

PREMIERE PARTIE -  
LES TRANSFORMATIONS D'UNE  
QUESTION CONTEMPORAINE



# TITRE 1 - UNE QUESTION EMERGENTE

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

## Chapitre 1 - Les ruptures du droit international,

Sophie Grosbon

Le 10 décembre 2008, soixante ans jour pour jour après l'adoption de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH), l'Assemblée générale des Nations Unies, notant que tous les êtres humains peuvent « se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la Déclaration », rappelant que la Déclaration universelle des droits de l'Homme et les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme reconnaissent que l'idéal de l'être humain libre, libéré de la crainte et de la misère, ne peut être réalisé que si sont créées les conditions permettant à chacun de jouir de ses droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux, réaffirmant que tous les droits de l'Homme et libertés fondamentales sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés » adopte le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Protocole facultatif au PIDESC)<sup>185</sup> ouvrant ainsi la voie à une procédure internationale de communication individuelle en cas de violation d'un des droits garantis par ledit Pacte.

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

Rappelons alors que la Déclaration universelle consacre aussi bien des droits civils et politiques (DCP), qu'un certain nombre de droits économiques, sociaux et culturels (DESC)<sup>186</sup>. Le jour de son adoption, l'Assemblée générale des Nations Unies demande à la Commission des droits de l'Homme de préparer en priorité un projet de pacte contraignant – et non plus seulement déclaratif - relatif aux droits de l'Homme et à leurs mesures de mise en œuvre<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> Rés. 63/117 (10 décembre 2008).

<sup>186</sup> V. not. les art. 22 à 26 DUDH.

<sup>187</sup> Rés. 217 (III) E (10 décembre 1948).

L'opposition idéologique de la guerre froide ne facilite pas les négociations sur le contenu des droits de l'Homme. Mais un consensus semble se dégager autour de l'idée selon laquelle les droits civils et politiques engendrent une obligation d'abstention de la part des Etats, une obligation de ne pas agir, obligation dont le respect ou la violation peut facilement être constaté par un juge. En revanche, les droits économiques, sociaux et culturels entraîneraient une obligation d'agir et de mettre en œuvre des politiques économiques et sociales propres à en garantir l'effectivité. Cette obligation relèverait alors de choix législatifs et gouvernementaux arbitrants entre les différents moyens de réaliser ces droits mais également entre différentes priorités budgétaires – la concrétisation des droits sociaux étant perçue comme nécessairement coûteuse. Le juge ne pourrait dès lors s'immiscer dans ces matières et examiner le (non)respect des droits sociaux sans porter atteinte à la séparation des pouvoirs au niveau national, à la souveraineté étatique au niveau international<sup>188</sup>. Entérinant la conception selon laquelle les deux catégories de droits nécessitent des mesures de mise en œuvre et des modalités de contrôle différents, l'Assemblée générale prie la Commission de rédiger deux pactes distincts, l'un consacré aux droits civils et politiques et l'autre aux droits économiques, sociaux et culturels<sup>189</sup>.

Une quinzaine d'année de négociations plus tard, le 16 décembre 1966, l'Assemblée générale adopte le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)<sup>190</sup>. Le premier consacre alors des droits dont la violation doit pouvoir faire l'objet de recours au niveau national (art. 2 § 3), ainsi que d'une communication interétatique (art. 41) ou individuelle (premier protocole facultatif au PIDCP) devant le Comité des droits de l'Homme au niveau international. Le deuxième reconnaît un certain nombre de droits dont la réalisation, nécessairement progressive, tributaire du niveau de développement, des ressources disponibles par chaque Etat et de la coopération internationale (art. 2 § 1), ne sera examinée que par le biais de rapports étatiques précisant les progrès accomplis et remis au Conseil économique et social (art. 16). La distinction entre les deux catégories de droits paraît alors intrinsèque, la différence de régime totalement indépassable, l'absence de justiciabilité des droits sociaux – et donc d'effet direct du PIDESC – entièrement et fermement justifiée<sup>191</sup>.

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

---

<sup>188</sup> V. Com. DH, E/CN.4/640 (16 avril-19 mai 1951).

<sup>189</sup> Rés. 543 (VI) (5 février 1952).

<sup>190</sup> Rés. 2200 A (XXI).

<sup>191</sup> V. not. Jacques MOURGEON, « Les pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme », AFDI, 1967, p. 326 ; Marc BOSSUYT, « La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels », RDH, 1975, p. 783 ; E. W. VIERDAG, « The legal nature of the rights granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », Netherlands YIL, 1978, p. 69.

travaux nécessitent une réflexion sur la nature des droits économiques, sociaux et culturels. Il remet alors en cause les oppositions traditionnelles entre les deux catégories de droits et affirme que tous les droits de l'Homme impliquent trois niveaux d'obligations à la charge des Etats : l'obligation de respecter, de protéger et de réaliser<sup>192</sup>.

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

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

L'obligation de **réaliser** impose à l'Etat *de prendre les mesures* nécessaires pour garantir la satisfaction des besoins fondamentaux d'un individu s'il ne peut y parvenir seul grâce à un effort personnel<sup>193</sup>.

L'Etat a donc un double rôle : chaque droit de l'Homme qu'il soit civil, politique, économique, social ou culturel implique une obligation négative d'abstention, « de respecter », mais également une obligation positive d'action, « de protéger », « de réaliser ». Dans leur dimension positive, tous les droits de l'Homme nécessitent une intervention politique, législative ou gouvernementale et le déploiement de ressources propres à garantir leur réalisation. Dans leur dimension négative, tous les droits de l'Homme impliquent une obligation de résultat, dont le respect peut facilement être contrôlé par un juge<sup>194</sup>.

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

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

---

<sup>192</sup> E/CN.4/Sub.2/1987/23 (7 juillet 1987), § 66.

<sup>193</sup> *Idem*, § 66-69.

<sup>194</sup> *Ibid.*, not. § 43- 48, § 70-73, § 115-117.

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

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

Si, jusqu'ici, les Comités internationaux habilités à examiner des communications individuelles, ne sont pas compétents pour appliquer directement le PIDESC, ils appliquent et interprètent les conventions qu'ils ont en charge de faire respecter de manière à garantir certains droits sociaux, que l'obligation contrôlée relève alors du respect, de la protection ou de la réalisation de ces droits (A). Parallèlement, la Cour internationale de Justice, compétente en matière de différends interétatiques, a reconnu récemment que le PIDESC pouvait être invoqué directement devant elle. Il ne s'agissait pas alors d'une instance juridictionnelle mais d'une procédure consultative, mais l'absence de contestation de cette invocabilité et l'influence des avis de la Cour sur l'évolution du droit, en particulier en matière de droits de l'Homme<sup>195</sup>, laissent envisager la possibilité d'une telle invocabilité lors d'une future procédure contentieuse (B).

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

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

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

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

---

<sup>195</sup> Gilbert GUILLAUME, « La Cour internationale de Justice et les droits de l'Homme », *Droits fondamentaux*, 2001, pp. 28-29.

violations des droits reconnus dans le PIDCP (art. 1<sup>er</sup> du PF) à l'exclusion des autres instruments internationaux<sup>196</sup>.

Pour autant, le PIDCP garantit entre autres la liberté syndicale (art. 22 § 1) et la liberté de l'enseignement (art. 18 § 4), droits également consacrés par le PIDESC (art. 8 et 13 § 3). Le CDH offre donc une justiciabilité à ces droits, mais uniquement dans leur rédaction issue du PIDCP à l'exclusion explicite de celle parfois plus généreuse prévue par le PIDESC<sup>197</sup>. Notons en outre, que la protection de ces deux libertés par le CDH concerne toujours l'obligation négative de s'abstenir de toute ingérence dans l'exercice de ces droits.

Toutefois, le CDH va progressivement admettre la potentialité sociale de certains droits civils et politiques et renforcer ainsi indirectement l'effectivité des droits sociaux. Ainsi lorsqu'il estime que l'interdiction du travail forcé ou obligatoire (art. 8 § 3 PIDCP) peut être invoquée à l'encontre d'un régime d'assurance-chômage imposant en contrepartie de la prestation sociale un travail dégradant ou déshumanisant, il est possible de considérer qu'il veille indirectement à l'absence d'ingérence disproportionnée dans le droit à la sécurité en cas de chômage (art. 25 § 1 DUDH)<sup>198</sup>. Ou encore, lorsqu'il constate que le refus d'un Etat d'autoriser un avortement thérapeutique peut constituer une immixtion arbitraire dans le vie privée (art. 17 PIDCP), une violation de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (art. 7 PIDCP) et que, couplé à l'absence d'appui médicale et psychologique, il fait apparaître une violation du droit des mineurs à une protection (art. 24 § 1)<sup>199</sup>, on n'est pas loin d'une justiciabilité du droit aux soins engendrant une obligation aussi bien négative que positive, une obligation de respecter aussi bien qu'une obligation de réaliser.

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

---

<sup>196</sup> CDH, 25 août 1977, C.E., 13/1977 ; CDH, 26 mars 1980, K.L., 59/1979 ; CDH, 6 avril 1983, I.M., 129/1982 ; CDH, 2 mars 1985, J.D.P., 178/1984.

<sup>197</sup> CDH, 18 juillet 1986, J.B., 118/182, § 6.4.

<sup>198</sup> CDH, 31 octobre 2005, Faure, 1036/2001, § 7.5 (a contrario).

<sup>199</sup> CDH, 24 octobre 2005, K.N.L.H., 1153/2003.

le niveau de développement de l'Etat partie » et « même si des considérations économiques ou budgétaires peuvent rendre ces obligations difficiles à respecter ». Ces exigences sont donc d'applicabilité immédiate et d'invocabilité directe devant le Comité, quels que soient les choix politiques et les coûts que leur réalisation nécessite<sup>200</sup>.

Le PIDCP semble donc receler de dispositions susceptibles de permettre au CDH de garantir, sous certains aspects, des droits sociaux, même si le Comité conserve une certaine mesure dans son interprétation<sup>201</sup>. Cette utilisation des droits civils et politiques offrant une justiciabilité indirecte aux droits sociaux ne semble pas avoir été fortement contestée. La protection des droits sociaux par l'intermédiaire du principe de non-discrimination a soulevé d'avantage de résistance.

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

Dix ans après son entrée en vigueur, le Comité des droits de l'Homme rend une de ses constatations les plus audacieuses : l'article 26 PIDCP interdit « toute discrimination de droit ou de fait dans tous les domaines relevant de l'autorité et de la protection des pouvoirs publics » . Dès lors, le principe de non-discrimination énoncé ne vaut pas seulement à l'égard de la jouissance des droits garantis par le Pacte, mais aussi à l'égard de toute la législation d'un pays que celle-ci soit à caractère social ou non. Autrement dit, si un Etat reconnaît certains droits sociaux ou offre certaines prestations sociales, il doit garantir la jouissance de ceux-ci sans discrimination aucune<sup>202</sup>. Le principe de non-discrimination dans la jouissance des droits sociaux devient donc d'application immédiate et d'invocabilité directe. Le Comité élargit alors le cercle des bénéficiaires potentiels de prestations sociales sans égard pour les ressources disponibles, financières notamment, d'une telle décision.

Pour autant, si cette interprétation téméraire de l'art. 26 est susceptible d'avoir une influence considérable sur la manière dont les législations sociales seront désormais examinées par le CDH, sa mise en œuvre reste mesurée : classiquement tout d'abord, le Comité accepte qu'une distinction puisse être justifiée par des motifs objectifs et raisonnables : ainsi, alors que constitue une discrimination injustifiée le fait d'exiger d'une femme de prouver son statut de « soutien de famille » pour bénéficier d'une allocation chômage<sup>203</sup> ou l'octroi de pensions inférieures aux militaires de l'armée française de nationalité sénégalaise par rapport à celles octroyées aux militaires français<sup>204</sup>, est justifiée l'exigence conditionnant l'octroi d'une allocation familiale à la preuve que les

---

<sup>200</sup> CDH, 21 juillet 1994, A. Womah Mukong, 458/1991, § 9.3.

<sup>201</sup> V. par ex. CDH, 23 juillet 1997, J. et J. Hendrika van Oord, 658/1995.

<sup>202</sup> CDH, 9 avril 1987, Broeks, Danning, Zwaan-de Vries, 172/1984, 180/1984, 182/1984, § 12.3.

<sup>203</sup> CDH, 9 avril 1987, Broeks, Zwaan-de Vries, 172/1984, 182/1984

<sup>204</sup> CDH, 13 avril 1989, Gueye, 196/1985.

parents interviennent effectivement dans l'éducation des enfants recueillis vivant à l'étranger (condition pourtant non exigée pour les enfants naturels)<sup>205</sup>.

De manière plus originale, le Comité estime que l'interdiction de discrimination « ne s'étend pas aux différences de résultats que peut donner l'application » « uniforme » de règles communes » dans l'attribution de prestations sociales. Il refuse alors de s'intéresser aux conséquences discriminatoires d'une loi uniformément appliquée et de consacrer une obligation de traiter différemment les personnes se trouvant dans des situations différentes. Ceci lui permet d'accepter, dans certains cas, facilement, l'absence de discrimination ou sa justification, offrant ainsi une souplesse à l'interdiction de l'art. 26, mais rendant parallèlement son application peu prévisible et aléatoire<sup>206</sup>. Cependant, atténuant quelque peu cette pratique, le Comité accepte désormais qu'une violation de l'article 26 puisse résulter également d'une « discrimination indirecte » autrement dit de « l'effet discriminatoire d'une règle [...] apparemment neutre ou dénuée de toute intention discriminatoire », si ces effets « affectent exclusivement ou de manière disproportionnée des personnes particulières en raison de leur race, couleur, sexe » ou de tout autre situation sur la base de laquelle il est interdit de fonder une discrimination directe<sup>207</sup>.

En dépit de l'application de l'art. 26 aux discriminations directes et indirectes en matière sociale, la « politique quasi-judiciaire » du Comité semble mesurée : d'un côté, il refuse une conception strictement individualiste du principe de non-discrimination appliqué aux droits sociaux, qui impliquerait que l'Etat doive garantir tous les choix individuels par l'octroi de prestations sociales. C'est d'ailleurs bien souvent le choix par un individu de la situation dans laquelle il se trouve qui conduira le Comité à refuser de qualifier la discrimination et confortera l'objectivité et la rationalité des distinctions sur lesquelles l'Etat a décidé de fonder sa législation sociale. Ainsi, est justifiée la distinction entre couple marié et non-marié dans l'octroi de prestations sociales en raison du choix des couples de ne pas se marier et de refuser les droits et obligations liés au mariage<sup>208</sup>. En revanche, n'est pas justifiée la distinction fondée sur l'orientation sexuelle interdisant aux couples homosexuels un avantage social octroyé aux couples hétérosexuels non mariés<sup>209</sup>.

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

---

<sup>205</sup> CDH, 23 octobre 1992, Lahcen, 406/1990.

<sup>206</sup> V. par ex. : CDH, 24 mars 1988, P.P.C., 212/1986 ; CDH, 29 mars 1989, Vos, 218/1986 ; CDH, 30 octobre 1989, H.A.E.D.J., 297/1988 ; CDH, 26 juillet 1993, A.P.L., 478/1991.

<sup>207</sup> CDH, 22 septembre 2003, Althammer, 998/2001, § 10.2 (à propos de la suppression d'une allocation).

<sup>208</sup> CDH, 9 avril 1987, Danning, 180/1984, § 14 ; V. également : CDH, 5 avril 1988, Blom, 191/1985, § 10.3 ; CDH, 19 mars 2010, Novotny, 1778/2008, § 6.3.

<sup>209</sup> CDH, 6 août 2003, Young, 941/2000, § 10.4.

mise en œuvre des droits sociaux, il impose seulement, lorsque de tels régimes existent, qu'ils respectent l'interdiction de discrimination<sup>210</sup>. Mais en outre, sur le fond, il refuse de protéger, par le biais de la non-discrimination, les droits sociaux contre une politique économique nationale particulièrement austère : un plan général de restructuration de l'administration en vue d'obtenir la stabilité économique et l'équilibre budgétaire, dans le cadre du processus de libéralisation du commerce et qui vise donc à réduire le surnombre des fonctionnaires en licenciant *les plus âgés* ne constituent pas une discrimination injustifiée<sup>211</sup>.

L'interprétation du Comité tendant à appliquer l'article 26 au régime des droits sociaux ne s'est pourtant pas faite sans de nombreuses contestations, provenant des Etats, des juridictions nationales et également de quelques membres du Comité, les arguments – très classiques - des uns confortant ceux des autres : « il résulte de la coexistence [des deux Pactes], ouverts à la signature le même jour, que l'article 26 [PIDCP] ne peut concerner que les droits civils et politiques mentionnés par ce pacte et a pour seul objet de rendre directement applicable le principe de non-discrimination propre à ce pacte »<sup>212</sup>, voire aux droits civils et politiques non contenus dans ce Pacte. Les discriminations dans la jouissance des droits sociaux tombent uniquement sous le coup de l'article 2 § 2 PIDESC, dont le respect est contrôlé par voie de rapports. S'il en est ainsi c'est parce que la législation sociale, établie dans un but de justice sociale doit nécessairement faire des distinctions. Il revient alors au corps législatif de chaque pays, qui connaît le mieux les besoins socio-économiques nationaux de s'efforcer de réaliser la justice sociale et en choisissant sur quelle base il effectuera ces distinctions, le Comité ne devant intervenir qu'en cas de distinctions « manifestement discriminatoires ou arbitraires »<sup>213</sup>. L'élimination des discriminations en matière de droits sociaux est progressive, fonction des besoins sociétaux et des ressources disponibles. « Les parties contractantes ont de propos délibéré décidé de faire cette distinction [entre les deux pactes] dans les systèmes de contrôle international, parce que, *de par leur nature et leur contenu, les droits économiques, sociaux et culturels, ne se prêtent pas à l'examen judiciaire d'une plainte émanant d'un Etat partie ou d'un particulier* »<sup>214</sup> et en tout état de cause, l'interdiction de discrimination peut être invoquée pour

---

<sup>210</sup> CDH, 9 avril 1987, Broeks, Danning, Zwaan-de Vries, 172/1984, 180/1984, 182/1984, § 12.5.

<sup>211</sup> CDH, 27 mars 2006, R. S. Hinostrza Solis, 1016/2001 ; comp. avec les interprétations beaucoup plus politiques des opinions individuelles de MM. W. KÁLIN, E. JOHSON, M. O'FLAHERTY ET H. SOLARI-YRIGROYEN.

<sup>212</sup> CE Ass., avis, 15 avril 1996, Mme Doukouré, Conclusions contraires de Philippe MARTIN, Commissaire du Gouvernement, RFDA, 1996, p. 808 (refus du Conseil d'Etat de suivre les constatations du CDH, 13 avril 1989, Gueye, 196/1985 sur les mêmes faits et le même problème de droit) ; Jean DHOMMEAUX, « L'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le droit des pensions », RFDA, 1996, p. 1239.

<sup>213</sup> Opinions individuelles de MM. K. HERNDL, R. MÜLLERSON, B. NDIAYE, W. SADI, sous CDH, 23 octobre 1992, Lahcen, 406/1990 ; v. également opinions individuelles de MM. N. Ando, K. Herndl et B. Ndiaye, sous CDH 31 mars 1992, Sprenger, 395/1990.

<sup>214</sup> CDH, 9 avril 1987, Broeks, 172/1984, § 8.3-8.5 (nous soulignons) ; CDH, 7 avril 1994, Cavalcanti, 418/1990 § 5.5-5.6 ; CDH, 25 novembre 1998, Cornelis Hoofdham, 602/1994, § 8.5.

interdire les ingérences de l'Etat dans l'exercice des droits fondamentaux, mais elle ne peut être invoquée pour créer de nouveaux droits ou pour bénéficier de prestations sociales positives<sup>215</sup>.

