

CONCLUSION -

LA JUSTICIABILITE DES DROITS SOCIAUX : UNE QUESTION THEORIQUE 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 droit¹³¹⁸

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

¹³¹⁸ 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.

Pour citer cet article

Éric Millard, « La justiciabilité des droits sociaux, une question théorique et pratique »,
La Revue des Droits de l'Homme, juin 2012
<http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/une-question-theorique-et-pratique.pdf>