un droit général d'accès aux services publics, il convient de voir dans quelle mesure les règles qui régissent le fonctionnement des services publics en droit interne peuvent être à l'origine d'un droit d'accès. C'est en effet au travers des principes de continuité, d'égalité, et dans une moindre mesure d'adaptabilité que le droit d'accès au service public semble trouver une traduction. Si la doctrine tend à lier la question du droit d'accès à celle de l'interprétation du principe d'égalité³², il convient également de ne pas écarter les deux autres lois du service public en ce qu'elles contribuent à garantir un droit au fonctionnement normal de l'activité, droit qui est opposable.

S'agissant tout d'abord du principe d'égalité, la jurisprudence démontre que ce principe bénéficie d'une attention particulière : dans la décision précitée du 20 novembre 1964, *ville de Nanterre*, le Conseil d'État affirme que l'accès à un service de soins dentaires ne peut être interdit à un candidat-usager sous prétexte que ses ressources lui permettent de recourir au secteur privé. Certes, la création de services à vocation sociale réservés aux plus démunis est admise par le juge³³, mais en dehors de ces activités, le niveau de ressources ne peut constituer un critère d'exclusion. Par ailleurs, la jurisprudence relative à l'utilisation du critère de la nationalité témoigne de l'étendue des garanties accordées aux usagers grâce au principe d'égalité : le juge administratif n'hésite pas à sanctionner les différences de traitement fondées sur ce critère lorsqu'elles

³⁰ Loïc GRARD, « Place et signification de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pour le concept de service d'intérêt économique général », in *L'accès aux services d'intérêt économique général*, précit. p. 31. Olivier DE SCHUTTER, « Le droit d'accès aux services d'intérêt économique général comme instrument de promotion des droits sociaux », in *L'accès aux services d'intérêt économique général*, précit. p. 69.

³¹ C'est notamment pour cette raison que, d'après certains auteurs, le service universel n'a d'universel que le nom : voir en ce sens Gilles J. GUGLIELMI, « Un service public universel ? » in *Sujets et objets universels du droit*, Geneviève KOUBI et Olivier JOUANJAN (dir.), Presses universitaires de Strasbourg, 2007, p. 91.

³² V. en ce sens le manuel de Jean-François LACHAUME, Hélène PAULIAT et Claudie BOITEAU, *Droit des services publics*, Armand-Colin, 2004, p. 404 et s : la question de l'accès est présentée comme une composante de l'égalité devant le service public.

³³ Dans sa décision du 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle (décision n° 99-416DC, JO 28 juillet 1999), le Conseil constitutionnel a estimé que le législateur pouvait avoir recours à un plafond de ressources pour déterminer les catégories de personnes pouvant prétendre à la couverture maladie universelle. Dans l'hypothèse des services publics à vocation sociale, la prise en compte des ressources pour exclure de l'accès à l'activité est justifiée.

sont sans lien avec l'objet du service³⁴. Mais surtout, certaines décisions démontrent que le juge exerce un contrôle vigilant : tel est le cas d'un jugement du Tribunal administratif de Lyon du 17 décembre 1996. Dans cette espèce, un conseil municipal avait décidé de subordonner le versement de certaines aides en direction des personnes âgées à la perception de l'allocation supplémentaire versée par le fonds national de solidarité³⁵. Aucune condition de nationalité n'était expressément mentionnée, mais pour pouvoir bénéficier de l'allocation supplémentaire, il fallait être de nationalité française ou être ressortissant d'un État ayant signé une convention internationale de réciprocité avec la France. Il existait donc, de manière indirecte et dissimulée, une discrimination fondée sur la nationalité, comme l'a reconnu le juge qui n'a pas manqué de la sanctionner³⁶. Cette jurisprudence démontre qu'il existe une obligation à la charge de la personne gestionnaire du service en vertu de laquelle la construction de catégories d'usagers doit être justifiée par une différence objective de situation ou par une nécessité d'intérêt général en rapport avec l'objet de l'activité³⁷. Un tel droit est non seulement opposable, mais aussi justiciable puisque l'utilisateur est en mesure de saisir le juge administratif par le biais d'un recours pour excès de pouvoir ou par le biais d'un référé afin de faire sanctionner une discrimination, c'est-à-dire une différence de traitement injustifiée.

Outre ce droit à l'égalité, existe également un droit au fonctionnement régulier du service découlant des principes de continuité et d'adaptabilité ; il implique que les usagers puissent bénéficier de la prestation dans les conditions normalement prévues. Un tel droit, qui pèse tant sur la personne publique gestionnaire de l'activité, que sur le délégataire de service public³⁸, permet par exemple de s'opposer aux interruptions injustifiées³⁹ ; il confère par conséquent un droit à la prestation, dans les conditions définies par les textes. Mais surtout, il importe de souligner qu'un tel droit est opposable et justiciable dans la mesure où il peut notamment servir de fondement à l'exercice d'une action en responsabilité⁴⁰.

Ainsi, c'est par le biais des *lois de Rolland* que l'utilisateur du service public peut revendiquer un droit d'accès à la prestation, droit qui est justiciable. Pour

³⁴ CE, 30 juin 1989, BAS de Paris Contre Lévy, RFDA 1990, p 578, concl. Daniel LEVIS ; Danièle LOCHAK, « Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? », Droit social 1990, n°1, p. 76.

³⁵ TA Lyon, 17 décembre 1996, Association comité tous frères, rec. tables p. 693.

³⁶ V. également TA Marseille, ordonnance, 21 janvier 2002, M. Sow, AJDA, avril 2002, p. 362 : dans cette espèce, le tribunal a souligné qu'une distinction établie entre les étrangers résidant régulièrement en France et les étrangers en situation régulière pour déterminer les tarifs d'une cantine scolaire faisait naître un doute sérieux quant à sa légalité.

³⁷ CE, 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, rec. p. 274.

³⁸ CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Trivoli, GAJA.

³⁹ CE, 13 février 1987, Toucheboeuf, rec. p. 45 : le Conseil a, dans cette espèce, eu l'occasion de sanctionner la fermeture anticipée d'un établissement d'enseignement afin d'organiser des épreuves d'examen.

⁴⁰ CE, 27 janvier 1988, Ministre de l'Éducation nationale contre Giraud, rec. p. 39 : le juge a reconnu la faute de l'État qui n'avait pas nommé suffisamment de professeurs pour assurer les heures d'enseignement obligatoires inscrites au programme scolaire.

autant, cela autorise-t-il à conclure à l'effectivité du droit d'accès, la justiciabilité d'un droit est-elle garante de son effectivité ?

B. Un droit d'accès dont l'effectivité demeure perfectible

En dépit du caractère opposable des règles de fonctionnement du service public, les décisions dans lesquelles le juge consacre l'existence d'une obligation de résultat à la charge d'une personne publique demeurent rares. En d'autres termes, si le juge s'assure que les personnes publiques n'ont pas méconnu les *lois de Rolland*, cela ne suffit pas pour mettre au crédit des usagers un droit d'accès effectif. Cela découle notamment de l'interprétation qui est traditionnellement retenue du principe d'égalité. Ce principe peut servir de fondement à la mise en œuvre de différences de traitement tarifaires afin de permettre à tous, l'accès à un service public. Favoriser l'accès à ces activités peut constituer une nécessité d'intérêt général et ainsi, justifier l'application d'une tarification sociale⁴¹. Mais en aucun cas, le principe d'égalité ne peut donner lieu à la consécration d'un droit à la différence⁴² : la mise en place d'une tarification sociale, visant à garantir à tous l'accès à certaines activités, relève du seul pouvoir d'appréciation de la personne gestionnaire de l'activité, réserve faite des hypothèses dans lesquelles un texte impose un tarif social⁴³. Par conséquent, la justiciabilité du droit d'accès n'est pas nécessairement garante de son effectivité puisque la personne publique n'est pas tenue de remédier à tous les obstacles d'ordre matériel susceptibles de compromettre cet accès.

Les décisions dans lesquelles le juge consacre une véritable obligation de résultat à la charge de la personne publique sont rares, mais il en existe tout de même dans le cadre du service public de l'éducation. Le Conseil d'État a en effet eu l'occasion d'engager la responsabilité de l'État en raison de sa carence dans la mise en œuvre des moyens nécessaires au fonctionnement de ce service public⁴⁴. Par ailleurs, le juge administratif n'a pas hésité à affirmer, dans une décision du 8 avril 2009, l'existence d'une obligation de résultat en faveur des enfants handicapés⁴⁵. Cette décision met fin aux tergiversations de la jurisprudence antérieure, certaines décisions ayant considéré que l'État était uniquement redevable d'une obligation de moyens, tandis que d'autres n'avaient pas hésité à affirmer que la carence de l'État dans la mise en œuvre du droit à l'éducation

⁴¹ Sur cette question, voir les arrêts rendus par le CE le 29 décembre 1997, Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre, avec les conclusions de Jacques-Henri STAHL, précit. note Michel BORGETTO, RDP 1998, n°3, p. 899. V. également CE, 20 janvier 1989, CCAS de la Rochelle, AJDA, 1989, p. 398, note Xavier PRETOT ; CE, 18 mars 1994, Mme Dejonckerre, LPA 4 novembre 1994, note Victor HAÏM.

⁴² CE, 28 mars 1997, Société Baxter, rec. p. 114.

⁴³ V. par exemple, s'agissant du service téléphonique, les obligations figurant à l'article L35-1 du code des postes et des communications téléphoniques.

⁴⁴ CE, 27 janvier 1988, Ministre de l'éducation nationale contre Giraud, précit.

⁴⁵ CE, 8 avril 2009, Laruelle, AJDA, 29 juin 2009, p. 1261, concl. Rémi KELLER ; Hervé RIHAL, « La scolarisation des enfants handicapés : une obligation de résultat pour l'État », RDSS 2009, p. 556 ; Philippe RAIMBAULT, « La reconnaissance d'un droit subjectif à la scolarisation des enfants handicapés », Recueil Dalloz 2009, p. 1508.

était constitutive d'une faute⁴⁶. Dans l'arrêt du 8 avril 2009, le Conseil d'État affirme sans ambiguïté que la scolarisation des enfants handicapés est un devoir pesant sur l'État, ce qui revient à leur reconnaître un droit à la prestation indépendamment des différences de situation que connaissent les enfants handicapés par rapport aux autres enfants. Le juge affirme en effet que « le droit à l'éducation est garanti à chacun, quelles que soient les différences de situation », et il ajoute que « l'obligation scolaire s'appliquant à tous, les difficultés particulières que rencontrent les enfants handicapés ne sauraient avoir pour effet ni de les priver de ce droit, ni de faire obstacle au respect de cette obligation ». Mais l'affirmation d'une obligation de résultat à l'adresse des personnes publiques reste marginale au sein de la jurisprudence : si, dans l'hypothèse du service public de l'éducation nationale, les principes d'égalité et de continuité se révèlent particulièrement contraignants à l'égard du gestionnaire du service, une telle solution demeure isolée. Dès lors, quelles sont les raisons qui expliquent que les lois du service public puissent faire l'objet d'une interprétation aussi contraignante dans le cadre de l'éducation et pas dans le cadre d'autres activités de service public ? L'explication réside peut-être dans l'existence d'une disposition textuelle suffisamment claire pour que sa normativité ne soit pas sujette à controverses. En l'occurrence, les dispositions de l'alinéa 13 du Préambule la Constitution de 1946 mettent clairement à la charge de l'État « l'organisation de l'enseignement public et laïc à tous les degrés ». Ce texte a très certainement servi de fondement à l'évolution de la jurisprudence administrative et à l'affirmation d'une obligation de résultat. Cela démontre que le droit d'accès au service public ne s'épuise pas dans les seules *lois de Rolland* : ces principes fondamentaux permettent effectivement de garantir la justiciabilité du droit au service public mais leur intensité semble pouvoir varier selon les activités. Si l'on met en perspective la jurisprudence relative à la tarification sociale et la jurisprudence relative à l'accès au service public de l'éducation, on observe que la force contraignante de ces principes n'est pas la même. Certes, c'est au travers des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité que l'accès au service, et notamment au service public de l'éducation, trouve sa concrétisation, mais on ne peut se satisfaire de ces seules dispositions. C'est la conjonction entre ces principes et l'existence d'une norme claire et précise qui a permis au juge administratif de dégager une obligation de résultat, et donc un droit effectif à l'accès au service public de l'éducation. Les lois du service public n'épuisent pas toutes les potentialités des « droits à » dès lors que ces droits sont affirmés en des termes dénués d'équivoque⁴⁷ ; ces différentes dispositions tendent au contraire à se combiner pour se renforcer mutuellement. En revanche, s'agissant du service public de la protection sociale,

⁴⁶ V. en sens le jugement du TA de Lyon, 29 septembre 2005, M et Mme K, JCP éd A, 26 décembre 2005, p. 1393, note Samuel DELIANCOURT. Dans cette décision, le tribunal avait considéré que l'État était simplement tenu d'une obligation de moyens. Parallèlement, voir CAA Paris, 11 juillet 2007, *Ministre de la santé et des solidarités*, AJDA, 2007, p. 2151 : cette décision consacre une obligation de résultat à la charge de l'État.

⁴⁷ Pour une analyse divergente, v. Marc PICHARD, *Le droit à : Etude de législation française*, Economica, collection recherches juridiques, 2006, p. 357 et s.

l'imprécision de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, qui en constitue le fondement textuel, n'autorise pas à espérer une solution analogue à celle retenue pour le service de l'éducation. Cela démontre ainsi l'importance de l'existence d'un texte de référence suffisamment précis dans l'activation de la contrainte pesant sur les personnes publiques, la consécration d'un droit d'accès effectif semble être subordonnée à cette condition.

Mais au-delà de ces considérations ayant trait à l'existence d'une disposition claire et précise, d'autres explications permettent de comprendre pourquoi le juge administratif se refuse généralement à reconnaître une obligation de résultat. Ces explications tiennent à la place que la jurisprudence administrative accorde à la liberté du commerce et de l'industrie, liberté qui peut se trouver remise en cause par la consécration d'un droit d'accès effectif au service public. Sur ce point, les décisions rendues à propos des arrêtés municipaux visant à interdire les coupures d'eau et d'énergie le confirment. Si le juge administratif n'exclut pas totalement que le maire fasse usage de son pouvoir de police en pareil cas, il estime cependant que ce pouvoir doit se concilier avec la liberté du commerce et de l'industrie⁴⁸. Or, les interdictions générales et absolues prises par les maires sont susceptibles de porter atteinte à cette liberté, et aucune justification tirée de la nécessité de préserver la dignité humaine n'a été admise par le juge⁴⁹. Même dans les hypothèses où l'arrêté était circonscrit aux seules personnes de bonne foi, le juge administratif a sanctionné l'illégalité en refusant de reconnaître qu'existait effectivement un risque pour la dignité humaine⁵⁰.

Dans le cadre des services publics industriels et commerciaux, le juge administratif a ainsi développé une jurisprudence restrictive à l'égard de l'effectivité du droit d'accès au service public, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie expliquant sans doute que le juge répugne à mettre à la charge de l'État une obligation de résultat. Si ce principe cède parfois face à la nécessité de créer un service destiné à garantir à tous le bénéfice d'une prestation jugée indispensable⁵¹, il s'oppose néanmoins, dans le cadre des services public industriels et commerciaux existants, à la mise en œuvre de dispositifs sociaux non prévus par les textes.

En définitive, puisque le droit au service public est, pour reprendre le titre de cette contribution, le reflet des obligations pesant sur les personnes publiques, force est de constater que ce reflet est quelque peu trouble. Le droit à la création de services publics bénéficie en effet d'une opposabilité incertaine, dont le champ d'action paraît sectoriel. Quant à l'analyse de la créance pesant sur les personnes publiques à l'égard des services existants, elle met en lumière

⁴⁸ V. en ce sens CAA de Versailles, 25 octobre 2007, commune de Bobigny, n°06VE00008.

⁴⁹ Stéphane BRACONNIER, « Les arrêtés municipaux anti-coupures d'eau : une réponse juridique inadaptée à un problème social réel », AJDA, 2005, p. 644.

⁵⁰ CAA Paris, 12 février 2008, Société EDF, n° 07PA02710.

⁵¹ CE, 3 mars 2010, Département de la Corrèze, précit.

les limites de la justiciabilité d'un droit, en ce sens qu'elle n'est pas nécessairement garante de son effectivité. Mais dans tous les cas, l'existence de normes claires et précises permettrait sans doute d'accroître la contrainte pesant sur les personnes publiques.

CHAPITRE 2 - LA RESPONSABILITÉ SOCIALE DES ENTREPRISES. À MI- CHEMIN ENTRE LA *SOFT LAW* ET LE *JUS COGENS* : LA QUESTION DE L'EFFECTIVITÉ DE LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX PAR LES ENTREPRISES MULTINATIONALES,

CLAIRE MARZO

C'est un lieu commun que de dire que les droits fondamentaux et en particulier les droits sociaux sont des droits opposables aux personnes publiques¹. Il est, par contre, beaucoup moins admis que des acteurs non étatiques puissent se voir chargés de la mise en œuvre de droits sociaux. Les débiteurs des droits sociaux sont le plus souvent des États mais on trouve encore des personnes privées : des personnes physiques, par exemple dans le cadre du droit de la famille français², ou des personnes morales comme les entreprises par le biais de la responsabilité sociale des entreprises (RSE).

Les prémices de cette affirmation reposent sur la théorie de la citoyenneté sociale au sens des lois Auroux sur la démocratie industrielle³. L'idée était que les droits sociaux devaient transpercer l'unité juridique de l'entreprise pour s'appliquer aussi aux travailleurs. Alors qu'auparavant seule l'entreprise se voyait accorder des droits et devoirs, il fallait décomposer plus avant cette entité afin de protéger les salariés face aux employeurs. Cela s'est traduit par la reconnaissance de droits procéduraux et matériels aux salariés. Lors d'un passage au niveau international, principalement lié à la mondialisation⁴, l'idée d'une protection des travailleurs n'a pas décliné⁵. Mais elle s'est trouvée lésée face à une augmentation des pouvoirs de déplacement

Une version plus complète de ce rapport est disponible en ligne : http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/rapport_final/RSE_claire_marzo.pdf.

¹ Avec les controverses qu'on lui connaît... V. Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUENAUD, Stéphane RIALS, François SUDRE, *Dictionnaire des droits de l'Homme*, Paris, Dunod / PUF, 2008.

² V. Marc PICHARD, *infra*.

³ Martine LE FRIANT, « La démocratie sociale, entre formule et concept », *Regards*, 2001, vol. 19, pp. 47-53, p. 6.

⁴ Définie comme l'« intensification des relations à travers le monde qui relie des localités distantes d'une telle manière que des événements locaux sont engendrés par des causes géographiquement lointaines et vice versa », V. Jürgen HABERMAS, « The European nation state: Its achievements and its limitations, on the past and future of sovereignty and citizenship », *Ratio Juris*, 1996, 9(2), pp. 125-137.

⁵ Franck COCHOY, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme "représentation" de l'économie et du droit », *Droit et Société*, 01/01/2007, n° 65, pp. 91 -101.

géographique de l'entreprise et à l'affaiblissement controversé de l'État face à ces mouvements.

Deux phénomènes ont donc conduit à la RSE : l'intégration des droits sociaux au sein de l'entreprise et le retrait progressif de la mainmise de l'État sur la question de la protection des droits sociaux. Ces deux phénomènes se sont croisés pour conduire à une protection bigarrée et parfois limitée des droits sociaux.

Pourtant, la principale spécificité de la RSE est son caractère volontaire ou non obligatoire, son habit de droit mou (*soft law*). L'entreprise s'engage seule et sans contrepartie envers ses travailleurs, mais ne se contraint pas. Définie par la Commission européenne comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »⁶, elle trouve parfois des définitions plus étroites ou plus larges. Par exemple, selon Milton Friedman, elle « se limite à la création de profits et d'emplois, au paiement des impôts et au respect des règles du jeu définies par les pouvoirs publics »⁷. D'autres proposent encore une définition hiérarchisée insinuant que « les pratiques de RSE s'ajoutent à celles qui visent à créer des profits, ce qui conduit à une hiérarchisation entre la responsabilité économique et sociale des entreprises, cette dernière constituant un luxe que l'on pourrait s'offrir dans les périodes de croissance économique »⁸. Quelle que soit la définition choisie, le degré important de choix de l'entreprise de s'engager volontairement pour la protection des droits sociaux de leurs travailleurs et d'autres parties prenantes apparaît clairement. « Cette approche ouvre les perspectives les plus intéressantes pour l'entreprise et la société et semble pouvoir convaincre les dirigeants de s'engager durablement dans des démarches de RSE ambitieuses »⁹.

Cette notion, très décriée à ses débuts, a connu depuis un certain essor¹⁰. Elle se traduit concrètement par de nombreux types de textes, les plus renommés étant les codes de conduite¹¹. Elle conduit à la protection de droits sociaux variés¹². Elle soulève un grand nombre de questions : quelle mise en œuvre des droits sociaux ? par qui ? quels contrôles ? par quels mécanismes¹³ ?

⁶ COM(2002) 347 final et COM(2006) 136 final.

⁷ André SOBCZAK, « Pour une définition de la RSE à la hauteur des enjeux ! », *Metis*, 16 Avril 2010, http://www.metiseurope.eu/pour-une-definition-de-la-rse-a-la-hauteur-des-enjeux_fr_70_art_28765.html.

⁸ André SOBCZAK propose d'intégrer les comportements obligatoires, *ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Par exemple, <http://www.fidh.org/Entreprises-et-Droits-de-l-Homme-Un-guide-sur-les>.

¹¹ V. Fiona McLEAY, « Corporate Codes of Conduct and the Human Rights Accountability of Transnational Corporations : A Small Piece of a Larger Puzzle », in Olivier DE SCHUTTER, *Transnational corporations and human rights*, Oxford / Portland, Oregon, Hart Pub., 2006, pp. 219-240.

¹² V. *infra*, partie I.

¹³ V. Claire MARZO, « Les risques juridiques créés par les accords-cadres internationaux (opportunités / dangers / stratégies », in Marie-Ange MOREAU *Justice et mondialisation du droit du travail*, Conférence organisée en collaboration par l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'IUE, à paraître 2010.

De façon plus normative, quelles évolutions peut-on en attendre ? Faut-il contraindre les entreprises ? Et le peut-on ? Quel est le rôle des organisations internationales ? L'Europe connaît-elle des particularités ? La décentralisation de la protection des droits est-elle une bonne chose¹⁴ ? De nombreux auteurs ont tenté de répondre à certaines de ces questions¹⁵. L'objectif de cette étude se limite à l'une d'entre elles : celle de l'effectivité de la protection des droits sociaux par les entreprises multinationales.

L'intérêt de cette question réside dans un paradoxe qui réside dans la définition même de la RSE. Elle a pour objectif la contrainte de l'entreprise au respect de règles de droit social. Pourtant, son caractère volontaire rend l'idée d'une contrainte (étatique ou non) impossible. En dehors de l'État, le socle étatique ou international de valeurs communes risque de ne plus être respecté et le travailleur peut se trouver dans un état de quasi-incapacité à se défendre. L'entreprise se retrouve toute puissante. Et l'État inutile. La question de la contrainte de l'entreprise toute puissante est posée. Ce paradoxe empêche d'identifier une solution claire. On se tourne plutôt vers plusieurs stratégies de détournement des normes existantes. L'objectif est de contraindre une entreprise à respecter les engagements qu'elle a seule décidé de prendre.

L'approche choisie ici propose non plus de distinguer entre droit mou et droit dur, mais d'identifier une échelle des pratiques allant de la contrainte légale à l'invitation. Certains ont pu parler de droit matriciel¹⁶. Ainsi, à la question de l'effectivité de la protection des droits sociaux par les entreprises multinationales, la réponse doit être double en ce qu'on trouve une protection directe et une protection indirecte.

Plus précisément, les droits sociaux peuvent être protégés par des organisations internationales, des États, et maintenant des entreprises – on parle d'opposabilité directe. Les organisations internationales et les États peuvent à leur tour chercher à s'assurer de la protection des droits sociaux au sein des entreprises : on trouve alors une protection et une opposabilité indirecte. Parce que la RSE est à mi-chemin entre la soft law et le *jus cogens*, nous traiterons de son opposabilité directe de droit mou (I), puis de son opposabilité indirecte de droit plus ou moins dur (II).

I. Une opposabilité directe de droit mou

La RSE consiste précisément en la possibilité pour les entreprises de prendre des engagements volontaires (A) et de les mettre en œuvre (B).

¹⁴ On pensera à la théorie de la relativité des droits de l'Homme proposée par Alain SUPIOT, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Le Seuil, 2007.

¹⁵ Pour une bibliographie, v. la version longue de cet article, note 1.

¹⁶ Le droit à un travail décent permet de donner de la force à des plus petits droits et en tout cas à des programmes. V. *infra*.