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

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

Contrairement aux affaires portées devant le CDH, ce n'est pas l'obligation de respecter le principe de non-discrimination dans l'octroi de droits sociaux qui est principalement en jeu devant le CEDR. Il s'agit en effet essentiellement d'affaires dans lesquelles l'Etat n'a pas suffisamment protégé un individu contre la discrimination qu'il subissait du fait d'un autre individu le privant ainsi de la jouissance de ses droits sociaux. Ainsi, viole l'art. 5 e) l'Etat qui ne protège pas suffisamment une salariée contre un licenciement discriminatoire<sup>216</sup>, qui ne lutte pas contre les discriminations opérées par les agences immobilières<sup>217</sup> ou qui cède à la pression des habitants hostiles à la construction de logements sociaux bénéficiant principalement aux Roms<sup>218</sup>. Le Comité ne se prive pas alors pas de recommander l'adoption de *mesures concrètes* pour faire cesser la discrimination invitant l'Etat à faire usage de ses bons offices pour assurer un nouvel emploi à la victime ou à revenir sur sa décision favorable à la construction de logements sociaux<sup>219</sup>.

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

---

<sup>215</sup> Opinions individuelles de MM. A. Amor et A.T. Khalil, CDH, 30 mars 2007, X., 1361/2005.

<sup>216</sup> CEDR, 28 mai 1984, A. Yilmaz-Dogan, 1/1984 (droit au travail).

<sup>217</sup> CEDR, 21 mars 2001, F.A., 18/2000 (droit au logement).

<sup>218</sup> CEDR, 7 mars 2005, L.R., n° 31/2003 (droit au logement des roms).

<sup>219</sup> V. aussi, à propos du droit à l'éducation, CEDR, 8 août 2007, Murat Er, 40/2007.

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

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

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

Le CEDAW accepte alors l'invocabilité de ces articles par la voie des communications, sans considérer nullement qu'ils sont de réalisation progressive, et alors même qu'au niveau interne, l'Etat concerné faisait valoir l'absence d'applicabilité et d'effet directs. Le Comité est ainsi en mesure de constater une violation de la Convention, lorsque le droit à des congés maternité n'est pas garanti nationalement, même si le régime juridique de ce droit ressort exclusivement de la compétence nationale, sous réserve du respect des exigences de la Convention<sup>220</sup>. Parallèlement, le Comité constate que l'absence de soins fournis aux femmes enceintes constitue une violation de la convention, confirmant ainsi la justiciabilité de l'obligation de réaliser les droits sociaux par des mesures positives, même si ceci implique une modification législative<sup>221</sup>.

---

<sup>220</sup> CEDAW, 14 août 2006, Mme Dung Thi Thuy Nguyen, 3/2004.

<sup>221</sup> CEDAW, 14 août 2006, A.S., 4/2004.

Par le biais de la procédure de communication individuelle, les Comités, gardiens du PIDCP, de la Conv. EDR et de la Conv. EDAW ont taillé une brèche dans l'impensable justiciabilité des droits sociaux<sup>222</sup>. Il reste qu'aucun comité n'était jusqu'ici compétent pour recevoir des communications relatives à une violation du PIDESC. Dès lors, ce pacte restait injusticiable et les garanties quasi-juridictionnelles offertes aux droits sociaux par les différents Comités, lacunaires. C'est alors la Cour internationale de Justice qui va offrir au PIDESC sa première application internationale autonome.

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

La Cour internationale de Justice (CIJ) comme son ancêtre, la Cour Permanente de Justice internationale (CPJI), ne peut pas être saisie par les individus. Mais saisies par un organe international compétent, ces deux cours ont pu se prononcer sur diverses questions relatives aux droits de l'Homme. La CPJI a ainsi eu l'occasion de faire respecter la liberté de l'enseignement dans sa dimension tant négative<sup>223</sup> que positive<sup>224</sup>. Elle contribua surtout indirectement, par une interprétation large des compétences de l'Organisation Internationale du Travail, à renforcer les droits sociaux des travailleurs non manuels<sup>225</sup> et des agriculteurs, affirmant d'ailleurs que ces derniers doivent bénéficier, au même titre que les autres travailleurs, entre autres, d'un salaire assurant un niveau de vie convenable, d'une journée de travail limitée à huit heures, d'un repos hebdomadaire<sup>226</sup>.

Devant la CIJ, les droits sociaux protégés par la DUDH ou par le PIDESC ont pu être invoqués, dans leur dimension tant négative que positive, par certains Etats<sup>227</sup> ou par certains juges dissidents<sup>228</sup>. Le 9 juillet 2004, au

---

<sup>222</sup> Brèche qui pourra être confirmée par le Comité des droits des personnes handicapées chargé de l'application de la Convention y relative, qui contient un certain nombre de droits sociaux et dont le protocole permettant les communications individuelles est entré en vigueur le 3 mai 2008.

<sup>223</sup> CPJI, avis du 6 avril 1935, Ecoles minoritaires en Albanie, AB64, p. 20 : l'interdiction des écoles privées rompt l'égalité de traitement en privant la minorité linguistique des institutions appropriées, alors que la population majoritaire continue à bénéficier des institutions étatiques.

<sup>224</sup> CPJI, arrêt du 26 avril 1928, Ecoles minoritaires en Haute Silésie, A15, p. 41 : l'Etat doit respecter les dispositions internationales imposant de créer des écoles publiques permettant aux enfants issus des minorités de suivre une instruction dans leur langue maternelle.

<sup>225</sup> CPJI, avis du 15 novembre 1932, OIT-Travail de nuit des femmes, AB50.

<sup>226</sup> CPJI, avis du 12 août 1922, OIT-Agriculture, B02, p. 23-28.

<sup>227</sup> V. not. : CIJ, 20 mars 1993, Requête introductive d'instance, Application de la convention pour la prévention et répression du crime de génocide, § 132 : la Yougoslavie violerait de nombreux droits garantis par la DUDH dont les art. 22-26 relatifs aux DESC.

<sup>228</sup> V. not. les opinions dissidentes de M. WEERAMANTRY, suite à l'avis CIJ, 8 juillet 1996, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, p. 506 : les armes nucléaires portent atteinte aux droits aux soins médicaux (art. 25, par. 1), à la protection de la maternité et de l'enfance (art. 25, par. 2) au droit à la vie culturelle (art. 27, par. 1) DUDH, ou suite à l'avis CIJ, 8 juillet 1996, Licéité de l'utilisation des armes nucléaires, p. 144-145 : par l'art. 12 PIDESC, « Chaque Etat est [...] tenu de respecter le droit à la santé de tous les membres de la communauté internationale. [...] Le libellé du pacte va au-delà de la simple reconnaissance ou de la déclaration d'intention », puisqu'en vertu de l'art. 2§1, les Etats « s'engagent » à garantir les droits sociaux.

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

### **1) La reconnaissance d'une violation du PIDESC**

Selon la CIJ, la construction du mur séparant les territoires israéliens et palestiniens méconnaît de nombreuses conventions internationales relatives aux droits de l'Homme (CIDH) en restreignant la liberté de circulation des palestiniens, entravant ainsi la production agricole, l'accès aux services de santé et d'éducation ainsi que l'approvisionnement en eau. Ainsi, « la construction du mur [...] entrave[...] l'exercice par les intéressés des droits au travail, à la santé, à l'éducation et à un niveau de vie suffisant tels que proclamés » par le PIDESC (§ 133-134), sans que soient respectées les exigences que l'art. 4 du Pacte fait peser sur toutes limitations aux droits du PIDESC<sup>229</sup>, en particulier le fait qu'elles doivent être établies « exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique » (§ 136).

C'est alors la reconnaissance d'une violation du PIDESC, mais plus encore la recherche d'une justification à cette violation, qui renforcent théoriquement la possible justiciabilité des droits sociaux : ceux-ci ne sont plus de simples déclarations d'objectifs grandement utopiques, puisqu'une Cour peut les appliquer, en prenant en considération les exigences diverses qui pèsent sur un Etat et qui sont susceptibles de justifier objectivement la nécessité d'une mesure restrictive. Finalement, c'est l'existence d'un contrôle par le juge de la nécessité d'une atteinte aux droits de l'Homme, qui rend leurs lettres de noblesse juridique à ces derniers et qui leur permet d'accéder au statut de « véritables droits ». Ainsi, le respect des droits sociaux comme celui des droits civils « est susceptible de faire l'objet d'une détermination objective *in concreto*, si l'on prend la peine d'appliquer la méthodologie découlant de la prise en compte du principe d'intangibilité : détermination d'une atteinte au droit, puis recherche d'une justification de l'atteinte par l'utilisation des critères de légalité de l'omission et de la nécessité de cette omission au regard d'un « but légitime » dans une société démocratique »<sup>230</sup>.

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

---

L'art. 2§2 (non-discrimination dans la jouissance des DESC) « ajoute une obligation de prendre des mesures effectives pour garantir le droit à la santé à la population mondiale » (nous soulignons).

<sup>229</sup> Art. 4 PIDESC : « [...] dans la jouissance des droits assurés par l'Etat conformément au présent pacte, l'Etat ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique ».

<sup>230</sup> Olivier DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international*, Pédone, 2004, p. 257.

mis en cause qui ne cherche à aucun moment à soulever l'injusticiabilité du Pacte, ni à la doctrine<sup>231</sup>, qui ne relève pas, ne serait-ce qu'étonnée, cette nouveauté – à une époque pourtant où, à l'ONU, on débat fortement de l'(in)opportunité de mettre en œuvre une procédure de communication relative au PIDESC. Cette invocabilité peut en effet sembler évidente : ce n'est pas parce qu'une convention n'est pas d'applicabilité et d'invocabilité directes au niveau national et qu'elle ne souffre d'aucune procédure de communication individuelle au niveau international, qu'elle ne pose pas de réelles obligations interétatiques contraignantes susceptibles d'engager la responsabilité internationale d'un Etat et d'être invoquées devant la Cour internationale de Justice.

Pourtant, il eût été envisageable d'objecter à cette invocabilité l'idée selon laquelle les Etats parties au Pacte n'ont pas prévu de procédure de communication étatique, contrairement à ce qu'ils ont mis en place à l'art. 41 PIDCP, parce que, de par leur nature, les droits sociaux ne se prêtent pas à l'examen judiciaire d'une plainte émanant d'un Etat partie. Ou encore, à l'image du seul juge qui évoque le sujet au sein de son opinion individuelle, on eût pu estimer qu'il n'est pas nécessairement « judicieux de solliciter des avis consultatifs de la Cour sur le respect par les Etats parties de leurs obligations » résultant des deux PI « qui font l'objet d'un suivi plus détaillé de la part d'organes créés à cette fin », ce d'autant plus que la « situation » du PIDESC « est encore plus singulière étant donné les programmes exigés pour la réalisation de cette catégorie de droits »<sup>232</sup> et brandir ainsi à nouveau l'argument de la progressivité pour justifier l'exclusivité d'un examen sur rapport.

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

---

<sup>231</sup> V. not. : Juan Manuel GOMEZ-ROBLEDO, « L'avis de la CIJ sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé : timidité ou prudence ? », RGDIP, 2005, p. 521 ; Nicolas HAUPAIS, « Les obligations de la puissante occupante au regard de la jurisprudence et de la pratique récentes », RGDIP, 2007, p. 117 ; Guislain POISSONNIER et Pierre OSSELAND, « Les colonies israéliennes de Cisjordanie en droit international », RGDIP, 2010, p. 63.

<sup>232</sup> Mme HIGGINS, Opinion individuelle sous CIJ, avis du 9 juillet 2004, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé, § 26-27.

## 2) Le régime juridique des droits sociaux précisé

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

La Cour adopte toutefois une conception relativement large (et logique) de la compétence territoriale en précisant que le PIDESC « s'applique à la fois aux territoires placés sous la souveraineté d'un Etat partie » – sur son territoire national donc – « et à ceux sur lesquels un tel Etat exerce une juridiction territoriale » autrement dit, sur les territoires que l'Etat contrôle (§ 112). Ainsi, « sans que la solution soit parfaitement claire, la Cour semble relier l'application [du PIDESC] à une situation de contrôle territorial sur les territoires occupés, ce qui indique *a contrario* qu'une absence de contrôle aurait abouti à la conclusion que le pacte en cause est inapplicable. Il en résulte que les deux pactes ne sont pas soumis à des conditions d'application exactement similaires<sup>233</sup>, que le régime juridique applicable à ces deux catégories de droit diffère, puisque la Cour estime que le PIDCP doit être respecté au sein et en dehors du territoire national, sans référence aucune à la notion de juridiction territoriale.

L'obligation de respecter, de s'abstenir de porter atteinte aux droits du PIDESC s'applique alors sur le territoire national et sur les territoires contrôlés pour les compétences exercées à ce titre, mais elle concerne également l'obligation de « ne pas faire obstacle à l'exercice de tels droits » dans les domaines où la puissance occupée a sauvegardé une compétence (§ 112). Ces obligations ne cessent pas en cas de conflit armé (§ 106). Le respect du droit au travail, à la santé, à l'éducation à un niveau de vie suffisant ne constitue pas pour autant une obligation *erga omnes*, puisqu'en deçà du célèbre *obiter dictum* de l'Arrêt *Barcelona Traction* qui conférait ce statut à tous « les droits fondamentaux de la personne humaine »<sup>234</sup>, la CIJ ne le reconnaît en l'espèce qu'au droit des peuples à l'autodétermination et à certaines obligations relevant du droit international humanitaire (§ 159).

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

---

<sup>233</sup> Nicolas HAUPAIS, précit., p. 139.

<sup>234</sup> Philippe WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale », RGDIP, 2004, p. 1036.

devant elle lors d'un différend interétatique<sup>235</sup>. Pour interpréter le PIDESC, elle utilise les observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CODESC) sur les rapports étatiques comme « un moyen complémentaire d'interprétation » (au sens de l'art. 32 de la Convention sur le droit des traités). En revanche, elle utilise la pratique du CDH (qu'il s'agisse des constatations suite à une communication, de ses observations finales ou générales) comme « prémisses d'interprétation » du PIDCP. Cette grande « déférence » qui « procède d'un choix discrétionnaire » de la Cour<sup>236</sup> pourrait éventuellement s'appliquer au CEDAW et au CEDR renforçant ainsi le poids juridique de leur pratique, en matière de droits sociaux en particulier. La Cour pourra alors peut-être également témoigner d'un respect identique face à la pratique du CODESC, lorsque celui-ci, conformément aux souhaits qu'il réitère depuis son entrée en vigueur, statuera sur les communications alléguant d'une violation du PIDESC.

## II. La concrétisation de la justiciabilité internationale du PIDESC

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

### A. La démonstration méthodique de la justiciabilité des droits sociaux

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

---

<sup>235</sup> Cette justiciabilité pourra peut-être être confirmée prochainement lors d'une procédure contentieuse : V. CIJ, 31 mars 2008, Requête introductive d'instance, Epandage aérien d'herbicide.

<sup>236</sup> Raphaële RIVIER, « Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Cour internationale de Justice, Avis consultatif du 9 juillet 2004 », AFDI, 2004, p. 300-301.

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

### **1) La nature des obligations découlant du PIDESC**

Afin de guider les Etats dans la rédaction de leurs rapports, le CODESC va rapidement adopter un certain nombre d'« observations générales » qui précisent les obligations découlant des dispositions du PIDESC. En 1990 en particulier, il s'intéresse à l'article 2 § 1 qui pose la nature de ces obligations et sur lequel se sont cristallisés tous les développements relatifs à la réalisation nécessairement progressive des DESC justifiant ainsi leur absence d'applicabilité immédiate et de justiciabilité. Le CODESC bouscule alors ces perceptions et présente une nouvelle appréhension de la nature des obligations issues du PIDESC<sup>237</sup>. Tout d'abord, le Pacte impose « diverses obligations ayant un effet immédiat », au premier rang desquelles figurent l'obligation de garantir les DESC sans discrimination et l'obligation d'agir « dans un délai raisonnablement bref » par des mesures délibérées et concrètes en vue d'assurer le plein exercice de ces droits (§ 1-2), obligation sans laquelle la réalisation contraignante du Pacte serait dépourvue de tout contenu effectif. Certes, il ne peut être exigé des Etats la réalisation immédiate, pleine et entière des droits issus du Pacte. Mais les Etats doivent « œuvrer aussi rapidement et aussi efficacement que possible pour atteindre cet objectif ». En conséquence, « toute mesure délibérément régressive » au regard de la réalisation des droits sociaux « doit impérativement être examinée avec le plus grand soin, et pleinement justifiée par référence à la totalité des droits sur lesquels porte le Pacte, et ce en faisant usage de toutes les ressources disponibles » (§ 9).

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

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

---

<sup>237</sup> Observation générale n° 3, La nature des obligations des Etats parties, E/1991/23 (14 décembre 1990).

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

Le Comité précise par ailleurs que certaines dispositions du Pacte « sont susceptibles d'être immédiatement appliquées par des organes de caractère judiciaire » dans « de nombreux systèmes juridiques nationaux » et cite alors classiquement l'interdiction de discrimination et un certain nombre de libertés protégées par le Pacte. Mais il ajoute à cette liste des droits qui nécessitent avant tout pour leur réalisation de fortes actions étatiques et la disposition de ressources importantes, tel que le droit à un enseignement primaire gratuit pour tous (§ 5). Il précise quelques années plus tard qu'« il n'existe dans le Pacte aucun droit qui ne puisse être considéré, dans la grande majorité des systèmes, comme comportant au moins quelques aspects importants qui sont invocables ». On ne peut opposer à l'invocabilité des DESC le fait qu'elle conduit le juge à se prononcer sur l'allocation des ressources, question qui relèverait par principe des autorités politiques, puisqu'on ne refuse pas en d'autres matières que les tribunaux puissent traiter « d'un vaste éventail de questions qui ont d'importantes incidences financières ». Par ailleurs, « bon nombre » de dispositions du Pacte « sont libellées en des termes qui sont au moins aussi clairs et précis que ceux des autres instruments relatifs aux droits de l'Homme, dont les tribunaux considèrent généralement les dispositions comme directement applicables ». Ainsi, conclut le Comité, « l'adoption d'une classification rigide des droits économiques, sociaux et culturels qui les placerait, par définition, en dehors de la juridiction des tribunaux serait [...] arbitraire et incompatible avec le principe de l'indivisibilité et de l'interdépendance des deux types de droits de l'Homme »<sup>238</sup>.

C'est désormais à l'aune de ces précisions relatives aux obligations incombant aux Etats que le Comité resserre son contrôle des rapports étatiques n'hésitant désormais plus à relever que le manque de ressources matérielles du Rwanda est impropre à justifier l'interdiction de syndicats, que la pauvreté de la Colombie ne la dégage pas des obligations qui lui incombent en vertu du Pacte ou à regretter l'absence d'invocabilité directe du Pacte devant les tribunaux néerlandais<sup>239</sup>. Parallèlement, il continue, par la pratique des obligations générales, à préciser les obligations découlant des droits issus du Pacte, en

---

<sup>238</sup> Observation générale n° 9, Application du Pacte au niveau national, E/C.12/1998/24, (3 décembre 1998), § 9-11.

<sup>239</sup> Observations finales citées par Jean DHOMMEAUX, « La contribution du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies à la protection des droits économiques, sociaux et culturels », AFDI, 1994, p. 647-648.

appliquant à chaque droit la théorie de l'aspect tridimensionnelle des obligations découlant du PIDESC (respecter, protéger, réaliser)<sup>240</sup>.

