

SECTION 2 -

LES DROITS CIVILS AU RENFORT DES DROITS SOCIAUX : L'INTERCHANGEABILITE 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 comparé⁷⁸⁵ 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 »⁷⁸⁶, est rendue possible par des choix

⁷⁸⁵ 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.

⁷⁸⁶ 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 elle⁷⁸⁷ 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 »⁷⁸⁸. 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*⁷⁸⁹, une certaine perméabilité de la Convention aux droits sociaux⁷⁹⁰, partant du principe que « nulle frontière étanche » ne sépare les deux catégories de droits. Une démarche prétorienne « intégrative »⁷⁹¹ 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 conventionnels⁷⁹². 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 CEDH⁷⁹³. 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 »⁷⁹⁴ limitée de la Convention européenne a des répercussions sur le droit interne, les juges nationaux s'emparant de

⁷⁸⁷ CEDH, 4 oct. 2007, *Djaoui c. France*, § 64 ; 1er juil. 2008, *Beyaz c. Turquie*, § 28.

⁷⁸⁸ CEDH, déc., 28 oct. 1999, *Paneenko c. Lettonie*, § 2.

⁷⁸⁹ CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, § 26.

⁷⁹⁰ 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.

⁷⁹¹ Carole NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, Thèse Montpellier 1 (dir. Pr. Frédéric SUDRE), 2009, p. 175 et s.

⁷⁹² 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.

⁷⁹³ CEDH, 12 juil. 2005, *Moldovan et al. c. Roumanie*, § 103 et 110.

⁷⁹⁴ 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]⁷⁹⁵, 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 existent⁷⁹⁶. 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 requiert⁷⁹⁷ : 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 »⁷⁹⁸. 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 arrêt⁷⁹⁹, 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

⁷⁹⁵ CEDH, déc., 4 mai 1999, *Marzari c. Italie* ; déc., 13 janv. 2000, *Maggiolini c. Italie* ; v. aussi la récente décision *Farçaş c. Roumanie*, 14 septembre 2010, 32596/04.

⁷⁹⁶ R.-U., Haute Cour, *R (Bernard) v. Enfield London Borough Council*, [2002] EWHC 2282.

⁷⁹⁷ France, Cons. État, Sect. 7 avril 2010, *Jabnoun et Bialy*, note Benjamin DEMAGNY et Serge SLAMA, *JCP A*, 2010, p. 2238.

⁷⁹⁸ CEDH, 14 mai 2002, *Zehnalova et Zehnal c. Rép. tchèque*, nous soulignons.

⁷⁹⁹ 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 progressiste⁸⁰⁰. 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 »⁸⁰¹. 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 suffisant⁸⁰². 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 7⁸⁰³. 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 sécurité⁸⁰⁴. D'interprétation malaisée, l'arrêt a été précisé ultérieurement⁸⁰⁵, les juges majoritaires ayant alors affirmé

⁸⁰⁰ V. en ce sens l'analyse stimulante de Ran HIRSCHL, *Towards Juristocracy : the origins and consequences of new constitutionalism*, Harvard univ. press, 2004.

⁸⁰¹ 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.

⁸⁰² 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.

⁸⁰³ Canada, C.S., 19 décembre 2002, *Gosselin c. Québec* 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429.

⁸⁰⁴ Canada, C.S., 9 juin 2005, *Chaoulli v. Québec*, [2005], 1 SCR 791.

⁸⁰⁵ 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.

rétrospectivement 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 liberté⁸⁰⁶. 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'existence⁸⁰⁷ et la liberté du travail⁸⁰⁸, 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 constitutionnel⁸⁰⁹. 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,

⁸⁰⁶ Yoram RABIN, Yuval SHANY, « The Case for Judicial Review over Social Rights : Israeli perspectives », *Israël Affairs*, 2008,14/4, pp. 681-703.

⁸⁰⁷ 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.

⁸⁰⁸ Israël, HCJ, 30 mars 2006, *Kav LaOved Hotline for workers v Government of Israël*, 4542/02.

⁸⁰⁹ 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 »⁸¹⁰. Dans une affaire de principe jugée en 2005⁸¹¹, 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 vie⁸¹². 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*⁸¹³) ont offert à la Cour suprême les conditions d'un développement jurisprudentiel spectaculaire⁸¹⁴ : droit à une rémunération équitable⁸¹⁵, droit à la protection des conditions de travail⁸¹⁶, droit à la santé⁸¹⁷, droit au logement⁸¹⁸, droit de jouir de moyens de subsistance⁸¹⁹, droit à l'alimentation⁸²⁰, droit à l'éducation⁸²¹ 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 critiques⁸²². Son œuvre interprétative a servi

⁸¹⁰ Irlande, C.S., 17 déc. 2001, T.D. v. The Minister for Education & ors, [2001] IESC 101.