A. Des engagements volontaires

Les engagements volontaires des entreprises en matière de RSE sont de natures variées et comprennent une large gamme de droits sociaux. Il faut distinguer entre deux comportements distincts : le modèle anglo-saxon de responsabilité sociétale et le modèle continental. Ces conceptions diffèrent quant à la nature et au contenu des droits protégés¹⁷.

1) Des instruments variés : Des codes de conduite aux accords cadres internationaux

L'intérêt de la RSE pour les entreprises tient principalement à son caractère volontaire. Elles ont la possibilité, si elles le souhaitent, de s'engager à respecter des droits sociaux et environnementaux. On comprendrait tout à fait que cette tendance ne trouve pas d'écho et soit peu développée puisqu'elle ne repose sur aucune obligation et qu'elle pourrait conduire à des frais rendant l'objectif de performance de l'entreprise difficile à atteindre.

Pourtant, ce phénomène auparavant ponctuel et limité à certaines grandes entreprises a trouvé à se répandre conduisant à une extension de son champ d'application. Il trouve aujourd'hui à se développer par trois biais : Le premier consiste en la reproduction volontaire par de plus petites entreprises, parfois nationales : on assiste à la reproduction de modèles donnés par les plus grandes entreprises par de plus petites¹⁸.

Le second passe par la standardisation¹⁹ dont les différentes techniques conduisent les acteurs d'un secteur à se plier aux normes en usage afin de faciliter les échanges. C'est un objectif pragmatique de simplification qui conduit à l'extension des pratiques.

Enfin, le troisième mouvement tient à une ouverture de ces pratiques à des acteurs plus diversifiés. Au départ limitée aux entreprises, la RSE s'adresse maintenant aussi aux organisations non gouvernementales qui semblent prêtes à s'impliquer davantage dans la coopération avec les États et les entreprises.

Le nombre et la diversité des textes augmentent en conséquence. Il y a quelques années, les codes de conduite constituaient la majeure partie des textes de RSE. Aujourd'hui, on trouve non seulement des simples déclarations d'intentions, mais aussi des instruments de standardisation ou même des accords négociés. Par exemple, les accords cadres internationaux qui constituent

¹⁷ André HABISCH, Jan JONKER, Martina WEGNER, *Corporate social responsibility across Europe*, Berlin, Springer, 2005, p. 10.

¹⁸ Aurora VOICULESCU, « Human Rights under the Corporate Sphere of Influence : Socialising Economic Relationships through Corporate Social Responsibility Processes », in Bettina LANGE, *Socializing Economic Relationships: New Perspectives and Methods for Analysing Transnational Risk Regulation*, workshop, Oxford may 2010.

¹⁹ Ce phénomène est encore analysé par Göran AHRNE, Nils BRUNSSON, « L'organisation en dehors des organisations, ou l'organisation incomplète », *AEGIS le Libellio*, pp. 1-20, p. 4-5.

une nouvelle catégorie sont définis comme un accord entre une entreprise multinationale et une fédération syndicale internationale ayant pour objet les activités internationales de cette entreprise²⁰. Plusieurs classifications ont été proposées. On peut, par exemple, distinguer entre des codes internes²¹ et des codes externes créés soit dans des instances multinationales (Nations Unies, Organisation internationale du travail), soit par un gouvernement ou une organisation non gouvernementale²². Le niveau de complexité augmente, mais les objectifs de ces codes sont souvent les mêmes : ils cherchent à assurer une certaine protection des droits sociaux.

2) La protection des droits sociaux

Les droits protégés sont généralement des droits sociaux. Ils sont pourtant de différents ordres. On trouve aussi bien des droits procéduraux de citoyenneté industrielle au sens de Marshall – tels que le droit de s'organiser au sein de l'entreprise pour protéger ses droits sociaux, le dialogue social en Europe, la négociation collective dans chaque État, le dialogue avec les fédérations internationales de représentation des travailleurs dans quelques cas de droit international – que des droits matériels comme la reconnaissance des droits sociaux, le droit à la sécurité sociale, le droit au *welfare*, le droit au logement, à la santé ou à la sécurité²³.

De nombreux codes de conduites et accords font référence aux normes de l'Organisation internationale du travail (OIT)²⁴, parfois à sa déclaration de 1998 et à ses quatre droits fondamentaux – la prohibition du travail forcé, du travail des enfants, de la discrimination et la reconnaissance de la liberté d'association²⁵. D'autres droits se retrouvent aussi : des clauses concernent le respect par les collaborateurs des lois et règlements (boycott, concurrence, etc.), les conflits d'intérêts, la corruption, etc²⁶.

Ces droits mettent directement en œuvre les droits sociaux fondamentaux identifiés au niveau international. L'entreprise garantit les droits fondamentaux bien qu'elle ne soit pas liée par les textes internationaux. Cette

²⁰ <http://www.icftu.org/displaydocument.asp?Index=991216332&Language=EN> et Renée-Claude DROUIN, *International framework agreements: a study in transnational framework agreements: a study in transnational labour regulation*, thèse, Montréal, p. 1.

²¹ Par exemple le code de General Electric dans les années 80 suivie ou celui de Levi-Strauss en 1991 créé sous la pression publique.

²² Bernard TEYSSIE, « La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe », *Droit Social*, 1^{er} novembre 2005, n° 11, pp. 982 -990.

²³ Rapport à la Commission européenne, La responsabilité sociale des entreprises et la sécurité et la santé au travail, Luxembourg, OPOCE, 2006.

²⁴ OCDE, http://www.oecd.org/document/12/0,3343,en_2649_34135_35532108_1_1_1_1,00.html (consulté le 26 novembre 2009).

²⁵ Peter WILKE, Kim SCHÜTZTE, *Background Paper on International Framework Agreements for a meeting of the Restructuring Forum devoted to transnational agreements at company level*, Hamburg, 2 juin 2008, p. 8. V. également Julien BURDA, *supra*.

²⁶ Paul-Henri ANTONMATTEI, Philippe VIVIEN, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives ?* Rapport au gouvernement, Collection Des rapports officiels, janvier 2007, La documentation française.

protection concurrente de celle de l'État a pu amener à se poser la question de l'éventuelle déconstruction du droit social. En d'autres termes, le recours à des droits fondamentaux peu protégés et non mis en œuvre juridiquement pourrait conduire à écarter le droit du travail des États, dit droit dur, dans lesquels l'entreprise est installée et desquels elle risquerait de partir. Mais cette question revient à celle de l'impact du droit dur sur le droit mou, ou en d'autres termes, à celle de l'effectivité du droit mou. C'est justement ce qui est remarquable : la RSE connaît une mise en œuvre relativement efficace.

B. Une mise en œuvre de droit mou relativement efficace

Le fait que les entreprises pratiquant une politique de RSE cherchent à éviter au maximum les tribunaux ne les empêche de prévoir à la fois des mécanismes de mise en œuvre des codes et de règlements des différends en cas de litige.

1) Des procédures de mise en œuvre

Plusieurs codes de conduite instaurent une mise en œuvre des dispositions protégées²⁷. Par exemple, certains codes prévoient une procédure de monitoring : la mise en œuvre ne se limite pas à l'affichage de panneaux sur les lieux de travail, mais donne un rôle avéré aux syndicats nationaux et locaux. On assiste à un processus de dissémination des règles par le biais des partenaires sociaux. Ils prennent un rendez-vous annuel afin de s'assurer de la bonne mise en œuvre de l'accord. Une logique procédurale fondée sur des modes de représentation dans des comités paritaires locaux relève de cette méthode²⁸. Les dispositions peuvent être très précises et très innovantes.

Il est alors intéressant de se pencher sur l'articulation entre les dispositions du code et le droit des États dans lesquels l'accord trouve à s'appliquer. Le plus souvent, une mise en œuvre ne sera pas nécessaire parce que le code sera valide du fait de l'engagement unilatéral de l'employeur. Parfois, au contraire, il donne lieu à des obligations contractuelles²⁹. Enfin, il peut arriver que les comités paritaires se voient confier la charge de la corrélation.

Cependant, parce que le pouvoir de contrôle des comités n'est pas certain, l'accord risque d'être privé de toute réalité. Afin d'éviter cette inefficacité, il doit être directement applicable dans le pays ou transposé par les syndicats du

²⁷ Jean-François RENUCCI, « Dialogue social et négociation collective à l'échelle communautaire. Constat : les temps européens ne sont pas les temps des entreprises », *Droit social*, 2008, n° 1, pp. 52-56.

²⁸ Exemple de Arcelor, accord santé, Marie-Ange MOREAU, « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe Arcelor Mittal », *Droit social*, 2009, n° 1, pp. 93-102.

²⁹ V. notamment Charles NEAU-LEDUC, « La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques? », *Droit social*, n° 11, 2006, pp. 952-958.

pays³⁰. Ensuite, une procédure doit permettre de s'assurer de sa mise en œuvre. Plusieurs techniques, plus ou moins précises, ont vu le jour. L'accord peut premièrement contenir des dispositions vagues en matière de procédure. Se pose alors la question de savoir s'il aura un effet obligatoire ou volontaire. Par exemple, l'accord de Rhodia et la Charte sociale de Suez ne contiennent aucune disposition concernant les procédures de mise en œuvre. Il peut ensuite être prévu que le management local sera seul en charge de la mise en œuvre³¹. La mise en œuvre peut, en troisième lieu, être conjointe, alors entre les mains du management local et des représentants des salariés sans qu'aucune autre précision ne soit donnée³². D'autres accords sont encore mis en œuvre par le biais d'une négociation collective³³. Enfin, de nombreux accords précisent qu'ils doivent être mis en œuvre dans les différentes branches de l'entreprise³⁴. Selon Renée-Claude Drouin, une autre classification partage les différents mécanismes entre procédures de mise en œuvre inspirées de techniques managériales, mécanismes paritaires de suivi et procédures de plainte en cas de violation des engagements de l'entreprise. Toujours est-il qu'il en ressort une impression de décentralisation de la décision. Celle-ci est à double tranchant : elle permet une plus grande adaptation de l'accord à la situation locale, mais cette flexibilité peut aussi être son point faible. C'est donc une image nuancée qui ressort de ce panorama. La mise en œuvre des obligations procédurales reste très variable³⁵.

2) Des mécanismes de règlement des différends

Les systèmes de règlement des différends présentent aussi un intérêt considérable : ils permettent d'éviter le juge extérieur tout en tentant de trouver une solution au litige et en alertant la hiérarchie de l'entreprise d'un non-respect. Bien que plusieurs codes n'en contiennent pas, il semble que la tendance soit aujourd'hui à une multiplication de ce genre de clauses. De plus en plus, les codes contiennent des techniques de médiation, de résolution du litige qui sont des techniques non judiciaires. Il est intéressant de remarquer que le juge est totalement absent de ce catalogue.

Une voie plus novatrice et directement rattachée aux accords-cadres internationaux tient à l'internalisation des conflits. L'organisation du règlement des conflits en interne peut être plus ou moins construite. Elle est parfois utilisée dans les entreprises n'ayant leur activité que sur un territoire, mais elle présente un intérêt particulier dans les situations transnationales. Ont été

³⁰ C'est le cas de l'accord de Total Platform de 2004. V. Mélanie SCHMIDT, *Restructuring and anticipation dimension of existing transnational agreements, Analysis and overview table*, rapport pour la Commission européenne, Mai 2008.

³¹ V. les accords Arcelor, EADS 2005, Generali.

³² V. l'accord Renault.

³³ V. les accords PSA et EDF.

³⁴ V. les accords Generali, Suez 1998, Danone 1992 et Lukoil.

³⁵ Laura R. PRICE, « International Framework Agreements : A Collaborative Paradigm for Labor Relations », in Olivier de SCHUTTER, *Transnational corporations and human rights*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2006, pp. 241-260.

recensées à ce jour cinq hypothèses d'internalisation des conflits par les entreprises multinationales. Elles ont vocation à prévenir un procès par le règlement d'un différend au sein de l'entreprise. La procédure instituée peut avoir plusieurs volets. Elle consiste, dans tout les cas, au minimum, en l'octroi d'un droit reconnu à tout salarié d'informer l'entreprise de tout comportement violant l'accord³⁶. Lors de l'identification d'un litige, celui-ci sera pris en charge par des membres désignés au sein de l'entreprise. Les représentants du comité d'entreprise européen signataire peuvent être chargés, en collaboration avec le management de régler les plaintes³⁷. Il peut encore s'agir d'un comité global ou « joint global committee ». Cette hypothèse est généralement préférée lorsque des syndicats internationaux ou des fédérations européennes sont signataires. Elles sont alors chargées du règlement des différends en collaboration avec le management. Un troisième volet procédural consiste en la mise en place d'un panel d'experts indépendants. Ces organismes *ad hoc* regroupent généralement, encore une fois, les syndicats et le management³⁸. Il peut aussi être fait appel à des organisations non gouvernementales. On assiste alors au passage d'un dialogue social bilatéral à un dialogue civil trilatéral ou trialogue³⁹. Enfin, la dernière solution tient à l'établissement d'un comité paritaire. On pourrait imaginer dans le meilleur des cas une participation d'une organisation internationale. Par exemple, l'Organisation internationale du travail pourrait nommer un responsable chargé de trancher les conflits. Sa dimension institutionnelle lui donnerait une véritable légitimité. Cette dernière hypothèse n'a cependant jamais vu le jour. Dans tous les cas, l'intérêt de ces procédures relève d'une implication directe des partenaires sociaux. Elle permet l'appropriation collective des procédures et des règles de l'accord-cadre. Le management de l'entreprise s'assure ainsi de l'évitement d'une justice nationale ou arbitrale. Dans le même temps, les plaintes des salariés sont reconnues et donnent lieu à un traitement procédural interne. Il faut néanmoins relativiser l'apport de ces mécanismes. Si la présence des syndicats est de nature à garantir une protection des travailleurs, on peut cependant craindre que ces acteurs aient un rôle moins affirmé que le management et un poids inégal. Les sorties de conflits peuvent cependant être le fruit de négociations et de compromis, négociés à un niveau plus central que le litige originel souvent local⁴⁰. Ce déplacement géographique peut être particulièrement important lorsqu'il s'agit de garantir des droits fondamentaux. Les procédures internes ne permettent cependant pas toujours d'engager l'entreprise sur le terrain d'une entière « responsabilité sociale ». La saisine du juge entraîne nécessairement le risque d'une interprétation des termes de l'accord.

³⁶ V. les accords Renault.

³⁷ V. les accords EADS, Generali, Suez en 2007 et Total en 2004.

³⁸ V. les accords Ford 2000, Danone 2001.

³⁹ Israel DE JESUS BUTLER, « Non-governmental Organisations Participation in the EU Law-Making Process, the Example of Social Non-Governmental Organisations in the Commission, Parliament and Council », 2008, 14, *European Law Journal*, 5, p. 558 et s.

⁴⁰ V. Renée-Claude DROUIN, *International framework agreements : a study in transnational framework agreements: a study in transnational labour regulation*, thèse, Montréal, p. 1.

En cas d'épuisement des procédures au sein de l'entreprise, afin d'éviter encore le juge, il est souvent proposé de recourir à l'arbitrage. Au lieu des clauses attributives de juridictions, on trouve alors des clauses d'arbitrage tendant à soustraire un litige actuel (compromis) ou éventuel (clause compromissoire) aux juridictions étatiques pour les confier à un tribunal arbitral. Les parties dérogent ainsi aux règles de compétence judiciaire internationale. La clause est appréciée de façon autonome par rapport au contrat international dans lequel elle est stipulée et est valable en soi sans qu'il y ait lieu de rechercher au préalable la loi applicable⁴¹. La clause d'arbitrage peut aussi renvoyer à des modes de règlement para-juridictionnels⁴².

Si les entreprises semblent de plus en plus résolues à s'engager sur le terrain de la RSE, il est intéressant de constater que les autorités publiques nationales et internationales les regardent d'un œil suspicieux. Parce que ces pratiques ne trouvent pas nécessairement de mise en œuvre efficace et surtout parce qu'aucun tiers n'est chargé de s'assurer de ses bons résultats, les États restent méfiants. Ils cherchent à prendre part au jeu en proposant des encadrements de la RSE. Ils essaient avec difficulté d'instaurer un système d'opposabilité indirecte des droits sociaux.

II. Une opposabilité indirecte de droit dur

L'intérêt des États et des organisations internationales pour l'encadrement des pratiques de responsabilité sociale des entreprises a grandi à mesure que celle-ci trouvait sa place dans les entreprises elles-mêmes. La question se pose de s'assurer de l'effectivité de ces pratiques⁴³. Parce que l'entreprise est juge et partie lors de litiges avec ses salariés, les acteurs nationaux et internationaux ont voulu interposer un arbitre extérieur, un tiers et poser des limites. C'est une protection indirecte qui est proposée aux salariés des entreprises multinationales, mais une protection qui devrait être plus efficace parce que de droit dur. Deux techniques se sont répandues : d'un côté, certains États et juges nationaux ont cherché à appliquer leur droit national existant, voire à le détourner pour prendre en compte la RSE (A). De l'autre, plusieurs organisations internationales ont cherché à établir des modèles d'encadrement de ces pratiques (B).

⁴¹ Yvon LOUSSOUAM, Pierre BOUREL, Pascal DE VAREILLERS-SOMMIERES, *Droit international privé*, 8^{ème} édition, Droit Privé, Précis, Dalloz, Paris, 2004, p. 61 et s., spéc. p. 614.

⁴² On pense par exemple aux aides aux résolutions de litiges de l'OIT. Ils ne seront pas pris en compte dans cette étude.

⁴³ Isabelle DESBARATS, « L'entreprise à l'épreuve du développement durable : complexité et ambiguïté du concept de RSE », *Revue juridique de l'environnement*, 01/01/2007, pp. 175 -190.

A. Le rôle de l'État : Des stratégies d'application ou de détournement des normes existantes

Si certains États comme la France ont créé de nouveaux instruments juridiques pour prendre en compte la RSE tels que la loi sur les nouvelles régulations⁴⁴ ou un devoir posé aux travailleurs d'alerter la hiérarchie en cas d'atteinte aux libertés publiques des salariés⁴⁵, la plupart d'entre eux ont simplement cherché à appliquer le cadre de droit dur existant. C'est ainsi le juge qui s'est vu donné un rôle de création et de renouvellement des normes afin de les appliquer à des situations auparavant inconcevables. Il intervient lorsqu'un litige est porté à son attention dans le pays d'origine de l'entreprise ou encore dans celui où elle est installée. Si le juge se reconnaît compétent, la question est alors posée de la responsabilité de l'entreprise. Elle peut être pénale, civile ou contractuelle. Si les exemples ne sont pas nombreux, ils présentent l'intérêt de montrer les différentes techniques d'appréhension par le droit dur des pratiques de droit mou.

1) Responsabilité pénale

Les affaires *Total* et *Unocal* ont eu un écho important en Belgique, en France et aux États Unis. En Belgique, la plainte se fonde sur la loi belge du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves au droit international humanitaire telle qu'amendée par la loi du 10 février 1999. Cette loi, dite de compétence universelle, dispose que les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues « indépendamment du lieu où elles ont été commises »⁴⁶ pour poursuivre les auteurs de crimes contre l'humanité commis même à l'étranger. Une procédure complexe a cependant conduit au dessaisissement des juges.

En France, une plainte a été déposée le 9 octobre 2002 sur le fondement des articles 113-2 et 113-6 du code pénal. Ces articles étendent l'application de la loi pénale française aux infractions commises sur le territoire de la République », et ce y compris « dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ». L'article 113-6 dispose que la loi pénale française « est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République. Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis ». Elle a cependant donné lieu à une ordonnance de non-lieu prononcée le 22 juin 2006.

⁴⁴ Loi 2001-420 du 15 mai 2001.

⁴⁵ Paul-Henri ANTONMATTEI, Philippe VIVIEN, Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives ? Rapport au gouvernement, 2007, la documentation française.

⁴⁶ Olivier de SCHUTTER « Les affaires *Total* et *Unocal*, Complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'Homme », *Annuaire français de droit international LII*, Paris, CNRS Éditions, 2006, p. 61 et s.

Aux États-Unis, le juge s'est appuyé sur l'*Alien tort act*⁴⁷. Cette loi permet aussi aux étrangers de venir devant ce fort fédéral avec une action en tort (de droit civil et non pas de droit pénal) pour faire une demande de réparation civile en cas de violation du droit des gens⁴⁸. Elle était originellement peu appliquée et surtout dans des cas de piraterie. Elle a été ressuscitée en 1980 pour offrir un fort à des personnes étrangères, victimes de torture et plus récemment contre une entreprise privée. Un grand nombre de recours ont été déposés et ce dans deux domaines : la protection de l'environnement et la violation de normes sociales. On trouve par exemple un contentieux mené par des travailleurs sur une plantation au Libéria⁴⁹. Ils faisaient valoir qu'ils étaient victimes d'esclavage du fait de leurs mauvaises conditions de travail. Si leur plainte n'a pas abouti, il semble néanmoins que les recours sur ce fondement se multiplient.

La technique proposée dans ces différentes affaires consiste d'abord à sortir du ressort juridictionnel du pays et à trouver un fort étranger prêt à accueillir la requête. Il faut ensuite qu'un droit différent de celui du pays du dommage soit appliqué. Les conditions sont nombreuses et difficiles à remplir. Il faut encore noter que ces recours sont fondés sur des droits de l'Homme et non pas sur des droits sociaux ou encore moins sur des droits du travail. Une approche générale pourrait conduire à considérer que l'interdiction de l'esclavage ou encore le droit à la dignité conduit à protéger les droits sociaux des personnes⁵⁰, mais cette interprétation n'a pas été confirmée et même ces affaires donnent le plus souvent lieu à des jugements nuancés ou encore à des non-lieux.

2) Responsabilité civile⁵¹

Un engagement unilatéral, une règle coutumière ou un accord collectif ont pu constituer les fondements d'obligations posées par un accord-cadre à une entreprise multinationale.

En droit civil comme en droit de la *Common law*, un engagement unilatéral ou un *gentleman agreement* peut créer des obligations justiciables. Dans ce cas, une entreprise serait sanctionnée si elle s'engage à respecter certains standards de l'accord pour ensuite ne pas s'y tenir. Cette hypothèse a

⁴⁷ *Ibid*, p. 61.

⁴⁸ V. Horatia MUIRWATT, « La compétence universelle et son incidence sur les droits sociaux fondamentaux », in Marie-Ange MOREAU, *Justice et mondialisation du droit du travail*, Conférence organisée en collaboration par l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'IUE, à paraître 2010.

⁴⁹ V. <http://www.stopfirestone.org/2005/12/alien-tort-claims-act-socialfunds/>.

⁵⁰ Claire MARZO, « Controverses doctrinales quant à la protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'Homme », *Cahiers de droit européen*, juin 2010, n°1/2, à paraître ; v. aussi Diane ROMAN, « les droits civils au renfort des droits sociaux... », *supra*.

⁵¹ Il peut sembler étrange de distinguer entre responsabilité civile et responsabilité contractuelle puisque la première inclut la seconde, mais le passage par les solutions anglo-saxonnes invite à distinguer entre deux procédés distincts. La responsabilité délictuelle n'est pas mentionnée ici parce qu'elle ne trouve pas d'application concrète.

trouvé à s'appliquer dans l'affaire *Kasky contre Nike*⁵². En l'espèce, une déclaration unilatérale a été considérée comme liant son auteur par une technique de droit commercial tenant à la publicité mensongère. Les parties ont allégué un vice dans le consentement du contrat. Cette notion, utilisée en droit de la consommation⁵³, présente l'inconvénient de transposer le contentieux du droit social au droit de la consommation. En effet, le requérant n'est non plus le travailleur, mais le consommateur.

C'est encore ce fondement qui a conduit la Cour de Cassation espagnole dans un arrêt *Banco de Espana* du 7 mars 2007 à juger que le code de conduite qui obligeait les travailleurs à faire un bilan sur leurs valeurs personnelles dans un objectif de lutte contre la corruption devait respecter les droits fondamentaux des travailleurs⁵⁴. Plus précisément, il a été dit que le code de conduite relève du pouvoir de direction de l'employeur, qu'il n'a pas à être négocié avec l'organisation syndicale s'il n'existe pas une obligation légale de négocier, mais que ce code doit respecter les droits fondamentaux des travailleurs. Il a enfin été précisé que le non-respect d'un code de conduite, bien qu'il soit un instrument unilatéral, peut engendrer des sanctions disciplinaires conformément au statut des travailleurs.

3) Responsabilité contractuelle

Une « contractualisation de l'éthique » trouve aussi sa place dans les mécanismes d'encadrement de la RSE. La contractualisation qui passe par les contrats commerciaux conclus par l'entreprise et ses cocontractants ou encore la simple qualification de contrat par le juge saisi d'une affaire de non-respect d'un code de conduite.