Ainsi, dès lors que la teneur des obligations du PIDESC a été précisée, que la réalisation progressive ne s'oppose plus à une certaine application immédiate, que les droits issus du Pacte sont suffisamment précis pour être appliqués par les juges nationaux en dépit des ressources qu'ils nécessitent, il devient plus difficile de s'opposer à une procédure de communication internationale. Autrement dit, « le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a fourni suffisamment de précisions sur le contenu des obligations imposées aux Etats parties au Pacte pour que ces obligations puissent être considérées comme « justiciables », c'est-à-dire pour qu'il soit possible au Comité de porter une appréciation motivée en droit sur l'allégation que contient une communication individuelle selon laquelle un Etat partie n'a pas respecté ces obligations »<sup>241</sup>. Les précisions apportées par le Comité relatives à la nature des obligations découlant du Pacte vont d'ailleurs le conduire à faire évoluer son examen des rapports vers un mécanisme officieux de communications.

## **2) Vers un mécanisme officieux de communications<sup>242</sup>**

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

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

---

<sup>240</sup> V. not. Observation Générale n° 12, Le droit à une nourriture suffisante, E/C.12/1999/5, (12 mai 1999), § 15 ; Observation générale n° 13, Le droit à l'éducation, E/C.12/1999/10, (8 décembre 1999), § 46.

<sup>241</sup> Olivier DE SCHUTTER, « Le Protocole Facultatif au Pacte International Relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels », RBelg.DI, 2006, p. 20.

<sup>242</sup> Réflexion directement inspirée de Matthew CRAVEN, « Towards an unofficial petition procedure : A review of the role of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights », in Social Rights as Human Rights: A European Challenge, Krzysztof DRZEWICKI et al. (eds), Abo/Turku, 1994, p. 91.

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

Pourtant, le CODESC qui examine les rapports depuis 1987 modifie fondamentalement le sens de cette procédure, en demandant aux Etats de rendre des comptes sur la mise en œuvre de leurs obligations et en se prononçant sur la violation des dispositions du Pacte, violation qui peut résulter autant d'une action positive que d'une abstention : ainsi, en 1989, la France porte atteinte aux droits du Pacte en imposant une condition de nationalité à l'octroi d'une allocation en faveur des personnes handicapées, et en 1991, l'Equateur est invité à harmoniser son code du travail avec les normes internationales<sup>243</sup>. Dans ces dernières observations finales relatives au rapport français, le Comité n'hésite pas à noter que « le nombre des hébergements d'urgence [...] est trop faible pour répondre à la demande grandissante », « que les progrès accomplis pour favoriser la réinsertion sociale des personnes sans domicile sont encore insuffisants » et à recommander « de prendre toutes mesures appropriées pour améliorer sur les plans quantitatif et qualitatif les dispositifs d'accueil »<sup>244</sup>. On est alors bien loin d'une pure incitation par la remise de rapport et d'une simple proposition d'assistance internationale.

Nécessairement, l'examen par le Comité ne peut plus dès lors se contenter de la présentation d'un état des lieux par les Etats parties, et sous certains aspects, ses méthodes vont s'avérer plus inquisitoriales : la lecture du rapport étatique le conduit à demander au représentant de l'Etat concerné des précisions sur le respect des droits économiques, sociaux et culturels. Si les informations étatiques sont insatisfaisantes, le CODESC demande la mise en place d'une procédure d'enquête. Parallèlement, un souci du contradictoire émerge et le Comité accepte que des organisations non gouvernementales lui apportent à différents stades de l'examen des présentations écrites et orales et lui déposent un rapport alternatif à celui présenté par l'Etat, dont il tiendra compte dans sa demande de précisions à l'Etat mais également dans ses observations finales<sup>245</sup>. Il n'est plus alors question pour l'Etat uniquement de se congratuler au sujet des progrès accomplis ou de se plaindre des difficultés

---

<sup>243</sup> Observations finales citées par Jean DHOMMEAUX, « La contribution du Comité des droits économiques, sociaux et culturels... », précit., p. 647-648.

<sup>244</sup> E/C.12/FRA/CO/3, (9 juin 2008), § 25 et 46.

<sup>245</sup> Matthew CRAVEN, « The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights », in *Economic, Social and Cultural Rights: a Textbook*, Asbjørn EIDE et al. (eds), M. Nijhoff, 2001, p. 463-465.

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

Mais plus encore, il est arrivé au Comité, alerté d'une violation d'un droit social par une ONG en dehors du processus d'examen des rapports étatiques, de demander à l'Etat concerné un rapport *ad hoc* sur le problème soulevé et d'adresser, sur la base de celui-ci et des informations alternatives fournies par les ONG, un certain nombre de recommandations à l'Etat pour que la pratique contestée cesse. La différence entre la procédure d'examen sur rapport et celle de communications déposées par un groupe de personnes alléguant de la violation d'un droit social s'amenuise peu à peu<sup>246</sup>. Il ne restait plus alors qu'à conforter et à entériner la justiciabilité internationale des DESC devant le CODESC par la création d'un PF au PIDESC.

## **B. La construction progressive du protocole facultatif**

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

### **1) Dix-sept ans de réflexion...**

Dès sa 4<sup>ème</sup> session, en 1990, le CODESC évoque la nécessité de réfléchir sur l'opportunité d'une procédure de communication relative aux violations du PIDESC<sup>247</sup>. A la demande du Comité, Philip Alston, son Président, prépare au sein de différentes notes les éléments d'une discussion sur le sujet<sup>248</sup>, qui sont ensuite régulièrement débattus en séance plénière. On s'interroge alors sur la justiciabilité des droits sociaux, sur l'opportunité d'une procédure internationale de communications, sur les droits susceptibles d'être couverts par un tel mécanisme, sur la possibilité ou non laissée aux Etats parties d'exclure certains droits de cette protection, sur les auteurs de telles communications, particuliers, groupes, organisations non gouvernementales, Etats parties...

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

---

<sup>246</sup> *Idem*, p. 466-467.

<sup>247</sup> E/C.12/1990/3 (15 janv.-2 fév. 1990).

<sup>248</sup> E/C.12.1991/WP.2 (25 oct. 1991) ; C/C.12/1992/WP.9 (27 nov. 1992).

propositions en la matière<sup>249</sup>. Ils reçoivent alors un écho favorable et les représentants des 171 Etats présents encouragent alors, par le biais de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne, la Commission des droits de l'Homme à poursuivre, en coopération avec le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, l'étude d'un PF au PIDESC<sup>250</sup>.

A la demande de la commission, Philip Alston commence à dégager les pistes d'un réel projet de protocole<sup>251</sup>, encouragé dans cette voie par le soutien et par la rédaction de propositions alternatives en provenance de juristes engagés au sein de la société civile internationale<sup>252</sup>. En 1996, après de longs débats, le Comité adopte le rapport final qui synthétise les différents éléments de discussion et qui propose un projet de protocole facultatif à la Commission des droits de l'Homme<sup>253</sup>.

Face à une réception du rapport relativement indifférente de la part des Etats<sup>254</sup>, ce n'est qu'au début des années 2000, que la Commission, poussée par le Haut commissariat aux droits de l'Homme<sup>255</sup> semble prendre réellement le processus en main : elle nomme alors un expert indépendant, Hatem Kotrane, chargé d'examiner le projet sur la base des différents travaux institutionnels ou associatifs entrepris sur le sujet<sup>256</sup>. Au sein de deux rapports, celui-ci défend clairement l'adoption d'un protocole au PIDESC, mais il estime parallèlement que de nombreuses questions doivent être approfondies par la création d'un groupe de travail de la Commission chargé d'examiner les différentes options<sup>257</sup>. En 2004, le groupe de travail tient sa première session. Sa composition « non limitée » permet non seulement aux Etats d'y participer mais également aux organisations non gouvernementales bénéficiant d'un statut consultatif auprès de l'ECOSOC. Sous la présidence de Catarina de Albuquerque, le groupe étudie

---

<sup>249</sup> E/1993/22, (7 décembre 1992), § 234 ; E/C.12/1992/2, Annex IV (11 December 1992)

<sup>250</sup> A/CONF.157/23 (25 juin 1993), § 75.

<sup>251</sup> E/C.12/1994/12 (9 novembre 1994) ; E/C.12/1996/CRP.2/Add.1.

<sup>252</sup> Fons COOMANS et Fried VAN HOOFF (éd.), *The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights : Proceedings of the Expert meeting on the Adoption of an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Utrecht, Netherlands Institute of Human Rights, 1995, 242 p. ; D'une manière générale, la rédaction du PF a particulièrement engagé la société civile internationale, parfois soutenue par certains gouvernements. V. not. : Commission internationale de Juristes, *Droits économiques, sociaux et culturels et le rôle des juristes*, Bangalore, oct.-déc. 1995, *La Revue*, 1995, 235 p ; Michel DOUCIN, Cheffi BRENNER et al., *Séminaire de réflexion sur le projet de Protocole au Pacte des DESC*, Nantes, 5-7 sept. 2005, <http://www.irenees.net/fr/dossiers/dossier-143.html> ; les travaux de la Coalition internationale d'ONG pour un Protocole Facultatif au PIDESC, <http://www.opicesc-coalition.org/francaishome.htm>.

<sup>253</sup> E/CN.4/1997/105, Annexe IV (6 déc. 1996).

<sup>254</sup> Anastasia ILIOPOULOU et Arnaud JAUREGUIBERRY, « Protocole Facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels instituant un mécanisme de plainte, Un entretien avec Catarina de Albuquerque », *Droits fondamentaux*, 2008-2009, <http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?article139>.

<sup>255</sup> E/CN.4/2001/62, Add. 2 et Add. 1 (20-22 mars 2001) ; V. également : E/2006/86 (21 juin 2006) ; E/2009/90 (8 juin 2009).

<sup>256</sup> E/CN.4/RES/2001/30 (20 avril 2001).

<sup>257</sup> E/CN.4/2002/57 (12 fév. 2002) ; E/CN.4/2003/53 (13 janv. 2003).

l'opportunité d'un PF<sup>258</sup>, jusqu'à ce que le Conseil des droits de l'Homme, lors de sa première session en 2006, lui demande officiellement d'en commencer la rédaction<sup>259</sup>. Le processus s'accélère alors considérablement, malgré des désaccords persistants : en avril 2008, un premier projet<sup>260</sup> est présenté au Conseil des droits de l'Homme, qui l'adopte 2 mois plus tard<sup>261</sup> et le transmet à l'Assemblée Générale de l'ONU<sup>262</sup>.

Le projet de protocole présenté par le CODESC en 1996 avait pu être considéré comme « indubitablement ambitieux » et vraisemblablement peu acceptable par les Etats<sup>263</sup>. Pourtant, le texte adopté par l'Assemblée générale, le 10 décembre 2008, est finalement très proche du projet du Comité. Certes certaines dispositions ont été assouplies, mais d'autres encore plus contraignantes, ont été ajoutées. La balle est donc désormais dans le camp des Etats car ce mécanisme ambitieux – proche de ceux existants pour d'autres Conventions, tout en gardant une spécificité propre – n'entrera en vigueur qu'après le dépôt du dixième instrument de ratification.

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

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

Tout d'abord, une procédure presque identique à celle qui existe au sein de l'art. 41 PIDCP est mise en place : les communications interétatiques (art. 10 PF) ne peuvent être présentées et ne peuvent viser que les Etats qui ont expressément reconnu la compétence du CODESC en la matière. « Ni juridictionnels, pas même 'quasi-juridictionnels' », les Comités deviennent alors d'« amiables compositeurs » cherchant à rapprocher les points de vue quant à la conduite à adopter pour être en conformité avec les Pactes<sup>264</sup>. Ils dressent des rapports indiquant les faits, les positions étatiques en présence et éventuellement la solution trouvée. Le CODESC se voit alors reconnaître un pouvoir supplémentaire par rapport au CDH : il peut en cas d'échec du

---

<sup>258</sup> Rés. de la Com. DH, 2003/18 (22 avril 2003).

<sup>259</sup> Rés. 1/3 (29 juin 2006).

<sup>260</sup> A/HCR/8/7 (6 mai 2008).

<sup>261</sup> Rés. 8/2 (18 juin 2008).

<sup>262</sup> Pour un récit précis sur la construction du Protocole : Claire MAHON, « Progress at the Front : The Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », HRLR, 2008, p. 617.

<sup>263</sup> Matthew CRAVEN, « The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights », précit., p. 470.

<sup>264</sup> Jacques MOURGEON, précit., p. 359-360.

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

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

Plus encore, une procédure d'autosaisine du Comité permet aux ONG de l'avertir d'atteintes graves ou systématiques à l'un des DESC et de l'inciter à enquêter alors même que les victimes, par crainte des représailles ne leur auraient pas donné leur mandat<sup>265</sup> : l'enquête peut alors se dérouler sur le territoire de l'Etat concerné, le Comité peut présenter des observations et recommandations, demander à l'Etat d'y répondre et publier un compte rendu succinct des résultats (art. 11). Cette procédure également prévue au sein du PF à la Conv. EDAW reste cependant tributaire d'une coopération étatique forte, puisqu'il s'agit d'une clause facultative soumise à déclaration étatique et puisque les visites sur le territoire national et la publication des résultats dépendent d'un accord express de l'Etat concerné.

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

---

<sup>265</sup> Claire MAHON, précit., p. 641.

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

La compétence *ratione materia* a fait l'objet d'intenses débats, même si finalement, elle est semblable à celles prévues par les PF au PIDCP et à la Conv. EDAW : il s'agissait essentiellement de choisir entre une approche globale intégrant la protection de tous les DESC énoncés dans le Pacte, sans distinction entre eux, et une approche sélective permettant aux Etats de choisir les droits pouvant faire l'objet d'une communication et d'élargir le champ de cette justiciabilité petit à petit en fonction de leur niveau de développement et de leurs ressources. Afin d'éviter la hiérarchisation entre les droits et de conserver un parallélisme avec le PF au PIDCP, c'est finalement l'approche globale qui a été privilégiée, la communication pouvant concerner une violation « d'un des droits économiques, sociaux et culturels énoncés dans le Pacte ». Il restait alors la question non moins épineuse de la justiciabilité du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Celui-ci n'a en définitive pas été écarté expressément de la procédure, même si, commun aux 2 Pactes (art. 1), ce droit pourra ne pas être considéré comme spécifiquement économique, social ou culturel. A l'image du CDH, le CODESC pourra décider que ce droit ne peut être invoqué qu'en lien avec l'invocation de la violation d'un autre article du Pacte<sup>266</sup>.

L'examen de la communication relève davantage de spécificité que les conditions de recevabilité : tout d'abord, le Comité met ses bons offices au service d'un règlement amiable mettant fin au différend, phase de conciliation absente des autres protocoles facultatifs mais présente au sein de certains systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme. Ensuite et surtout, « lorsqu'il examine les communications [...], le Comité détermine le caractère approprié des mesures prises par l'Etat Partie » (art. 8 § 4) pour « assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte » (art. 2 § 1 PIDESC). « Ce faisant, il garde à l'esprit le fait que l'Etat Partie peut adopter un éventail de mesures pour mettre en œuvre les droits » concernés (art. 8 § 4 PF). La disposition rappelle alors que la réalisation des droits sociaux nécessite l'adoption d'un certain nombre de mesures, que le Comité n'est pas compétent pour choisir lesquelles, compétence dévolue aux autorités politiques nationales, mais qu'il reste compétent pour déterminer l'aptitude de ces mesures à atteindre le but fixé : la réalisation des DESC et le respect du PIDESC<sup>267</sup>.

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

---

<sup>266</sup> Idem, p. 632.

<sup>267</sup> Barbara WILSON, « Quelques réflexions sur l'adoption du protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies », RTDH, 2009, p. 305.

conformer aux constatations du Comité (contrairement à l'art. 46 CEDH), formulation qui aurait « transform[é] la nature de la procédure de quasi judiciaire en judiciaire » sans présenter les garanties procédurales qui doivent aller en principe de pair avec la judiciarisation<sup>268</sup>. Mais il est tout à fait envisageable que le CODESC se conforme à la pratique du CDH en vue de renforcer l'effectivité de ses constatations : il pourra ainsi demander régulièrement aux Etats des comptes sur le suivi des différends, nommer un rapporteur spécial à cet effet, publier intégralement ses constatations et les mesures de suivi, au sein de son rapport annuel et établir des communiqués de presse, autant de « soft procedures » « essentiellement fondées sur la persuasion et, dans une certaine mesure, sur l'aversion que peuvent éprouver des gouvernements d'être mis au pilori pour violation des droits de l'Homme », ainsi que sur la pression de l'opinion publique internationale<sup>269</sup>.

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

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

---

<sup>268</sup> E/CN.4/1997/105, Annexe IV, (6 décembre 1996), § 47.

<sup>269</sup> Alexandre KISS, « La protection des droits de l'Homme et les techniques de mise en œuvre du droit international », in *La protection des droits de l'Homme et l'évolution du droit international*, A. Pédone, 1998, p. 154-156.

internationale permet d'accepter peu à peu l'invocabilité nationale<sup>270</sup>, stade ultime de l'efficacité du droit international des droits de l'Homme.

*Pour citer cet article*

Sophie Grosbon « Les ruptures du droit international », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012  
<http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/les-ruptures-du-droit-international.pdf>

---

<sup>270</sup> Cass. soc., 16 décembre 2008, Eichenlaub c./Axia France, n° 05-40.876

## CHAPITRE 2

# LES DROITS SOCIAUX DANS L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE. ENTRE INSTRUMENTALISATION ET « FONDAMENTALISATION » ?

MYRIAM BENLOLO-CARABOT

Processus d'intégration économique, la construction communautaire n'a pas au départ placé comme priorité affichée la promotion d'une Europe sociale. Les réticences étatiques à transférer aux Communautés ou à l'Union des compétences significatives dans ce domaine ont rendu sans objet dans l'ordre juridique communautaire les controverses et enjeux connus des ordres juridiques internes, comme la justiciabilité, ou la définition même des droits sociaux. Dans ce contexte, on ne saurait s'étonner de la rareté, jusqu'à une période récente, des études portant sur la prise en compte des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire, la question étant généralement englobée dans une réflexion plus générale, soit dans une perspective internationale<sup>271</sup>, soit dans une approche comparative entre les droits nationaux et l'Union européenne (UE)<sup>272</sup>.

Les évolutions substantielles des traités constitutifs des Communautés et de l'UE, et notamment leur recentrage autour du citoyen européen<sup>273</sup> et de la protection des droits fondamentaux<sup>274</sup>, ont cependant entraîné une mutation du discours doctrinal, qui vise désormais à rendre compte tant de la consistance que de la spécificité d'une conception communautaire des droits sociaux<sup>275</sup>. Portée

---

<sup>271</sup> Nikitas ALIPRANTIS, *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux. Défis à l'échelle mondiale*, Bruylant, 2009 ; Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, *Perspectives nationales et internationales des droits sociaux*, Bruylant, 2009 ; Jean-François FLAUSS, *Droits sociaux et droit européen*, Bruxelles, Bruylant 2003.

<sup>272</sup> Laurence GAY, Emmanuelle MAZUYER, Dominique NAZET-ALLOUCHE, *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droits européen*, Bruylant, 2006 ; Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne. Étude comparée*, Bruylant, 2000.

<sup>273</sup> La citoyenneté européenne est consacrée dans le traité de Maastricht en 1992 (articles 8 à 8 E du traité instituant la Communauté européenne (TCE). Elle occupe aujourd'hui une place centrale dans le traité sur l'UE tel que révisé par le traité de Lisbonne, V. l'article 9 du TUE et la deuxième partie du traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE), « Non-discrimination et citoyenneté de l'Union », articles 18 à 25.

<sup>274</sup> Article 2 du TUE.

<sup>275</sup> V. par exemple Catherine PELISSIER, *La protection des droits économiques et sociaux fondamentaux dans la Communauté européenne*, thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2001 ; Sandrine MAILLARD, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, PU Aix-en-Provence, 2008, 472 p. ; Claire MARZO, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, thèse de doctorat, Institut universitaire européen, 2009, 717 p.