⁸¹¹ 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.

⁸¹² 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.

⁸¹³ 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).

⁸¹⁴ 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.

⁸¹⁵ Inde, C.S., *Daily Rated Casual Labour Employed under P & T Department v. Union of India* (1988) 1 SCC 122, § 7 & 9.

⁸¹⁶ Inde, C.S., *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India*, (1984) 3 SCC 161, § 10, p. 183.

⁸¹⁷ Inde, C.S., *Paschim Banga Khet Majoor Samity v. State of West Bengal* (1996) 4 SCC 37.

⁸¹⁸ Inde, C.S., *Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulab Khan* (1997) 11 SCC 123.

⁸¹⁹ Inde, C.S., *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation*, (1985) 3 SCC 545.

⁸²⁰ 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*.

⁸²¹ 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.

⁸²² Pour un exposé, v. S. MURALIDHAR, « Justiciable Enforcement of Economic and Social Rights: The Indian Scenario », précit., pp. 264-265.

de modèle dominant en Asie du Sud Est⁸²³ 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 sociaux⁸²⁴.

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 prétoires⁸²⁵. 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,

⁸²³ 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.

⁸²⁴ Flavia PIOVESAN, « Brazil: Impact and Challenges of Social Rights in the Courts », in M. LANGFORD (dir.), précit., p. 185.

⁸²⁵ 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 »⁸²⁶. 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 indien⁸²⁷. De même, la Cour suprême israélienne souligne fortement les prolongements sociaux et économiques du droit à la dignité garanti dans la loi fondamentale⁸²⁸.

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 »⁸²⁹. 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 canadienne⁸³⁰.

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

⁸²⁶ CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, § 26.

⁸²⁷ Inde, C.S., *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (1973) 4 SCC 225 § 982-983.

⁸²⁸ Outre les arrêts précités, v. Israël, HCJ 3512/04n *Shezifi v. National Labour Court* [20], J. Arbel ; LCA 4905/98 *Gamzu v. Yeshayahu* [16], pp. 375-376, J. Barak.

⁸²⁹ CEDH, GC, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, § 68.

⁸³⁰ 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 »⁸³¹. 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 physique⁸³²) et sociale (l'être social qui a besoin de sécurité pour se développer⁸³³). Le lien est ainsi clairement établi entre sauvegarde de la dignité humaine et impératif de protection contre les conséquences dégradantes et avilissantes de la misère⁸³⁴.

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 sociale⁸³⁵ et en tirer certaines conséquences sur l'interprétation à donner de la Convention européenne⁸³⁶. 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 sociaux⁸³⁷, la Cour suprême israélienne a fait état des valeurs qui guident la société israélienne⁸³⁸. Plus significative encore, la démarche retenue par le Tribunal fédéral suisse⁸³⁹ 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

⁸³¹ Inde, C.S., *Pashim Banga*, précit., 1996 ; C.S., 31 janvier 1990: *Shantistar Builders v. Narayan Khimalal Tatome and Others*.

⁸³² Israël, HCJ 366/03, *Commitment to Peace*, précit., § 16, § 126-127.

⁸³³ *Idem*, § 15, pp. 124.

⁸³⁴ Diane ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, LGDJ, 2002, pp. 302-306.

⁸³⁵ CEDH, GC, 6 juillet 2005, *Stec et al. c. RU*, § 51.

⁸³⁶ V. par ex. CEDH, GC, 12 nov. 2008, *Demir et Baykara*, § 84.

⁸³⁷ Inde, C.S., *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (1973) 4 SCC 225, § 755.

⁸³⁸ Israël, HCJ, 366/03, *Commitment to Peace*, précit., § 22.

⁸³⁹ 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 européenne⁸⁴⁰, des juridictions nationales peuvent sembler hésitantes à faire produire une telle conséquence à la stipulation conventionnelle⁸⁴¹. 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 jugée⁸⁴². 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 ruraux⁸⁴³.

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

⁸⁴⁰ V. *supra*.

⁸⁴¹ R.U., WLR, R. v. Cambridge Health Authority, ex parte B [1995] 1 WLR 898.

⁸⁴² Inde, C.S., PUCL v. Union of India and others (Writ Petition [Civil] No. 196 of 2001).

⁸⁴³ 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 constitutionnelle⁸⁴⁴, 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 secours⁸⁴⁵. Ultérieurement, dans un arrêt *Limbuela*⁸⁴⁶, 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 3⁸⁴⁷. Quant au droit français, c'est sur le fondement d'une procédure de référé liberté et par appel à une directive européenne⁸⁴⁸ qu'une solution identique a été retenue⁸⁴⁹, 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*⁸⁵⁰. 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

⁸⁴⁴ V. *supra*.

