

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 MAUGÛE.

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 néo-libéral, 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 TOMASEVSKI (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 CHAUVIERE, *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.php3?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 FERRE, « "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 SANE, « 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.

Pour citer cet article

Diane Roman , « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012
http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/la-justiciabilite3a9-des-droits-sociaux-ou-les-enjeux-de-l_c3a9dification-d_un-c3a9tat-de-droit-social1.pdf

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.