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

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

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

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

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

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

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

La signature de l'Acte Unique européen, qui assigne pour la première fois des objectifs sociaux à la Communauté, le protocole social annexé au traité de Maastricht, puis surtout la signature du traité d'Amsterdam, marquent des étapes importantes dans l'élaboration d'une politique sociale communautaire. « Eléments objectifs [qui] obligent à revisiter des problématiques antérieures »<sup>276</sup>, les innovations des traités successifs et notamment, la référence récurrente aux droits sociaux fondamentaux opérée par le traité d'Amsterdam, avec un renvoi à la Charte sociale de 1961 et celle de 1989, permettent « une occupation de plus en plus tangible du terrain de la régulation normative par le droit dérivé »<sup>277</sup>. Les institutions communautaires sont en effet habilitées à agir par voie de directives dans des domaines importants (conditions de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs, information et consultation, intégration des personnes exclues du marché du travail, égalité de traitement entre les hommes et les femmes), construisant ainsi indéniablement un droit social communautaire<sup>278</sup>.

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

## **2) Une prise en compte hésitante**

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

---

<sup>276</sup> Jean-François AKANDJI-KOMBE, « Charte sociale et droit communautaire », La Charte sociale européenne, Bruylant, 2001, pp. 149-177.

<sup>277</sup> Marie-Ange MOREAU, « L'utilisation des droits sociaux fondamentaux par les travailleurs dans l'Union européenne », in Jean-Yves CHEROT, Tobias VAN REENEN (dir.), Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation, PU Aix Marseille, 2005, pp. 187-188.

<sup>278</sup> Parmi les instruments normatifs les plus importants, V. la directive n° 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976, relative à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JO L 39 du 14 février 1976, p. 40 ; Directive n° 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JO L 183 du 29 juin 1989, p. 1 (ainsi que les nombreuses directives particulières prises sur la base de cette directive) ; Directive n° 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, JO L 225 du 12 août 1998, p. 16. Pour une vue d'ensemble, V. Frédéric BARON, Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne, PUAM, 1998, 613 p.

imposer le respect<sup>279</sup>. Apparaît ici une problématique très spécifique à l'ordre juridique communautaire, celle de la compétence des institutions communautaires pour prendre des mesures dans le domaine social. Parce que le postulat de départ est que l'on ne peut consacrer dans l'ordre juridique communautaire que des droits qui présentent un lien étroit avec une compétence existante de la Communauté européenne, l'effet direct de ces droits est nié : de ce fait, devraient être écartés les droits pour lesquels l'Union n'a aucune compétence, comme le droit au logement ou le droit au maintien de la sécurité sociale. Or, exiger un lien entre le droit et l'existence d'une compétence communautaire ne saurait être admis que pour la garantie effective du droit et non sa reconnaissance<sup>280</sup>. En ce qui concerne donc le respect des droits, qui concerne tous les droits sociaux, il existerait une obligation générale imposée aux autorités publiques de ne pas méconnaître certaines exigences minimales.

Quelles que soient l'étendue et la nature actuelles de la compétence communautaire, la logique économique des traités fondateurs continue d'imprégner la prise en considération des droits sociaux. L'article 136 du TCE, qui énonce ambitieusement les objectifs sociaux de la Communauté et des Etats membres, situe leur réalisation dans la perspective du marché commun. Aux termes de l'article 136, alinéa 3, l'évolution vers la réalisation de ces objectifs « résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par le présent traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives ». La réalisation des droits sociaux n'est ainsi envisagée que comme une résultante du marché commun, dont le bon fonctionnement reste l'objectif central dans les traités communautaires. Élément tout à fait important, l'article 136, devenu article 151, reste inchangé dans ses termes dans le TFUE. L'instrumentalisation des droits sociaux dans l'approfondissement du marché unique reste donc tout à fait d'actualité, comme l'atteste le raisonnement du juge de l'Union européenne<sup>281</sup>.

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

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

---

<sup>279</sup> Ricardo GOSALBO BONO, « Les politiques et actions communautaires », RTDE, 1997, p. 780, spéc. p. 784 ; Catherine HAGUENAU-MOIZARD, « Le Traité d'Amsterdam, une négociation inachevée », RMC, n° 417, avril 1998, p. 249. Pour Jean-François AKANDJI-KOMBE, la Charte sociale est promue non pas en tant que mesure de validité du droit dérivé, mais comme base ou point d'appui de la politique sociale communautaire, précit.

<sup>280</sup> Jean-François AKANDJI-KOMBE, précit.

<sup>281</sup> Bien que concurrencée par d'autres logiques, visant à « fondamentaler » les droits sociaux, V. *infra*, II.

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

Même si le juge communautaire n'a eu de cesse de confirmer le caractère programmatique des objectifs sociaux énoncés dans l'Acte unique européen<sup>282</sup>, il a dans le même temps concilié les objectifs de réalisation du marché intérieur et de protection des droits sociaux. Démontrés par certains auteurs<sup>283</sup>, la compatibilité entre le processus d'intégration et la protection nécessaire de certains droits sociaux, voire même le caractère indispensable de la garantie des droits sociaux pour l'approfondissement du marché commun, ont été illustrés par une jurisprudence fournie de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Dès 1964, l'arrêt *Unger*, qui donne la possibilité à une citoyenne hollandaise sans emploi d'accéder aux services sociaux de la République fédérale d'Allemagne où elle séjourne pour convenances personnelles mais non pour la recherche ou l'occupation d'un emploi<sup>284</sup>, oblige le Conseil des ministres à substituer au Règlement 3 « concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants »<sup>285</sup> le Règlement 1408/71 relatif « aux travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté »<sup>286</sup>. La modification n'est pas seulement sémantique : elle permet de prendre acte de l'importance progressivement donnée par la Cour de Luxembourg au simple déplacement dans l'espace communautaire, quels que soient les motifs à l'origine de celui-ci<sup>287</sup>, y compris donc s'il s'agit de rechercher une protection sociale adéquate.

Les domaines dans lesquels un tel mouvement est perceptible sont très nombreux : donnant une interprétation particulièrement constructive du règlement 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs<sup>288</sup>, qui dispose

---

<sup>282</sup> Pour un exemple particulièrement significatif, V. CJCE, 29 septembre 1987, Giménez Zaera / Instituto Nacional de la Seguridad Social et Tesorería General de la Seguridad Social, aff. 126/86, Rec. 1987, p. 3697.

<sup>283</sup> V., outre les ouvrages de droit matériel communautaire : Frédéric BARON, *Marché intérieur et droit social dans l'UE*, PUAM, 1998 ; Lammy BETTEN, Delma MACDEVITT, *The Protection of Fundamental Social Rights in the EU*, Boston, Kluwer Law international, 1996 ; Jean-Pierre PUISSOCHET, « La progression des droits sociaux dans une Communauté économique, les apports récents de la CJCE », in *Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, p. 433 ; Wolfgang DÄUBLER, « Les droits sociaux dans l'UE. De la symbolique à la pratique politique ? », in Mario TELÒ, *Démocratie et construction européenne*, Editions de l'ULB, 1995, p. 314 ; Marie-Ange MOREAU, « L'utilisation des droits sociaux fondamentaux par les travailleurs dans l'UE », in Jean-Yves CHEROT, Tobias VAN REENEN, *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*, PUAM, 2005, p. 175 ; Sophie ROBIN-OLIVIER, « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *Droit social*, 1999, pp. 609 et s.

<sup>284</sup> CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, aff. 75/63, Rec., p. 349.

<sup>285</sup> Règlement (CEE) du Conseil n° 3 du 25 septembre 1958, concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants, JOCE B 030, 16 décembre 1958, p. 561, modifié par le Règlement (CEE) du Conseil n° 24/64 du 10 mars 1964, JOCE n° 47, 18 mars 1964, p. 746.

<sup>286</sup> Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JOCE L 149, 5 juillet 1971, p. 2.

<sup>287</sup> Sur ces jurisprudences, V. Patrick DOLLAT, *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne*, Bruylant, 1998, p. 102 ; Myriam BENLOLO CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant, 2006, p. 485.

<sup>288</sup> Règlement n°1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JO L 257 du 19 octobre 1968, p. 2.

notamment dans son préambule que « la mobilité de la main d'œuvre dans la Communauté doit être pour le travailleur un des moyens qui lui garantissent la possibilité d'améliorer ses conditions de vie et de travail et de faciliter sa promotion sociale », la Cour a par exemple estimé que les membres de la famille du ressortissant communautaire avaient droit à un enseignement général, un apprentissage et une formation professionnelle dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'État membre d'accueil à la condition qu'ils résident sur le territoire<sup>289</sup>. Les membres de la famille<sup>290</sup> ont aussi accès aux avantages sociaux accordés au ressortissant communautaire<sup>291</sup>, ces « avantages sociaux » étant eux-mêmes interprétés particulièrement soupagement<sup>292</sup>. Seront considérés comme des avantages sociaux par le juge communautaire des aides aussi différentes qu'une allocation de maternité<sup>293</sup>, une allocation pour handicapés adultes<sup>294</sup>, des allocations d'attente<sup>295</sup>, ou encore un revenu garanti aux personnes âgées<sup>296</sup>. L'extension très singulière du principe d'égalité de traitement porte ce mouvement d'inclusion des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire, et ce, dès les premières années du processus d'intégration.

Ce mouvement très remarquable n'entraîne pourtant pas une réflexion élaborée du juge communautaire sur la « fondamentalité » de certains droits sociaux. Perçus comme des corollaires nécessaires du processus d'intégration, les droits sociaux ont peine à s'imposer comme tels dans le raisonnement du juge, souvent prompt à favoriser les libertés économiques de libre circulation, promues au rang de libertés fondamentales. Il y a là un décalage tout à fait net avec le discours doctrinal, celui-ci s'efforçant, tant bien que mal<sup>297</sup>, de systématiser l'existence et la consistance juridique de droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire.

---

<sup>289</sup> V. entre autres, sur la question des bourses et allocations, CJCE, 3 juillet 1974, Casagrande / Landeshauptstadt München, aff. 9/74, Rec. 1974, p. 773.

<sup>290</sup> Sur les membres de la famille, V. entre autres Constança DIAS URBANO DE SOUSA, « Le droit des membres de la famille du citoyen de l'Union européenne de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, dans la directive 2004/38/CE », in Jean-Yves CARLIER, Elspeth GUILD (dir.), L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E., Bruylant, 2006, pp. 103-125.

<sup>291</sup> CJCE, 30 septembre 1975, Cristini / S.N.C.F., aff. 32/75, Rec. 1975, p. 1085.

<sup>292</sup> Pour une analyse d'ensemble, v., entre autres, Jean-Pierre PUISSOCHET, « La progression des droits sociaux dans une Communauté économique, les apports récents de la CJCE », in Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier, Dalloz, p. 433 ; Claire MARZO, La dimension sociale de la citoyenneté européenne, précit., pp. 285-287.

<sup>293</sup> CJCE, 10 mars 1993, Commission / Luxembourg, aff. C-111/91, Rec. 1993, p. I-817.

<sup>294</sup> CJCE, 27 mai 1993, Schmid / État belge, aff. C-310/91, Rec. 1993, p. I-3011.

<sup>295</sup> CJCE, 20 juin 1985, ONEM / Deak, aff. 94/84, Rec. 1985, p. 1873.

<sup>296</sup> CJCE, 12 juillet 1984, Castelli / ONTPS, aff. 261/83, Rec. 1984, p. 3199.

<sup>297</sup> V., pour une analyse du discours doctrinal communautariste, Myriam BENLOLO-CARABOT, Béatrice DELZANGLES, Selma JOSSO, « Les droits sociaux appréhendés par la doctrine de droit communautaire. Renouvellement ou fin d'une catégorie juridique ? », consultable en ligne : <http://www.droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=143>

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

Les réticences du juge de l'Union à donner une effectivité réelle aux droits sociaux sont perceptibles tant dans le traitement réservé à certains instruments juridiques communautaires ou internationaux, que dans la conciliation que le juge opère entre les libertés dans la réalisation du marché commun. Quant au premier point, il faut noter la relative rareté des prises de position jurisprudentielles faisant référence à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux. Dénoncée par la doctrine<sup>298</sup>, cette indifférence confirme les hésitations du juge à consacrer une catégorie juridiquement bien établie de « droits sociaux fondamentaux ». Dans l'arrêt *Blaizot*, prononcé le 2 février 1988 au sujet de l'interprétation de la notion de « formation professionnelle », la Cour considère l'enseignement universitaire comme un moyen de réaliser les objectifs poursuivis par la Communauté en matière d'éducation, citant la Charte sociale européenne en appui à son raisonnement<sup>299</sup>. Plus récemment, la Cour a accepté de considérer en examinant une directive communautaire que « le législateur communautaire a entendu se conformer aux objectifs de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. (...) ». La Cour ajoute que « L'article 136 se réfère également à la Charte sociale européenne (...) »<sup>300</sup>. D'une manière plus explicite, la Cour a fait référence à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux au sujet du congé parental, reconnaissant « le caractère fondamental de ce droit social [...] »<sup>301</sup>.

Quant au deuxième point, la doctrine a souvent et à juste titre mis l'accent sur la confrontation entre la logique économique de marché et les droits sociaux<sup>302</sup>. Les libertés fondamentales sont souvent analysées comme des dangers pour les législations nationales protectrices des droits sociaux. En témoignent les très nombreux arrêts de la CJCE, dans lesquels la juridiction communautaire a pu privilégier la réalisation d'une liberté économique au détriment d'un avantage social<sup>303</sup>. La problématique reste tout à fait actuelle,

---

<sup>298</sup> Eliane VOGEL POLSKY, « L'Europe sociale de l'an 2000, la Charte sociale et le système communautaire », Charte sociale européenne, Actes du Colloque de Grenade, 26-27 octobre 1987, Conseil de l'Europe, 1989, pp. 46 et s.

<sup>299</sup> CJCE, 2 février 1988, *Blaizot c. Université de Liège e.a.*, aff. 24/86, Rec., p. 379, point 17.

<sup>300</sup> CJCE, 20 septembre 2007, *Sari Kiiski*, aff. C-116/06, Rec., point 48. V. aussi Tribunal de la fonction publique, 26 octobre 2006, *Pia Landgren*, aff. F-1/05, Rec., 2006, p. I-A-1-123, points 69 à 72.

<sup>301</sup> CJUE, 16 septembre 2010, *Zoi Chatzi*, aff. C-149/10, point 63. V. aussi l'arrêt du 10 juin 2010 de la CJUE, *INPS c. Bruno et Pettini*, aff. C-395/08 et C-396/08, points 31 et 32 : la Cour rappelle que l'article 136 renvoie à la Charte sociale européenne, et estime qu'eu égard « à ces objectifs, la clause [...] doit être comprise comme exprimant un principe de droit social de l'Union qui ne saurait être interprété de manière restrictive ».

<sup>302</sup> Alain BUZELAY (dir.), *Une Europe sociale: pourquoi... jusqu'où ?*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, notamment la contribution de Gérard LYON-CAEN, « Le droit social dans la CE », pp. 83-125.

<sup>303</sup> Quelques exemples parmi tant d'autres : question des horaires de travail des employés (CJCE, aff. 145/88, *Sunday Training*) ou problème du statut monopolistique du travail sur les docks incompatible avec l'art. 30 du traité (CJCE, aff. C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova*).

même si certains conflits semblent moins vivaces<sup>304</sup>, comme l'attestent les prises de position récentes après les arrêts *Laval* et *Viking*, prononcés par la CJCE en décembre 2007<sup>305</sup>. Dans sa tentative de conciliation de l'exercice des droits syndicaux et de la libre prestation de services, la Cour reconnaît que le droit de grève est un droit fondamental. Largement approuvé sur ce point, le raisonnement de la juridiction communautaire se trouve cependant sévèrement critiqué par la doctrine quant aux limitations posées dans l'exercice de ce droit afin de ne pas entraver le libre établissement ou la libre prestation de services d'une entreprise<sup>306</sup>. Critiquée pour son dirigisme, la Cour peut l'être aussi paradoxalement quand elle renvoie au juge national le soin de faire certains arbitrages, masquant mal son malaise et ses difficultés à concilier certaines exigences sociales et l'impact de la libéralisation du marché européen, dans des domaines sensibles comme l'éducation<sup>307</sup> ou la santé<sup>308</sup>.

Dans ce contexte juridique, il est bien difficile pour la doctrine de systématiser l'existence dans l'ordre juridique de l'UE d'un corpus indiscutable de droits sociaux fondamentaux. Coexistent plutôt de multiples constructions doctrinales, proposant des catalogues de droits considérés comme des droits sociaux fondamentaux (égalité entre les hommes et les femmes, libre circulation des travailleurs, droit à la mobilité professionnelle, droit d'entrée et de séjour)<sup>309</sup>. Pour certains auteurs, il faut entendre par « droits sociaux fondamentaux » certains « droits sociaux minimaux » formant un plancher minimum commun<sup>310</sup>. Pour d'autres, comme le Professeur Rodière, les droits qualifiés de fondamentaux sont ceux respectés par et dans l'ordre juridique communautaire. Cette donnée générale « s'étend aux droits sociaux fondamentaux »<sup>311</sup>, mais sans que l'on puisse établir de catalogue. Les oppositions doctrinales se cristallisent bien sûr sur l'étendue et le contenu de ce catalogue, notamment sur l'inclusion des « droits du travailleur » dans les droits sociaux. De manière tout à fait frappante, la doctrine ne s'appuie pas sur la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux pour définir le droit

---

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

<sup>304</sup> Etienne PATAUT, Sophie ROBIN-OLIVIER, « Europe sociale ou Europe économique », *Revue du droit du travail*, février 2008 ; Alberto ALEMANNI, « A la recherche du juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur », *RDUE*, 2004, n° 4, p. 709 ; Théodore GEORGOPOULOS, « Libertés fondamentales communautaires et droits fondamentaux européens : le conflit n'aura pas lieu », *LPA*, 2004, n° 6, p. 11.

<sup>305</sup> CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05 ; Par ex : Jean-Sylvestre BERGE, Sophie ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, PUF, 2008, p. 312.

<sup>306</sup> Pour un exemple plus récent, V. CJUE, 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-271/08.

<sup>307</sup> V. par ex. CJUE, arrêt du 13 avril 2010, *Bressol et Chaverot*, aff. 73/08.

<sup>308</sup> V. par ex. CJCE, 16 mai 2006, *Yvonne Watts*, aff. C-372/04, *Rec.*, p. I-4325.

<sup>309</sup> Jean-François AKANDJI-KOMBE, « Conseil de l'Europe et droit communautaire », in Jean-François AKANDJI-KOMBE, *précit.*, pp. 149-177 ; du même auteur, « Le développement des droits fondamentaux dans les traités », in Stéphane LECLERC, Jean-François AKANDJI-KOMBE, *L'UE et les droits fondamentaux*, Bruylant, 1999, pp. 31 et s.

<sup>310</sup> Emmanuelle MAZUYER, *précit.*

<sup>311</sup> Pierre RODIERE, *Droit social de l'UE*, Paris, LGDJ, 2008, p. 139.

social fondamental, ce texte étant la plupart du temps analysé fort succinctement, parfois de manière ouvertement critique<sup>312</sup>. Déclaration politique dénuée de réelle portée, la Charte de 1989 n'a pour la doctrine qu'un rôle limité<sup>313</sup>.

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

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

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

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

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

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

Retentissant, l'arrêt *Defrenne* du 8 avril 1976<sup>314</sup> reconnaît l'effet direct de l'article 119 relatif à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, amenant la doctrine à saluer la consécration d'une conception globale de la

---

<sup>312</sup> Pierre RODIERE note « l'usage – ou l'abus – largement fait de qualificatifs vagues (« juste », « équitable », « suffisant », « décent ») ou de principes cadre » dans la charte, précit., p. 151. V. aussi Christopher LINGLE, « The EC Social Charter, social democracy and post-1992 Europe », *West European Politics*, janvier 1991, pp. 129-138 ; Sophie ROBIN-OLIVIER, « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *Droit social*, 1999, pp. 609-621 ; Jean DUREN, « La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux devant le Parlement », *RMCUE*, janvier 1991, pp. 19-25 ; Philippa WATSON, « The Community Social Charter », *CMLR*, 1991, pp. 37-68 ; Bob HEPPLER, « The Implementation of the Community Charter of fundamental social rights », *Modern Law Review*, septembre 1990, pp. 643-654. V. cependant pour une approche différente Paul TEAGUE, John GRAHL, « The European Community Social Charter and labor market regulation », *Journal of Public Policy*, juin 1991, p. 207-232.