C'est cette construction juridique qui a été au fondement de l'affaire *Wal Mart* aux États-Unis et en Allemagne⁵⁵. Cette valeur impérative a permis à des travailleurs chinois, bengali, indonésiens et nicaraguayens d'attaquer, le 13 septembre 2005, l'entreprise multinationale Wal-Mart devant la Cour de Los Angeles aux États-Unis en alléguant que cette entreprise n'avait pas respecté les obligations posées par son code de conduite envers les salariés des entreprises sous-traitantes. La question se posait de savoir si ce code pouvait être considéré comme un contrat⁵⁶. Wal-Mart avait en effet obligé ses sous-

⁵² Etats Unis, US. Supreme Court, 3 avril 2002, *Marc Kasky v. Nike, Inc.*, 02 C.D.O.S. 3790, N° S087859.

⁵³ V. André SOBCZAK, « Legal dimensions of International framework agreements in the field of corporate social responsibility », *Relations Industrielles/Industrial Relations*, 2007, 62(3), 466-491, p. 477.

⁵⁴ Espagne, Corte Suprema de Justicia, 7 mars 2007, *Banco de Espana*, caso Sentencia n° 27595.

⁵⁵ Etats Unis, US. District Court for the Central District of California, 30 mars 2007, *Jane Doe I, et al., v. Wal-Mart Stores, Inc.*, Case NO. CV 05-7307 AG (MANx) ; Commentaire : Cynthia ESTLUND, « Something Old, Something New: Governing The Workplace By Contract Again », (Winter 2007) 28 *Comparative Labor Law & Policy Journal*, p. 351 et s.

⁵⁶ Ken K. KENNY, « Code or Contract: Whether Wal-Mart's Code of Conduct Creates a Contractual Obligation Between Wal-Mart and the Employees of its Foreign Suppliers », *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2007, n° 27, p. 453.

traitants à signer ce code de conduite, mais aussi à l'afficher dans la langue du pays dans tous les centres de production. Les requérants soutenaient que Wal-Mart avait en retour une obligation de s'assurer que les conditions de travail satisfaisaient à ce code. Malgré l'intérêt qu'avait suscité ce recours, la solution apportée par le juge a été limitée puisqu'elle s'est traduite par un non-lieu. Il faut donc en conclure que le code n'a pas la même valeur qu'un contrat.

Au-delà des tentatives nationales limitées à un territoire défini, plusieurs organisations internationales ont tenté de rendre la protection des droits sociaux dans le cadre de la RSE plus efficace.

B. Le rôle des organisations internationales

Le rôle des organisations internationales est très limité. L'aveu d'impuissance du bureau international du travail (BIT) est, à ce titre, « glacial »⁵⁷. Plusieurs raisons se superposent : les difficultés de mise en œuvre (« *enforcement* ») du droit international, le passage nécessaire par les États, l'impossible reconnaissance de la personnalité juridique de l'entreprise en droit international... Elles conduisent à un manque de réactivité de la communauté internationale face aux dangers et aux abus identifiés en matière de RSE.

Les organisations internationales, en attendant une proposition mondiale⁵⁸, ont pourtant parfois trouvé à s'organiser. On a pu identifier deux tendances : elles peuvent d'abord proposer un texte encadrant les pratiques de la RSE ou servant de modèles aux entreprises souhaitant s'inscrire dans ces procédés. Elles peuvent ensuite participer à la « juridicisation » de la responsabilité sociale.

1) Vers la construction d'un cadre : Des textes d'encadrement des pratiques de la RSE

Parce que le droit international public est applicable⁵⁹, il faut d'abord penser aux textes classiques de protection des droits sociaux. Par exemple, les conventions de l'OIT ont pu donner lieu à des jugements en faveur de la protection des droits de l'Homme⁶⁰. Mais, sa portée restreinte a conduit plusieurs organisations internationales à se tourner vers d'autres types de textes.

Le principal problème posé à tous les garants du droit dur national ou international est celui de l'intérêt et de l'adéquation d'un texte encadrant la

⁵⁷ Disponible sur <http://www.iso.org/iso/fr/pressrelease.htm?refid=Ref1299>. V. aussi Clotilde DE GASTINES, « ISO 26 000 : quand la RSE se veut norme », *Métis*, 3 Mai 2010, http://metiseurope.eu/iso-26-000-quand-la-rse-se-veut-norme_fr_70_art_28780.html.

⁵⁸ Manifeste disponible sur <http://www.globaleconomicethic.org/02-manifesto-01.php>.

⁵⁹ Olivier de SCHUTTER, *L'incrimination universelle de la violation des droits sociaux fondamentaux*, Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'Homme, CRIDHO Working Paper 2005/05.

⁶⁰ CEDH, 26 juillet 2005, *Silladin c. France*, Requête n° 73316/01 (esclavage moderne).

RSE. Plusieurs options théoriques sont disponibles : d'abord, la loi peut proposer un cadre obligatoire ou un modèle. Elle peut ensuite poser des obligations matérielles ou procédurales telle que la constitution d'un organe⁶¹ ou encore une obligation d'information quant aux pratiques de RSE de l'entreprise. La standardisation est encore une option. Enfin, la coordination complète d'un secteur a aussi été envisagée.

Ces différentes possibilités permettent à un éventail de mesures de voir le jour. De nombreux modèles ont connu un certain essor. En premier lieu, la déclaration de 1998 de l'OIT et les principes directeurs de l'OCDE ont acquis une renommée mondiale. La Déclaration de 1998 de l'OIT a été souvent reprise⁶². Sa nouvelle approche relative au travail décent semble porter ses fruits⁶³.

De nombreuses procédures de standardisation remportent aussi un grand succès. Ont été imaginées des normes sur les responsabilités des entreprises transnationales et autres entreprises quant aux droits de l'Homme⁶⁴. Le développement des standards dans ce domaine, comme le *Global Compact* des Nations Unies, la *Global Reporting Initiative*, SA 8000, ISO 14001 et bientôt sans doute ISO 26000, poussent de plus en plus à une certaine convergence des pratiques, renforcée encore par l'action des cabinets de conseil et d'audit, des agences de notation extra-financière et de certaines écoles de management⁶⁵.

L'institution d'obligations trouve un accueil plus mitigé. Par exemple, au sein de l'Union européenne, l'idée a été émise que la RSE n'est pas incompatible avec un cadre juridique. Plusieurs propositions ont stimulé l'intérêt des entreprises⁶⁶. Mais, aucune législation n'a vu le jour. Le principal problème tient à ce que les entreprises et les autorités communautaires ne réussissent pas à définir la RSE et à lui donner un contenu précis⁶⁷. Certains souhaitaient utiliser une directive sur le RSE comme un standard minimal fixant ce que les entreprises européennes devraient s'engager à offrir en matière de droits sociaux et environnementaux. D'autres envisagent une loi sur le *reporting* social et environnemental. L'exemple de la loi NRE française qui oblige les entreprises cotées en bourse à inclure des informations sociales et environnementales dans leur rapport annuel de gestion montre qu'un cadre juridique peut contribuer à stimuler les initiatives dans ce domaine, sans pour autant interdire

⁶¹ On pensera à l'exemple du comité d'entreprise européen qui, sous l'apparence d'une règle obligatoire, ne propose qu'un mode d'emploi de création du comité qui ne doit pas nécessairement être suivi. V. Directive 2009/38/CE.

⁶² V. *supra*, I.

⁶³ V. http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Mainpillars/WhatIsDecentWork/lang--fr/index.htm.

⁶⁴ ONU, CoDESC, « On the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights », 13 août 2003.

⁶⁵ André SOBCZAK, « Pour une définition de la RSE à la hauteur des enjeux ! », *Métis*, 16 Avril 2010, http://www.metiseurope.eu/pour-une-definition-de-la-rse-a-la-hauteur-des-enjeux_fr_70_art_28765.html

⁶⁶ COM(2002) 347 final.

⁶⁷ Régine BARTH, Franzisca WOLFF, *Corporate social responsibility in Europe: rhetoric and realities*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009.

l'innovation⁶⁸. Il semble pourtant aujourd'hui que ce projet n'ait pas été généralisé.

Une dernière proposition est celle de la coordination complète du droit d'un secteur. Il présente l'intérêt d'annihiler la possibilité d'une entreprise multinationale de se déplacer pour jouer des différents droits nationaux, il rend le mouvement d'une entreprise plus facile et il permet une meilleure application des règles et un meilleur contrôle de celle-ci. Un exemple a pu être apporté par le secteur maritime⁶⁹. Mais, il pourrait difficilement être reproduit dans d'autres secteurs du fait de l'absence d'un besoin latent de coordination.

Face aux limites de l'encadrement textuel, l'encadrement juridictionnel semble une alternative intéressante.

2) Vers une participation juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle des organisations internationales

Au-delà d'une participation réglementaire, les organisations internationales ont tenté d'intervenir d'une façon juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle. On trouve ainsi une gradation de pratiques des moins aux plus juridictionnelles.

Les procédures les moins juridictionnelles sont entre les mains de l'OIT et de l'OCDE. Les principes directeurs de l'OCDE mettent en place leurs propres systèmes de résolution des litiges tels que des points de contact nationaux⁷⁰. Le point est actionné là où le dommage naît ou là où il risque de naître ou sur territoire du siège social de l'entreprise mère. Cette procédure évite un blocage par le passage par le pays du litige.

En ce qui concerne la mise en œuvre de la déclaration de 1998, le BIT se limite aujourd'hui à commander des rapports, mais qui n'emportent pas de conséquences. Les techniques sanctionnatrices douces et le suivi propre de la déclaration de l'OIT consistant en une assistance technique ont un impact limité en termes de droit dur, mais c'est peut-être aussi son intérêt⁷¹. L'idée d'une participation accrue de l'OIT comme dernier niveau de recours en cas de différend entre une entreprise et ses employeurs a aussi été mentionnée⁷². Elle présenterait un intérêt considérable dans la mesure où le BIT est une organisation fondée sur le triptyque États/ salariés/ employeurs. Sa

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Alexandre CHARBONNEAU, « L'originalité du secteur maritime : interventions judiciaires, règlements alternatifs de conflits et action syndicale internationale » in Marie Ange MOREAU, *Justice et mondialisation du droit du travail*, Conférence organisée en collaboration par l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'IUE, à paraître 2010.

⁷⁰ V. http://www.oecd.org/document/3/0,3343,fr_2649_34889_1933123_1_1_1_1,00.html.

⁷¹ V. *supra*, Julien BURDA.

⁷² Marie-Ange MOREAU, « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe Arcelor Mittal », *Droit social*, 2009, n°1, pp. 93-102.

représentation par tiers lui permettrait d'être un organe de recours privilégié. Mais, la pratique est encore loin de cette avancée.

Plus juridictionnelles sont les pratiques de l'OMC⁷³ ou des Nations Unies. La résolution du Conseil de sécurité 1499 (2003) sur la situation du Congo ou les sanctions économiques des Nations Unies contre des entreprises dans des cas sud-américains et de Rhodésie du Sud sont des exemples intéressants en matière de droits de l'Homme⁷⁴. La question se pose néanmoins de savoir s'ils pourraient être transposés aux droits sociaux fondamentaux.

Au niveau européen, l'idée d'une compétence universelle en matière civile a été suggérée. Un avant-projet de Convention à La Haye n'a pas abouti⁷⁵. Une proposition d'octobre 2008 évoque l'augmentation du champ d'application de la convention de Bruxelles I⁷⁶ au-delà des litiges européens. L'idée est que les règles de compétence internationale de chaque État doivent disparaître et que des dérogations doivent permettre d'attirer des situations particulières, par exemple si les exigences du procès équitable le requièrent. Cette approche permettrait de sanctionner les violations en matière de droits fondamentaux et une meilleure protection en substance des exigences des droits de l'Homme.

Il faut cependant s'interroger sur l'intérêt d'une juridicisation des pratiques de droit mou. Beaucoup ont remarqué que ce durcissement irait à l'encontre de la nature même de la RSE fondée sur son caractère volontaire⁷⁷. C'est sur ce croisement paradoxal que le juriste bute aujourd'hui.

Conclusion

En conclusion, cette étude a été l'occasion de peindre à gros traits le rôle des entreprises, des États et des organisations internationales dans la protection des droits sociaux en matière de RSE. Protection efficace ? La question reste en suspens. S'il apparaît clairement que la RSE se répand inéluctablement, que les entreprises, même de moindre importance, sont directement influencées par ces mécanismes, s'il est désormais admis par toutes les organisations et de nombreux pays que la RSE est à prendre en compte, voire à encadrer, on ne sait toujours pas quelle portée celle-ci peut avoir.

⁷³ Fabrizio FRANCIONI, « Four ways of enforcing the international responsibility for human rights violations by multinational corporations », in Marie-Ange MOREAU, Fabrizio FRANCIONI (dir.), *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale de l'entreprise*, coll. B. Goldman, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, pp. 151-171.

⁷⁴ John A. ZERK, *Multinationals and corporate social responsibility: limitations and opportunities in international law*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2006.

⁷⁵ Etienne PATAUT, « Les règles de compétences juridictionnelles en Europe et le rôle du juge à l'épreuve des violations des droits sociaux », in Marie-Ange Moreau, *Justice et mondialisation du droit du travail*, Conférence organisée en collaboration par l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'IUE, à paraître 2010.

⁷⁶ Devenu le règlement européen 44/2001.

⁷⁷ Bettina LANGE, *Socializing Economic Relationships : New Perspectives and Methods for Analysing Transnational Risk Regulation*, Centre for Socio-Legal Studies, Conférence 15-16 April 2010, Oxford.

Sa principale caractéristique de *soft law* ou droit mou lui appose un sceau de non-droit qu'il est difficile de dépasser. Les mécanismes de droit dur qu'on a tenté de lui superposer se révèlent souvent de faible efficacité du fait de leur inadéquation originelle.

Se pose alors la question de sortir de cette échelle d'analyse allant du droit dur au droit mou. Peut-on imaginer une nouvelle façon de conceptualiser la règle molle sans se référer à la sanction et au juge ? Par exemple, l'impossibilité d'établir de frontière tangible entre le non droit et le droit, l'observation de la procéduralisation du droit du travail au plan mondial, ou encore le constat que l'action et le conflit précèdent le droit ou la norme dévoilent des changements d'approche. Le fait que juge devienne progressivement secondaire amène à sortir de la logique classique, fondée sur la crainte de la sanction judiciaire. Autre exemple, la multiplication des textes de référence en matière de droits sociaux fondamentaux donne une très grande flexibilité aux garants de la loi. Ce constat conduit encore à remettre en question l'application juste et uniforme du droit. Sans apporter une véritable réponse pour le moment, il faut comprendre la responsabilité sociale de l'entreprise comme un sujet nouveau, pluridisciplinaire qui appelle des analyses en matière de droit national et international, de protection des travailleurs, peut-être d'organisation incomplète⁷⁸ ou encore de théorie de la régulation dans une perspective de la firme construite sur les fondements de l'analyse économique du droit, à partir de la *corporate governance*. Un détour par les politiques économiques⁷⁹ ou les techniques managériales⁸⁰ ou la sociologie pourrait se révéler utiles. Il s'agirait alors de repenser les systèmes de décision au sein des entreprises⁸¹.

⁷⁸ Göran AHRNE, Nils BRUNSSON, N., « L'organisation en dehors des organisations, ou l'organisation incomplète », *AEGIS le Libellio*, pp. 1-20, p. 2.

⁷⁹ Markus KITZMUELLER, *Economics and corporate social responsibility*, thèse, Florence, EUI, 2008.

⁸⁰ Jan JONKER, Maria DE WITTE, *Management models for corporate social responsibility*, Berlin, New York, Springer, 2006.

⁸¹ David VOGEL, *The market for virtue: the potential and limits of corporate social responsibility*, Washington, Brookings Institution Press, 2005.

CHAPITRE 3 - LA JUSTICIABILITÉ DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE ENTRE PARENTS ET ALLIÉS : QUELS ENSEIGNEMENTS POUR LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX ?

MARC PICHARD

« Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin »¹ ; « les gendres et les belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leur beau-père et belle-mère »² ; « les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques »³. A lire le Code civil, les secours en cas de besoin sont à attendre non pas de la collectivité mais de la famille ou, plus précisément, des parents et alliés⁴. Et l'impression sort renforcée de la consultation d'autres sources. L'article L. 132-6 du Code de l'action sociale et des familles ne dispose-t-il pas que « les personnes tenues à l'obligation alimentaire instituée par les articles 205 et suivants du code civil sont, à l'occasion de toute demande d'aide sociale, invitées à indiquer l'aide qu'elles peuvent allouer aux postulants et à apporter, le cas échéant, la preuve de leur impossibilité de couvrir la totalité des frais », illustrant de la sorte le principe traditionnel de subsidiarité de l'aide de la collectivité par rapport à l'aide familiale ?⁵

Or, au premier abord, cette origine en principe familiale des aliments semble éloigner la question du thème des droits sociaux⁶. On a en effet du mal à concevoir que l'obligation alimentaire entre parents et alliés puisse être un vecteur de la justice *sociale*. Parfois, l'effet pourrait même être contraire. Car il n'est certes pas rare que les parents et alliés du pauvre soient pauvres, les parents et alliés du riche, riches. Or la mesure de l'obligation est le rapport entre les besoins du créancier et les ressources du débiteur⁷. À celui qui a besoin de beaucoup, car son train de vie est assez élevé, et dont les débiteurs ont

¹ C. civ., art. 205.

² C. civ., art. 206, qui précise : « mais cette obligation cesse lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés ».

³ C. civ., art. 207, al. 1^{er}.

⁴ Le droit civil raisonne bien plus en termes de liens interindividuels que de droit contre un groupe, de sorte qu'il est assez discutable de parler d'obligation alimentaire familiale : v. Dominique EVERAERT-DUMONT, « Le paradoxe des obligations alimentaires ou comment concilier principe de solidarité et obligation personnelle », RDSS, 2008, p. 538 et s., spéc. p. 541 et s.

⁵ Sur la question v., outre les références citées *supra*, pp. 377-378, Jean HAUSER, « La famille récupérée », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Etudes offertes à Pierre Catala, Litec, 2001, p. 327 et s.

⁶ *Supra*, p. 5.

⁷ C. Cass., C. civ., art. 208, al. 1^{er} : « Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit ».

beaucoup, il sera beaucoup fourni. À celui qui, pour avoir toujours été pauvre, a besoin de peu, et dont les parents et alliés n'ont guère, il sera peu promis⁸. La fixation judiciaire de l'obligation alimentaire prend parfois des allures de droit de classe.

L'objection ne semble toutefois pas dirimante. Car, incontestablement, fait partie du *corpus* de l'étude, le droit à des moyens convenables d'existence⁹ - et la mise en œuvre de l'obligation alimentaire peut permettre de les obtenir. Or ce serait restreindre arbitrairement la question des débiteurs de ce droit social que de poser, *ab initio*, qu'il ne pourrait contraindre que la collectivité. Personne ne conteste que, par la reconnaissance d'un effet horizontal aux stipulations de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour de Strasbourg a amélioré l'effectivité des droits, en particulier civils et politiques. Les États, pour respecter leurs engagements internationaux, doivent donc protéger les droits consacrés y compris des atteintes des particuliers. Tout pareillement, en imposant à des personnes privées la charge de la satisfaction d'un droit social, et dès lors que son intervention ne se limite pas à cela, un État œuvre à sa garantie, puisqu'il améliore la situation de son titulaire. À cet égard, la consécration du droit à l'habitat puis du droit au logement dans la législation française est éclairante : ce sont des lois relatives aux baux d'habitation qui, les premières, les ont portés¹⁰, et dont l'objet est d'accroître la contrainte pesant sur le propriétaire – irréfragablement présumé en situation de force, mais qui peut ne pas l'être – au bénéfice du locataire – irréfragablement présumé dans une situation moins confortable. Que cette législation participe à la protection du droit au logement, comme l'affirment les textes, est plus que probable : l'instauration de charges et contraintes sur les personnes privées est un des modes de garantie d'un droit social. Or, en matière d'obligation alimentaire, contrainte il y a. L'obligation alimentaire n'est pas abandonnée par l'État aux relations familiales privées, elle n'est pas une obligation naturelle¹¹ : son exécution peut être imposée en justice.

Et le souci de voir cette obligation alimentaire respectée par ses débiteurs personnes privées a donné lieu à des interventions très spécifiques. Non seulement le législateur a conféré à la créance alimentaire la protection du juge à laquelle tous les droits reconnus par la législation civile peuvent prétendre,

⁸ Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *La famille*, 3^e éd., in Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, Defrénois*, 2009, n° 1748 : « Le montant des droits alimentaires [...] est apprécié en tenant compte du genre de vie et de la condition sociale des intéressés ; dans certains cas, la pension alimentaire est donc inférieure au salaire minimum, dans d'autres, elle est très élevée ». Le besoin est irréductible à la pauvreté : Diane ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2002, n° 146 et s. – qui, en particulier, souligne la subjectivité de l'appréciation des besoins du créancier dans le cadre de la détermination du quantum de l'obligation alimentaire.

⁹ *Supra*, p.5.

¹⁰ V., toujours en vigueur, la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, dite Mermaz (JO 8 juillet 1989, p. 8541), et son article 1^{er} : « Le droit au logement est un droit fondamental ; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent ».

¹¹ Sur la définition de l'obligation naturelle, v. *supra*, p. 379, note 17.

mais l'obligation alimentaire bénéficie d'une justiciabilité accrue car sa satisfaction se révèle entourée de garanties procédurales propres : « le but spécifique de l'obligation alimentaire, qui est d'assurer la subsistance du créancier, ainsi que son fondement particulier, qui est le devoir de charité et de solidarité familiales, expliquent qu'elle soit soumise à un régime juridique très spécial qui, sur de nombreux points, se distingue de celui qui vaut pour les obligations ordinaires »¹². Sa réalisation en justice est facilitée par diverses solutions et dispositions qui ne s'appliquent qu'à elle. De fait, cette justiciabilité accrue peut s'expliquer par les difficultés spécifiques de recouvrement des créances en question : elle est probablement le produit d'une ineffectivité elle-même non négligeable¹³. Son étude est d'autant plus importante.

Confrontés à une forme d'ineffectivité de la créance alimentaire, mode de satisfaction du droit à des moyens convenables d'existence, les pouvoirs publics ont posé des règles qui tendent à favoriser sa justiciabilité, c'est-à-dire l'exercice d'une contrainte contre les parents et alliés. Se pose alors la question de savoir si, de ce régime spécifique, des enseignements à portée plus générale pourraient être tirés : ces modes originaux de garantie de la créance alimentaire peuvent-ils nourrir la réflexion sur la justiciabilité des droits sociaux ? En matière d'obligation alimentaire entre parents et alliés, deux voies d'une justiciabilité meilleure sont empruntées : le recours au juge est favorisé ; le recouvrement de la créance est facilité.

I. Le recours au juge favorisé

L'obligation alimentaire ne peut être comprise qu'au regard de l'état de besoin, qui en conditionne l'existence-même. Or cet état est, justement, de nature à compliquer l'accès au juge comme à pousser à renoncer à la garantie que constitue le recours à celui-ci. Une meilleure justiciabilité du droit passe précisément par la protection contre ces deux écueils.

A. Une accessibilité renforcée

Rationae materiae, le juge de l'obligation alimentaire est un juge facilement identifiable : c'est le juge aux affaires familiales, juge du tribunal de grande instance¹⁴. Le caractère très général de sa compétence favorise

¹² J. Cl. Civil, art. 205 à 211, fasc. 20 : Aliments – Obligation alimentaire – Caractères, 2002, par Laurent LEVENEUR, n° 1. C'est une « créance privée [...] d'une nature particulière » (Jean HAUSER et Danièle HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, dir. Jacques GHESTIN, La famille, Fondation et vie de la famille, 2^e éd., LGDJ, 1993, n° 1350, p. 903).

¹³ En ce sens, v. Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, La famille, l'enfant, le couple, 21^e éd., PUF, coll. « Thémis », 2002, p. 60 : « La législation favorable aux créanciers [...] est plutôt le signe d'un mauvais fonctionnement de l'institution » ; Jean HAUSER et Danièle HUET-WEILLER, *précit.*, n° 1342, p. 900.

¹⁴ C. org. jud., art. L. 213-3 ; adde c. santé pub., art. L. 6145-11 : « Les établissements publics de santé peuvent toujours exercer leurs recours, s'il y a lieu, contre les hospitalisés, contre leurs débiteurs et contre les personnes désignées par les articles 205, 206, 207 et 212 du code civil. Ces recours relèvent de la compétence du juge aux affaires familiales ».

probablement la justiciabilité du droit, dans la mesure où il évite que des incertitudes en la matière freinent le recours au juge. En outre, alors que, en principe, la représentation est obligatoire devant le tribunal de grande instance et ses diverses formations, l'article 1139 du Code de procédure civile dispense du ministère d'avocat certaines procédures relevant de la compétence du juge aux affaires familiales, parmi lesquelles le contentieux de l'obligation alimentaire. Une entrave à la saisine du juge par les personnes les plus modestes est de la sorte levée¹⁵.