⁸⁴⁵ UK, *Anufrijeva v Southwark LBC* [2003] EWCA Civ 1406.

⁸⁴⁶ UK, *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Limbuela*, [2005] UKHL 66, [2006] 1 AC 396, arrêt unanime.

⁸⁴⁷ *Limbuela*, précit., § 7-9 (Lord Bingham), § 60 (Lord Hope).

⁸⁴⁸ Directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à l'accueil des demandeurs d'asile, article 2.

⁸⁴⁹ France, CE, ord. , 20 octobre 2009, Mlle Salah, Epx Mirzoian, AJDA, 2010, p. 202, note S. Slama.

⁸⁵⁰ *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*)⁸⁵¹, 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-ci⁸⁵² (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)⁸⁵³. 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 »⁸⁵⁴.

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 Cours⁸⁵⁵. 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 »⁸⁵⁶. 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*)⁸⁵⁷, 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

⁸⁵¹ Inde, C.S., Olga Tellis, précit., pp. 79-80.

⁸⁵² Idem, pp. 80-81.

⁸⁵³ Inde, C.S., Municipal Corporation of Delhi v. Gurnam Kaur, (1989) 1 SCC 101.

⁸⁵⁴ Id., pp. 87-88.

⁸⁵⁵ V. la contribution de Tatiana GRÜNDLER, ci-dessous.

⁸⁵⁶ All., Cour const., 5 mars 1997, 1 BVR 1071/95.

⁸⁵⁷ 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'exemplarité⁸⁵⁸ : 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 santé⁸⁵⁹. 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 humaine⁸⁶⁰ 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 possible⁸⁶¹.

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

⁸⁵⁸ All., Cour const., BVerfG, 6 déc. 2005, 1 BvR 347.

⁸⁵⁹ 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.

⁸⁶⁰ Inde, C.S., *Paschim Banga Khet Majoor Samity v. State of West Bengal*, (1996) 4 SCC 37, § 16.

⁸⁶¹ 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 contributives⁸⁶² comme non contributives⁸⁶³. 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 conditions⁸⁶⁴. 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 revalorisation⁸⁶⁵. 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

⁸⁶² CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, § 41.

⁸⁶³ CEDH, 30 sept. 2003, *Koua Poirrez c. F.*, n° 40892/98, § 37.

⁸⁶⁴ CEDH, 12 avril 2006, *Stec et autres c. RU*, § 54, CEDH, 12 octobre 2004, *Kjartan Ásmundsson c. Islande*, § 63-64.

⁸⁶⁵ CEDH, GC, 16 mars 2010, *Carson c. RU*.

nettement une liste ouverte⁸⁶⁶, et la Cour a admis, par exemple, que « le lieu de résidence » pouvait être un motif supplémentaire de discrimination interdite par la Convention⁸⁶⁷.

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 »⁸⁶⁸.

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 existence⁸⁶⁹, preuve difficile à apporter...

⁸⁶⁶ Frédéric SUDRE (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

⁸⁶⁷ CEDH, Gr. Ch., Carson c. RU, précit.

⁸⁶⁸ Inde, C.S., Bandhua Mukti Morcha v. Union of India, (1984) 3 SCC 161, § 10, p. 183.

⁸⁶⁹ 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 »⁸⁷⁰ de certaines politiques sociales. Si l'exemple sud-africain est bien connu⁸⁷¹, 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'existence⁸⁷², utilisé par la Cour constitutionnelle allemande dans sa récente décision *Hartz IV*⁸⁷³ : 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

⁸⁷⁰ 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.

⁸⁷¹ Non étudié ici, compte tenu du fondement textuel de la protection des droits sociaux constitutionnels en Afrique du Sud.

⁸⁷² 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.

⁸⁷³ All., CC, 9 février 2010, 1 BvL 1/09, §§ 1-220 ; Céline FERCOT, précit., p. 653.

cette incursion dans un domaine que les textes initiaux leur refusaient. Se 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" »⁸⁷⁴.

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 rendues⁸⁷⁵ ; 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)⁸⁷⁶. Constat qui permet de souligner combien le droit, bien plus qu'être une technique, est avant tout une politique...

Pour citer cet article

Diane Roman, « Les droits civils au renfort des droits sociaux : l'interchangeabilité des droits fondamentaux dans le discours judiciaire », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012
<http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/les-droits-civils-au-renfort-des-droits-sociaux.pdf>

⁸⁷⁴ Antoine JEAMMAUD, Martine LE FRIANT, précit., p. 38.

⁸⁷⁵ 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.

⁸⁷⁶ S. MURALIDHAR, « Justiciable Enforcement of Economic and Social Rights: The Indian Scenario » précit. ; « The Expectation and Challenges of Judicial Enforcement of Social Rights », précit.