<sup>313</sup> Philippe POCHET, « L'actualité du droit du travail communautaire : la mise en œuvre de la Charte de 1989 », *Droit social*, 1993, pp. 695-701.

<sup>314</sup> CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne c. Sabena*, aff. 43/75, Rec., p. 455.

société, dans laquelle l'économie et le social doivent aller de concert. Pour la Cour de justice en effet, l'article 119 remplit une double finalité, éviter d'une part que des entreprises ayant éliminé les discriminations salariales ne subissent un désavantage concurrentiel par rapport à celles qui n'ont pas encore aboli les discriminations, et assurer d'autre part la réalisation des « objectifs sociaux » de la Communauté, « celle-ci ne se limitant pas à une union économique, mais devant assurer en même temps, par une action commune, le progrès social et poursuivre l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi des peuples européens »<sup>315</sup>. Le principe d'égalité de rémunération fait donc partie « des fondements de la Communauté »<sup>316</sup>. Confirmée par une jurisprudence constante<sup>317</sup>, cette conception permet « d'entendre la dénomination économique comme couvrant une Communauté économique et sociale »<sup>318</sup>.

L'introduction d'une clause générale de non-discrimination dans la version révisée du TCE à Amsterdam (article 13) a permis d'accentuer ce mouvement et de donner compétence à la Communauté, le Conseil statuant à l'unanimité, pour lutter contre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les croyances, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. La Cour a pu ainsi développer une jurisprudence audacieuse visant à donner plein effet aux directives adoptées sur ce fondement, notamment la directive n° 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail <sup>319</sup>. Dans l'arrêt *Mangold*, la Cour estime que la directive ne consacre pas elle-même le principe d'égalité de traitement, celui-ci trouvant sa source « dans divers instruments internationaux et les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ». Le principe de non-discrimination en fonction de l'âge « doit ainsi être considéré comme un principe général du droit communautaire »<sup>320</sup>.

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

Le processus d'élaboration de la Charte et sa proclamation en 2000 provoquent un renouvellement important du discours doctrinal relatif aux droits sociaux, désormais étudiés comme une catégorie juridique à part entière (a). Les

---

<sup>315</sup> *Ibid.*, point 10.

<sup>316</sup> *Ibid.*, point 12.

<sup>317</sup> Pour un exemple récent, V. CJCE, 6 décembre 2007, Ursula Voß c. Land de Berlin, aff. C-300/06, Rec., p. I-10575.

<sup>318</sup> Paul REUTER, « Commentaire de l'article 1 », in Commentaire article par article du TCEE, sous la direction de Vlad CONSTANTINESCO et al., p. 27, note 31.

<sup>319</sup> JO L 303, p. 16.

<sup>320</sup> CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, aff. C-144/04, Rec., p. I-9981, points 75 et 76. Pour une confirmation, V. CJUE, 19 janvier 2010, Seda Küçükdeveci, aff. C-555/07, arrêt qui fait référence à la Charte des droits fondamentaux (v. *infra*) et qui pose un raisonnement tout à fait novateur quant à l'effet direct horizontal des directives et ses conséquences sur le rôle du juge national ; V. aussi CJUE, 12 octobre 2010, Andersen, aff. C-499/08 ; 12 octobre 2010, Rosenbladt, aff. C-49/09.

effets de la Charte sur le raisonnement du juge sont eux plus aléatoires, la pratique jurisprudentielle restant très lacunaire (b).

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

La doctrine de droit communautaire, qui pourtant analyse la place et la fonction des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire<sup>321</sup> s'interroge peu sur la qualification, la définition ou le contenu des droits sociaux jusqu'en 2000, date d'élaboration et de proclamation de la Charte des droits fondamentaux<sup>322</sup>. Ce n'est qu'à partir du moment où le droit social n'est plus conçu comme simple instrument du marché commun, mais aussi comme un droit de l'Homme devant être garanti comme tel, que la doctrine s'interroge sur des problématiques connues des droits internes, comme par exemple le caractère « mixte » de certains droits<sup>323</sup>, à la fois droits civils et politiques et droits sociaux (exemple du droit à la santé, souvent mis en évidence<sup>324</sup>), ou l'inclusion de certains droits, comme la protection de l'environnement et celle des consommateurs, dans la catégorie « droits sociaux ».

« La question des droits sociaux représente (...) l'enjeu principal de la Charte »<sup>325</sup>. Ces propos, tenus par Guy Braibant, sont largement admis par le reste de la doctrine. Les auteurs relèvent les nombreuses avancées de la Charte dans la manière de traiter les droits sociaux qui ne sont plus relégués au second plan. La distinction classique entre droits civils et politiques et droits sociaux est reprise par la doctrine qui analyse la Charte des droits fondamentaux, du moins comme point de départ du raisonnement et de la démonstration des auteurs<sup>326</sup>. Sont rappelées la thèse générationnelle des droits fondamentaux et les différences de statut et de régime qui séparent les droits civils et politiques

---

<sup>321</sup> *Supra*, I.

<sup>322</sup> Longtemps sans valeur juridique contraignante, la Charte fait désormais partie du droit primaire, l'article 6, § 1, du TUE disposant que « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE [...], laquelle a la même valeur juridique que les traités ».

<sup>323</sup> Le rapport du Comité des sages de 1996, Pour une Europe des droits civiques et sociaux, constitue une exception notable au désintérêt de la doctrine, avant 2000, pour la distinction traditionnelle entre droits civils et politiques et droits sociaux. Il fait la distinction entre droits pouvant être invoqués immédiatement et droits ayant un caractère programmatique. Le Comité ne prend cependant pas position sur la question de la justiciabilité des dispositions programmatiques.

<sup>324</sup> Marie-Claire PONTTHOREAU, « Le principe de l'indivisibilité des droits : l'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux », RFDA, 2003, p. 930 ; Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : quel apport à la protection des droits ? », Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Les mutations contemporaines du droit public. Paris, Dalloz, 2002, p. 100 ; Philippe GUILLOT, « Le modèle européen de société », in La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Laurence BURGORGUE-LARSEN (dir.), Bruylant 2005, p. 387.

<sup>325</sup> Guy BRAIBANT, « Conclusions des actes du Colloque de Strasbourg relatif à la Charte », in Florence BENOIT-ROHMER, La charte des droits fondamentaux de l'UE, RUDH, 2000, n° ½, p. 67.

<sup>326</sup> Par ex. Guy BRAIBANT, « La Charte des droits fondamentaux », Droit social, 2001, n° 1, pp. 69-75 ; Olivier DE SCHUTTER « La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire », Revue universelle des droits de l'Homme, 2000, fasc. 12, pp. 33-34.

(DCP) des droits économiques, sociaux et culturels (DESC). Pour autant, les auteurs ne renvoient pas tous aux mêmes références historiques, juridiques ni aux mêmes présupposés. Pour certains, c'est une approche chronologique qui est privilégiée, les auteurs proposant des lectures parfois différentes des catégories et du caractère nouveau des droits consacrés par la Charte<sup>327</sup>. Parfois, la distinction entre DCP et DESC est fondée à la fois sur le droit national et sur le droit international<sup>328</sup>, parfois sur le seul droit international<sup>329</sup>. Tantôt le droit international est accusé de générer une hiérarchie des droits<sup>330</sup> ; tantôt, il est valorisé<sup>331</sup>. Les auteurs insistent souvent sur la situation au sein du Conseil de l'Europe, qui a d'abord reconnu les droits civils et politiques (CEDH) puis les droits sociaux (CSE)<sup>332</sup>. D'autres auteurs enfin utilisent les notions de « libertés formelles » et « libertés réelles »<sup>333</sup> pour renvoyer à la distinction binaire<sup>334</sup>.

Quelles que soient les justifications et explications, la doctrine est en revanche quasi unanime sur la rupture, ou du moins sur l'apparence de rupture, que propose la Charte des droits fondamentaux à propos de la dichotomie entre les droits civils et politiques et les droits sociaux. La Charte énonce en effet le principe d'indivisibilité dans son Préambule : *Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité*. Elle est structurée autour de six valeurs, Dignité, Liberté, Egalité, Solidarité, Citoyenneté, Justice. Ces valeurs constituent *les liens unissant* les droits civils et politiques et les droits sociaux et affirmant *leur indivisibilité*<sup>335</sup>. Le plan thématique retenu dans la Charte marque ainsi une volonté « de briser avec une tradition divisant, mais aussi hiérarchisant les droits fondamentaux »<sup>336</sup>. Bien plus, il « met en lumière l'excessif simplisme des catégories traditionnelles »<sup>337</sup>. La Charte prévoit en outre la possibilité pour l'autorité compétente d'intervenir afin de définir les

---

<sup>327</sup> Marie-Claire PONTTHOREAU, « Le principe de l'indivisibilité des droits : l'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux », précit., p. 928 ; Guy BRAIBANT, « La Charte des droits fondamentaux », précit., p. 73 ;

<sup>328</sup> Pierre RODIERE, « Les droits sociaux fondamentaux face à la Constitution européenne », in Laurence GAY, Emmanuelle MAZUYER, Dominique NAZET-ALLOUCHE, précit., p. 237 ; Jean-Marie SERVAIS, *Droit social de l'UE*, Bruylant, 2008.

<sup>329</sup> Guy BRAIBANT, « La Charte des droits fondamentaux », précit., p. 72.

<sup>330</sup> Idem.

<sup>331</sup> Jean-Marie SERVAIS, précit., p. 54.

<sup>332</sup> Par ex. Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, précit., p. 141 ; Jean-Marie SERVAIS, précit., p. 55.

<sup>333</sup> Distinction marxiste selon laquelle les libertés formelles sont celles qui ne prévoient pas de moyens économiques pour être mises en œuvre et qui, partant, n'ont de contenu que pour la bourgeoisie qui dispose de tels moyens et les libertés réelles qui sont, quant à elles, effectives et qui sont à tous les citoyens.

<sup>334</sup> V. par ex. Jean-Marie SERVAIS, précit., p. 53 ; Marie-Claire PONTTHOREAU, « Le principe de l'indivisibilité des droits : l'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux », précit., p. 929.

<sup>335</sup> Marie-Claire PONTTHOREAU, *Ibid.*, p. 929.

<sup>336</sup> Pierre RODIERE, « Les droits sociaux fondamentaux face à la Constitution européenne », précit., p. 237.

<sup>337</sup> Marie-Claire PONTTHOREAU, « Le principe de l'indivisibilité des droits : l'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux », précit., p. 928.

conditions d'exercice des droits invoqués dans le cadre de l'emploi (liberté professionnelle ; liberté d'association syndicale, droit à la protection contre le licenciement injustifié ou abusif, droits des travailleurs migrants à l'égalité de traitement) ou d'apporter à ces droits certaines restrictions<sup>338</sup>. Parce que ces restrictions doivent viser un but légitime et demeurer proportionnées, on a pu estimer que « rien dans ce régime (...) ne distingue fondamentalement ces droits “sociaux” des droits “civils et politiques” »<sup>339</sup>.

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

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

La question de la justiciabilité des droits économiques et sociaux « fut au cœur des controverses au moment de l'élaboration de la Charte »<sup>340</sup>. La Charte des droits fondamentaux déclare, à la fin de son Préambule, que « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés ci-après ». Si la distinction entre droits et libertés n'est pas discutée par la doctrine, une grande partie des commentaires relatifs à la Charte porte sur la distinction entre droits et principes qui constitue, pour certains, « l'un des apports les plus originaux » de ce texte<sup>341</sup>. S'il paraît clair en effet pour la doctrine que tous les droits sociaux ne peuvent prétendre à une garantie équivalente<sup>342</sup>, la question de savoir si la distinction entre les droits et les principes recoupe celle entre les droits civils et politiques et les droits sociaux est beaucoup plus délicate. Fruit d'un compromis résultant de la controverse à l'égard des droits sociaux dont la formulation a donné lieu à d'âpres discussions au moment de l'élaboration du texte<sup>343</sup>, la distinction entre droits et principes est soit minimisée<sup>344</sup>, soit utilisée pour

---

<sup>338</sup> Explications relatives à la Charte élaborées sous l'empire de la Première Convention et retouchées sous la direction de la seconde.

<sup>339</sup> Olivier DE SCHUTTER, « La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire », RUDH, 2000, vol. 12, n° 1/2, p. 42.

<sup>340</sup> Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et Lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », Cahiers de droit européen, 2004, pp. 685 et s.

<sup>341</sup> Guy BRAIBANT, « Conclusions des actes du Colloque de Strasbourg relatif à la Charte », précit., p. 67.

<sup>342</sup> Guy BRAIBANT, *ibid.* : « On ne dit pas “les” droits économiques et sociaux mais “des” droits économiques et sociaux. Des membres de la Convention qui ne sont pas favorables aux droits sociaux tirent partie de cette rédaction qui n'est certainement pas due au hasard. Cela signifie qu'il faut opérer une sélection ». V. aussi Olivier DE SCHUTTER, qui distingue les « véritables droits créances » des autres droits, « La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire », précit., p. 35.

<sup>343</sup> Guy BRAIBANT, *ibid.*, p. 72.

<sup>344</sup> « La Charte, en s'articulant autour de six valeurs fondamentales, formalise (...) la déconnexion entre la classification générationnelle et la protection juridique », c'est-à-dire entre l'idée que les droits civils et politiques, apparus en premiers, obligeront l'Etat à s'abstenir tandis que les droits sociaux, reconnus après, entraîneront une obligation d'action, Marie-Claire

justifier le fait que les droits sociaux « appellent à [des] dispositions complémentaires » au niveau communautaire ou au niveau national<sup>345</sup>, la distinction « réintrodui[sant] (...) un doute sur l'équivalence des droits fondamentaux »<sup>346</sup> et remettant donc en cause l'indivisibilité des droits affichée par la Charte. Principes « boucliers » contre droits « épées »<sup>347</sup>, justiciabilité « objective » ou « normative », justiciabilité « indirecte » permettant de distinguer « l'invocabilité réduite » de la « pleine invocabilité »<sup>348</sup>, « justiciabilité active » contre justiciabilité « médiante » des principes sociaux<sup>349</sup>, renvoyant à une invocabilité par voie d'exception<sup>350</sup>, les termes se multiplient pour rendre compte d'un même malaise, la doctrine peinant et à donner un sens à la distinction, et à mesurer de ce fait l'apport de la Charte<sup>351</sup>. De fait, il n'existe pas de liste de droits ou de principes dans la Charte. Le mot « principe » n'apparaît pas dans la Charte en dehors du Préambule. La Charte emploie le plus souvent le terme de droit, parfois de liberté. Il faut alors se référer aux explications relatives à la Charte pour voir apparaître la notion de « principe ».

Devant ces incertitudes, le travail du juge paraît essentiel. Le juge pourrait en effet être en mesure de lutter contre la passivité des institutions communautaires et/ou nationales qui se refuseraient à prendre des mesures de mise en œuvre<sup>352</sup>. L'invocabilité indirecte permettrait ainsi de ne pas faire régresser le niveau de protection sociale déjà atteint dans le cadre communautaire et/ou national, « telle une clause de *stand still* » (la violation d'un principe déjà « promu » par un acte de droit dérivé pourrait être censurée au regard des exigences de ce principe) »<sup>353</sup>. Le principe d'indivisibilité pourrait

---

PONTHOREAU, « Le principe de l'indivisibilité des droits : l'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux », précit., p. 930.

<sup>345</sup> Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La place de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans la Constitution européenne », précit., p. 238.

<sup>346</sup> Pierre RODIERE, « Les droits sociaux fondamentaux face à la Constitution européenne », précit., p. 237.

<sup>347</sup> Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et Lumières... », précit., p. 689.

<sup>348</sup> Pierre RODIERE, « Les droits sociaux fondamentaux face à la Constitution européenne », précit., p. 249.

<sup>349</sup> Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et Lumières... », précit., p. 689.

<sup>350</sup> Elle permet d'attaquer une norme, une loi, une directive ou encore un règlement européen devant le juge administratif saisi par voie d'exception et de soutenir que cette norme viole un des principes affirmés dans la Charte.

<sup>351</sup> La différence de justiciabilité entre les droits et les principes peut aussi être remise en cause pour elle-même : pour Olivier DE SCHUTTER, les principes sociaux sont plus que de simples « objectifs purement programmatiques » et il convient « de présumer » leur justiciabilité, « La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire », précit., p. 42. Cependant, il existe une certaine ambiguïté du propos dès lors que l'auteur estime par la suite que les principes énoncés par la Charte ne sont pas justiciables car programmatiques, idem, p. 47. Contra, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La place de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans la Constitution européenne », précit., p. 238.

<sup>352</sup> Pour Laurence BURGORGUE-LARSEN, il existe « une brèche dans l'interprétation de l'invocabilité minimale des "principes" que le juge pourrait habilement saisir afin de ne pas rendre purement formelle ou encore « théorique et illusoire » - pour reprendre un dictum fameux de la Cour de Strasbourg – la consécration du socle social de la Charte », (« Ombres et Lumières ... », précit., p. 690).

<sup>353</sup> *Ibid.*, p. 690.

aussi constituer une directive d'interprétation juridictionnelle, l'interdépendance des droits supposant que chaque droit soit interprété dans le contexte de tous les autres : « la CJCE pourrait s'appuyer sur ce principe pour donner plus de poids aux droits sociaux et ainsi justifier un rééquilibrage entre droits sociaux et libertés économiques »<sup>354</sup>.

Les contraintes du juge communautaire sont cependant importantes : d'une part, ses interprétations pourraient être neutralisées par les explications qui accompagnent la Charte, et qu'il doit dûment prendre en considération<sup>355</sup>. Les explications ont en effet « la fâcheuse conséquence de congeler la jurisprudence en matière de protection des droits fondamentaux à l'échelle européenne »<sup>356</sup>. L'utilisation obligatoire des explications du Praesidium, si elles étaient « la condition sine qua non pour une future valorisation identitaire »<sup>357</sup> et si elles permettent de minimiser les risques de divergences jurisprudentielles<sup>358</sup>, circonscrivent « considérablement » la marge de manœuvre interprétative des juges<sup>359</sup>. D'autre part, le lien entre les droits fondamentaux et les règles de compétence établi par la Charte (celle-ci est limitée au domaine d'application du droit communautaire), et la méthode systématique qui suppose une interprétation des droits en fonction des règles de compétence établies risquent de limiter la marge de manœuvre de la Cour<sup>360</sup>. Enfin, la Pologne, le Royaume-Uni dès la signature du traité de Lisbonne, et la République tchèque au moment de la ratification, ont obtenu un *opt-out* formalisé dans le premier cas par un protocole dérogatoire qui porte précisément sur la justiciabilité de la Charte.

La Cour optera-t-elle pour une interprétation autonome, au regard de la logique interne du système qu'elle institue ?<sup>361</sup> Le caractère récent de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ne permet pas de répondre pour l'heure à cette interrogation, les prises de position étant trop rares et parcellaires. On notera que la Charte a été invoquée par le juge de l'Union pour renforcer son argumentaire visant à promouvoir certains droits sociaux déjà bien établis dans le droit de l'Union : c'est le cas du principe de non-discrimination en fonction de l'âge, consacré comme un « principe général du droit de l'Union » par une interprétation audacieuse de la clause générale de non-discrimination<sup>362</sup>, et dont la qualité et l'importance ont été confirmées dans un arrêt du 19 janvier 2010, l'arrêt *Kücükdeveci*. La Cour rappelle sa jurisprudence *Mangold* et ajoute qu'il « convient de relever que l'article 6, paragraphe 1, TUE énonce que la Charte des droits fondamentaux de l'UE a la même valeur juridique que les traités. Selon l'article 21, paragraphe 1, de cette charte, « est interdite toute

<sup>354</sup> Marie-Claire PONTTHOREAU, « Le principe de l'indivisibilité des droits ... », précit., p. 935.