Ce souci d'un moindre coût à la charge d'un demandeur dans le besoin anime aussi les règles, dérogatoires, relatives à la compétence *rationae loci* : le juge de l'obligation alimentaire – même s'il n'est pas la juridiction de proximité¹⁶ – est un juge proche. En effet, alors que le juge territorialement compétent est en principe celui du domicile du défendeur, ce qui peut conduire à devoir saisir une juridiction très éloignée – avec tous les surcoûts que cela comporte (même pour une personne bénéficiaire de l'aide juridictionnelle) –, en vertu de l'article 46 du Code de procédure civile, le juge du domicile du défendeur est également, en matière alimentaire, compétent¹⁷, et une telle option est aussi ouverte, concernant un litige transfrontalier au sein de l'Union européenne, par le règlement du 18 décembre 2008, *relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires*¹⁸. Ainsi des frais sont-ils épargnés à celui qui, par hypothèse, prétend être - et est probablement - dans le besoin¹⁹. La conscience de l'importance de rattacher le plus possible la créance alimentaire au lieu de vie du créancier s'exprime également à l'article 1247 du Code civil : alors que, en principe, « le paiement doit être fait au domicile du débiteur », c'est-à-dire que la créance est quérable, « les aliments alloués en justice doivent être versés, sauf décision contraire du juge, au domicile ou à la résidence de celui qui doit les recevoir » - la créance alimentaire est portable²⁰. Le droit civil tend à

¹⁵ Certes, l'admission à l'aide juridictionnelle de ces mêmes personnes leur permettrait d'obtenir l'assistance d'un avocat. Mais les délais de traitement des dossiers sont souvent longs – et la procédure en elle-même peut parfois rebuter certaines d'entre elles.

¹⁶ Au sens de l'art. L. 231-3 du Code de l'organisation judiciaire.

¹⁷ C. proc. civ., art. 46 : « Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur : [...] en matière d'aliments ou de contribution aux charges du mariage, la juridiction du lieu où demeure le créancier » ; la solution est rappelée à l'article 1070, al. 3.

¹⁸ Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, JO UE 10 janvier 2009, n° L 7, art. 3

¹⁹ « Le créancier a une option [...], justifiée par la précarité de son état » : Frédérique GRANET, « Créances alimentaires : solidarité familiale ou solidarité sociale ? », in *La dépendance des personnes âgées*, dir. Francis KESSLER, 2^e éd., Sirey, coll. « Droit sanitaire et social », 1997, p. 115 et s., p. 121.

²⁰ Sur la distinction, v. François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2009, n° 1344, p. 1334-1335. L'enjeu principal est de savoir quelles sont les formalités préalables à une poursuite. Lorsque la dette est quérable, en pratique, « cette règle signifie aujourd'hui que le créancier ne peut pas valablement poursuivre le débiteur ou le mettre en demeure s'il ne lui a pas demandé le paiement, par exemple par courrier adressé à son domicile » (p. 1334). Si la créance est portable, « la mise en demeure et des poursuites sont possibles dès l'arrivée de l'échéance, sans que le créancier ait à faire preuve d'une demande préalable de paiement » (p. 1335).

favoriser la justiciabilité du droit en faisant peser sur le débiteur potentiel ou avéré de la créance la charge de la distance, en particulier de la distance au juge : l'exemple mériterait d'être médité²¹.

B. Un garant exceptionnel

Que le juge civil ait à protéger les droits de la personne, surtout si leur siège est à trouver dans le Code civil, n'a rien d'étonnant. Mais la vocation du juge à se prononcer sur l'existence et le *quantum* de l'obligation alimentaire est tout à fait particulière : son rôle de garant s'avère exceptionnel.

D'une part, le juge est tout spécialement garant de la créance alimentaire parce que celle-ci est indisponible – du moins les sommes à échoir à ce titre²². Cette indisponibilité se traduit par une justiciabilité accrue, au sens où elle favorise l'intervention d'une juridiction.

Débiteurs et créanciers peuvent, en dehors de tout litige, fixer conventionnellement le *quantum* de l'obligation alimentaire. C'est d'ailleurs bien souvent par accord tacite entre le créancier et le débiteur que l'obligation alimentaire est exécutée. Simplement, quand bien même un tel accord serait susceptible d'être prouvé, car explicité, il n'obligerait guère les parties : sa force obligatoire est quasi-nulle²³. En effet, il est toujours loisible au créancier – comme d'ailleurs au débiteur – de saisir le juge pour qu'il révisé le montant de la pension alimentaire à verser, nonobstant tout accord antérieur entre les parties²⁴.

De même, l'indisponibilité de la créance alimentaire interdit aux parties en litige de compromettre – de soumettre, par une convention, leur litige déjà né à

²¹ Cette volonté de favoriser la proximité du juge en présence d'un demandeur en situation économique présumée fragile a conduit à admettre récemment une option assez proche en matière de droit de la consommation. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, en vertu de l'article L. 141-5 du Code de la consommation, « le consommateur peut saisir à son choix, outre l'une des juridictions territorialement compétentes en vertu du code de procédure civile, la juridiction du lieu où il demeurerait au moment de la conclusion du contrat ou de la survenance du fait dommageable ». Sur cette nouvelle disposition, v. Dominique FENOUILLET, RDC 2009.1438 ; Stéphane PIEDELIEVRE, Gaz. Pal. 2009.1732 ; Loïs RASCHEL, Procédures juill. 2009, n° 230, p. 17 ; Elise POILLOT, D. 2010.790, p. 797.

²² Sur l'indisponibilité de la créance alimentaire, v. J. Cl. Civil, art. 205 à 211, fasc. 20, précit., par Laurent LEVENEUR, n° 28 et s., et les réf. citées.

²³ Comp. C. civ., art. 1134, al. 1^{er} : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

²⁴ V. Jean HAUSER, obs. sous Cass. 1^{re} civ. 16 juin 1993, RTD civ. 1993.816 : l'« obligation alimentaire peut faire l'objet d'une convention entre créanciers et débiteurs, étant acquis que cette convention serait toujours susceptible de révision ». Adde J. Cl. Civil, art. 205 à 211, fasc. 20, précit., par Laurent LEVENEUR, n° 29 : « Le créancier ne saurait convenir avec son débiteur que sa pension sera immuablement fixée à un montant inférieur à celui qu'elle devrait normalement avoir, et qu'elle n'augmentera pas ». C'est qu'en effet « le montant des dettes alimentaires est toujours sujet à révision et [...] le créancier ne peut jamais renoncer à ses droits » (Cass. civ. 21 janvier 1930 ; Gaz. Pal. 1930, 1, p. 456 : solution adoptée dans un contexte très particulier, mais formule à la portée extrêmement générale ; dans le même sens, v. Cass. 2^e civ. 18 mars 1954, D. 1954.398).

un arbitre²⁵ –, comme de transiger – c'est-à-dire de mettre fin à ce litige par un contrat –, la transaction supposant des concessions réciproques, incompatibles avec l'indisponibilité²⁶. Le recours à l'accord de volontés pour qu'il soit mis fin au litige soit directement *via* par une transaction soit indirectement par saisine d'un arbitre est donc proscrit en matière alimentaire. Le juge étatique jouit d'un monopole.

Ces solutions doivent être rapprochées de l'article L. 132-7 du Code de l'action sociale et des familles. Le texte dispose en effet : « En cas de carence de l'intéressé, le représentant de l'État ou le président du conseil général peut demander en son lieu et place à l'autorité judiciaire la fixation de la dette alimentaire et le versement de son montant, selon le cas, à l'État ou au département qui le reverse au bénéficiaire, augmenté le cas échéant de la quote-part de l'aide sociale ». En d'autres termes, le droit peut être justiciable contre la volonté du premier intéressé²⁷, alors que, en principe, concernant un droit exclusivement attaché à la personne, l'action oblique n'est pas ouverte au créancier du créancier d'aliments²⁸.

En somme, nonobstant tout accord des parties en sens contraire, ou toute réticence du créancier à se prévaloir de son droit, la créance d'aliments demeure toujours justiciable au sens de *susceptible de donner lieu à une décision du juge* – et plus précisément du juge étatique. De la sorte s'exprime un certain scepticisme à l'égard de l'aptitude du créancier de l'obligation à défendre convenablement ses intérêts, de manière générale mais tout particulièrement dans un cadre conventionnel. Le phénomène n'a rien d'exceptionnel : l'ordre public vient régulièrement protéger, par la technique des renonciations

²⁵ C. civ., art. 2059 : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition » ; *a contrario*, l'indisponibilité de la créance alimentaire fait obstacle au compromis. C. civ., art. 2060 : « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public » ; or il ne fait aucun doute que l'obligation alimentaire relève de cette dernière catégorie.

²⁶ Sur l'impossibilité de la transaction, v., dans un contexte qui donne à la solution une portée très générale, Cass. civ. 28 février 1949 ; JCP 1949 II 4888, note Paul ESMEIN ; D 1949 J 301, note Georges RIPERT, qui écrit : « le conjoint divorcé qui par insouciance ou générosité a renoncé à sa pension, celui qui a transigé croyant bien faire, pourra se trouver quelques années plus tard privé de tout secours. *Il faut le défendre contre lui-même* [nous soulignons]. Il est en tout cas de l'intérêt social qu'il ne soit pas un malheureux à la charge de l'État [...]. L'arrêt rapporté ne s'arrête pas à l'objection que deux époux divorcés peuvent discuter librement leurs intérêts. Il s'inscrit dans la ligne générale d'un droit protecteur des faibles ». Adde, réitérant la solution, Cass. civ. 23 mai 1949, JCP 1949 II 5202, note Paul ESMEIN.

²⁷ La disposition a pu être analysée comme « une aide administrative au recouvrement de la créance familiale » (Frédérique GRANET, art. précit., p. 128). Il ne s'agit toutefois pas stricto sensu d'une aide au recouvrement de la créance au sens où cette aide est alors sollicitée en amont, non pas seulement pour permettre le recouvrement, mais dès avant pour assurer la fixation de la créance. Sur l'aide au recouvrement stricto sensu, v. *infra* p. 425 et s.

²⁸ V. en part. J. Cl. Civil, art. 205 à 211, fasc. 20, précit., par Laurent LEVENEUR, n° 21 et s., et spéc. n° 25 pour une présentation de l'article L. 132-7 du Code de l'action sociale et des familles comme une exception au principe d'exclusion de l'action oblique – exclusion elle-même fondée sur l'article 1166 du Code civil (« Les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne »).

impossibles, le faible – ou présumé tel – contre sa propre volonté, supposée dominée par autrui²⁹. Il n'en est pas moins remarquable dans un contexte de faveur généralisée pour la forme contractuelle - le cas échéant assez abâtardie³⁰. Car envisager la question sociale sous l'angle des droits fondamentaux, c'est-à-dire des droits subjectifs *lato sensu*, conduit à placer au premier plan la volonté de l'individu titulaire de la prérogative³¹ ; le régime de justiciabilité de l'obligation alimentaire rappelle que la libre disponibilité n'est pas toujours le meilleur vecteur du respect des intérêts de la personne, et que concevoir la question en termes d'ordre public est peut-être plus efficace – même si probablement moins satisfaisant pour l'esprit.

D'autre part, si le juge est tout spécialement garant de l'obligation alimentaire, c'est parce que même la fixation judiciaire de la pension ne ferme pas la voie à une nouvelle saisine du juge : les décisions judiciaires sont, en la matière, marquées d'une très forte précarité – car essentiellement provisoires. Il demeure toujours possible de saisir à nouveau le juge pour qu'il procède à une nouvelle évaluation de la pension en fonction de l'évolution des ressources du créancier comme du débiteur : « la décision judiciaire fixant une pension alimentaire ne possède l'autorité de la chose jugée qu'aussi longtemps que demeurent inchangées les circonstances au regard desquelles elle est intervenue ; [...] une demande en révision peut être soumise aux tribunaux, dès lors qu'apparaissent des éléments nouveaux »³². Si la perpétuelle réouverture

²⁹ Sur la méfiance à entretenir à l'égard des « accords de volontés » en présence de parties dans des situations économiquement très différentes, v., en part., Alain SUPIOT, *Critique du droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. « Quadrige », 2007, p. 116 et s. ; Muriel FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », D. 2008.31, spéc. p. 35. Pour une illustration classique, v. Cass. Plén. 4 mars 1983, Bull. civ. n° 3 ; D. 1983 J 381, concl. Jean CABANNES : un salarié avait accepté une novation substituant au contrat de travail originaire une « convention de collaboration de type purement libéral » ; il demande la requalification de son contrat en contrat de travail, et l'obtient. « Cette activité, exercée sous la dépendance d'un employeur, ne pouvait avoir un caractère libéral, la seule volonté des parties étant impuissante à soustraire [la personne concernée] au statut social qui découlait nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail ». Les conclusions de l'avocat général Cabannes invitaient à la solution retenue. V. en part., p. 382 : « La volonté des parties a-t-elle suffi à réaliser une novation ? La question est d'autant plus importante que nous débordons aujourd'hui du cadre du droit privé traditionnel et que la détermination des caractères du contrat de travail, dans un secteur se rapprochant du droit public, ou frôlant l'ordre public, non seulement ne peut être laissée à l'initiative des intéressés, mais encore est placée sous votre contrôle : c'est toute la finalité du droit social qui se trouve ici mise en cause ! ». Pour un parallèle entre ces questions, v. J. Cl. Civil, art. 205 à 211, fasc. 20, précit., par Laurent LEVENEUR, n° 34 : « Il en va un peu de "l'ordre public alimentaire" comme de la notion bien connue d'"ordre public social" qui interdit de déroger aux règles légales au détriment du salarié, mais le permet en sa faveur ».

³⁰ Sur le phénomène de contractualisation, v. en part. Sandrine CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2007.

³¹ Si l'on veut bien admettre que le droit subjectif appelle la maîtrise de la prérogative par son titulaire, sur quoi v. en part. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 80 : « Le droit subjectif est essentiellement appartenance-maîtrise, l'appartenance causant et déterminant la maîtrise » ; p. 90-91 : le droit subjectif « est faculté d'agir en maître sur la chose qui fait l'objet du droit, naturellement sous réserve des limitations ou des charges résultant soit de la loi, soit de la volonté du titulaire s'"auto-limitant" en exécution de sa propre maîtrise. Mais cette limitation même laisse debout, pour le surplus, la libre disposition ».

³² Cass. 1^{re} civ. 16 juin 1993, Bull. civ. I n° 216 ; Def. 1993.1360, obs. Jacques MASSIP ; RTD civ. 1993.816, obs. Jean HAUSER. L'arrêt est d'autant plus intéressant que, si le visa de l'article 1351

des débats bénéficie tout autant au créancier qu'au débiteur³³, elle est indiscutablement le symbole d'une justiciabilité particulière qui n'a que peu d'équivalents en droit civil, sinon en droit de l'assistance éducative ou de l'autorité parentale, où l'intérêt de l'enfant imprime sa marque – d'ordre public – à la matière, et confère à toute décision un même caractère provisoire.

Si l'on peut parler d'une justiciabilité spécifique et accrue de l'obligation alimentaire entre parents et alliés, c'est que son régime juridique favorise le recours au juge. Mais accroître la justiciabilité d'un droit c'est aussi s'assurer que, la décision prise, elle pourra être exécutée – que la créance fixée pourra être recouvrée.

II. Le recouvrement de la créance facilité

Une fois sa qualité reconnue, le créancier d'aliments bénéficie d'une situation à divers égards exceptionnelle. A rebours de la tendance dominante du droit contemporain, la matière alimentaire révèle en effet une remarquable rigueur à l'égard du débiteur³⁴, dans une situation d'autant plus inconfortable que, pour le recouvrement de la créance, l'administration peut, suivant des voies originales, être mobilisée.

A. La rigueur à l'égard du débiteur

La faveur pour le débiteur, trait marquant du droit contemporain des obligations, ne trouve certes pas droit de cité en matière alimentaire.

Parfois, le débiteur est privé de la possibilité de recourir à des textes à portée générale.

Alors que, d'ordinaire, un débiteur peut résister à une demande en paiement en se prévalant de la compensation de sa propre dette avec une créance dont il est

du Code civil et la lettre de l'attendu de principe invitent à le lire comme relatif à la seule autorité des décisions de justice, sa solution vaut aussi en matière de détermination conventionnelle de la pension alimentaire. En l'espèce, des juges du fond avaient « pris acte » de l'engagement formel du débiteur de laisser, au titre de l'accomplissement de son obligation alimentaire à l'égard de son petit-fils, ce dernier et son ex-bru jouir d'un immeuble dont il était propriétaire, « jusqu'à ce que l'enfant mineur ait quitté ce toit ». Eu égard à l'évolution de la situation des parties, le débiteur demande à pouvoir jouir à nouveau de son bien. Il est débouté par la cour d'appel saisie car il serait « tenu par l'engagement qu'il a pris au cours de l'instance précédente et qui, homologué par la cour d'appel, a l'autorité de la chose jugée » ; la cour ajoute que « l'intéressé ne peut révoquer cet engagement, en invoquant un remariage dont il n'avait pas fait une condition résolutoire ». La Cour de cassation censure le raisonnement : « l'engagement pris [...] l'avait été dans le but d'exécuter partiellement en nature son obligation alimentaire ; [...] il en résultait que cet engagement pouvait toujours être révisé, soit par un nouvel accord des parties, soit par une décision de justice, en cas de survenance d'éléments nouveaux et sans que puisse être opposée à une convention provisoire la règle de la force obligatoire des contrats ».

³³ L'article 209 du Code civil n'envisage que la révision à la baisse.

³⁴ Le terme est employé par M. LEVENEUR (J. Cl. Civil, art. 205 à 211, fasc. 20, précit., n° 49 et s.) : « Le caractère d'ordre public de l'obligation alimentaire transparait encore dans ses sanctions. Il est indispensable de faire en sorte que le débiteur d'aliments ne puisse se soustraire au devoir aussi impérieux que la loi lui impose. Les sanctions qui garantissent son exécution sont donc plus rigoureuses que celles qui assortissent les obligations ordinaires ».

titulaire à l'encontre de son créancier³⁵, cette neutralisation des obligations réciproques ne trouve en principe pas application concernant les aliments³⁶.

De même, le délai de grâce, réformé en 1936 et, à cette occasion, stigmatisé comme une des manifestations du « droit de ne pas payer ses dettes » par le Doyen Ripert³⁷, est exclu en matière alimentaire. Alors que, en vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article 1244-1 du Code civil, « compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues », l'alinéa 4 du même texte exclut du domaine d'application de ce pouvoir du juge les « dettes d'aliments ». La précision n'a, à la réflexion, rien de particulièrement étonnant. On peut en effet la lire comme une présomption irréfutable que la situation de besoin du créancier, que l'article 1244-1 impose de prendre en considération, implique nécessairement le paiement de la créance en temps et en heure³⁸. Il

³⁵ C. civ., art. 1289.

³⁶ C. civ., art. 1293 : « La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas : [...] 3° D'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables ». Eu égard à la précision portée au texte, des cas exceptionnels de compensation sont envisageables. L'article 14 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution (JO 14 juillet 1991, p. 9228), déclare en effet insaisissables « les provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire, sauf pour le paiement des aliments déjà fournis par le saisissant à la partie saisie ». En d'autres termes, celui qui a trop versé au titre de son obligation alimentaire peut saisir les aliments de celui qui s'avère rétrospectivement ne pas être, ou pas à ce point, son créancier d'aliments (« cette exception vise celui qui fournit des aliments en étant trompé sur les réels besoins du créancier et qui va en solliciter la restitution » : Anne LEBORGNE, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, coll. « Précis », 2009, n° 619, p. 250). En conséquence, et suivant la même logique, la compensation peut avoir lieu « lorsque la créance réciproque de la créance alimentaire a pour cause une fourniture d'aliments [...] : par exemple, si le débiteur de l'obligation alimentaire a prêté au créancier une somme d'argent pour lui permettre d'acquérir un logement, il peut invoquer la compensation pour éteindre sa dette d'aliments à hauteur de sa créance de restitution de la somme prêtée, qui est alors éteinte simultanément. Dans de semblables hypothèses, le lien obligatoire d'aliments est utilisé conformément à son affectation strictement alimentaire, ce qui justifie pleinement l'exception au principe de non-compensation » (J. Cl. Civil, art. 205 à 211, fasc. 20, précit., par Laurent LEVENEUR, n° 43).

³⁷ Georges RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », DH 1936, p. 57, et spéc. p. 60 : « La faveur que la démocratie n'a jamais cessé de témoigner aux faibles lui fait depuis longtemps considérer le débiteur comme le seul digne de la protection des lois ». Il n'en va certes pas de même du débiteur d'aliments ...

³⁸ Et la Cour de cassation a retenu une interprétation assez large de cette disposition pourtant formellement exceptionnelle : v. Cass. soc. 18 novembre 1992, Bull. civ. V n° 555 ; RTD civ. 1993.611, obs. Pierre-Yves GAUTIER. Eu égard à la bonne foi et à la situation difficile de l'employeur, le conseil de prud'hommes l'avait autorisé à s'acquitter de sa dette en huit trimestres. L'arrêt est cassé. Concernant certaines sommes - salaires, primes de fin d'année et indemnité de congés payés -, l'échelonnement est exclu : « s'agissant de créances salariales, le juge ne peut accorder aucun délai de paiement ». Alors que la Cour de cassation aurait pu comprendre l'expression « dettes d'aliments » comme un simple renvoi implicite aux articles 205 et suivants du Code civil, elle en adopte une définition assez large – signe d'une certaine rigueur à l'égard de ceux qui doivent fournir aux autres de quoi vivre. La définition des dettes d'aliments n'est toutefois pas indéfiniment extensive. Dans la même décision, l'échelonnement sur deux années du paiement de l'indemnité de licenciement est, lui, admis par la Cour – en raison de son caractère non pas alimentaire mais indemnitaire. Pour une critique, v. Pierre-Yves GAUTIER, obs. précit., p. 612, favorable à une interprétation plus large encore du champ d'application de l'exception au délai de grâce de l'article 1244-1 : « au-delà des qualifications savantes, l'on se demandera simplement quelle est la destination de cette indemnité à laquelle a droit un homme ou une femme qui va se retrouver au chômage, pour une durée indéterminée, peut-être très longue, c'est-à-dire dans une des situations les plus douloureuses de la vie contemporaine : la réponse n'est pas difficile, elle

n'en demeure pas moins que faveur va alors, par principe, au créancier – faveur au créancier d'aliments qu'exprime aussi, et à contre-courant, le droit du surendettement. En effet, si la saisine de la commission de surendettement des particuliers peut emporter suspension des poursuites, cette solution est exclue en matière de dettes d'aliments³⁹ - qui ne sont pas non plus susceptibles de rééchelonnement au titre de l'article L. 331-7-1 du code de la consommation. De même, le créancier d'aliments jouit d'une situation originale – et de faveur – si s'ouvre contre son débiteur une procédure collective régie par le code de commerce⁴⁰.

Et, si la mise en œuvre des procédures d'exécution forcée s'avère nécessaire, la rigueur à l'égard du débiteur se révèle à nouveau. Tandis que, en principe, certains biens du débiteur sont insaisissables, et en particulier une partie de la rémunération de son travail⁴¹, cette insaisissabilité de principe ne pourra pas être opposée au créancier d'aliments, du moins concernant la partie de la rémunération supérieure au seuil du revenu de solidarité active⁴².

Parfois, des textes spéciaux accroissent la contrainte qui pèse sur le débiteur.

Le créancier d'aliments peut se prévaloir contre le débiteur d'un régime de saisie tout à fait particulier : la procédure de paiement direct instaurée par une loi de 1973⁴³. Les conditions posées par les deux premiers alinéas de l'article 1^{er} sont légères : « Tout créancier d'une pension alimentaire peut se faire payer directement le montant de cette pension par les tiers débiteurs de sommes liquides et exigibles envers le débiteur de la pension. Il peut notamment exercer ce droit entre les mains de tout débiteur de salaires, produits du travail ou autres revenus, ainsi que de tout dépositaire de fonds. La demande en paiement direct sera recevable dès qu'une échéance d'une pension alimentaire, fixée par une décision judiciaire devenue exécutoire, n'aura pas été payée à son terme ». L'attrait de la procédure pour le créancier est souligné à l'article 2 selon lequel « la demande vaut, *sans autre procédure et par préférence à tous autres créanciers*, attribution au bénéficiaire des sommes qui en font l'objet au fur et à mesure qu'elles deviennent exigibles. Le tiers est tenu de verser directement ces sommes au bénéficiaire selon les échéances fixées par le jugement ». Le texte fait donc du créancier d'aliments un créancier privilégié *stricto sensu* : il bénéficie

l'aidera à assurer sa subsistance et celle de sa famille [...]. En d'autres termes, à supposer qu'une telle indemnité ne soit pas un salaire (cause et nature différentes), elle n'en reste pas moins alimentaire et le délai de grâce devrait de ce fait être normalement exclu ».

³⁹ C. cons., art. L. 331-5.