<sup>355</sup> Article 6, § 1, alinéa 3 du TUE.

<sup>356</sup> Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et Lumières ... », précit., pp. 681-682.

<sup>357</sup> *Ibid.*

<sup>358</sup> *Ibid.*, p. 672.

<sup>359</sup> *Ibid.*, p. 674.

<sup>360</sup> *Ibid.*

<sup>361</sup> *Ibid.*

<sup>362</sup> V. *supra*, 1, sur l'arrêt *Mangold*, CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04, Rec., p. I-19981.

discrimination fondée notamment sur [...] l'âge »<sup>363</sup>. De manière sans doute plus audacieuse, et dans un raisonnement qui n'est pas sans rappeler celui tenu par la Cour européenne des droits de l'Homme dans le domaine des droits sociaux<sup>364</sup>, la Cour vient de conclure à la violation d'une disposition de la directive n° 2003/88 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail<sup>365</sup> et visant à limiter la durée hebdomadaire du travail. Le requérant contestait une décision de mutation prise par son employeur, dont il estimait qu'elle n'avait été prise qu'en raison du fait qu'il avait demandé une réduction de son temps de travail conformément aux dispositions de la directive. Pour la Cour, une telle mutation forcée vide de toute substance le droit conféré par l'article 6 de la directive relative à la durée maximale de travail hebdomadaire. La Cour estime en outre que « le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective, garanti par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, [...], serait substantiellement affecté si un employeur, en réaction à une plainte ou à une action en justice engagée par un travailleur en vue d'assurer le respect des dispositions d'une directive visant à protéger sa sécurité et sa santé, était en droit de prendre une mesure telle que celle en cause au principal. En effet, la crainte de pareille mesure de rétorsion contre laquelle aucun recours juridictionnel ne serait ouvert risquerait de dissuader les travailleurs s'estimant lésés [...] de faire valoir leurs droits par voie juridictionnelle et partant, serait de nature à compromettre gravement la réalisation de l'objectif poursuivi par la directive »<sup>366</sup>.

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

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

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

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

La doctrine, au départ réticente à reconnaître une réelle valeur ajoutée à la citoyenneté européenne, s'intéresse depuis peu de manière approfondie à la dimension sociale de la notion<sup>367</sup>. Depuis une dizaine d'années, les arrêts de la CJCE sont très souvent relatifs à l'octroi de droits sociaux aux ressortissants

<sup>363</sup> CJUE, 19 janvier 2010, Seda Küçükdeveci, aff. C-555/07, point 22.

<sup>364</sup> V. Diane ROMAN, *infra*.

<sup>365</sup> Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, JO L 299, p. 9.

<sup>366</sup> CJCE, 14 octobre 2010, Günter Fuß, aff. C-243/09, point 66.

<sup>367</sup> Les deux derniers exemples les plus significatifs sont les thèses précitées de Sandrine MAILLARD et de Claire MARZO.

communautaires amenés à faire usage de leur liberté de circulation, la Cour n'ayant de cesse de combler les lacunes du droit dérivé<sup>368</sup>. La doctrine a mis l'accent sur l'extension radicale de l'applicabilité du principe d'égalité, dans des décisions devenues célèbres, comme l'arrêt *Martinez Sala*<sup>369</sup>, qui appuie la reconnaissance du droit à un avantage social (une allocation d'éducation pour enfant) sur le statut de citoyenne de la requérante, ressortissante espagnole, inactive, résidant en Allemagne, ou plus récemment, l'important arrêt *Rudy Grzelczyk* en date du 20 septembre 2001<sup>370</sup>, rendu au sujet du refus de la Belgique d'accorder le minimum de moyens d'existence (« minimex ») à un ressortissant communautaire de nationalité française, poursuivant ses études universitaires en Belgique, et réclamant le bénéfice de cette aide sociale pour financer sa quatrième et dernière année d'étude. Dans l'arrêt *Marie-Nathalie D'Hoop*<sup>371</sup>, la Cour juge inapplicable le droit communautaire relatif aux travailleurs, qui exige que l'individu ait déjà accédé au marché du travail pour pouvoir prétendre à une allocation de chômage. C'est donc au nom du principe d'égalité et de la citoyenneté européenne que la requérante peut obtenir une allocation l'aidant dans sa recherche d'un premier emploi, qui plus est dans son propre Etat<sup>372</sup>. Dans l'arrêt *Collins* du 23 mars 2004, la Cour inclut dans le champ d'application du traité une prestation de nature financière destinée à faciliter l'accès à l'emploi sur le marché du travail d'un Etat membre<sup>373</sup>. Finalement, cette jurisprudence, qui se développe alors même que les Etats gardent leurs compétences en matière de sécurité sociale ou d'éducation, aboutit à une extension remarquable de l'accès aux prestations sociales relevant de la solidarité nationale aux citoyens inactifs, étudiants ou sans emploi. L'idée sous-jacente est que « bien que les gouvernements nationaux gardent la compétence exclusive pour régir des matières telles que la sécurité sociale ou la politique d'éducation, ils ne peuvent restreindre l'exercice des droits garantis par le traité

---

<sup>368</sup> Norbert REICH et Selvita HARBACEVICA, « Citizenship and Family on Trial : a Fairly Optimistic Overview of Recent Court Practice With Regard to Free Movement of Persons », C.M.L.Rev., juin 2003, vol. 40, n° 3, p. 627.

<sup>369</sup> CJCE, 12 mai 1998, *Martinez Sala*, aff. C-85/96, Rec., p. I-2691. V. en ce sens Siofra O'LEARY, « Putting Flesh on the Bones of European Union Citizenship », E.L.Rev., 1999, pp. 77-78, l'auteur estimant que l'arrêt « confirms that Union citizenship explodes the "linkages" which E.C. law previously required for the principle of non discrimination to apply, namely performance or involvement in an economic activity as workers, established persons or providers and recipients of services, preparation for a future economic activity as a student or stagiaire or some sort of relationship with an economic actor as a family member or dependant ».

<sup>370</sup> CJCE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, aff. C-184/99, Rec., p. I-6193.

<sup>371</sup> CJCE, 11 juillet 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop c. Office national de l'emploi*, aff. C-224/98, Rec., p. 6191. Sur cet arrêt, V. le commentaire d'Anastasia ILIOPOULOU et Helen TONER, « A New Approach to Discrimination against Free Movers ? D'Hoop v/ Office National de l'Emploi », E.L.Rev., 2003, vol. 28, n° 3, pp. 389-397.

<sup>372</sup> Sur l'importance de ces jurisprudences et la notion de discrimination à rebours, V. Myriam BENLOL CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant, 2006, pp. 517-538. Sur le principe de non-discrimination, Anastasia ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruylant, 2008.

<sup>373</sup> CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, Rec., p. I-2703.

afin d'assurer que les fonds et les ressources financières pertinents ne bénéficient qu'à leurs propres ressortissants nationaux »<sup>374</sup>.

La jurisprudence de la CJCE consacre sans doute l'émergence d'une « citoyenneté sociale ». L'autonomisation des droits attachés à la citoyenneté européenne et la déconnexion toujours plus grande de la faculté d'exercer les libertés communautaires de l'exercice d'une activité économique permettent de donner tout son sens à cette notion<sup>375</sup>. La Cour recherche, par l'intermédiaire de la citoyenneté européenne, des discriminations indirectes qui lui permettent de mettre en œuvre les conditions d'une véritable intégration sociale<sup>376</sup>.

## 2) Des limites clairement circonscrites

Le droit dérivé autorise les Etats membres à déroger au droit de séjour du citoyen européen, ainsi qu'à l'octroi de prestations sociales. La Cour juge par exemple légitime pour un Etat de vouloir s'assurer de l'existence d'un lien réel entre le demandeur d'allocations et le marché géographique du travail en cause, tout comme elle ne peut que prendre acte des limitations au droit de séjour, le citoyen de l'Union ne pouvant demeurer sur le territoire d'un Etat membre pour plus de trois mois que s'il dispose pour lui et sa famille de ressources suffisantes pour ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil<sup>377</sup>. Ces limites font cependant l'objet d'une définition communautaire, la Cour ayant progressivement précisé, s'agissant par exemple d'une aide couvrant les frais d'entretien des étudiants, qu'il était légitime pour un Etat membre de n'octroyer une telle aide qu'aux étudiants ayant démontré un certain degré d'intégration dans la société de cet Etat »<sup>378</sup>. Le critère de résidence peut ainsi conditionner l'accès à une allocation de recherche d'emploi<sup>379</sup>, à une allocation de chômage<sup>380</sup>, à un prêt étudiant<sup>381</sup>, à une bourse d'entretien aux étudiants<sup>382</sup>. L'utilisation toujours plus importante du critère de

---

<sup>374</sup> Conclusions de l'Avocat général POIARES MADURO présentées le 10 octobre 2007, affaire Jundt, aff. C-281/06, point 19.

<sup>375</sup> Très nombreuses références doctrinales : entre autres, V. Claire MARZO, « Vers une citoyenneté sociale européenne ? », *Droit social*, février 2007, pp. 218-224 ; Nelly ACH, « La citoyenneté européenne au service d'une Europe sociale », *Journal des tribunaux Droit européen*, 2006, fasc. 129, pp. 129-134 ; Pierre RODIERE, « Droit social, libre circulation des personnes et citoyenneté européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice », *RTDE*, 2006, pp. 142-163 ; Florence ZAMPINI, « La jurisprudence de la Cour de justice et les étudiants : du droit à la non-discrimination en matière d'accès à l'enseignement universitaire dans l'Etat d'accueil à l'octroi de prestations sociales », *RAE*, 2005, pp. 63-82.

<sup>376</sup> Sur ce point et pour l'analyse d'une jurisprudence fournie, V. Claire MARZO, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, Thèse IUE Florence, 2009, dactyl., p. 324 et s.

<sup>377</sup> Article 7, 1, b), de la directive n°2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, JOUE L 229 du 29 juin 2004, p. 35.

<sup>378</sup> CJCE, 15 mars 2005, Bidar, aff. C-209/03, Rec., p. I-2119, point 57.

<sup>379</sup> CJCE, Collins, précit.

<sup>380</sup> CJCE, 18 juillet 2006, De Cuyper, aff. C-406/04, Rec., p. I-6947.

<sup>381</sup> CJCE, Bidar, précit.

<sup>382</sup> CJCE, 18 novembre 2008, Förster, aff. C-158/07, Rec., p. I-8507.

résidence permet ainsi l'émergence progressive d'un territoire communautaire<sup>383</sup> et la concrétisation d'une solidarité sociale communautaire.

Cette solidarité sociale trouve plus particulièrement à s'exprimer dans l'interprétation que fait la Cour de la condition de « ressources suffisantes » posée par le droit dérivé au maintien du droit de séjour dans l'Etat membre d'accueil. La Cour propose une interprétation constructive de cette condition dans l'arrêt *Trojani*, estimant que « si les États membres peuvent conditionner le séjour d'un citoyen de l'Union économiquement non actif à la disponibilité de ressources suffisantes, il n'en découle pas pour autant qu'une telle personne ne peut pas bénéficier, pendant son séjour légal dans l'État membre d'accueil, du principe fondamental relatif à l'égalité de traitement tel que consacré à l'article 12 CE », ce qui rend donc contraire au droit communautaire toute mesure d'éloignement<sup>384</sup>. Dans un arrêt récent, la Cour a été plus loin encore, en jugeant qu'une personne travaillant par intermittence et n'ayant pas de ressources propres suffisantes pouvait néanmoins séjourner sur le territoire d'un Etat membre afin de permettre à son enfant, dont elle a la garde, de poursuivre ses études dans cet Etat<sup>385</sup>.

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

*Pour citer cet article*

Myriam Benlolo-Carabot « Les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union Européenne. Entre instrumentalisation et 'fondamentalisation' ? », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012  
<http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/les-droits-sociaux-dans-lordre-juridique-de-lunion-europc3a9enne.pdf>

---

<sup>383</sup> Myriam BENLOLO CARABOT, précit., p. 582 et s.

<sup>384</sup> CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, aff. C-456/02, Rec. 2004, p. I-7573, point 40.

<sup>385</sup> CJUE, 23 février 2010, Maria Teixeira, aff. C-480/08 ; dans le même sens, V. l'arrêt du même jour, Ibrahim, C-310/08.

## CHAPITRE 3

### LA DOCTRINE DES LIBERTÉS FONDAMENTALES À LA RECHERCHE DES DROITS SOCIAUX

TATIANA GRÜNDLER

« Classer, diviser, en groupes, en "types" : quoi de plus naturel dans l'activité intellectuelle ordinaire ? »<sup>386</sup> L'activité de classification est, comme l'exprime Guy Haarscher, une entreprise communément pratiquée par le juriste, y compris celui spécialisé dans le droit des libertés fondamentales. Confronté à un enrichissement constant des droits, le juriste a pour ambition compréhensible de les classer et de les répertorier, dans un souci louable de clarification. Aussi de nombreuses typologies des droits de l'Homme, fondées sur divers critères, ont-elles été proposées. Au-delà des critiques qui peuvent être opposées à ces classifications - toute classification comportant, pour paraphraser Frédéric Sudre<sup>387</sup>, une part d'arbitraire et ne pouvant, dès lors, être pleinement satisfaisante - il convient de garder à l'esprit qu'une telle tâche, bien que courante, n'est jamais anodine. Ainsi, de manière sans doute insidieuse, les classifications opérées entre les droits de l'Homme conduisent à hiérarchiser ces droits, en permettant de distinguer ceux qui seraient essentiels de ceux qui le seraient moins<sup>388</sup>.

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

---

<sup>386</sup> Guy HAARSCHER, « De l'usage légitime – et de quelques usages pervers – de la typologie des droits de l'Homme », in Emmanuelle BRIBOSIA, Ludovic HENNEBEL, *Classer les droits de l'Homme*, Bruylant, 2004, p. 25.

<sup>387</sup> Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2006, p. 258.

<sup>388</sup> Karel VASAK, « Les différentes typologies des droits de l'Homme », in Emmanuelle BRIBOSIA, Ludovic HENNEBEL, *précit*, pp. 11-12.

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

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

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

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

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

1) Constatant l'hétérogénéité des droits de l'Homme, les auteurs réalisent des classifications. La catégorisation des droits opérée dans les manuels révèle que la majeure partie de la doctrine française adhère à la thèse de la dichotomie des droits et libertés. De ce point de vue, Jean-Jacques Sueur et Robert Charvin font figure d'exception en défendant ardemment « une conception unitaire des droits de l'Homme »<sup>389</sup>.

Toutefois, au-delà de cet apparent consensus, des différences apparaissent entre les auteurs. D'abord, tous n'adoptent pas la même posture face à cette diversité des droits de l'Homme, diversité à laquelle contribue l'émergence des droits sociaux : à la critique portant sur le risque de dilution<sup>390</sup>,

---

<sup>389</sup> Les deux auteurs reconnaissent que la présentation traditionnelle de type dichotomique traduit une évolution bien réelle, mais en tempèrent immédiatement la pertinence en relevant qu'il n'est pas exact historiquement d'opposer, terme à terme, les droits civils et politiques, encore appelés droits de la première génération, et les droits économiques et sociaux dits de seconde génération. (Robert CHARVIN, Jean-Jacques SUEUR, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 1994, pp. 24-25).

<sup>390</sup> Jean Rivero dénonce la tendance consistant à créer « un droit à tous les besoins et à toutes les aspirations de l'homme (...) Si généreuse soit cette inflation, elle est dangereuse, comme toute inflation, car elle risque d'ôter à la notion de droits de l'Homme son caractère opérationnel » (Jean RIVERO, *Les libertés publiques*, t. 1, « Les droits de l'Homme », PUF, Thémis, 1991, p. 135). Cette

de banalisation et donc d'affaiblissement des droits de l'Homme s'oppose l'analyse positive qui souligne l'enrichissement des droits de l'Homme<sup>391</sup>. Ensuite, tous n'ont pas la même analyse de cette dichotomie. Mis à part les très rares auteurs déjà évoqués qui la rejettent<sup>392</sup>, un certain nombre d'entre eux, tout en conservant une analyse binaire des droits, se montrent critiques à l'égard de certaines catégorisations.

D'aucuns<sup>393</sup> soulignent ainsi le caractère simplificateur de la distinction générationnelle des droits très largement utilisée dans les manuels étudiés pour relater la stratification progressive des droits de l'Homme<sup>394</sup>. Elle est pourtant conservée tout comme la distinction issue de la doctrine internationaliste sur laquelle elle s'adosse opposant les droits civils et politiques aux droits économiques et sociaux<sup>395</sup>. Est de ce point de vue particulièrement topique l'analyse de Frédéric Sudre qui, après avoir qualifié de trompeuse la classification générationnelle ternaire des droits de l'Homme et de mystificateur le discours qui la véhicule<sup>396</sup>, utilise la catégorie de droits civils et politiques pour désigner des droits « inhérents à la personne ou permettant la participation de l'individu à la Cité » et celle de droits économiques, sociaux et culturels qui recouvre des « droits intéressant la situation matérielle de l'individu »<sup>397</sup>.

D'autres émettent des réserves concernant les classifications, elles aussi très répandues dans la doctrine de libertés, fondées sur le critère du rapport à l'État ou du rôle de celui-ci. Le rapport à l'État confirmerait la bipartition des droits de l'Homme entre droits civils et politiques opposables à l'État, c'est-à-dire destinés à préserver l'individu de l'arbitraire étatique et les droits économiques, sociaux et culturels exigibles de l'État, donc supposant de celui-ci une intervention destinée à garantir l'éducation ou la sécurité sociale<sup>398</sup>. Le rôle de l'État ou plus généralement le rôle des pouvoirs publics sert également d'assise à

---

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

<sup>391</sup> Jean-Jacques ISRAËL évoque « l'enrichissement du contenu des droits de l'Homme par leur évolution historique » (in *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, 1999, p. 21).

<sup>392</sup> Sur la critique des catégorisations simplificatrices et la défense de l'unité des droits de l'Homme, voir Robert CHARVIN, Jean-Jacques SUEUR, précit., p. 24.

<sup>393</sup> « Toute simplification est nécessairement erronée. C'est donc uniquement pour une plus grande clarté de présentation que l'on reprendra ici la distinction désormais classique entre les trois générations de droits » (Jean MORANGE, *Manuel des droits de l'Homme et libertés publiques*, PUF, 2007, p. 55).

<sup>394</sup> Les auteurs parlent de stratifications successives pour évoquer le fait que chaque courant de pensée a enrichi l'édifice sans faire disparaître l'influence du précédent. V. en particulier Claude-Albert COLLIARD, Roseline LETTERON, *Libertés publiques*, Dalloz, 2005 et Dominique BREILLAT, *Libertés publiques et droits de la personne humaine*, Gualino, Mementos, 2003.

<sup>395</sup> Les deux catégories sont généralement considérées par la doctrine comme correspondantes. Pour preuve voir Louis FAVOREU : « on passe de la notion de droits individuels civils et politiques de la première génération, datant de la Révolution française, aux droits économiques et sociaux de la deuxième génération, de l'après Seconde Guerre mondiale (...) » (Louis FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2000, p. 21). V. également Robert CHARVIN, Jean-Jacques SUEUR, précit., p. 24 et Jean MORANGE, précit., p. 55.

<sup>396</sup> Frédéric SUDRE, précit., p. 101.