⁴⁰ Sur ce régime, v. en dernier lieu, Pierre CAGNOLI, « L'obligation alimentaire est-elle une dette spécifique au regard du droit des procédures collectives d'entreprise ? », LPA 24 juin 2010, p. 37 et s. : « Ici également, la réponse est évidemment affirmative » pose, d'emblée, l'auteur.

⁴¹ C. trav., art. L. 3252-2, al. 1^{er}.

⁴² C. trav., art. L. 3252-5 et R. 3253-5 qui renvoie à l'article L. 262-3 du Code de l'action sociale et des familles - relatif au revenu de solidarité active. Sur la protection du créancier d'aliments ainsi instaurée, v. Anne LEBORGNE, précit., n° 1302 et s., p. 498 et s.

⁴³ Loi n° 73-5 du 2 janvier 1973 relative au paiement direct de la pension alimentaire, JO 3 janvier 1973, p. 135.

d'un droit de préférence sur les sommes en question, il sera prioritaire sur tout autre créancier⁴⁴.

Et la contrainte est d'autant plus forte que le débiteur récalcitrant s'expose à des sanctions pénales spécifiques. « Le fait, pour une personne, de ne pas exécuter une décision judiciaire ou une convention judiciairement homologuée lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, d'un descendant, d'un ascendant ou du conjoint une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales prévues par le titre IX du livre I^{er} du code civil, en demeurant plus de deux mois sans s'acquitter intégralement de cette obligation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende »⁴⁵. « C'est une des hypothèses remarquables où l'inexécution d'une obligation civile est sanctionnée comme délit pénal »⁴⁶. Le délit d'abandon de famille illustre les garanties exceptionnelles dont bénéficie le créancier alimentaire et, réciproquement, l'extrême rigueur du système juridique à l'encontre du débiteur – d'autant que deux autres incriminations peuvent être sollicitées à son encontre⁴⁷. On constate alors que tout, dans le régime spécifique de l'obligation alimentaire, ne peut être exporté pour garantir la justiciabilité des autres droits sociaux. En effet, les sanctions pénales qui viennent accroître la contrainte qui pèse sur le débiteur s'expliquent par le fait même de l'existence de liens de famille entre les différents acteurs : l'abandon financier ne semble alors que refléter un abandon moral, que l'on peut aisément concevoir comme répréhensible au sein du groupe familial – mais plus difficilement de manière générale.

La justiciabilité de l'obligation alimentaire passe très clairement par un jugement de valeur d'autant plus frappant qu'il ne s'inscrit pas dans la tendance générale du droit contemporain à une relative indulgence pour le débiteur impécunieux : *le débiteur doit payer*. Cela s'explique : par hypothèse, il n'est pas – ou n'a pas toujours été – sans ressources, sans quoi il ne serait pas débiteur de l'obligation alimentaire, celle-ci étant fonction des besoins du créancier et des ressources du débiteur. Il n'est toutefois pas à l'abri d'une mauvaise gestion passagère : elle lui serait pardonnée en toute autre hypothèse et apparaît inadmissible si elle nuit à un créancier d'aliments – sauf à ce que le débiteur obtienne du juge la révision à la baisse, voire la disparition, de sa dette en raison même de l'amenuisement de ses ressources⁴⁸. Hors ce cas, la garantie des droits

⁴⁴ V. Marie-Josèphe GEBLER, « Le paiement direct des pensions alimentaires (Commentaire de la loi n° 73-5 du 2 janvier 1973) », D. 1973 Chron 107, spéc. p. 111 : « Le paiement direct n'est pas seulement une voie d'exécution efficace. Il constitue aussi un privilège expressément formulé ». Pour une description précise de la situation du créancier, v. Frédérique EUDIER, « Le recouvrement forcé des créances d'aliments », LPA 24 juin 2010, p. 41 et s., p. 43 et s.

⁴⁵ C. pén., art. 227-3.

⁴⁶ Jean CARBONNIER, précit., p. 57.

⁴⁷ C. pén., art. 227-4, qui sanctionne le fait, pour un débiteur d'aliments, de n'avoir pas notifié son changement de domicile à son créancier dans un délai d'un mois ; art. 351-3, qui sanctionne l'organisation de son insolvabilité en vue de se soustraire à l'exécution d'une décision de justice, portant en particulier condamnation au paiement d'aliments.

⁴⁸ Sur le fait qu'une telle révision est toujours possible, v. *supra* p. 418 et 420.

de l'un passe par une certaine intransigeance et donc une certaine indifférence à la situation de l'autre. On touche alors certainement à une difficulté de la justiciabilité des droits sociaux : pour que l'un soit rempli de ses droits, il faut demeurer sourd aux intérêts de l'autre. Tous les contextes ne justifient pas, ou pas évidemment, une telle prise de parti : il y a probablement dans la nécessité d'un jugement de valeur très radical de ce type, un frein politique à la justiciabilité des droits sociaux.

B. La mobilisation de l'administration

En dehors même de l'intervention de l'administration sur le fondement de l'article L. 132-7 du Code de l'action et des familles, qui précède la fixation de la créance⁴⁹ ou de la question du recours contributif des personnes publiques contre les débiteurs d'aliments, qui n'assure pas *stricto sensu* un meilleur recouvrement de la créance alimentaire au sens où, alors, le créancier a d'ores et déjà été satisfait, il faut signaler des mécanismes originaux de collaboration de l'administration avec le débiteur⁵⁰.

En premier lieu, cette collaboration a pour objet la réunion d'informations relatives au débiteur. Ainsi, l'article L. 111-II du Livre des procédures fiscales fait bénéficier les créanciers d'aliments en possession d'un titre exécutoire d'une certaine transparence fiscale : le texte les autorise à accéder à diverses informations parmi lesquelles le revenu imposable du débiteur⁵¹. Si la réciproque est vraie, il ne fait pas de doute que cette information fiscale a avant tout pour objet et pour effet de permettre au créancier de se prévaloir de la véritable situation financière du débiteur – c'est-à-dire de prouver que les ressources qui conditionnent l'existence de la créance alimentaire existent bel et bien. Mais des informations plus nombreuses, et plus nombreuses qu'en droit commun, peuvent être réunies par la personne en charge du recouvrement. Ainsi, dans le cadre de la procédure de paiement direct⁵², est-il prévu que, sous certaines réserves, « les administrations au service de l'Etat et des collectivités publiques, les organismes de sécurité sociale et les organismes qui assurent la gestion de prestations sociales sont tenus de réunir et de communiquer, en

⁴⁹ *Supra*, p. 419.

⁵⁰ Les organismes débiteurs de prestations familiales, personnes privées en charge d'une mission de service public, peuvent aussi être sollicités, mais à une fin particulière : le recouvrement des pensions dont le bénéficiaire est un enfant mineur (Code de la sécurité sociale, art. L. 581-1 et s.). D'une part, ils peuvent verser au parent qui ne parvient pas à recouvrer la créance une avance, qui prend la forme de l'allocation de soutien familial (art. L. 581-2). D'autre part, ils peuvent recouvrer la créance au nom et pour le compte du parent en question en vertu d'un mandat – irréfragablement présumé du fait même du versement de l'allocation de soutien familial (L. 581-3) ou exprès si le parent n'a pas pu bénéficier de l'allocation en question (art. L. 581-6).

⁵¹ En vertu de l'article L. 111-II du Livre des procédures fiscales, relatif à la publicité de l'impôt : « Les créanciers et débiteurs d'aliments dont la qualité est reconnue par une décision de justice peuvent consulter les éléments des listes mentionnées au I afférents à l'imposition de leur débiteur ou créancier, selon le cas, quelle que soit la direction départementale des finances publiques dans le ressort de laquelle l'imposition du débiteur ou du créancier est établie ». En particulier peut être de la sorte connu le revenu imposable de la personne concernée.

⁵² *Supra*, p. 423.

faisant toutes les diligences nécessaires, à l'huissier de justice chargé par le créancier de former la demande de paiement direct, tous renseignements dont ils disposent ou peuvent disposer permettant de déterminer l'adresse du débiteur de la pension alimentaire, l'identité et l'adresse de son employeur *ou de tout tiers débiteur ou dépositaire de sommes liquides ou exigibles* »⁵³ - sans que l'huissier ait à requérir l'assistance du procureur de la République⁵⁴. Une disposition équivalente, et qui étend encore le champ des informations accessibles, existe en matière de recouvrement public des pensions alimentaires⁵⁵.

En second lieu et surtout, le recouvrement peut être assuré directement par l'administration fiscale⁵⁶ - ce qui évite au créancier un face-à-face que les circonstances familiales peuvent rendre délicat avec le débiteur d'aliments⁵⁷. Une loi de 1975, relative au recouvrement public des pensions alimentaires⁵⁸, a en effet instauré un mécanisme original. Dans son dernier état⁵⁹, l'article 1^{er} de la loi dispose : « Toute pension alimentaire fixée par une décision judiciaire devenue exécutoire dont le recouvrement total ou partiel n'a pu être obtenu par une des voies d'exécution de droit privé peut être recouvrée pour le compte du créancier par les comptables publics compétents ». En somme, en matière alimentaire, les agents de l'Etat, dont la saisine est au demeurant fort simple⁶⁰, peuvent faire office d'huissiers de justice⁶¹ – du moins à titre subsidiaire puisque le créancier doit établir avoir recouru à « l'une des voies d'exécution de droit

⁵³ Loi n° 73-5 du 2 janvier 1973 relative au paiement direct de la pension alimentaire, précit., art. 7. Les organismes débiteurs de prestations familiales en charge du recouvrement d'une créance en vertu des articles L. 581-1 et suivants du Code de la sécurité sociale peuvent également se prévaloir de cet article (v. l'art. L. 581-8).

⁵⁴ Comp. avec les procédures de droit commun posées aux articles 39 et 40 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution (précit.).

⁵⁵ Loi n° 75-618 du 11 juillet 1975, précit., art. 8 : les mêmes personnes doivent fournir au comptable public les renseignements dont elles disposent ou peuvent disposer « et qui sont utiles à la mise en œuvre de la procédure de recouvrement public » – sans plus de précision.

⁵⁶ Sur cette procédure, v. en part. J. Cl. Civil, art. 205 à 211, fasc. 30 : Aliments – Obligation alimentaire – Mise en œuvre, 2002, par Laurent LEVENEUR, n° 87 et s. ; Jean CARBONNIER, précit., p. 56 et p. 61 ; Frédérique GRANET, art. précit., p. 126 et s., qui la qualifie de « particulièrement énergique » (p. 127).

⁵⁷ En ce sens, v. Frédérique EUDIER, art. précit., p. 41 : « Dans un certain nombre de cas, du fait de la survivance de liens affectifs ou de rapports de domination entre le créancier et le débiteur, les tentatives de recouvrement risquent d'intervenir dans un contexte passionnel. C'est pourquoi le législateur a estimé que, dans certains cas, le succès de la procédure de recouvrement était subordonné à l'effacement du créancier d'aliments ».

⁵⁸ Loi n° 75-618 du 11 juillet 1975, relative au recouvrement public des pensions alimentaires, JO 12 juillet 1975, p. 7178.

⁵⁹ Issu de l'ordonnance 2010-420 du 27 avril 2010, portant adaptation de dispositions résultant de la fusion de la direction générale des impôts et de la direction générale de la comptabilité publique, JO 30 avril 2010, p. 7839.

⁶⁰ En ce sens, v. Frédérique GRANET, art. précit., p. 126.

⁶¹ Alors que, en principe, les huissiers de justice bénéficient d'un monopole en matière de voies d'exécution posé par l'article 18 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution (précit.). Ce monopole est également malmené lorsque les organismes débiteurs de prestations familiales sont autorisés à recouvrer une créance en vertu des articles L. 581-3 ou L. 581-6 du Code de la sécurité sociale (v. *supra* note 50).

privé » « resté[e] infructueu[se] »⁶². Les procédures sont celles applicables en matière de contributions directes⁶³ : la justiciabilité de l'obligation alimentaire entre parents et alliés passe par une mobilisation exceptionnelle des services de l'Etat dans un intérêt privé.

Il ne paraît pas raisonnable de prétendre ériger en modèle de justiciabilité des droits sociaux celle de la créance alimentaire due par les parents et alliés tant influe nécessairement sur la question la nature des débiteurs. Mais il serait inopportun, au nom de l'irréductibilité des situations, de négliger les leçons de l'expérience. Pour conférer au droit à des aliments une plus grande effectivité, le législateur et le juge ont pris acte que le besoin qui en conditionne l'existence en fait une créance incomparable qui appelle une justiciabilité selon des modalités spécifiques. Ces modalités de protection pourraient, autant que de raison, servir de base de réflexion pour penser la justiciabilité des autres droits sociaux.

⁶² Loi n° 75-618 du 11 juillet 1975, précit., art. 2, al. 2. L'article 13 de la loi dispense le créancier d'un tel préalable s'il a déjà fallu recourir à la procédure de recouvrement public et s'il souffre d'un nouveau retard de paiement de plus d'un mois.

⁶³ Loi n° 75-618 du 11 juillet 1975, précit., art. 7.

CHAPITRE 4 – LES DIFFICULTÉS DE LA DÉTERMINATION DU DÉBITEUR: L'EXEMPLE DU DOMICILE DE SECOURS EN MATIÈRE D'AIDE SOCIALE,

CLAIRE MAGORD

En 2008, les dépenses brutes d'aide sociale représentaient pour les départements « 29,3 milliards d'euros sur un budget global de 48,4 milliards d'euros soit 60% des dépenses de gestion courante (hors investissement) »¹. La part du budget d'un département affectée au financement de l'aide sociale est substantielle, et le contexte actuel de détresse financière des collectivités² ne fait qu'accentuer la tendance de ces dernières à tenter de limiter au maximum les dépenses notamment en matière d'aide sociale.

Le domicile de secours est défini dans la loi du 24 vendémiaire an II comme « le lieu où l'homme nécessiteux a droit aux secours publics ». A l'origine, la détermination du domicile de secours avait un double intérêt : elle permettait à la fois de « rattacher un indigent à un lieu dans un but de police »³, mais aussi, dans la logique d'une solidarité « naturelle », d'identifier en sa « communauté de voisinage »⁴, la collectivité tenue de prendre en charge les frais afférents à l'aide qui lui avait été octroyée. L'objectif recherché était déjà d'éviter que les collectivités ne se déchargent les unes sur les autres de leur responsabilité de prise en charge des individus nécessiteux. En 1935, le « volet sécuritaire » de la notion disparaît. Dès lors, la notion de domicile de secours en matière d'aide sociale permet exclusivement de déterminer la collectivité débitrice de la prestation. Cette notion est donc au service de l'imputation des dépenses d'aide sociale, et en aucun cas elle ne conditionne l'octroi de l'aide sociale.

Cette notion, son rôle et son utilisation dans le champ de l'aide sociale, vont permettre d'illustrer dans quelle(s) mesure(s) il peut être compliqué, malgré l'existence d'un encadrement normatif étendu, d'identifier efficacement le débiteur d'une prestation. Les textes (législatifs et réglementaires) regroupés au sein du Code de l'Action Sociale et des Familles définissent, délimitent, explicitent cette notion de domicile de secours, et l'utilisation qui doit en être

¹ Les dépenses d'aide sociale en 2008, Etudes et Résultats, janvier 2010, n°714, p.2

² V. en ce sens le Rapport Jamet du 20 avril 2010, disponible au téléchargement sur le site du gouvernement <http://www.gouvernement.fr/presse/remise-au-premier-ministre-du-rapport-de-pierre-jamet-sur-les-finances-departementales>.

³ Michel BORGETTO et Robert LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, 7ème éd., Domat-Montchrestien, 2009, p. 205.

⁴ Robert LAFORE, « Organisation générale, Aide et action sociale », *Jurisclasseur Administratif*, 2007, Fasc. 218-20, p. 12.

faite. Il s'agit d'une notion très ancienne, dont les inconvénients et les risques sont connus⁵.

Au sein du contentieux de l'aide sociale, le contentieux spécifique du domicile de secours, ou de « détermination de la collectivité débitrice » constitue un volet important. Il a d'ailleurs été confié en première et dernière instance à la Commission Centrale d'Aide Sociale⁶, traditionnellement juridiction spécialisée d'appel du contentieux de l'aide sociale.

L'étude des décisions des juridictions de l'aide sociale permet d'illustrer les difficultés d'identification du débiteur d'une prestation. Témoignage de la particularité de ce contentieux, par son fond, et par sa forme, une décision en particulier, rendue par la Commission Centrale d'Aide Sociale servira d'appui aux développements. Il s'agit de la décision du 27 novembre 2008, *M. C.*⁷, « Drôle de décision de justice », conséquence d'une « drôle d'histoire »⁸

Un bref rappel des faits semble nécessaire : *M. C.*, né en 1964, est depuis sa naissance placé en famille d'accueil. A partir de 1974, *M. C.* a été hébergé chez Mme V. (puis chez sa fille, Mme L. dès 1999), sur le territoire du département du Puy de Dôme, où il réside encore à la date de la présente décision. Suite à la loi sur la revalorisation des salaires des familles d'accueil, il ne parvient plus par ses propres ressources à régler ses frais d'hébergement à sa famille d'accueil. Il sollicite alors le bénéfice de l'aide sociale à l'hébergement. L'UDAF de Clermont Ferrand, son tuteur légal, constitue le dossier le 3 novembre 2005 et le transmet au conseil général des Hauts de Seine (qui lui avait servi l'Allocation Compensatrice pour Tierce Personne de 1985 à 1990) en avril 2006. Puis jusqu'au 15 mai 2007, le dossier de demande d'aide sociale à l'hébergement va être transmis de service d'aide sociale en service d'aide sociale entre trois parties : le conseil général des Hauts de Seine, la DDASS des Hauts de Seine, et la DDASS du Puy de Dôme, chacun déclinant sa compétence pour la prise en charge des frais liés à la prestation. L'admission à l'aide sociale à l'hébergement de *M. C.* « au compte de l'Etat » est prononcée en 2007 par la

⁵ On peut notamment évoquer sur ce point les débats quant à l'intérêt même de faire subsister cette notion : Joël SIBILEAU, « Faut-il supprimer le domicile de secours ? », *RDSS* 1965, p.264, et Elie ALFANDARI, Chronique de jurisprudence, *Revue de l'Aide Sociale*, juillet-septembre 1960, p. 169.

⁶ Noté ici CCAS, v. art. L. 134-3 du Code de l'Action Sociale et des Familles.

⁷ CCAS, *M. C.*, 27 novembre 2008, n°070906, BO CJAS 2009/01, p. 15 à p.20. La jurisprudence de la Commission Centrale d'Aide Sociale est accessible en ligne à partir des sites des ministères de la santé, et de celui du travail, de la solidarité et de la fonction publique. Il convient de préciser que ce choix n'est pas motivé par la volonté de porter un jugement ni sur le comportement des parties, ni sur la qualité de la décision rendue (et donc sur le travail du juge). Toutes les considérations présentées sur ce point le seront à but illustratif. Il ne s'agit en aucun cas de généraliser à l'ensemble des collectivités publiques, ni de laisser entendre que la décision en question répond aux standards des décisions des juridictions spécialisées d'aide sociale ou qu'elle présente un apport particulier à la jurisprudence.

⁸ V. en ce sens les travaux du Professeur ALFANDARI, et *Drôle(s) de droit(s) : Mélanges en l'honneur de Elie Alfandari*, Paris, Dalloz 2000, notamment les contributions de Michel BORGETTO, « Vingt ans de jurisprudence en matière d'aide sociale : histoires drôles, drôles d'histoire », p. 3 ; et celle de Louis DESSAINT, « Des difficultés liées à la détermination du domicile de secours », p. 241.

DDASS des Hauts de Seine, et notifiée le 23 avril 2007 à M. C. Il faut pourtant attendre le 15 mai 2007 pour que le Préfet des Hauts de Seine saisisse la Commission Centrale d'Aide Sociale afin de déterminer la collectivité débitrice de la prestation. Le juge dresse un constat affligé du conflit entre les parties, et constate que le département du Puy-de-Dôme aurait du être mis en cause. Mais la Commission se refuse à le désigner en tant que collectivité débitrice puisque la compétence de l'État n'a jamais été remise en cause par les parties, et qu'elle n'est en l'espèce pas compétente pour le faire. La requête du Préfet des Hauts de Seine est rejetée, et celui-ci est enjoint à prendre en charge les dépenses liées à l'aide sociale à l'hébergement de M.C.

Cette affaire, symptomatique, s'inscrit dans un contentieux fourni. Malgré un cadre normatif solide, l'étude des décisions de la Commission Centrale d'Aide Sociale témoigne en effet de tentatives parfois éperdues des collectivités de se soustraire à leur obligation de prise en charge. Le recours au juge est alors indispensable afin d'identifier le domicile de secours, et donc de déterminer la collectivité débitrice de la prestation. L'enjeu réside dans l'imputation au budget d'une collectivité publique d'une dépense d'aide sociale (I). A cet égard, l'encadrement normatif prévu semble insuffisant au regard des comportements des acteurs locaux de l'aide sociale (II)

I. L'enjeu : l'imputation au budget d'une collectivité publique des frais liés à la prise en charge d'une prestation d'aide sociale

Malgré des dispositions législatives laissant aujourd'hui peu de place au doute, on constate qu'il existe un contentieux fourni devant la Commission Centrale d'Aide Sociale⁹ pour déterminer la collectivité débitrice. Les collectivités sont en effet très enclines à contester leur compétence concernant la prise en charge d'une prestation dont l'octroi a été validé par les services d'aide sociale. Pourtant, le droit semble poser des règles d'imputation plutôt claires : les départements sont identifiés par la loi comme étant les débiteurs principaux du droit à une prestation d'aide sociale (A). L'État, par le biais de ses services déconcentrés ne conserve qu'une compétence résiduelle (B).

A. Le département, « chef de file » de l'aide sociale, et premier débiteur des prestations d'aide sociale

Grace au mouvement de décentralisation lancé dans les années 1980¹⁰ et qui s'est poursuivi dans la première moitié des années 2000¹¹, le département

⁹ Compétente en premier et dernier ressort en concernant l'identification du domicile de secours : art. L. 134-3 du Code de l'action Sociale et des Familles.

¹⁰ Loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions (loi Deferre), JORF du 3 mars 1982 p. 730 ; Loi 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, et les régions de l'État, JORF du 23 juillet 1983, p. 2286 ; Loi 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la Loi 83-8 du 07 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, JORF du 9 janvier 1983 p. 215.

est devenu « chef de file » de l'aide sociale, investi de la compétence de droit commun en la matière. Ces transferts de compétences de l'Etat au département se sont accompagnés d'un transfert de financement « équivalent », en principe, aux dépenses engendrées par ces nouvelles missions.

Si le débiteur du droit à une prestation d'aide sociale est identifié, encore faut-il pouvoir déterminer *quel* département prendra en charge le financement d'une prestation.

Afin d'éviter que les collectivités fuient leur obligation de prise en charge des dépenses d'aide sociale, le législateur s'est attaché à poser des règles précises pour déterminer le débiteur de la prestation. L'article L. 121-1 du Code de l'Action Sociale et des Familles dispose ainsi : « Les prestations légales d'aide sociale sont à la charge du département dans lequel les bénéficiaires ont leur domicile de secours, à l'exception des prestations énumérées à l'article L. 121-7 ». La notion de domicile de secours est donc centrale dans le processus de détermination du débiteur. Il s'acquiert par une résidence habituelle de trois mois dans un département postérieurement à la majorité ou l'émancipation¹². Ainsi, chaque département doit assumer la charge financière des bénéficiaires de l'aide sociale qui ont leur domicile de secours sur son territoire.

Cette condition de résidence habituelle ininterrompue de trois mois au moins¹³ sur le territoire d'un même département n'est pas toujours remplie, notamment car certains bénéficiaires peuvent être très mobiles. Cette hypothèse est prévue par la loi à l'article L. 122-1 al. 2 : « à défaut de domicile de secours, (les) dépenses incombent au département où réside l'intéressé au moment de la demande d'admission à l'aide sociale ». Il n'existe plus, dans cette situation, de condition de durée.

Se pose alors la question des personnes qui n'ont ni domicile de secours, ni résidence : les personnes sans domicile fixe ou plus largement sans domicile « stable ». Afin de favoriser leur accès aux droits sociaux, les pouvoirs publics ont mis en œuvre pour la première fois en 1998 dans la loi du 29 juillet relative à la lutte contre les exclusions¹⁴ un dispositif de domiciliation. Il a cependant fallu attendre 2007 et la Loi du 5 mars dites « *loi DALO* »¹⁵ pour que soit consacré un *droit à la domiciliation* pour les personnes dans l'impossibilité de se prémunir d'un domicile stable¹⁶. Ainsi, « pour prétendre au service des prestations sociales légales, réglementaires et conventionnelles [...] les personnes sans domicile

¹¹ Loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, JORF du 17 août 2004. LC n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, JORF du 29 mars 2003 p. 5568.

¹² Art. L. 122-2 al.1 du Code de l'action Sociale et des Familles.

¹³ CCAS, 2 juin 2000, n°982168, BO CJAS 2000/5.