<sup>397</sup> Frédéric SUDRE, précit., p. 129.

<sup>398</sup> Patrice MEYER-BISCH, *Le corps des droits de l'Homme*, Editions universitaires Fribourg-Suisse, 1992, p. 129.

la division des droits. Issue des travaux de Jellinek relatifs aux rapports entre l'État et les individus, cette opposition entre les droits imposant une abstention de l'État (statut négatif chez Jellinek) et ceux exigeant des prestations de l'État (statut positif), se reflète plus ou moins clairement dans des formules aussi diverses que « droits d'être »/« droits d'obtenir », « libertés négatives »/libertés positives », « droits-libertés »/« droits-créances », « droits de »/« droits à ». A l'encontre de cette classification est soulevé son caractère non opératoire qui tient, selon Claude-Albert Colliard et Roseline Letteron, au fait que « les libertés négatives ne se traduisent jamais par une totale abstention de l'État qui doit au moins définir les conditions de leur exercice »<sup>399</sup>. Cette catégorisation est cependant largement conservée, la plupart des auteurs se ralliant à la position de Gilles Lebreton selon qui, s'il est vrai que l'intervention publique est toujours nécessaire, elle ne serait pas du même ordre dans les deux hypothèses : alors qu'elle serait simplement destinée à faciliter l'exercice des droits-libertés qualifiés par l'auteur de « pouvoirs d'autodétermination », elle serait exigée pour l'existence même des droits-créances<sup>400</sup>. Comme le soulignait déjà l'instigateur de cette distinction, Jean Rivero, l'objet des droits-créances reste indéfini tant que l'État n'est pas intervenu<sup>401</sup>.

Les autres classifications reposant sur l'objet des droits (corps ou esprit), leur mode d'exercice (individuel ou collectif) ou encore leur fonction (vis-à-vis de l'individu appréhendé en tant que personne physique, membre de la société ou encore acteur économique) souffrent également de critiques ne serait-ce qu'en raison de la grande porosité entre les différentes catégories ainsi établies<sup>402</sup>.

Comment expliquer que, malgré leurs limites et insuffisances, ces diverses classifications - première/deuxième génération, droits civils et politiques/droits économiques, sociaux et culturels, droits-libertés/droits-créances, obligations d'abstention/obligations positives, droits de/droits à, etc. - soient retenues dans les manuels sans d'ailleurs y être véritablement discutées ? L'explication réside certainement dans l'objectif pédagogique assigné à de tels ouvrages. L'approche générationnelle des droits, de ce point de vue, a le mérite de permettre « à la fois de les différencier dans la forme et de rendre compte de la succession historique de phases complémentaires tant dans la revendication que dans la reconnaissance »<sup>403</sup>. Le choix de ces classifications n'est donc pas exclusif d'une prise de distance à leur encontre. On peut aussi penser que participe de ce conservatisme la volonté de ne pas exposer les étudiants à un

---

<sup>399</sup> Claude-Albert COLLIARD, Roseline LETTERON, précit., p. 159. V. aussi André ROUX qui souligne que « pour la plupart de ces droits fondamentaux [droits classiques] l'on trouve une articulation entre les interdictions d'agir et des obligations de prestations parfois très importantes. A l'inverse, la concrétisation de droits considérés comme de purs droits à des prestations peut fort bien comprendre des interdictions » (in Louis FAVOREU et alii, précit., p. 137). V. encore Jacques MOURGEON pour qui la classification « droits de »/« droits à » ignore que les droits dérivent tous du Pouvoir (Jacques MOURGEON, *Les droits de l'Homme, Que sais-je ?*, 1728, 1998).

<sup>400</sup> Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Armand Colin, 2008, p. 16.

<sup>401</sup> Jean RIVERO, précit., p. 121.

<sup>402</sup> Jean-Jacques ISRAËL, précit., p. 51.

<sup>403</sup> Louis FAVOREU et alii, précit.

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

2) Les différentes classifications des droits de l'Homme établies renseignent en creux sur les principales caractéristiques des droits sociaux. En effet, de ces présentations livresques, un certain nombre de conclusions sur les droits sociaux peuvent être tirées. Il en ressort plus ou moins explicitement que ces droits sont d'abord situés d'un point de vue temporel : ils sont présentés dans le discours comme des droits de la deuxième génération, c'est-à-dire consacrés lors d'une deuxième vague d'affirmation des droits de l'Homme, à une période où la préoccupation de l'égalité concrète<sup>404</sup> émerge et s'ajoute à celle de la liberté. Ce souci d'égalité conduit à l'identification d'un autre trait caractéristique, tenant cette fois à leur objet social (travail, éducation, santé, logement), les droits sociaux étant vus comme des droits destinés à répondre à un besoin<sup>405</sup>. Il en résulte que le titulaire du droit n'est pas tout homme mais l'individu concerné par le besoin évoqué, ce que traduit l'expression chère à Georges Burdeau de droits de « l'homme situé », notamment les groupes de personnes défavorisées<sup>406</sup>. Enfin, et surtout, c'est une caractéristique concernant leur régime qui est utilisée à des fins de définition - ce qui traduit l'ambivalence des rapports entre définition et régime, les catégorisations fondant un régime différent, mais le régime justifiant aussi certaines catégorisations -, et qui constitue la caractéristique privilégiée dans le discours : les obligations positives que de tels droits imposent à l'État et plus largement aux pouvoirs publics, se concrétisant par des prestations matérielles, économiquement coûteuses.

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

## **B. Les droits sociaux, des droits de second rang**

Les auteurs déduisent de cette structure binaire des droits et libertés des différences de valeur et/ou de régime<sup>407</sup>. Par exemple, Jacques Fialaire établit une hiérarchie au sein des droits constitutionnellement consacrés entre ceux, de premier rang, pour lesquels la liberté est la règle et ceux de second rang n'ayant un caractère ni général ni absolu, d'application non uniforme, cédant devant une norme de premier rang et qui recouvrent principalement les libertés

---

<sup>404</sup> Claude-Albert COLLIARD et Roseline LETTERON insistent par exemple sur l'objet des droits sociaux qui est de « rétablir une certaine égalité sociale » (précit., p. 35).

<sup>405</sup> V. en particulier Georges BURDEAU, *Libertés publiques*, 1972, p. 375 et Danièle LOCHAK, *Les droits de l'Homme*, PUF, La découverte, Repères, 2002, p. 45.

<sup>406</sup> Georges BURDEAU, précit.

<sup>407</sup> Jean-Jacques SUEUR et Robert CHARVIN évoquent des « droits de seconde zone », (précit., 5<sup>e</sup> éd., 2007, p. 99).

économiques et les droits économiques et sociaux<sup>408</sup>. Rarement explicitée, l'idée de hiérarchie entre les droits de l'Homme irrigue nombre de manuels. Et c'est sans doute le danger essentiel de cette entreprise de classification.

1) Cette hiérarchie apparaît d'abord de manière latente dans le silence gardé par les ouvrages sur le régime des droits sociaux. En ne traitant pas des droits sociaux<sup>409</sup> ou, du moins, en excluant les droits sociaux de type droits-créances<sup>410</sup> de la partie de l'ouvrage consacrée au régime des libertés, la majorité de la doctrine semble estimer que les droits de la deuxième catégorie ne bénéficient pas, si ce n'est du même régime juridique, du même intérêt scientifique. L'ensemble des manuels de libertés comporte une partie relative à la théorie générale des droits et libertés, partie dans laquelle les différentes typologies sont présentées et une autre, consacrée au régime juridique de ces mêmes libertés. Or, force est de constater que les droits sociaux en sont absents. Une nuance mérite d'être apportée : elle concerne les droits qualifiés de sociaux en raison de leur objet (droits répondant à un besoin social), mais proches du modèle des libertés dites classiques s'agissant de leur régime juridique dans la mesure où ils n'impliquent pas une prestation de la part des pouvoirs publics<sup>411</sup>. Jean-Jacques Israël étudie ainsi dans la seconde partie de son manuel le droit de grève et la liberté syndicale. Une exception est également à relever, l'ouvrage de Arlette Heymann-Doat et Gwénaële Calvès se distinguant par son évocation de plusieurs droits sociaux (droit à la protection de la santé, droit au logement, droit à l'éducation) au titre des droits dits de solidarité<sup>412</sup>.

Soulignons encore que les auteurs ne justifient pas le choix des libertés et droits retenus dans leurs études autrement que par l'idée d'une hiérarchie qui s'imposerait d'elle-même. Ils traitent donc de ce qu'ils estiment être les « principales libertés », les libertés d'une « particulière importance dans la vie quotidienne des individus » ou encore celles qui « paraissent fondamentales au citoyen »<sup>413</sup>. Une telle classification hiérarchisante est toujours réalisée au détriment des droits sociaux.

Émerge donc l'idée qu'il y aurait de « vrais droits de l'Homme » et de « faux droits », parmi lesquels figureraient les droits dits sociaux. Cette idée est renforcée par leur présentation, non comme de véritables droits dont l'individu

---

<sup>408</sup> Jacques FIALAIRE, Eric MONDIELLI, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Ellipses, 2005, pp.88- 89.

<sup>409</sup> V. notamment Claude-Albert COLLIARD, Roseline LETTERON, précit., Jean MORANGE, précit., Jacques ROBERT, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 1994, Gilles LEBRETON, précit.

<sup>410</sup> Jean-Jacques ISRAËL, précit.

<sup>411</sup> Dans les manuels sus évoqués, seuls les droits du travailleur sont présentés dans la partie consacrée au régime des libertés fondamentales.

<sup>412</sup> Arlette HEYMANN-DOAT, Gwénaële CALVES, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, LGDJ, 9<sup>e</sup> éd., 2008.

<sup>413</sup> V. respectivement Jean-Jacques ISRAËL et Jacques ROBERT, précit. On peut ajouter Louis FAVOREU évoquant, s'agissant des droits de la première génération, les « droits et libertés les plus fondamentaux » (Louis FAVOREU et alii, précit., p. 62).

est titulaire<sup>414</sup>, mais sous la forme de devoirs de la société<sup>415</sup> voire de simples programmes reprenant une analyse classique de la doctrine constitutionnaliste<sup>416</sup>.

Même un auteur comme Jean-Jacques Israël, qui réfute, malgré son quasi silence sur le régime des droits sociaux, la thèse de la hiérarchie des droits estimant qu'il ne peut exister de différence de valeur juridique entre eux, admet l'existence d'une différence de traitement des droits de l'Homme<sup>417</sup>.

2) Quand il est abordé, le régime des droits sociaux est présenté comme moins protecteur. L'idée générale est que la protection la plus forte bénéficierait aux seuls droits dits de première génération autrement désignés sous le vocable droits civils et politiques. Plusieurs arguments sont avancés à l'appui de cette thèse : la précision des termes dans lesquels ces droits sont consacrés, l'abstention attendue de l'État pour leur mise en œuvre et l'existence de procédures de type juridictionnel au plan international.

Les différences de régime mises en exergue selon la catégorie d'appartenance des droits concernent les techniques de garantie : principalement juridiques pour les droits civils et politiques - avec la hiérarchie des normes et le contrôle juridictionnel - elles sont davantage matérielles s'agissant des droits sociaux (on pense à la mise en place de services publics), ce qui constitue pour certains auteurs une véritable infirmité pour ces droits<sup>418</sup>.

Une des différences majeures attribuées à la nature des droits est l'accès possible ou non au juge. Pour Michel Levinet, les droits civils et politiques seraient plus clairement justiciables que les droits sociaux qui ne bénéficieraient, pour leur part, que d'une « justiciabilité relative »<sup>419</sup> du fait notamment des ressources économiques nécessaires à leur effectivité. L'auteur prend toutefois la précaution de souligner l'hétérogénéité de la catégorie des droits sociaux, réduisant implicitement la pertinence de son analyse aux seuls

---

<sup>414</sup> Frédéric SUDRE écrit ainsi que l'individu en [des droits économiques sociaux et culturels] est le bénéficiaire virtuel », (précit., p. 257). Il s'agirait selon l'auteur de « principes souhaitables qui font partie de la nébuleuse des droits de l'Homme mais qui ne s'inscrivent pas dans le champ du droit ».

<sup>415</sup> Gilles LEBRETON, précit., p. 95.

<sup>416</sup> Georges BURDEAU affirme que les droits sociaux visent à « tracer, pour l'avenir, un programme au législateur » (précit., p. 372). D'autres auteurs estiment que « le réalisme veut que l'on considère les droits-créances comme des droits plus programmatiques que prescriptifs » (Claire MARLIAC, *L'essentiel des droits politiques, économiques et sociaux*, Gualino, Les Carrés, 2003, p. 52).

<sup>417</sup> Jean-Jacques ISRAËL, précit., p. 53.

<sup>418</sup> Ainsi, Frédéric Sudre souligne que la « réalisation de ces droits suppose la mise en œuvre de moyens économiques, financiers et sociaux, faisant défaut pour nombre d'États » de sorte que les droits sociaux sont des droits contingents, subordonnés aux possibilités matérielles d'une société donnée, à un moment donné de son histoire (précit., p. 256).

<sup>419</sup> Michel LEVINET évoque les « droits [de 2<sup>e</sup> génération] qui seraient caractérisés par une justiciabilité relative puisque leur mise en œuvre appellerait l'adoption de mesures complémentaires, par exemple, par voie législative, et dépendrait des ressources économiques et financières publiques » (*Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant, Nemesis, Droit et justice, n° 82, 2008, 2<sup>e</sup> éd, p. 75).

droits sociaux de type droits-créances quand il souligne la pleine justiciabilité du droit de grève, de la liberté syndicale et de la non discrimination dans l'emploi.

Les auteurs raisonnant à partir du modèle des droits civils et politiques - en particulier le droit de propriété - considérés comme premiers, les droits sociaux apparaissent dans les manuels comme une catégorie de droits de second rang. Ce biais dans l'analyse est moins présent dans les articles écrits par les membres de la doctrine de libertés fondamentales.

## II. Une critique de la vision duale des droits de l'Homme

Un certain nombre d'auteurs<sup>420</sup> menant leur activité de recherche dans le domaine des droits de l'Homme s'interrogent sur la pertinence et, en réalité, sur les limites des typologies traditionnelles sur lesquelles la catégorie de droits sociaux se fonde. C'est donc *in fine* le dualisme des droits de l'Homme qu'ils discutent.

Au-delà de cet objet commun distinguant cette partie de la doctrine des auteurs de manuels qui tiennent ces typologies pour acquises, les différences réapparaissent. Une grande variété d'analyses ressort de leurs écrits tant sur la question des classifications de droits proprement dites (A) que sur les conséquences qui y sont attachées du point de vue du régime de ces droits (B), sans d'ailleurs que ce lien de cause à effet entre nature juridique et régime juridique soit univoque.

### A. La pertinence de la catégorie « droits sociaux » interrogée

L'ensemble des classifications traditionnelles se retrouve dans les articles de doctrine. Mais c'est sur la thématique générationnelle des droits de l'Homme que les auteurs concentrent l'essentiel de leur réflexion, certainement en raison du succès dont elle a fait l'objet<sup>421</sup>. Les réserves émises plus globalement sur les différentes typologies rejaillissent sur la délimitation de la catégorie des droits sociaux.

1) La présentation générationnelle des droits, empruntée au droit international<sup>422</sup>, est encore majoritairement conservée<sup>423</sup>. Elle n'est pas pour

---

<sup>420</sup> Une petite vingtaine d'articles ont été répertoriés.

<sup>421</sup> Jean-Jacques SUEUR, « Régénération des droits de l'Homme et/ou consécration de droits nouveaux », in Geneviève KOUBI et alii, *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 129.

<sup>422</sup> Karel VASAK, « Le droit international des droits de l'Homme », *RCDAl*, 1974, t. 140, pp. 344-345.

<sup>423</sup> Pour un certain nombre d'auteurs, bien que la présentation en générations de droits ne soit pas imposée par la structure même des droits fondamentaux, elle s'avère utile pour comprendre le développement historique de ces droits (Robert PELLOUX, « Vrais et faux droits de l'Homme. Problème de définition et de classification », *RDP*, 1981, p. 53, Jean MORANGE, « Droits civils et politiques », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, pp. 536-538 ou encore Alessandro PIZZORUSSO, « Les générations de droits », in Constance GREWE,

autant exempte de critiques soulignant son simplisme<sup>424</sup> et le fait qu'elle n'emporterait pas d'effets juridiques, alors même que c'est l'objet généralement assigné à tout effort de catégorisation juridique<sup>425</sup>. Elle est parfois revisitée. Ainsi, Jean-François Akandji-Kombe offre une conception renouvelée de la question, affirmant que les générations qui, traditionnellement, opposent les droits civils et politiques aux droits économiques, sociaux et culturels traverseraient en fait la catégorie des droits économiques sociaux et culturels. Les droits dits économiques appartiendraient à la première, tandis que les droits sociaux relèveraient de la deuxième. De façon plus singulière, l'analyse générationnelle est réfutée avec virulence par Marie-Joëlle Redor. Instrumentalisée, selon l'auteur, par les tenants de la dichotomie des droits, cette présentation servirait la thèse de la hiérarchie des droits en partant du postulat que les droits les plus importants ont été proclamés les premiers. Or, pour l'auteur, deux critiques doivent être adressées à une telle analyse : d'une part, le fait que l'on trouve trace de consécration anciennes des droits économiques et sociaux<sup>426</sup> et, d'autre part, le fait que cette relative antériorité des droits dits civils et politiques est le résultat d'un rapport de force donné<sup>427</sup>. Une voie médiane entre ceux qui conservent la thèse générationnelle et ceux qui la nient, tracée par François Rangeon, consiste à souligner que, s'il est juste d'un point de vue historique, de faire remonter les prémisses des « nouveaux droits » bien avant le milieu du 20<sup>e</sup> siècle<sup>428</sup>, l'absence de concomitance entre ce qu'il est convenu de nommer les deux générations de droits reste indéniable. Si concomitance il y a, c'est, souligne-t-il, seulement entre deux éléments de nature

---

Florence BENOÎT-ROHMER (Dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, PU Strasbourg, 2003, p. 17).

<sup>424</sup> De la simplicité, seul mérite de la prétendue typologie des trois générations, selon Emmanuel DECAUX (in Emmanuelle BRIBOSIA, Ludovic HENNEBEL, « La question de la typologie des droits de l'Homme dans le système universel ») au simplisme critiqué par Marie-Claire PONTTHOREAU (« Le principe de l'indivisibilité des droits. L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux », RFDA, 2003, p. 929), il n'y a qu'un pas, celui de la simplification, précisément recherchée par certains (Evangelia GEORGISTI, « De « l'impossible justiciabilité » des droits sociaux fondamentaux », <http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Evangelia%20Georgitsi.pdf>).

<sup>425</sup> Pour Jean-François AKANDJI-KOMBE, c'est d'ailleurs précisément la finalité de cette catégorisation générationnelle : « Derrière la théorisation des droits de l'Homme en termes de génération, il y avait et il y a précisément le postulat d'une cohérence interne de chaque « âge » de droits, une cohérence forte susceptible de produire des conséquences juridiques » (« Droits économiques, sociaux et culturels », in Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii (Dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, 2008, p. 255).

<sup>426</sup> Les revendications des droits économiques et sociaux sont anciennes et datent en Angleterre du 17<sup>e</sup> siècle, en France du 18<sup>e</sup> siècle ; quant à leur reconnaissance, elle remonte à la déclaration des droits figurant dans la Constitution de 1793, au plan national et, au niveau international, à la première charte de l'OIT de 1919.

<sup>427</sup> Les déclarations de droits sont l'œuvre de ceux ayant conquis le pouvoir et consacrent donc les droits dont ceux-ci ont besoin.

<sup>428</sup> On pense au projet de Siéyès, lors de la Révolution française, à la déclaration des droits de 1793 ainsi qu'à la Constitution de 1848.

bien distincte : entre l'idée des droits-créances et la consécration des droits-libertés<sup>429</sup>.