¹⁴ Loi n°98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, JORF du 31 juillet 1998 p. 11679.

¹⁵ Loi 2007-290 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, JORF du 6 mars 2007.

¹⁶ Anne REVEILLERE-MAURY, « Le rôle des notions de domicile de secours, de résidence et de domiciliation dans l'imputation des dépenses d'aide sociale », *RDSS* 2007, p. 1066.

stable doivent élire domicile soit auprès d'un centre communal ou intercommunal d'action sociale, soit auprès d'un organisme agréé à cet effet. [...]Le département débiteur de l'allocation personnalisée d'autonomie, de la prestation de compensation du handicap et du revenu de solidarité active [...] est celui dans le ressort duquel l'intéressé a élu domicile »¹⁷.

Comme le note un auteur, « la domiciliation n'est toutefois qu'un critère par défaut. La collectivité débitrice est en premier lieu celle du domicile de secours. En l'absence de domicile de secours, c'est le département de résidence qui supporte la charge des dépenses, avant le département de domiciliation »¹⁸.

Le département reste l'échelon territorial privilégié de l'imputation des dépenses d'aide sociale. Sans préjuger des compétences restant à la charge de l'Etat en la matière, il semble possible d'avancer que la quasi exclusivité des débiteurs seront des départements. Pourtant, lorsque l'on se penche sur la décision de la Commission Centrale d'Aide Sociale *M.C* de 2008, on constate que les parties en présence se défendant d'être débitrices sont deux préfetures, celles du Puy de Dôme, et celle des Hauts de Seine, soit deux représentants de l'Etat. Notre affaire échapperait donc aux situations couvertes par les dispositifs d'imputation présentés jusqu'ici. Il semble alors indispensable de rechercher les situations qui se détachent de la compétence des départements, et qui restent donc à la charge de l'Etat.

B. La compétence résiduelle de l'Etat pour la prise en charge des frais liés à l'octroi de prestations d'aide sociale légale.

En plus des prestations mises légalement à sa charge par l'article L. 121-7 du Code de l'Action Sociale et des Familles, l'Etat reste compétent pour assumer la prise en charge des frais afférents à l'octroi d'une prestation d'aide sociale dans deux situations.

L'Etat s'est progressivement désengagé de l'aide sociale légale au fur et à mesure de l'avancée du processus de décentralisation. L'article L. 121-7 du Code de l'Action Sociale et des Familles énumère les dispositifs pour lesquels l'Etat est compétent, et combiné à l'article L. 111-3, identifie deux catégories de personnes pour lesquelles il doit prendre en charge les dépenses liées à l'octroi de prestations légales d'aide sociale. Ces deux catégories de personnes sont celles envisagées à l'article L. 111-3 : « Les personnes dont la présence sur le territoire métropolitain résulte de circonstances exceptionnelles et qui n'ont pu choisir librement leur lieu de résidence, ou les personnes pour lesquelles aucun domicile fixe ne peut être déterminé ».

¹⁷ Art. L. 264-1 al.1 et 3 du Code de l'action Sociale et des Familles

¹⁸ Anne REVEILLERE-MAURY, *RDSS*, 2007, précit., p. 1066.

Concernant la première situation, les deux conditions présentées sont cumulatives¹⁹. Le Conseil d'Etat s'est prononcé en ce sens en 1995 : « les frais sont à la charge de l'Etat lorsque sont remplies simultanément deux conditions tenant à ce que, d'une part, la venue sur le territoire métropolitain est liée à des circonstances exceptionnelles et à ce que, d'autre part, le choix de la résidence n'a pas été fait librement ». Les personnes concernées peuvent être par exemple des apatrides ou des réfugiés, en transit sur le territoire français²⁰.

La seconde catégorie de personne entraînant l'affectation au budget de l'Etat des dépenses liées à l'octroi d'une prestation d'aide sociale sont celles pour lesquelles « aucun domicile *fixe* ne peut être déterminé ». Il faut rappeler ici le dispositif de domiciliation établi par la Loi du 5 mars 2007 dite « Loi DALO ». Toute personne sans domicile *stable* (ce qui englobe les « sans domicile fixe ») a le droit d'être domicilié auprès un centre communal ou intercommunal d'action sociale, ou d'un organisme agréé par le préfet, et les dépenses liées à sa prise en charge par l'aide sociale légale seront assumée par le département sur le territoire duquel se situe l'organisme en question²¹. Mais cette domiciliation est un droit pour les personnes sans domicile stable. Certains demandeurs d'aide sociale peuvent donc ne pas en avoir, à défaut de l'avoir réclamé.

Dans une décision du Conseil d'Etat du 27 septembre 2006, *Département des Pyrénées Atlantiques*²², la haute juridiction devait identifier la collectivité débitrice des dépenses afférentes à l'accueil et l'hébergement d'un jeune autiste dans un établissement adapté à son handicap. La collectivité débitrice devait donc être le département où le bénéficiaire de la prestation avait son domicile de secours, ou bien, sa résidence, ou bien si ce dernier était sans domicile stable, celui où il était domicilié²³. Or le jeune adulte vivait avec sa mère aux Etats Unis au moment de la demande d'aide sociale. Il n'avait donc ni domicile de secours, ni résidence sur le territoire nationale, et n'était pas non plus sans domicile stable. Ainsi, « l'intéressé doit être regardé comme dépourvu de domicile fixe [sur le territoire national] », et les dépenses d'aide sociale en cause sont à la charge de l'Etat ».

L'étude des situations donnant lieu à une prise en charge par l'Etat des dépenses d'aide sociale n'est pas véritablement éclairante quant à la compréhension de l'« affrontement » de deux préfectures dans l'affaire *M.C.* Les dépenses d'aide sociale légale sont à la charge du département où le bénéficiaire a son domicile de secours, ou à défaut sa résidence. Par exception, l'Etat est compétent seulement dans deux situations : quand le demandeur est présent sur

¹⁹ CE 28 juin 1995, n°146431 et CE 9 juin 1997, n°163789.

²⁰ Pascal BERTHET, *Le contentieux de l'aide et de l'action sociale*, ASH, juin 2009, les numéros juridiques, p. 34.

²¹ Art. L. 264-1 al.1 et al.3 du Code de l'action Sociale et des Familles.

²² CE 27 septembre 2006, *Département des Pyrénées Atlantiques*, n°278264, voir en ce sens les conclusions de Christophe DEVIS, « L'admission à l'aide sociale d'une personne dépourvue de domicile de secours et de résidence stable », *RDSS* 2006, p. 1060.

²³ Au titre du dispositif prévu par la loi de 2007.

le territoire national de façon exceptionnelle et sans avoir librement choisi son lieu de résidence, ou lorsqu'aucun domicile fixe n'a pu être identifié, sous réserve d'une éventuelle domiciliation. M. C. semble avoir été accueilli depuis sa naissance soit dans le cadre d'une mesure de placement familial soit d'un hébergement chez un particulier agréé (comme dans un établissement sanitaire et social) au sens de l'article L. 122-2 al. 1^{er} du Code de l'Action Sociale et des Familles. Or, de tels séjours, même de plus de trois mois, n'entraînent pas l'acquisition d'un domicile de secours ni même d'un domicile stable. Il s'agit de ne pas décourager les départements d'octroyer ces agréments à des établissements et des familles sur leur territoire selon des considérations strictement budgétaires. C'est pour cette raison que l'Etat, par l'intermédiaire des préfetures des Hauts de Seine, et du Puy de Dôme, semblait être compétent en l'espèce. C'était sans compter sur la clairvoyance du juge de l'aide sociale.

Le jeu des dispositions normatives offre ainsi aux collectivités publiques un atout de taille : celui de pouvoir mobiliser les règles de droit dans un sens qui leur soit favorable et d'omettre de se référer à celles qui pourraient entraîner leur désignation en tant que collectivité débitrice. Le cadre normatif destiné à permettre l'identification de la collectivité débitrice des frais d'entretien et d'hébergement d'une aide sociale, semble être insuffisamment contraignant et occasionner un comportement calculateur, voire erratique, des potentiels payeurs.

II. L'insuffisance de la contrainte posée par le cadre normatif du domicile de secours

Les dispositions législatives et réglementaires réunies dans le Code de l'Action Sociale prévoient et englobent grand nombre de situations quant à la détermination de la collectivité débitrice d'une aide sociale. Malgré cela, il ressort du contentieux abondant en la matière que l'identification du débiteur n'est pas si simple. L'affaire commentée en atteste : l'impact sur les budgets des collectivités publiques des dépenses d'aide sociale (notamment du fait de la décentralisation) se concrétise par des tentatives manifestes de désengagement (A), au mépris parfois des règles d'imputation les plus élémentaires, comme cela semble être le cas en l'espèce, et de l'atteinte portée à l'effectivité du droit à une prestation d'aide sociale (B).

A. De *singulières* à *illégales* : les tentatives des débiteurs potentiels d'échapper à leur obligation de prise en charge

Les dispositions législatives et réglementaires encadrant l'identification du domicile de secours du bénéficiaire, malgré une certaine complexité, semblent couvrir un large panel de situations. Pourtant l'existence d'un contentieux fourni jette un doute sur ce constat. En fait, les situations dans lesquelles se situent les demandeurs d'aide sociale, et les bénéficiaires, sont rarement simples et limpides. Ainsi, même si dans la majorité des cas, le droit trouve à s'appliquer,

certaines situations, à la marge, ouvrent la porte à des interprétations tout à fait originales des règles applicables par les collectivités qui pourraient être désignées comme débitrices.

Dès lors qu'une faille apparaît, ou semble apparaître, les collectivités, en véritables stratèges de l'évitement de la qualité de payeur, vont mobiliser toutes les règles de droit nécessaires à leur défense, en prenant bien soin d'occulter celles dont l'application pourrait les desservir dans la poursuite de leur objectif : faire basculer le poids financier de la prise en charge sur une autre collectivité, département ou Etat. Ce comportement stratégique, assimilable au « jeu du mistigri »²⁴ a été encadré par deux dispositifs distincts, selon les acteurs en présence. Ainsi, l'article L. 122-4 du Code de l'Action Sociale et des Familles prévoit que « lorsqu'il estime que le demandeur a son domicile de secours dans un autre département, le président du conseil général doit, dans le délai d'un mois après le dépôt de la demande, transmettre le dossier au président du conseil général du département concerné. Celui-ci doit, dans le mois qui suit, se prononcer sur sa compétence. Si ce dernier n'admet pas sa compétence, il transmet le dossier à la commission centrale d'aide sociale mentionnée à l'article L. 134-2. ». Cet article prévoit donc la passation du dossier de département à département. L'article R. 131-8 du même code encadre le même phénomène lorsque l'Etat est partie, soit qu'il reçoive la demande d'aide sociale et veuille la transmettre, en refusant sa compétence, à un département, soit qu'un département estime que la situation du demandeur implique la prise en charge par l'Etat des dépenses liées à l'octroi de la prestation. Il revient finalement à la Commission Centrale d'Aide Sociale de trancher, et de déterminer par la recherche d'un domicile de secours la collectivité payeuse.

Or, on peut constater que de nombreuses décisions de la Commission Centrale d'Aide Sociale témoignent de la volonté presque désespérée des collectivités de tenter de préserver leur budget local en contestant leur compétence au motif d'un « rattachement territorial inadéquat »²⁵. Michel Borgetto met en exergue les décisions rendues pour les affaires les plus complexes, qu'il qualifie même de « savoureuses » tant les arguments avancés par les collectivités sont parfois alambiqués. Il relève que l'enjeu de ces litiges est souvent en lien avec la nature précaire de la résidence²⁶, lorsque celle-ci est difficile à identifier, et que la qualification de domicile de secours nécessaire à l'imputation de la dépense peut être assez subjective ; ainsi en est-il lorsque le

²⁴ Michel BORGETTO, « Vingt ans de jurisprudence en matière d'aide sociale », *Histoires drôles, drôles d'histoires*, in *Drôle(s) de droit(s) : Mélanges en l'honneur de Elie Alfandari*, précit p 5 ; « jeu du mistigri », ou « valet de pique », ou « pouilleux », qui consiste à ne pas se retrouver en main à la fin du jeu, avec la carte du « mistigri ».

²⁵ Michel BORGETTO, précit., p. 5.

²⁶ CCAS, 25 août 1989, Dép. Marne, CCASEJ, 03-1, p.2 et CCAS, 10 juin 2008, n°071584, CJAS n°2008/05, p. 17, sur la recherche d'un domicile de secours pour des personnes membres de la communauté « des gens du voyage ».

demandeur a longtemps été accueilli en établissement sanitaire et sociale²⁷, ou en famille d'accueil, ou encore lorsqu'il est de nationalité étrangère.

L'étude de ces différentes décisions peut parfois laisser circonspect quant à leur cohérence. Mais dans toutes les situations, le juge cherche à faire coïncider au mieux les faits (parfois confus) et le droit, afin d'opposer aux collectivités en présence la rigueur d'une véritable qualification juridique, et de l'imputation logique qui en découle.

Le jeu des collectivités peut perdre de sa saveur et entraîner l'écoeurement du juge de l'aide sociale, comme c'est le cas dans l'affaire de M.C. Les deux parties qui s'affrontent en l'espèce sont deux préfetures. Or la Commission Centrale d'Aide Sociale a déjà eu à le rappeler à plusieurs reprises : « aucune disposition ne donne compétence à la commission centrale d'aide sociale pour statuer sur les litiges d'imputation financière à charge des services extérieurs de l'Etat dans l'un ou l'autre département entre les différents ressorts déconcentrés de l'Etat »²⁸. On ressent à travers l'appréciation du juge, dans l'affaire *M.C.*, une certaine lassitude quant à ce comportement : « il (le préfet des Hauts de Seine) confond comme sans doute la plupart des DASS de France au vu de l'expérience constante sur ce point de la présente commission « direction départementale des affaires sociales » et « collectivité débitrice pour la prise en charge des frais d'hébergement » alors que l'Etat est un [...] »²⁹. Michel Borgetto explique cette obstination à tenter le tout pour le tout pour les collectivités publiques par le fait que « compte tenu de la diversité du droit, et surtout de la diversité des circonstances de fait, elles ont en agissant de la sorte, beaucoup à gagner et peu à perdre »³⁰. Mais les collectivités en oublient les principaux intéressés : les bénéficiaires du droit à la prestation dont la réalisation effective dépend de leur comportement.

B. Les conséquences en termes d'effectivité du droit à une prestation d'aide sociale

L'indiscipline des collectivités publiques face à l'interprétation et l'application des règles de droit pour déterminer le débiteur de la prestation peut parfois faire sourire mais seulement si elle « ne porte pas vraiment atteinte aux droits des bénéficiaires »³¹.

²⁷ CCAS, 7 novembre 2008, n°060242, CJAS n°2008/06, p. 3, le préfet de la région Ile de France tente le tout et pour tout, en contestant la décision de la Commission d'admission à l'aide sociale (qui le désigne débiteur d'une prise en charge d'aide sociale à l'hébergement pour personnes âgées) au motif que la bénéficiaire de la prestation, sans domicile fixe, a séjourné sur une longue période dans une résidence de santé et qu'elle y aurait donc acquis un domicile de secours. Le Préfet méconnaît ouvertement les dispositions de l'article L. 122-2 al. 1^{er} du Code de l'action Sociale et des Familles sur l'exception à l'acquisition d'un domicile de secours par un séjour même long dans un établissement sanitaire et social.

²⁸ CCAS 10 juin 2008 n°071308, BO CJAS n°2008/05 p. 9.

²⁹ CCAS, M. C., 27 novembre 2008, n°070906, précit, p. 18.

³⁰ Michel BORGETTO précit. p. 7.

³¹ *Ibid.* p. 7.

Plusieurs décisions témoignent du fait qu'il en va parfois différemment. Les bénéficiaires peuvent être victimes de ces recours entre collectivités si la procédure suspend ou repousse la réalisation effective du droit à la prestation. Ils peuvent également pâtir de l'irrespect par les personnes publiques de leurs obligations procédurales. Le Conseil d'Etat a ainsi été amené à reconnaître qu'en cas d'absence de saisine de la Commission Centrale d'Aide Sociale afin d'identifier le domicile de secours du demandeur (dans le respect des procédures prévues aux articles L. 122-4 et R. 131-8), elle doit pallier la carence des collectivités en se prononçant sur la question³².

Mais cette possibilité n'est envisageable que si la Commission Centrale est saisie d'une requête. Dans l'affaire *M.C.*, plus de trois ans se sont écoulés entre le dépôt de la demande de prise en charge à l'aide sociale à l'hébergement et la décision de la juridiction d'aide sociale. M. C. a dû attendre un an et demi pour que lui soit notifiée la décision de son admission à l'aide sociale à l'hébergement. Plus d'un an et demi après son admission, soit à la date de la décision de la Commission en 2008, M. C. ne bénéficiait toujours pas de la prestation à laquelle il a droit.

Dans la décision *M.C.*, le rôle que se donne le juge n'est pas limité à la détermination de la collectivité compétente. Il semble tenter désespérément de rappeler aux parties l'enjeu du litige : bien plus que l'identification de celui qui doit payer, c'est l'absence de réalisation du droit reconnu à M. C. qui le préoccupe. M. C., dont le droit à une prise en charge de ses frais d'hébergement en famille d'accueil a été reconnu, s'en voit pour autant priver du bénéfice effectif. En effet, la procédure en cause voit s'affronter des collectivités publiques qui refusent chacune de prendre en charge les dépenses afférentes à cette prestation. Pendant la durée de ce contentieux, aucune somme n'est versée à M. C. ou même à sa famille d'accueil. M. C. doit donc financer par ses propres ressources les frais de son placement chez Mme L. ; le droit de prise en charge par les services d'aide sociale de ses frais d'hébergement qui lui a été reconnu ne donne pas lieu à une réalisation concrète. Le contentieux de détermination de la collectivité débitrice en matière d'aide sociale peut entraîner la privation temporaire, ou plutôt le report pour le titulaire du droit à sa réalisation effective. En l'espèce la volonté éperdue des collectivités d'échapper à tout prix à leur statut d'éventuel débiteur de la prestation d'aide sociale, dans le non respect des procédures légales, « met en péril »³³ le droit au bénéfice de la prestation qui a pourtant été reconnu à M.C.

Le juge estime « qu'il serait contraire à l'office du juge dans un contentieux « social » de ne pas attirer l'attention des différents services

³² CE, 27 juin 2005, Mme Gabbi et autres, voir en ce sens les conclusions de Jacques-Henri Stahl, « La détermination du domicile de secours dans le cadre de l'article L. 122-4 du Code de l'action Sociale et des Familles : l'étendue de la compétence du juge », *RDSS* 2005, p. 793.

³³ Utilisée par le juge dans le premier considérant de la décision de la Commission Centrale d'Aide Sociale *M.C.*

concernés sur le caractère à tout le moins sérieux des dysfonctionnements du service administratif d'aide sociale [...]». Une telle mention dans une décision de justice est assez surprenante, mais elle vient confirmer l'engagement de différents acteurs de l'aide sociale pour l'amélioration du droit des usagers. Les dysfonctionnements administratifs, pré-contentieux et contentieux³⁴ de l'aide sociale sont régulièrement dénoncés comme autant de confirmations de l'affirmation de Pierre Henri Imbert « droit des pauvres, pauvre droit ». La particulière vulnérabilité des demandeurs d'aide sociale nécessiterait à l'inverse que l'on s'attache à « énoncer des droits, de façon raisonnablement intelligible ; des droits assortis d'un minimum de sécurité juridique ; et des droits justiciables »³⁵.

³⁴ Jean-Michel BELORGEY, « L'impossible mission du juge de l'aide sociale », *RDSS*, 2007, n° 3, p. 493.

³⁵ *Ibid.*, p. 493.

CONCLUSION -

LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX : UNE QUESTION THÉORIQUE ET POLITIQUE.

ERIC MILLARD

Le caractère de la justiciabilité des droits sociaux, et le phénomène de leur judiciarisation, semblent désormais démontrés. Les études qui constituent le présent rapport mettent en évidence ce qui est davantage qu'une tendance, au-delà des normales différences entre systèmes juridiques et cultures politico-sociales. A ce stade, une question importante ne peut être occultée, qui va au-delà de la mise au jour juridique et de l'analyse située des dispositifs et décisions : celle de la signification théorique et politique de cette tendance. Les résultats acquis, que signifient-ils sur ce plan ?

Dire pourquoi les droits sociaux ont pénétré le prétoire, ou pourquoi les conflits sociaux ont appelé un traitement judiciaire qui ne soit pas identifié à une négation de ces droits ou à une modalité de répression, est assurément une question difficile qui dépasse l'ambition de ce rapport. Sa conclusion ne peut qu'essayer de pointer quelques pistes pour une analyse ultérieure, qui font aussi écho à une littérature qui, pour ne pas être généralement francophone, existe cependant.

Deux thèses, en apparence contradictoires, sont souvent invoquées quand la question de la judiciarisation des droits sociaux est posée. La première voit dans cette judiciarisation une mutation de ce que ces droits sont, ce qui est aussi manière parfois de regretter, ou au moins de craindre, le mouvement observé ; c'est la thèse qui comprend la judiciarisation des droits sociaux comme privant les droits sociaux de leur spécificité quasi ontologique : en entrant dans le prétoire, ils deviendraient ordinaires, et cela en changerait la nature, parfois en bien, souvent en mal. La seconde thèse pose au contraire que le droit est une arme et que les luttes sociales, qui sont aussi des luttes pour la conquête de droits, gagnent en efficacité en appréhendant les droits comme des ressources pour l'action.

Ces thèses ne sont ni liées, ni incompatibles, car elles ne se situent pas sur le même terrain. La première notamment est une thèse théorique forte, qui suppose l'acceptation de prémisses lourdes (I), alors que la seconde est davantage une thèse pratique compatible avec une multitude de conceptions politiques et/ou méta-théoriques (II).

I. Mutations de l'approche sur les droits sociaux

La thèse que l'on veut ici présenter et discuter est la suivante : la justiciabilité des droits sociaux transformerait la nature de ces droits.

Cette thèse, assez fréquemment soutenue, est en réalité susceptible de plusieurs acceptions, dont les significations sont parfaitement différentes et contradictoires. Dans une première acception, il s'agirait d'une dévalorisation de ces droits qui seraient, du fait de leur justiciabilité, ramenés au rang de droits dits ordinaires. Dans une seconde acception au contraire, il s'agirait de mettre en évidence que seule la justiciabilité permet à ces droits d'être reconnus et effectifs : que seule la justiciabilité permettrait d'en faire donc de vrais droits, comme les autres droits ordinaires.

A vrai dire, la première thèse est une thèse difficilement soutenable sans le recours à une ontologie des droits, qui en révèle les limites, mais c'est une véritable thèse sur la mutation *des* droits (A) ; la seconde, plus cohérente, n'est pas réellement une thèse sur la mutation des droits mais sur la transformation *en* droits (B). Le point entre ces deux conceptions paraît difficile à trancher de manière définitive car il est avant tout dépendant de conceptions et de stipulations sur ce qu'est non pas un droit social mais bien un droit : ce qui est sans doute alors le plus important est que cette question, qui est une question analytique, oblige, face au phénomène de justiciabilité, à une mutation des discours sur les droits sociaux, peut-être plus importante que l'éventuelle mutation des droits eux-mêmes (C)

A. Approche ontologique

Pour une partie de la doctrine juridique, et peut-être de manière encore plus forte pour une partie de la doctrine politique des droits sociaux, la judiciarisation, qui n'est pas nécessairement condamnée en tant que telle, comporterait au minimum un risque de dilution des droits sociaux dans les droits ordinaires.

Cette approche traduit d'abord une conception ontologique des droits d'une part, et de la catégorie droits sociaux d'autre part. La logique de l'argument est en effet d'estimer que au sein d'une catégorie vaste et englobante qui serait celle des droits, existeraient au moins deux sous-catégories : celle des droits sociaux et celle des droits ordinaires, qui ne se superposeraient pas. Par ailleurs, puisque la justiciabilité des droits sociaux serait le facteur désigné de la transformation d'un droit social en droit, il faut comprendre que si les droits ordinaires sont justiciables, les droits sociaux ne le sont (naturellement) pas.

Pour pouvoir soutenir cette thèse, il faut donc disposer d'un concept de droits qui ne dépende pas de la justiciabilité. Pour cela, deux stratégies sont possibles : la première considère qu'il peut y avoir des droits, notamment sociaux, alors qu'ils ne sont qu'affirmés ; la seconde prétend qu'il peut y avoir

des droits, notamment sociaux même s'ils ne sont pas affirmés. La première version est compatible avec une approche positiviste ou non cognitiviste du droit, alors que la seconde implique nécessairement une conception jusnaturaliste ou cognitiviste.

La première version de cette thèse est la version la plus classique, et la question de la justiciabilité des droits sociaux y est abordée sans jugement de valeur mais au contraire comme une conséquence logique de la positivité de ces droits. Les droits sociaux sont des droits dès lors qu'ils figurent dans des instruments nationaux ou internationaux valides ; leur justiciabilité, qui est conséquence de l'invocabilité de ces droits, de leur opposabilité, est alors un progrès, qui complète l'affirmation de ces droits par leur efficacité.

La seconde version de cette thèse affirme au contraire que les droits sociaux sont des droits qui existent indépendamment de leur positivité, que celle-ci soit totalement ou partiellement comprise dans la notion de justiciabilité. La justiciabilité serait alors, comme dans toute théorie jusnaturaliste ou cognitiviste, une réception par le système juridique des droits préexistants, naturels, etc., avec ici l'idée que cette réception, loin de renforcer toujours les droits par l'efficacité, pourrait au contraire conduire à en changer la portée ou la signification, voire en réduire l'efficacité. Il est facile de comprendre que pareille conception s'inscrit dans une réaction critique à l'égard du système juridique en tant que tel pour plusieurs raisons. Il est parfois considéré que la justiciabilité ne permet pas réellement l'efficacité, notamment parce que la sanction juridique de la reconnaissance des droits sociaux est impuissante à réaliser leur ambition de lutte contre les injustices sociales, notamment sous la forme de la réparation par équivalence. La forme même de la réparation est elle-même rejetée politiquement quelquefois, comme une idéologie qui réduirait la dimension solidaire et dynamique des droits sociaux à une quantité monnayable, comme les droits civils ordinaires. En outre, la notion même de droits justiciables est dénoncée, particulièrement au travers d'une déconstruction du système juridique comme système de domination (l'injustice) hostile aux valeurs qu'incarnent les droits sociaux (la lutte contre l'injustice). Enfin, la justiciabilité, parce qu'elle pose des conditions, procédurales ou substantielles, peut-être présentée non comme une consécration ou une réalisation des droits sociaux, mais comme une limite à ce que sont ces droits. Derrière toutes ces idées, il y a une conception implicite que les modalités de réalisation des droits sociaux passent d'abord (à la fois comme critère d'action et comme critère chronologique) par l'action politique, et juridiquement par les politiques publiques.

Cette thèse est donc bien une thèse ontologique car c'est bien de cela qu'il s'agit : considérer que la nature des droits sociaux est indépendante d'une consécration juridique, en tout cas d'une justiciabilité ; qu'elle lui est préexistante et que la consécration juridique, et particulièrement la justiciabilité, est un changement de nature, d'une forme de droits à une autre.

B. Approche conceptuelle

Il est évidemment conceptuellement possible de tenir que la justiciabilité des droits sociaux traduit un changement de nature de l'objet désigné sous l'intitulé « droits sociaux ». Mais il n'est pas nécessaire pour ce faire de recourir à une ontologie des droits sociaux ou des droits en général.

Conceptuellement, il est nécessaire simplement de stipuler des définitions qui permettent d'une part de distinguer les catégories en présence, d'autre part de rendre compte des changements de catégories du fait du phénomène que nous appelons justiciabilité.

Si l'on n'adhère pas à une thèse ontologique des droits sociaux, il n'y a aucune raison autre qu'idéologique à vouloir d'une part appeler « droits » des revendications non consacrées juridiquement par une affirmation dans des instruments valides ou rendues justiciables, et d'autre part à vouloir affirmer que les droits sociaux sont par nature non justiciables. Il vaut mieux au contraire suivre le langage commun et réserver en première analyse les mots « droits » et « droits sociaux » à des objets connus des systèmes juridiques : affirmés ou justiciables.

Conceptuellement alors, deux conséquences apparaissent : d'une part les prétendus droits sociaux non juridiquement consacrés ne sont que des revendications (revendications en principe d'une consécration juridique, encore que la thèse ontologique qui déplore la justiciabilité laisse ouverte d'autres lectures) ; d'autre part la consécration juridique de ces revendications fait de ces prétendus « droits sociaux » de véritables « droits ».

Il reste à s'entendre cependant sur ce qui est ici entendu comme revendication et consécration. On peut avoir une approche peu exigeante et ternaire. On peut aussi préférer une conception exigeante et binaire.

La conception ternaire est en réalité une déclinaison de la première version de la thèse ontologique : dans un premier temps, des revendications de droits sociaux sont consacrées juridiquement par l'affirmation de ces droits dans des instruments nationaux ou internationaux valides : dans un second temps, cette première consécration est aussi une revendication d'effectivité, qui proviendra de l'opposabilité de ces droits juridiquement affirmés et de leur justiciabilité. Non justiciables, les droits sociaux sont des droits, mais imparfaits.

La conception binaire considère quant à elle que seule la justiciabilité est une consécration de la revendication : si évidemment la réception d'une revendication de « droits sociaux » dans des instruments valides ne saurait être indifférente, elle doit cependant être comprise comme changeant la nature de la revendication, d'une revendication externe au système juridique en une revendication officielle du système juridique, qui produit des effets de directive pratique morale ; mais la transformation de la revendication, quelle qu'en soit la

nature, en droit provient de la seule opposabilité, lorsque le droit concerné produit des effets parce qu'il est utilisé par une autorité officielle pour la solution d'un problème qu'il doit juger. Il n'y a pas selon cette catégorie de droits imparfaits, et il n'y a de *droits* sociaux que lorsque une directive pratique morale (une affirmation dans un instrument juridique valide d'une revendication officielle d'effectivité) est reçue par un juge qui s'en sert effectivement pour s'opposer ou contenir ou réparer une injustice sociale.

Il ne saurait être question ici de vouloir trancher définitivement entre ces deux conceptions (la première se réclame du normativisme, la seconde du réalisme). Il suffit de souligner que la justiciabilité dans les deux conceptions transforme la nature des droits sociaux en ce qu'elle permet (ou participe de) leur juridicité. Justiciables, les droits sociaux sont des droits ordinaires car ils deviennent ainsi des droits. Et c'est là la condition de leur efficacité. La catégorie des « droits » renvoie à des propriétés structurelles (dont la justiciabilité fait partie) alors que le qualificatif « social » renvoie à des qualités substantielles. Un droit peut ou non être social, en fonction de ce sur quoi il porte (s'il participe à lutter contre les injustices sociales). Mais les droits sociaux, s'ils sont des droits, ont les propriétés structurelles de tous les autres droits : ils ne sont que des droits ordinaires (et c'est tant mieux).

C. Mutation du discours sur les droits sociaux

La justiciabilité a conduit, y compris pour les tenants de la thèse ontologique la plus exigeante, à une mutation du discours sur les droits sociaux. Sans le fait de la justiciabilité, il est facile de réduire toutes les oppositions théoriques et politiques autour de la notion des droits sociaux à une difficulté lexicologique. Droits (naturels) pour certains, revendications (non reçues ou imparfaitement reçues) pour d'autres, chacun s'accorde à dire qu'il ne s'agit pas d'un objet réductible aux droits ordinaires, que sont les droits consacrés juridiquement. Il y a un enjeu autour des mots, entre jusnaturalisme et non cognitivisme éthique, mais qui demeure sur le strict plan théorique de l'usage du langage, et politique de l'usage pratique des ressources idéologiques.

La justiciabilité oblige à sortir de ces discours en opposition globale. Elle interroge nos conceptions mêmes, particulièrement sur leur capacité à lui laisser place sans contradiction. Surtout, elle fait passer le discours sur les droits sociaux d'un discours de revendication de justice sociale à un discours sur les moyens de l'action en faveur de la justice sociale. Partant, la justiciabilité participe certes du désenchantement du discours sur les droits sociaux (ce que certains peuvent regretter), mais génère un discours plus pragmatique qui au service de la lutte pour la justice sociale (ce dont chacun pourrait se féliciter) prend le droit comme un moyen et non comme une fin.

II. L'arme du droit¹

On a vu que la thèse ontologique la plus exigeante, qui voit dans la justiciabilité des droits sociaux une transformation de ces revendications en droits ordinaires, s'inquiète de ce que la réception juridique affaiblirait la lutte contre l'injustice sociale. A l'inverse, nombreux sont ceux qui présentent cette même réception comme se suffisant à elle-même pour renforcer cette efficacité. Entre une critique qui, pour être une critique de principe, se prive de moyens pratiques d'action, et un angélisme qui est peut être aussi une stratégie de démobilisation, il y a sans doute place pour une approche plus pragmatique, dépourvue de tout autre critère que celui de la capacité d'action, donc de l'efficacité.

Si l'on appréhende le droit non comme un système de valeurs officielles, une morale publique, non plus comme un léviathan qui conditionnerait l'intégralité des actions humaines, mais comme un ensemble de ressources disponibles, la justiciabilité des droits sociaux est un phénomène qui permet de faire des choses au service d'un objectif. Elle n'est pas l'objectif, ni une dévalorisation de celui-ci. Elle est un instrument qui offre des ressources dans le contexte de l'action politique et de la revendication, au service de la lutte pour la justice sociale, et ce au niveau rhétorique (A) comme au niveau pratique (B)

A. Une ressource rhétorique

Le fait de la justiciabilité des droits sociaux est un fait qui peut dans l'usage militant et/ou juridique nourrir la construction d'une rhétorique de lutte contre l'injustice sociale.

Il est probable que la crainte des tenants de la thèse ontologique exigeante soit fondée : selon cette thèse, on l'a vu, la justiciabilité des droits sociaux conduirait en réalité à affaiblir les droits sociaux idéalement conçus, parce que cette justiciabilité ne serait qu'une imparfaite réalisation de ce qu'ambitionne la revendication de lutte contre l'injustice sociale qui les sous-tend. Mais cela, comme on l'a vu également, est totalement indépendant du fait de savoir si ces revendications sont des droits.

Il est possible, et de là vient sans doute une bonne part de la motivation des tenants de cette thèse, que la qualification de droits sociaux, et donc l'inscription comme sous-catégorie de la catégorie « droits » de ces revendications, apporte une légitimité forte à ces revendications : ce sont des droits naturels, qui appellent le même respect que les droits naturels imprescriptibles et inaliénables que sont les droits de la personne humaine. Pourtant il y a ici une forme d'incohérence à plusieurs égards. D'abord, si droits ordinaires et droits sociaux sont des sous-catégories de la catégorie droits, et que dans le même temps les droits ordinaires (les droits justiciables) sont (au moins

¹ Liora ISRAEL, *L'arme du droit*, Presses Science po, 2010.

dans certaines situations) délégitimés par la thèse ontologique, il n'y a aucune plus-value à qualifier de « droits » les revendications de justice sociale : c'est la substance de cette revendication qui est une légitimation politique en tant que telle, et non leur rattachement à une catégorie ambiguë qui serait celle des « droits ». Ensuite, il y a une forme de tautologie à vouloir légitimer la lutte contre l'injustice sociale (les droits sociaux participant de cette lutte) par le caractère juridique. Les droits sociaux sont des droits sociaux car ils combattent une injustice. Ils sont des droits sociaux donc parce qu'ils aspirent à la justice sociale : c'est en ce sens qu'ils sont dits « droits » ici. Mais le droit au sens de système juridique positif (ensemble d'actes d'autorité) n'est sans doute pas dans cette approche « juste » des droits. Il doit être clairement compris que le caractère juridique ne peut pas apporter une légitimité à moins de considérer d'abord le droit comme légitime, ce qui n'est pas le cas dans cet usage des termes droits sociaux. Et que la confusion linguistique, ne peut apporter quelque chose que si elle permet de valoriser et de légitimer la revendication, ce qui n'est pas ici le cas.

En revanche, quand il ne s'agira plus de rechercher une légitimité de la revendication *contre* le système, mais de se servir dans le système juridique (et plus largement dans le système social dans lequel le système juridique positif s'inscrit) de la légitimité du mot « droit », la justiciabilité revêt une certaine importance et efficacité à deux points de vue.

D'une part la consécration juridique (donc en dernière instance la justiciabilité) des droits sociaux leur confère la légitimité du système, ce qui, sauf à vouloir camper sur une position principielle n'est pas sans intérêt en ce que cette légitimité est une légitimité officielle, du même ordre que celle dont se prévalent les autorités officielles et les politiques qu'elles mènent. Elle permet alors d'inscrire les droits sociaux dans une revendication de réalisation des valeurs du système, qui n'exige ni que le système soit changé, ni que le système soit évalué : qui est donc acceptable par ces autorités.

Surtout, cette justiciabilité peut être appréciée sous l'angle des contraintes d'argumentation. La reconnaissance juridique sous la forme de la justiciabilité crée une contrainte dans le système juridique en ce que, étant par ailleurs assumé que certains principes liés à l'idéologie juridique et politique comme le principe de non contradiction, d'impartialité, d'égalité de traitement ou de suprématie du droit sont affirmés, la justiciabilité doit être prise en compte dans la construction des argumentations tant des requérants (et notamment de ceux de qui on exige le respect des droits sociaux) que des autorités décisionnelles, et particulièrement des juges dans leur motivation, ou des politiques publiques. A cet égard, si l'affirmation officielle dans des instruments juridiques valides conforte la légitimité de la revendication, la justiciabilité constitue une contrainte bien plus exigeante en ce qu'elle implique une incontestable juridicité de l'argument, et crée une menace de sanction intra systémique.

B. Une ressource pratique

La justiciabilité des droits sociaux n'est pas simplement l'inscription des droits sociaux dans l'arsenal juridique, leur conférant une légitimité et une force ; elle est aussi et surtout l'inscription de la ressource juridique dans les outils de la lutte contre l'injustice sociale. Au-delà de ce qui est tout de même le premier enjeu évident de la justiciabilité (permettre dans un conflit que telle personne ou groupe de personnes victimes d'une injustice sociale voient leur situation améliorée), il faut se convaincre que la revendication de justice sociale, qui est une revendication dynamique, sans cesse renouvelée face à des remises en cause permanentes de sa légitimité, et devant sans cesse faire face à des nouvelles modalités de remise en cause avec les évolutions techniques, sociales, économiques, idéologiques, etc., gagne en efficacité avec la justiciabilité, même si cette forme de reconnaissance de la revendication est définitivement insuffisante à elle seule pour assurer la justice sociale.

La justiciabilité des droits sociaux ne contraint ni à ce que la lutte contre l'injustice sociale se déroule exclusivement dans les prétoires, et sous la forme d'une revendication du respect des droits juridiquement affirmés, ni à ce que les contenus et formes de la lutte contre l'injustice sociale s'incarnent dans les contenus et formes des droits sociaux justiciables. Face à une situation donnée où l'on ressent pratiquement un sentiment d'injustice sociale, ou face à une revendication de principes de justice sociale dans un contexte donné, il est tout à fait possible que la voie juridictionnelle qu'ouvre la justiciabilité ne soit ni la plus efficace, ni la plus opportune. Mais la lutte contre l'injustice sociale n'est pas une affaire simple, et elle appelle à chaque moment, dans l'action, une analyse de la situation et la détermination d'une stratégie. Dans cette stratégie, la justiciabilité n'est pas un frein ; c'est au contraire, en s'appuyant sur les contraintes internes qu'elle fait naître dans le système juridique, et sur la légitimité qu'elle confère à l'argument dans le système juridique, une ressource supplémentaire si elle est utilisée à bon escient : au terme d'une analyse critique, et sans autre justification que celle de l'efficacité politique.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	I
SOMMAIRE	IX
AUTEURS	XI
INTRODUCTION.....	1
LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX OU LES ENJEUX DE L'ÉDIFICATION D'UN ÉTAT DE DROIT SOCIAL, DIANE ROMAN.....	1
I. LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX EN QUESTIONS	8
A. LE <i>SELF RESTRAINT</i> JURIDICTIONNEL	9
1) L'argument démocratique.....	9
2) L'argument technique.....	13
B. LES INITIATIVES EN FAVEUR D'UNE MEILLEURE PROTECTION JURIDICTIONNELLE	20
1) Usages sociaux du droit et judiciarisation des questions sociales	20
2) L'évolution du contexte normatif.....	24
II. LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX EN ACTION	26
A. D'UNE DIVISION BINAIRE À UNE DISTINCTION TERNAIRE : L'ÉVOLUTION DE LA CONCEPTION DOCTRINALE DES OBLIGATIONS ÉTATIQUES	26
1) La relativisation de l'opposition liberté/créance	27
2) La formulation d'une nouvelle typologie : <i>protect, promote, fulfill</i>	30
B. JUSTICIABILITÉ ET EFFECTIVITÉ DES DROITS SOCIAUX.....	32
1) L'existence de contrôles juridictionnels.....	33
2) L'insuffisance des contrôles juridictionnels.....	35
PREMIÈRE PARTIE - LES TRANSFORMATIONS D'UNE QUESTION CONTEMPORAINE	41
TITRE 1 - UNE QUESTION ÉMERGENTE.....	43
CHAPITRE 1 - LES RUPTURES DU DROIT INTERNATIONAL, SOPHIE GROSBON	45
I. LA POSSIBILITE D'UNE JUSTICIABILITE INTERNATIONALE DES DROITS SOCIAUX	48
A. LA PROTECTION QUASI-JURIDICTIONNELLE DES DROITS SOCIAUX PAR LES COMITÉS INTERNATIONAUX	48

1) La justiciabilité indirecte des droits sociaux par l'application des droits civils et politiques.....	48
2) La justiciabilité égalisatrice des droits sociaux par l'application du principe de non-discrimination.....	50
B. L'APPLICATION AUTONOME DU PIDESC PAR LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE.....	55
1) La reconnaissance d'une violation du PIDESC.....	56
2) Le régime juridique des droits sociaux précisé.....	58
II. LA CONCRÉTISATION DE LA JUSTICIABILITÉ INTERNATIONALE DU PIDESC	59
A. LA DÉMONSTRATION MÉTHODIQUE DE LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX.....	59
1) La nature des obligations découlant du PIDESC.....	60
2) Vers un mécanisme officieux de communications.....	62
B. LA CONSTRUCTION PROGRESSIVE DU PROTOCOLE FACULTATIF.....	64
1) Dix-sept ans de réflexion.....	64
2) Le nouveau mécanisme : un cadre commun, des dispositions spécifiques.....	66

CHAPITRE 2 - LES DROITS SOCIAUX DANS L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE. ENTRE INSTRUMENTALISATION ET « FONDAMENTALISATION » ?, MYRIAM BENLOLO-CARABOT.....71

I. LES DROITS SOCIAUX, INSTRUMENTS D'APPROFONDISSEMENT DU MARCHÉ INTÉRIEUR DANS L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE.....	72
A. UNE PRISE EN COMPTE LABORIEUSE DES DROITS SOCIAUX DANS L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UE.....	72
1) Une prise en compte progressive des droits sociaux dans le droit primaire de l'UE.....	72
2) Une prise en compte hésitante.....	73
B. LES DROITS SOCIAUX, COROLLAIRES DU MARCHÉ INTÉRIEUR POUR LE JUGE DE L'UE.....	74
1) La volonté du juge de l'Union d'inclure les droits sociaux dans le champ d'application matériel des traités.....	75
2) Les réticences du juge de l'Union à assurer l'effectivité des « droits sociaux fondamentaux ».....	77
II. UNE « FONDAMENTALISATION » AMBIGÛE DES DROITS SOCIAUX DANS L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE.....	79
A. LES DROITS DE L'HOMME, FONDEMENT NOUVEAU POUR UNE PRISE EN CONSIDÉRATION DES DROITS SOCIAUX DANS L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UE.....	79
1) Le principe de non-discrimination, instrument efficace de promotion des droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union.....	79
2) Les conséquences de l'adoption de la Charte des droits fondamentaux.....	80
a) Les conséquences sur le discours doctrinal : une mutation avérée.....	81
b) Les conséquences de la Charte sur la justiciabilité des droits sociaux : une mutation potentielle ?.....	83

B. LA CITOYENNETÉ EUROPÉENNE, NOUVEAU MOTEUR DES DROITS SOCIAUX DANS L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UE	86
1) L'émergence d'une « citoyenneté sociale »	86
2) Des limites clairement circonscrites.....	88

CHAPITRE 3 - LA DOCTRINE DES LIBERTÉS FONDAMENTALES À LA RECHERCHE DES DROITS SOCIAUX, TATIANA GRÜNDLER90

I. LE SUCCÈS DE L'ACCEPTION DICHOTOMIQUE DES DROITS DE L'HOMME	91
A. LES DROITS SOCIAUX, UNE CATÉGORIE DE DROITS DE L'HOMME	91
B. LES DROITS SOCIAUX, DES DROITS DE SECOND RANG	94
II. UNE CRITIQUE DE LA VISION DUALE DES DROITS DE L'HOMME	97
A. LA PERTINENCE DE LA CATÉGORIE « DROITS SOCIAUX » INTERROGÉE.....	97
B. LA SPÉCIFICITÉ DU RÉGIME DES DROITS SOCIAUX QUESTIONNÉE	101

TITRE 2 - REGARDS CROISÉS.....105

CHAPITRE 1 - DES EXPÉRIENCES CONTRASTÉES107

SECTION 1 - LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX EN AMÉRIQUE DU SUD, VÉRONIQUE CHAMPEIL DESPLATS.....108

I. LES DROITS SOCIAUX ET LEUR JUSTICIABILITÉ : ÉTAT DES DÉBATS DOCTRINAUX	109
A. DOCTRINE ET DROITS SOCIAUX EN AMÉRIQUE LATINE : APERÇU GÉNÉRAL	109
1) Définitions des droits sociaux.....	110
2) Droits sociaux et générations de droits	111
3) Droits fondamentaux et droits sociaux.....	112
4) Titularité	113
B. LES DÉBATS DOCTRINAUX SUR LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX	113
1) Les arguments contre la justiciabilité des droits sociaux	113
2) Les arguments en faveur de la justiciabilité des droits sociaux	114
II. DES RÉPONSES JURISPRUDENTIELLES CONTRASTÉES : ENTRE REJET, PRUDENCE ET AUDACE	116
A. UNE JUSTICIABILITÉ À GÉOMÉTRIE VARIABLE	116
1) Les voies de recours ouvertes aux prétentions fondées sur des droits sociaux	117
2) Les techniques d'admission indirecte de la justiciabilité des droits sociaux.119	
a) La connexité	120
b) La double facette des droits et libertés : les effets sociaux des droits civils et politiques	121
c) Minimum vital et état de vulnérabilité	121
B. LES EFFETS DE LA JUSTICIABILITÉ.....	122
1) L'identification de bénéficiaires et des responsables	123
2) Obligations positives et exigence de progressivité	124

SECTION 2 - LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX EN AFRIQUE : L'EXEMPLE DE LA COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES, EMMANUEL GUÉMATCHA	128
I. LA COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES ET L'INDIVISIBILITÉ DES DROITS DE L'HOMME	132
A. UNE MISE EN ŒUVRE DYNAMIQUE DE L'INDIVISIBILITÉ DES DROITS DE L'HOMME	132
B. UNE REMISE EN CAUSE DES CRITÈRES FONDANT LA SÉPARATION DES DROITS EN DEUX CATÉGORIES : DROITS-LIBERTÉS ET DROITS-CRÉANCES	133
II. LE TRAITEMENT SPÉCIFIQUE DES DROITS SOCIAUX PAR LA COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES	135
A. LE TRAITEMENT DES DROITS PRÉVUS DANS LA CHARTE	136
1) Le droit de travailler	136
2) Le droit à la santé	137
3) Le droit à l'éducation	139
4) Les droits culturels	140
5) Le droit des peuples	140
6) Le droit au développement	141
7) le droit à un environnement satisfaisant	142
B. LA PRISE EN COMPTE DE DROITS SOCIAUX NON PRÉVUS PAR LA CHARTE	142
1) Le droit à l'alimentation	142
2) Le droit au logement	144
3) Le droit à la sécurité sociale	144
SECTION 3 - LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX EN INDE ET AFRIQUE DU SUD : SÉPARATION DES POUVOIRS, MANQUE DE RESSOURCES ET PAUVRETÉ MASSIVE COMME FACTEURS D'INTERPRÉTATION DES DROITS SOCIAUX, DAVID ROBITAILLE	146
I. L'INTERPRÉTATION DES DS EN INDE TRIBUTAIRE D'UNE LUTTE POLITIQUE ENTRE LA COUR SUPRÊME ET LE GOUVERNEMENT	147
A. L'INTERPRÉTATION RESTRICTIVE DES PRINCIPES DIRECTEURS POUR BLOQUER DES RÉFORMES POLITIQUES NATIONALISTES	147
B. LA MOBILISATION DES PRINCIPES DIRECTEURS ET LE DÉVELOPPEMENT DU NOYAU ESSENTIEL DES DS EN RÉACTION AU LIBÉRALISME SOCIOPOLITIQUE	150
II. LA CONSTITUTION SUD-AFRICAINE DE 1996 : L'INSTAURATION D'UNE « CULTURE DE JUSTIFICATION » POST-APARTHEID	155
A. LA <i>RATIONALITÉ</i> COMME STANDARD DE CONSTITUTIONNALITÉ DES POLITIQUES PUBLIQUES	155
B. L'APPROCHE ADMINISTRATIVISTE : PRENDRE LES DS AU SÉRIEUX SANS OUTREPASSER LA SÉPARATION DES POUVOIRS JUDICIAIRE ET LÉGISLATIF	156

SECTION 4 - LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX AUX ÉTATS-UNIS, MANON ALTWEGG-BOUSSAC, MARINA EUDES, CÉLINE FERCOT.....	164
I. LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX : UNE CAUSE APPAREMMENT PERDUE	166
A. LES DROITS SOCIAUX CARACTÉRISÉS PAR UN FLOU TERMINOLOGIQUE ET CONCEPTUEL.....	166
1) Un manque de clarté dans la définition doctrinale des droits sociaux.....	166
2) Un effort de catégorisation doctrinale des droits sociaux	168
B. LES MULTIPLES OBJECTIONS DOCTRINALES À LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX	170
1) Des obstacles d'ordre théorique	170
2) Des arguments d'ordre pratique.....	171
II. LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX : UNE CAUSE MALGRÉ TOUT DÉFENDUE.....	173
A. LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX SOUTENUE PAR L'INTERPRÉTATION JUDICIAIRE.....	173
1) Le rôle du juge fédéral dans la promotion des droits sociaux.....	173
2) Le rôle du juge fédéré dans la concrétisation des droits sociaux	174
B. LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX APPRÉHENDÉE SOUS L'ANGLE DES TEXTES CONSTITUTIONNELS.....	177
1) Les divers modes de formalisation textuelle des droits sociaux au niveau fédéral.....	177
a. La formalisation de droits déclaratoires.....	178
b. La formalisation de droits normatifs à justiciabilité faible.....	178
c. La justification de droits normatifs et justiciables	179
2) Les divers modes de formalisation textuelle des droits sociaux au niveau fédéré.....	179
SECTION 5°- LA JUSTICIABILITE DES DROITS SOCIAUX AU JAPON, HIROSHI SASANUMA 笹沼弘志	182
I. LE DROIT DE SUBSISTANCE	183
A. LE DROIT DE SUBSISTANCE EN DÉBAT : OPPOSABILITÉ ET DÉFINITION	183
B. GRANDS ARRÊTS DE JURISPRUDENCE	186
II. LE DROIT DE TRAVAILLER ET LE DROIT FONDAMENTAL AU TRAVAIL	188
A. LE DROIT DE TRAVAILLER	189
B. LE DROIT FONDAMENTAL AU TRAVAIL : LE DROIT DE S'ORGANISER, DE NÉGOCIER ET D'AGIR COLLECTIVEMENT	192
III. LE DEVOIR DE TRAVAILLER.....	195
A. RESTRICTION DU DROIT À LA VIE PAR LE DEVOIR DE TRAVAILLER.....	195
B. LES CONDITIONS REQUISES S'AGISSANT DES SANS-ABRIS : LE PROCÈS HAYASHI	197

CHAPITRE 2 - DES PROTECTIONS INÉGALES.....199

SECTION 1 - LE DROIT À LA PROTECTION DE LA SANTÉ, TATIANA GRÜNDLER200

I. DES OBSTACLES TRADITIONNELLEMENT OPPOSÉS À LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS-CRÉANCES RELATIVISÉS202

A. LE COÛT, UNE CONTRAINTE PRISE EN COMPTE PAR LE JUGE203

1) Une prise en compte unanime de la contrainte financière.....203

2) qui ne s'apparente toutefois pas à une cause d'exonération des obligations étatiques.....204

B. L'OFFICE DU JUGE, UNE CONTRAINTE INTÉGRÉE PAR LE JUGE205

1) Face à la carence des pouvoirs publics, l'absence d'injonction d'agir.....206

2) ... mais l'existence de sanctions.....207

II. UNE JUSTICIABILITÉ PORTÉE PAR LES SPÉCIFICITÉS DU DROIT À LA PROTECTION DE LA SANTÉ208

A. LE DROIT À LA VIE, UN DROIT CIVIL ET POLITIQUE AU SOUTIEN DU DROIT À LA PROTECTION DE LA SANTÉ.....208

1) Le lien fréquemment établi par le juge entre droit à la vie et droit à la protection de la santé.....209

2) Les garanties du droit à la protection de la santé au titre du droit à la vie..209

B. LA SANTÉ PUBLIQUE, UN INTÉRÊT COLLECTIF AU SOUTIEN DE LA SANTÉ INDIVIDUELLE210

1) La dimension collective de la santé reconnue211

2) La santé publique protégée.....212

SECTION 2 - LE JUGE ET LE DROIT AU MINIMUM. LES AMBIGUÏTÉS DU DROIT À DES CONDITIONS MINIMALES D'EXISTENCE EN DROIT COMPARÉ, CÉLINE FERCOT215

I. UNE JUSTICIABILITÉ CONFRONTÉE AU CONTENU MULTIDIMENSIONNEL DU DROIT À DES CONDITIONS MINIMALES D'EXISTENCE217

A. LE DROIT À DES CONDITIONS MINIMALES D'EXISTENCE : LE PREMIER DES DROITS SOCIAUX217

1) Une conception *a minima* : un droit à la sécurité matérielle217

2) Une conception *a maxima* : un droit au développement personnel.....219

B. LE DROIT À DES CONDITIONS MINIMALES D'EXISTENCE : UN DROIT RAREMENT AUTONOME.....220

II. UNE JUSTICIABILITÉ AUX CONTOURS ET AUX FONDEMENTS DIVERSIFIÉS 222

A. UNE JUSTICIABILITÉ À DOUBLE VISAGE222

1) Une justiciabilité principalement normative223

2) Une justiciabilité exceptionnellement subjective.....224

B. DES FONDEMENTS MATÉRIELS DISTINCTS227

1) Un fondement axiologique : le droit à la dignité227

a. Le droit à la dignité envisagé de manière autonome : l'exemple du droit israélien.....	227
b. La dignité associée au principe de l'État social : les droits allemand et colombien.....	228
c. Dignité et autonomie de l'individu.....	229
2) Un fondement utilitariste : le droit à la vie.....	230
3) Les droits à la vie et à la dignité associés : le droit sud-africain	231

SECTION 3 - LE DROIT À L'ALIMENTATION, CAROLE NIVARD.....233

I. UN DROIT DE L'HOMME SOURCE D'OBLIGATIONS JUSTICIABLES.....	235
A. LES DIFFÉRENTES VOIES DE JUSTICIABILITÉ	235
1) La concrétisation du droit.....	235
2) Le recours aux autres droits	236
B. LES DIFFÉRENTES OBLIGATIONS JUSTICIABLES	238
1) L'obligation de respecter.....	238
2) L'obligation de protéger	239
3) L'obligation de réaliser	239
4) L'obligation de fournir un minimum de subsistance	240
5) Le contrôle de la mise en œuvre du droit à l'alimentation	240
II. UN DROIT DE L'HOMME SOURCE D'OBLIGATIONS EXTRATERRITORIALES DES ÉTATS : L'EXEMPLE DE L'OMC	241
A. L'IMPACT DE L'APPLICATION DES RÈGLES DE L'OMC SUR LE DROIT À L'ALIMENTATION	242
1) Les règles concernées.....	242
2) Des effets ambivalents.....	243
B. LES OBLIGATIONS DES ÉTATS MEMBRES DE L'OMC EN VUE DE LA GARANTIE DU DROIT À L'ALIMENTATION.....	244
1) Une application effective des règles existantes.....	245
2) Une adaptation nécessaire des règles existantes.....	246

SECTION 4 - LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX FONDAMENTAUX AU TRAVAIL JULIEN BURDA.....249

I. LES DROITS FONDAMENTAUX DES TRAVAILLEURS ET L'OIT.....	250
A. L'IDENTIFICATION DES DROITS FONDAMENTAUX DES TRAVAILLEURS.....	251
B. LES MÉCANISMES TRADITIONNELS DE MISE EN ŒUVRE DES DROITS SOCIAUX FONDAMENTAUX.....	253
1) Les mécanismes de suivi.....	253
2) Le contrôle sur rapports	253
3) Le contrôle sur plaintes	254
II. LES DROITS FONDAMENTAUX DES TRAVAILLEURS ET LE DROIT DU COMMERCE MONDIAL	256
A. L'ABSENCE DE CLAUSE SOCIALE DANS LES ACCORDS DE L'OMC	256
B. L'EFFICACITÉ LIMITÉE DE L'UNILATÉRALISME COMMERCIAL.....	258

1) L'efficacité contestée de la contrainte commerciale unilatérale	258
a. Les droits sociaux fondamentaux et les dispositions de l'Accord OTC	259
b. Les droits sociaux fondamentaux et les dispositions de l'Accord général.....	260
2) L'efficacité relative des préférences commerciales socialement conditionnées	263

LA JUSTICIABILITÉ DU DROIT AU LOGEMENT ET DU DROIT À LA SÉCURITÉ SOCIALE : LES DROITS SOCIAUX AU-DELÀ DES DROITS CRÉANCES, DIANE ROMAN.....267

I. DES DROITS IRRÉDUCTIBLES À UNE CRÉANCE SUR L'ÉTAT.....	268
A. CONTRÔLE DE L'OBLIGATION DE RESPECTER	268
B. CONTRÔLE DE L'OBLIGATION DE PROTÉGER	270
II. UNE CRÉANCE DONT L'EXIGIBILITÉ EST SUSCEPTIBLE DE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL	273
A. UNE OBLIGATION DE MOYENS.	274
B. DES OBLIGATIONS A <i>MINIMA</i>	277

DEUXIÈME PARTIE - LES ENJEUX D'UNE QUESTION EN DEVENIR

.....283

TITRE 1 - QUELLES MÉTHODES DE RÉALISATION DES DROITS SOCIAUX ?

.....285

CHAPITRE 1 - DROIT COMPARÉ

.....286

SECTION 1 - STANDARDS JURISPRUDENTIELS ET CONTRÔLE DE L'OBLIGATION ÉTATIQUE EN DROIT COMPARÉ : UNE GÉOMÉTRIE VARIABLE, ISABELLE BOUCOBZA & DAVID ROBITAILE

.....286

I. LES TECHNIQUES JURIDICTIONNELLES DE PROTECTION DES DROITS SOCIAUX	287
A. LES TECHNIQUES RECENSÉES.....	287
1) La mise en place de « seuils » de protection : des jurisprudences ambiguës .	287
a. Les équivoques sur l'existence d'une « obligation de non rétrogression ».....	287
b. La définition d'un premier niveau de l'obligation de protection : le contenu minimum essentiel d'un droit.....	288
2) Le recours à d'autres droits ou l'interprétation « perméable » des droits à la vie, à la sécurité ou à l'égalité.....	291
3) Les « jugements de raisonabilité »: des contrôles de « l'excès de pouvoir législatif » ?.....	294
a. Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne	294
b. Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sud-africaine	296
B. DES TECHNIQUES DE CONTRÔLE À INTENSITÉ VARIABLE.....	297

1) Contrôle restreint : l'indice d'une intervention législative dans un domaine de « non droits-sociaux » ?	297
2) Contrôle normal et/ou maximum : les techniques palliatives de la carence législative	298
II. LES MOTIFS FORMULÉS AU SOUTIEN DES TECHNIQUES DE PROTECTION ..	299
A. UNE PRÉTENDUE PRÉDÉTERMINATION DES DROITS SOCIAUX	300
1) « Droits subjectifs et inviolables » : des qualifications favorables à la protection.....	300
2) Des qualifications moins favorables	300
a. Des droits conditionnés par les ressources financières	300
b. Des objectifs à valeur constitutionnelle.....	301
c. Des droits qui ne peuvent se réaliser que progressivement	302
B. DES QUESTIONS SOCIOÉCONOMIQUES QUI NE RELÈVERAIENT PAS DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX	302
C. LA « RAISONNABILITÉ » DES CHOIX LÉGISLATIFS : UN MOTIF CERTAINEMENT OBSCUR, ET DONC RÉELLEMENT EFFICACE ?	304
1) « Raisonnable » /« rationalité » : une distinction doctrinale et jurisprudentielle pour masquer le pouvoir des juges	304
2) La « raisonnable » du choix législatif : les « bons » arguments selon le juge constitutionnel	305
a. La raisonnable « en soi » du respect de l'équilibre budgétaire	305
b. Raisonnable/dignité et Raisonnable/égalité	306
SECTION 2 - LES DROITS CIVILS AU RENFORT DES DROITS SOCIAUX : L'INTERCHANGEABILITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LE DISCOURS JUDICIAIRE, DIANE ROMAN.....	308
I. LES STRATÉGIES JUDICIAIRES D'INTERCHANGEABILITÉ DES DROITS	309
A. DES STRATÉGIES DIVERSES : ENRICHISSEMENT ET RENFORCEMENT NORMATIFS	309
1) La stratégie d'enrichissement.....	309
2) Stratégie de « renforcement normatif »	313
B. DES STRATÉGIES JUDICIAIRES DIVERSEMMENT JUSTIFIÉES	315
1) Le registre juridique	315
2) Le registre humaniste.....	316
3) Le registre politique.....	317
II. L'EFFECTIVITÉ DES STRATÉGIES JUDICIAIRES D'INTER-CHANGEABILITÉ DES DROITS.....	318
A. CONTRAINDRE À LA MISE EN ŒUVRE DE POLITIQUES SOCIALES	318
1) Conditions : une menace directe pour la vie et la dignité de la personne	319
2) Conséquence : une obligation d'agir <i>a minima</i>	320
B. CONTRÔLER LA MISE EN ŒUVRE DE POLITIQUES SOCIALES	322
1) Un contrôle de type procédural : le contrôle de la juste distribution et du respect du principe de non discrimination	323
2) Un contrôle substantiel : le respect effectif des droits garantis.....	324

3) Un contrôle « rationnel » : l'encadrement des critères d'appréciation et de choix des pouvoirs publics.....	325
--	-----

CHAPITRE 2 - DROIT FRANÇAIS.....327

SECTION 1 - L'EFFECTIVITÉ DES DROITS SOCIAUX DANS LE CADRE DES PROCÉDURES D'URGENCE, OLIVIER LE BOT327

I. UNE EFFECTIVITÉ LIÉE À L'EXISTENCE DE POUVOIRS D'URGENCE.....329

A. UNE SAISINE LARGE ET IMMÉDIATE 329

B. UNE INSTRUCTION ACCÉLÉRÉE..... 330

C. DES MESURES EFFICACES 331

II. UNE EFFECTIVITÉ LIÉE À L'EXERCICE DES POUVOIRS D'URGENCE332

A. DES POUVOIRS MIS EN ŒUVRE POUR LES DROITS DES TRAVAILLEURS..... 332

1) Liberté syndicale..... 332

2) Droit de grève..... 334

3) Liberté du travail..... 335

B. DES POUVOIRS MIS EN ŒUVRE POUR LES DROITS À PRESTATIONS ET À SERVICES 336

1) Les droits à l'attribution de biens..... 336

2) Les droits de bénéficier d'un service..... 337

SECTION 2. - LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DES DROITS SOCIAUX COMPARÉE À CELLE DES DROITS CIVILS : EXISTE-T-IL UNE RÉELLE DIFFÉRENCE DE MISE EN ŒUVRE DES DROITS ?341

1) PROTECTION COMPARÉE DU DROIT AU SÉJOUR POUR MENER UNE VIE PRIVÉE ET FAMILIALE NORMALE ET POUR RAISON MÉDICALE : UNE APPROCHE SPÉCIFIQUE DU JUGE DANS LA PROTECTION DES DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX ? JOHANN MORRI341

I. LE RÔLE DU JUGE DANS LA CONSÉCRATION DE CES DROITS344

A. LE DROIT AU SÉJOUR DES ÉTRANGERS MALADES : UN DROIT PRÉFIGURÉ PAR LE JUGE, CONSACRÉ ET ÉTENDU PAR LE LÉGISLATEUR 344

B. LE DROIT DE MENER UNE VIE PRIVÉE ET FAMILIALE NORMALE : UNE CRÉATION REVENDIQUÉE PAR LE JUGE 346

II. LE RÔLE DU JUGE DANS LA MISE EN ŒUVRE DE CES DROITS348

A. ARTICLE 8 *VERSUS* REGROUPEMENT FAMILIAL OU COMMENT LE JUGE S'EFFORCE D'APPLIQUER LES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX SANS PRIVER LE GOUVERNEMENT ET LE LÉGISLATEUR DE LEURS PRÉROGATIVES 349

B. DROIT À LA SANTÉ ET PRISE EN COMPTE DES RESSOURCES DANS L'ACCÈS AUX SOINS : QUAND LE JUGE TIRE, TARDIVEMENT MAIS COMPLÈTEMENT, TOUTES LES CONSÉQUENCES DES PRINCIPES POSÉS PAR LE LÉGISLATEUR..... 353

2) COMPARAISON DU CONTENTIEUX DES DROITS DE RETRAIT ET AU RESPECT DE LA VIE PERSONNELLE EN DROIT DU TRAVAIL, THOMAS BOMPARD.....	359
I. UNE VOLONTÉ CONVERGENTE DE PROTECTION DU SALARIÉ	361
A. L'EFFORT DE PRÉSERVATION DE LA VIE PERSONNELLE DU SALARIÉ	361
B. LA PROTECTION ÉTENDUE DU DROIT DE RETRAIT	363
1) La préservation de la dimension subjective du droit de retrait.....	363
2) La neutralisation du caractère imminent du danger allégué	365
3) La nullité du licenciement du salarié ayant exercé son droit de retrait	365
II. UN CONTRÔLE DISSYMMÉTRIQUE DES RÉACTIONS DE L'EMPLOYEUR	366
A. UN CONTRÔLE VARIABLE DES OBLIGATIONS DE NE PAS FAIRE DE L'EMPLOYEUR	367
1) Les limites opposables au droit au respect de la vie personnelle par l'employeur	367
2) L'impossible restriction du droit de retrait par l'employeur.....	369
B. UN CONTRÔLE VARIABLE DES OBLIGATIONS D'AGIR DE L'EMPLOYEUR.....	371
1) La rareté des obligations positives liées à l'invocation du droit au respect de la vie personnelle	371
2) La fréquence des obligations positives liées à l'invocation du droit de retrait	372
TITRE 2 - LES DÉBITEURS DES DROITS SOCIAUX.....	377
CHAPITRE 1 - LE DROIT AU SERVICE PUBLIC, REFLET DES OBLIGATIONS PESANT SUR LES PERSONNES PUBLIQUES, VIRGINIE DONIER	382
I. L'ÉTENDUE DES DEVOIRS PESANT SUR LES PERSONNES PUBLIQUES QUANT À LA CRÉATION DES SERVICES PUBLICS	384
A. LES JUSTIFICATIONS APPORTÉES À L'EXISTENCE DES SERVICES PUBLICS : L'AFFIRMATION D'UN DEVOIR SOCIAL	384
B. L'INTENSITÉ DE LA CONTRAINTE JURIDIQUE : UNE OPPOSABILITÉ VARIABLE ..	387
II. L'ÉTENDUE DES DEVOIRS PESANT SUR LES PERSONNES PUBLIQUES QUANT À L'ACCÈS AUX SERVICES PUBLICS EXISTANTS	391
A. LA JUSTICIABILITÉ DU DROIT D'ACCÈS GARANTIE PAR LES LOIS DU SERVICE PUBLIC	391
B. UN DROIT D'ACCÈS DONT L'EFFECTIVITÉ DEMEURE PERFECTIBLE	394
CHAPITRE 2 - LA RESPONSABILITÉ SOCIALE DES ENTREPRISES. A MI-CHEMIN ENTRE LA <i>SOFT LAW</i> ET LE <i>JUS COGENS</i> : LA QUESTION DE L'EFFECTIVITÉ DE LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX PAR LES ENTREPRISES MULTINATIONALES, CLAIRE MARZO.....	398

I. UNE OPPOSABILITE DIRECTE DE DROIT MOU	400
A. DES ENGAGEMENTS VOLONTAIRES	401
1) Des instruments variés : Des codes de conduite aux accords cadres internationaux	401
2) La protection des droits sociaux	402
B. UNE MISE EN ŒUVRE DE DROIT MOU RELATIVEMENT EFFICACE.....	403
1) Des procédures de mise en œuvre	403
2) Des mécanismes de règlement des différends.....	404
II. UNE OPPOSABILITE INDIRECTE DE DROIT DUR	406
A. LE RÔLE DE L'ÉTAT: DES STRATÉGIES D'APPLICATION OU DE DÉTOURNEMENT DES NORMES EXISTANTES.....	407
1) Responsabilité pénale	407
2) Responsabilité civile	408
3) Responsabilité contractuelle.....	409
B. LE RÔLE DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES	410
1) Vers la construction d'un cadre : Des textes d'encadrement des pratiques de la RSE.....	410
2) Vers une participation juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle des organisations internationales	412
CHAPITRE 3 - LA JUSTICIABILITÉ DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE ENTRE PARENTS ET ALLIÉS : QUELS ENSEIGNEMENTS POUR LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX ?, MARC PICHARD.....	415
I. LE RECOURS AU JUGE FAVORISÉ.....	417
A. UNE ACCESSIBILITÉ RENFORCÉE	417
B. UN GARANT EXCEPTIONNEL.....	419
II. LE RECOURVEMENT DE LA CRÉANCE FACILITÉ	422
A. LA RIGUEUR À L'ÉGARD DU DÉBITEUR.....	422
B. LA MOBILISATION DE L'ADMINISTRATION.....	426
CHAPITRE 4 – LES DIFFICULTÉS DE LA DÉTERMINATION DU DÉBITEUR: L'EXEMPLE DU DOMICILE DE SECOURS EN MATIÈRE D'AIDE SOCIALE, CLAIRE MAGORD	429
I. L'ENJEU : L'IMPUTATION AU BUDGET D'UNE COLLECTIVITÉ PUBLIQUE DES FRAIS LIÉS À LA PRISE EN CHARGE D'UNE PRESTATION D'AIDE SOCIALE.....	431
A. LE DÉPARTEMENT, « CHEF DE FILE » DE L'AIDE SOCIALE, ET PREMIER DÉBITEUR DES PRESTATIONS D'AIDE SOCIALE	431
B. LA COMPÉTENCE RÉSIDUELLE DE L'ÉTAT POUR LA PRISE EN CHARGE DES FRAIS LIÉS À L'OCTROI DE PRESTATIONS D'AIDE SOCIALE LÉGALE.....	433
II. L'INSUFFISANCE DE LA CONTRAINTE POSÉE PAR LE CADRE NORMATIF DU DOMICILE DE SECOURS.....	435
A. DE <i>SINGULIÈRES</i> À <i>ILLÉGALES</i> : LES TENTATIVES DES DÉBITEURS POTENTIELS D'ÉCHAPPER À LEUR OBLIGATION DE PRISE EN CHARGE	435

B. LES CONSÉQUENCES EN TERMES D’EFFECTIVITÉ DU DROIT À UNE PRESTATION
D’AIDE SOCIALE 437

**CONCLUSION - LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX : UNE
QUESTION THÉORIQUE ET POLITIQUE, ERIC MILLARD.....441**

I. MUTATIONS DE L’APPROCHE SUR LES DROITS SOCIAUX.....442

A. APPROCHE ONTOLOGIQUE..... 442

B. APPROCHE CONCEPTUELLE 444

C. MUTATION DU DISCOURS SUR LES DROITS SOCIAUX..... 445

II. L’ARME DU DROIT446

A. UNE RESSOURCE RHÉTORIQUE 446

B. UNE RESSOURCE PRATIQUE 448





Issu d'une recherche collective menée de l'automne 2008 à l'automne 2009, ce rapport présente une partie des recherches conduites au sein du CREDOF, Université Paris Ouest Nanterre la Défense sur la justiciabilité des droits sociaux, sous la responsabilité scientifique de Diane Roman, professeure de droit à l'École des Hautes Etudes en Santé publique.

Fruit de regards croisés de spécialistes de droit public, de droit international et européen et de droit privé, il s'attache à étudier, dans une perspective comparatiste, les enjeux de la justiciabilité des droits sociaux. Croisant les systèmes juridiques et les droits, cette recherche entend ainsi définir les ressorts d'un État social de droit.

Si le XX^e siècle fut celui de l'affermissement de l'État de droit, dans sa construction libérale, la question sociale, que la crise économique internationale rend plus que jamais visible, oblige à repenser le rôle du juge et la place des droits fondamentaux dans la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale. Pour que les « droits des pauvres » ne restent plus de « pauvres droits ».

Ont contribué à cet ouvrage Manon ALTWEGG-BOUSSAC, Myriam BENLOLO-CARABOT, Thomas BOMPARD, Isabelle BOUCOBZA, Julien BURDA, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Virginie DONIER, Marina EUDES, Céline FERCOT, Tatiana GRÜNDLER, Sophie GROSBON, Emmanuel GUEMATCHA, Olivier LE BOT, Claire MAGORD, Claire MARZO, Eric MILLARD, Johann MORRI, Carole NIVARD, Marc PICHARD, David ROBITAILLE, Diane ROMAN, Hiroshi SASANUMA.

www.droits-sociaux.u-paris10.fr

Novembre 2010