Cette dispersion de la doctrine se retrouve dans la réflexion qu'elle conduit de façon plus précise sur la notion même de droits sociaux.

2) Rares sont ceux qui rejettent purement et simplement la catégorie<sup>430</sup>, mais tout aussi rares sont ceux qui s'accordent sur les frontières de ladite catégorie.

A titre liminaire, évoquons deux points terminologiques qui sont le signe de cette incertitude. Le fait tout d'abord que l'expression « droits sociaux » ne soit pas unanimement employée. D'aucuns, souvent issus de la doctrine internationaliste, lui préfèrent des expressions plus compréhensives, telles que droits économiques, sociaux et culturels<sup>431</sup> ou droits économiques et sociaux<sup>432</sup>. Le fait ensuite que l'expression « droits sociaux » est diversement comprise. Alors que certains relèvent, à l'instar de Michel Borgetto, que tout droit est par essence social, d'autres, comme Marie-Pauline Deswarte, insistent au contraire sur la pertinence de l'adjectif social parce qu'il souligne, d'une part, que le titulaire de ces droits est l'« homme situé », victime d'une injustice sociale et, d'autre part, que le sujet passif du droit est la société, devenue débitrice. De cette appréciation ressortent les deux critères de définition des droits sociaux rencontrés dans la doctrine, à savoir le besoin et l'intervention des pouvoirs publics. Si la doctrine ne s'accorde pas sur les contours de la catégorie des droits sociaux, c'est en réalité parce qu'elle ne s'accorde pas sur le critère d'appartenance à la catégorie. A l'instar des conceptions anglo-saxonne et nordique, les droits sociaux peuvent être définis comme des droits d'inspiration sociale visant le « bien-être » des membres de la société<sup>433</sup>, répondant à un

---

<sup>429</sup> François RANGEON, « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du préambule de la Constitution de 1946 », in Geneviève KOUBI et alii, *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 173.

<sup>430</sup> Selon les terminologies employées, les auteurs ne classent pas nécessairement les droits en rapport avec la relation de travail au sein des mêmes sous-catégories des droits économiques et sociaux. Ils peuvent être inclus tantôt dans la catégorie des droits économiques (Paul ORIANNE, « Mythe ou réalité des droits économiques, sociaux et culturels », *Mélanges offerts à Jacques VELU*, t. 3, *Présence du droit public et des droits de l'Homme*, 1992, Bruylant), tantôt dans celle des droits sociaux (Alain SAUVIAT, « Les droits sociaux dans le bloc de constitutionnalité français », *Juger les droits sociaux*, Actes du colloque organisé par ADEAGE, 19 octobre 2001, PULIM, *Les Chroniques de l'OMIJ*, n° 2, 2004, p. 49).

<sup>431</sup> V. Jean-François AKANDJI-KOMBE (précit.) et Marc BOSSUYT (précit.). Ce dernier distingue les droits économiques (liés au travail), les droits sociaux (qui recouvrent la sécurité sociale, l'assistance et le logement) et les droits culturels (dans lesquels on trouve principalement l'éducation et la culture). Après avoir réalisé cette répartition, il en souligne les limites, constatant qu'il n'existe aucun critère juridique permettant de distinguer les droits entre eux. Néanmoins, cette différence entre droits civils et politiques et droits sociaux existe selon lui, le critère, non juridique donc, étant l'exigence ou non d'un apport financier de l'État, ce qui renvoie peu ou prou à la question des obligations positives et négatives de l'État.

<sup>432</sup> Robert PELLOUX, précit.

<sup>433</sup> C'est la définition retenue par Nikitas ALIPRANTIS (précit.). Une telle vision semble partagée par Marc BOSSUYT qui, sans procéder à un effort de définition, énumère, au titre des droits dits sociaux, des droits portant effectivement sur les conditions d'existence : sécurité sociale, logement, assistance, etc.

besoin, avec une idée de protection qui peut s'appliquer tant aux travailleurs qu'aux plus démunis<sup>434</sup>. A ce critère matériel parfois critiqué en ce qu'il n'emporterait pas d'effet juridique, peut être préféré celui reposant sur la nature positive des obligations que les droits sociaux feraient peser sur les pouvoirs publics<sup>435</sup>. Dans ce schéma-là, à l'inverse de l'hypothèse précédente, les droits en rapport avec la relation de travail (droit de grève, liberté syndicale) sont exclus de la catégorie des droits sociaux pour rejoindre éventuellement la catégorie des droits économiques<sup>436</sup>. Le sort réservé aux droits du travailleur est révélateur de l'étendue des divergences entre les auteurs selon que ces droits sont considérés simplement comme faisant partie des droits sociaux et constituant, du fait de leur régime juridique propre<sup>437</sup>, une sous-catégorie ou encore comme étant exclus des droits sociaux<sup>438</sup>.

La majeure partie des auteurs se rejoint néanmoins sur l'existence d'une différence entre les droits-libertés et les droits-créances<sup>439</sup>, catégorisation qui peut recouper<sup>440</sup> celle opposant droits civils et politiques et droits sociaux, quand ceux-ci sont entendus structurellement ou, au contraire, constituer une sous-catégorie des droits sociaux définis à partir de leur seule inspiration sociale, c'est-à-dire appréhendés d'un point de vue matériel<sup>441</sup>.

Une telle hétérogénéité dans la définition donnée des droits sociaux fait apparaître la dualité des liens entre catégorisation et régime puisque la construction d'une catégorie « droits sociaux » définie matériellement permet de justifier que ces droits soient soumis à un régime distinct<sup>442</sup>, tandis que, pour une autre partie de la doctrine, c'est l'existence d'un régime différent - caractérisé pour l'essentiel par une intervention positive de l'État - de certains droits qui fonde l'instauration d'une catégorie, celle des droits sociaux, catégorie qui, à son tour, justifie un régime particulier, caractérisé cette fois par une justiciabilité moindre.

---

<sup>434</sup> Jean-François AKANDJI-KOMBE, précit.

<sup>435</sup> Pour Robert PELLOUX, qui admet la difficulté de définir les droits sociaux, il s'agit de « droits d'exiger de l'individu » ; quant à Evangelia GEORGISTI, elle estime que ce qui les caractérise, ce sont les obligations positives pesant sur l'État.

<sup>436</sup> Selon Paul Orianne, les droits économiques sont ceux du travailleur tandis que la sécurité sociale et l'assurance sociale relèvent des droits sociaux (in « Mythe ou réalité des droits économiques, sociaux et culturels », précit.).

<sup>437</sup> Alain SAUVIAT, précit.

<sup>438</sup> Nikitas ALIPRANTIS, précit.

<sup>439</sup> V. toutefois la position contraire de Marie-Claire PONTTHOREAU qui souligne que tous les droits imposent des actions positives de l'État (précit.).

<sup>440</sup> Marc BOSSUYT, « La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels », *Revue des droits de l'Homme*, 1975, vol VIII, 4, p. 783.

<sup>441</sup> Elle constitue alors une sous-catégorie des droits sociaux (Michel BORGETTO, « Droits sociaux », Denis ALLAND, Stéphane RIALS (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, pp. 555-556 ; Jean MORANGE, « Droits civils et politiques », précit., pp. 536-538, Robert PELLOUX, « Vrais et faux droits de l'Homme. Problème de définition et de classification », précit.).

<sup>442</sup> V. cependant la position différente de Evangelia Georgisti qui estime que, si la catégorie « droits sociaux » est fondée sur leur inspiration sociale, elle est alors sans effet juridique.

## **B. La spécificité du régime des droits sociaux questionnée**

Plusieurs arguments sont fréquemment avancés pour justifier l'existence d'un régime propre aux droits sociaux, distinct de celui applicable aux libertés classiques et marqué par leur injusticiabilité. Or, il ressort de la lecture des principaux articles de doctrine que deux traits, traditionnellement admis au titre des caractéristiques des droits sociaux, sont en réalité communs à l'ensemble des droits de l'Homme, simplement à des degrés variables, ce qui affaiblit la thèse de la non justiciabilité.

1) Les soubassements de la thèse classique de l'injusticiabilité des droits sociaux sont remis en cause par une partie des auteurs. Le raisonnement plus ou moins explicitement tenu est le suivant : les droits sociaux sont des « droits à » dont la mise en œuvre exige une intervention des pouvoirs publics, en particulier du législateur. Une telle analyse est renforcée par les écrits de constitutionnalistes selon lesquels, dans le Préambule de la Constitution de 1946, on ne trouve que des principes - et non des règles - programmatiques s'adressant au législateur, travaux qui insistent donc sur le besoin de la loi comme relais entre la Constitution et le titulaire du « droit ». En conséquence, au nom de la théorie de la séparation des pouvoirs, l'intervention du juge pour la sanction de ces droits, par exemple en cas de non concrétisation par le législateur, est exclue. Dans une telle hypothèse, par son intervention, le juge empièterait sur deux fonctions du Parlement, représentant de la nation, la délimitation de la politique sociale, d'une part, et la détermination des dépenses publiques *via* le vote du budget, d'autre part.

Toutefois, des tempéraments sont apportés à ce raisonnement à partir du constat selon lequel il ne s'agirait pas là d'une propriété des droits sociaux. L'ensemble des droits de l'Homme, y compris les droits-libertés, nécessitent une intervention de l'État et, en particulier, du législateur, ne serait-ce que pour réglementer leur exercice. C'est uniquement l'ampleur de cette intervention qui fluctue selon le type de droit en cause. L'impact financier des décisions de justice rendues à propos de droits dits de première génération peut même être tout à fait conséquent quand on pense aux implications matérielles et humaines, et donc financières, qui découlent d'un droit au procès équitable pour ne prendre que l'exemple le plus communément retenu par la doctrine.

2) La thèse selon laquelle les droits sociaux seraient injusticiables sort affaiblie de ces analyses qui nuancent les spécificités des droits sociaux. Elle demeure néanmoins pérenne dans la doctrine des droits fondamentaux. Et de ce point de vue, mérite d'être souligné le paradoxe, au moins terminologique, qu'il y a à désigner des droits prétendument non justiciables sous le vocable de « droits-créances » étant entendu que la notion civiliste de créance a pour sens précis de permettre la poursuite - y compris devant le juge - du débiteur indélicat.

Certains réfutent donc encore toute justiciabilité des droits sociaux, mais d'autres auteurs leur reconnaissent une justiciabilité spécifique. Partant du lien

ténu qui existe entre les droits de ce type et la loi, la seule justiciabilité envisageable serait la « justiciabilité normative », pour reprendre l'expression de Guy Braibant<sup>443</sup>, au sens où le contrôle du juge ne pourrait porter que sur les modalités de leur concrétisation par le législateur. Quelques auteurs, tel Nikitas Aliprantis, encore minoritaires dans les écrits, soutiennent même la thèse d'une justiciabilité totale des droits sociaux, réfutant l'ensemble des arguments généralement avancés à l'encontre de l'accès au juge.

L'idée que la protection juridictionnelle est moins adaptée aux droits sociaux qu'aux droits civils et politiques reste ancrée dans la doctrine juridique. Elle est toutefois de plus en plus affaiblie sur le plan théorique sous l'effet d'une réflexion féconde portant sur la pertinence scientifique des catégorisations traditionnelles.

A cet égard, un colloque qui s'est tenu en 2009 à l'Université de Caen mérite d'être mentionné<sup>444</sup>. La doctrine de libertés publiques y était présente dans une belle diversité. S'y est formée une sorte d'union sacrée autour de l'indivisibilité des droits, insistant sur la stérilité que présentait, d'un point de vue scientifique, la distinction traditionnelle en catégories. Cette rencontre révèle, qu'au-delà de ce qui constitue encore la ligne majoritaire, des inflexions, voire des renversements de tendance, sont en cours. De sorte que l'on peut s'interroger sur l'écart croissant entre l'état de la réflexion de la doctrine contemporaine et la réception de ses travaux dans les manuels.

### **Conclusion**

Au-delà des différences notables relevées dans le discours doctrinal sur les droits sociaux selon le média utilisé, plusieurs questions récurrentes émergent, qui révèlent le flou juridique entourant ce qu'il est convenu de désigner sous l'expression « droits sociaux ».

Les divergences entre les auteurs sur les contours de la catégorie des droits sociaux - que révèle, à titre principal, l'attitude d'inclusion ou, à l'inverse, d'exclusion des droits du travailleur, et que souligne également, à titre subsidiaire, l'hétérogénéité des listes données de droits sociaux - témoignent de l'incapacité de la doctrine à trouver un critère juridique unificateur. Les principes d'égalité, de fraternité, de solidarité ou de dignité sociale ont tour à tour été convoqués par la doctrine des libertés fondamentales sans, toutefois, constituer le critère objectif de détermination des droits pouvant être considérés comme sociaux<sup>445</sup>.

---

<sup>443</sup> Guy BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001.

<sup>444</sup> « L'universalisme des droits en question(s). Les 60 ans de la Déclaration universelle des droits de l'Homme », Caen, 15 mai 2009, *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n° 7, juin 2009.

<sup>445</sup> L'existence de droits qualifiés de mixtes par la doctrine – tels la liberté syndicale rattachée aux droits sociaux par le biais du travailleur, mais tout aussi indiscutablement dérivée du droit civil et politique que constitue la liberté de réunion – témoigne des difficultés de l'entreprise de

Une telle insuffisance conceptuelle, qui s'explique pour partie par un certain désintérêt de la doctrine spécialisée dans les libertés fondamentales pour la question sociale<sup>446</sup>, ne serait pas gênante si les tentatives de classification n'avaient d'autres prétentions que celle de souligner la multitude, la diversité et le caractère évolutif des droits de l'Homme. Mais, les conséquences attachées aux classifications des droits de l'Homme et, en particulier, à celles qui, sous des formes variées, distinguent les droits dits sociaux des autres droits de l'Homme, sont plus fondamentales puisqu'elles participent de la construction, puis de la pérennisation d'une vision hiérarchisée des droits de l'Homme qui tend notamment à légitimer, en le tenant pour donné, le régime moins protecteur des droits sociaux.

D'ailleurs, l'ambiguïté des liens établis par les auteurs entre la définition et le régime des droits sociaux démontre la versatilité des concepts et le subjectivisme entourant la réflexion sur ces droits, rendant difficile le débat dès lors que le régime est présenté à la fois comme une qualité intrinsèque des droits sociaux et comme un effet de la qualification de droit social.

*Pour citer cet article*

Tatiana Gründler , « La doctrine des libertés fondamentales : à la recherche des droits sociaux », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012  
<http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/la-doctrine-des-libert3a9s-fondamentales.pdf>

---

classification en l'absence de critère pertinent (Frédéric SUDRE, précit., p. 238, Patrice MEYER-BISCH, précit., p. 141).

<sup>446</sup> Témoignent de ce désintérêt les très rares références par les membres de la doctrine à la pauvreté (Jacques ROBERT, précit., Robert CHARVIN, Jean-Jacques SUEUR, précit.) et la timidité qu'ils manifestent à l'égard du thème de la dignité sociale (Jacques FIALAIRE, Éric MONDIELLI, précit.)

## TITRE 2 - REGARDS CROISES

Etudier *la* justiciabilité des droits sociaux serait une gageure, tant celle-ci peut prendre des formes et des procédures différentes selon les systèmes juridiques et les droits sociaux envisagés. D'où la nécessité de croiser les regards, et de prendre la mesure du contraste existant entre les expériences nationales et régionales (Chapitre 1) et des différences de garanties dont peuvent bénéficier certains droits sociaux (Chapitre 2).



## CHAPITRE 1 - DES EXPERIENCES CONTRASTEES

La garantie juridictionnelle des droits sociaux est la résultante de différents facteurs conjugués, qui relèvent avant tout de traditions et de configurations locales. Le rôle reconnu au juge en est un : la conception de la séparation des pouvoirs, les luttes de pouvoirs internes aux systèmes politiques influencent grandement la représentation du juge comme gardien des droits de l'Homme et calibrent l'étendue de ses pouvoirs. Mais il n'est pas le seul élément à prendre en compte : le primat politique, l'attention plus ou moins grande portée à la question sociale, le souci de justice sociale contribuent également à faire du juge un acteur social. Or, cette conjonction est éminemment variable selon les systèmes politiques et juridiques. D'où le choix, dans le cadre d'une recherche sur la justiciabilité des droits sociaux, d'une large ouverture au droit comparé. Si les travaux menés ailleurs ont permis de mettre en lumière les traits communs et les différences existants au sein de certains pays européens<sup>447</sup>, une attention spéciale est ici portée aux systèmes juridiques des pays émergents. L'hypothèse de départ est en effet que les pays du Sud peuvent constituer des références importantes, en raison des particularités de leur système juridique : démocraties constitutionnelles innovantes, des nations telles que l'Inde, l'Afrique du Sud (Section 3), l'Argentine ou le Brésil (Section 1) sont confrontées de longue date à la réalité sociale de la misère et des inégalités. Le traitement juridique de la pauvreté est ancré dans les usages sociaux du droit et il reçoit un accueil d'autant plus favorable que le juge se veut le gardien de l'État de Droit post colonial ou dictatorial. Il semble dès lors que les modes de raisonnement juridictionnels construits à l'échelle nationale ou régionale, en Afrique par la Commission Africaine des droits de l'Homme et des peuples (Section 2) ou en Amérique du Sud par la Cour interaméricaine (Section 1), offrent autant d'enseignements éclairants. *A contrario*, l'exemple nord-américain s'avère davantage fécond par la vivacité de sa doctrine académique (Section 4). Quant à l'exemple du Japon (Section 5), il montre comment les traditions nationales peuvent contribuer à acclimater des expériences et des conceptualisations importées.

---

<sup>447</sup> V. les travaux publiés sous forme de working paper issus d'un séminaire organisé en juin 2009 dans le cadre de l'Institut européen de Fiesole <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/14739> et proposés pour publication, dans une version traduite et remaniée, à la Rev. Internationale de droit comparé.

## SECTION 1

# LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX EN AMÉRIQUE DU SUD

## VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS

La possibilité d'invoquer des droits sociaux devant un juge est, dans de nombreux États d'Amérique Latine, une question d'une particulière actualité. Plusieurs facteurs peuvent l'expliquer.

Des facteurs historiques, tout d'abord. Certains États d'Amérique Latine, tels que le Mexique et le Brésil, ont été les précurseurs du « constitutionnalisme social »<sup>448</sup>, même si leurs expériences respectives n'ont pas connu une postérité identique. La Constitution mexicaine du 5 février 1917 est ainsi souvent considérée comme l'une des premières au monde à avoir consacré les droits au travail, à la propriété sociale de la terre, à l'éducation et à l'assistance sociale. Au Brésil, sous la double influence du socialisme et du positivisme sociologique, les droits sociaux sont vite apparus comme une condition de la réalisation des droits individuels et de la protection des plus pauvres face aux propriétaires terriens et aux conséquences de l'industrialisation. Toutefois, la Constitution de 1934, d'inspiration sociale, a tourné court en raison de l'instauration d'une dictature.

Des facteurs économiques et sociaux, ensuite. L'espace latino-américain est le théâtre de criantes inégalités économiques et sociales, plusieurs États revendiquant détenir le record du plus grand écart de revenus sur la planète. Une chose est certaine : les situations de plus grandes richesses côtoient celles de plus grandes pauvretés, et un fort taux d'habitants latino-américains vit en dessous du seuil de pauvreté absolu.

Des facteurs politico-intellectuels, enfin. Les sociétés latino-américaines se caractérisent par un niveau de culture et de conscience sociale et politique élevé, même s'il existe des disparités d'un groupe social à l'autre. Les élites intellectuelles, quelles que soient leur sensibilités politiques, ont un très haut niveau de formation et de réflexion critique. Il est à ce titre significatif que les dictatures militaires qui se sont succédé tout au long du XX<sup>e</sup> siècle sur le continent n'aient eu de cesse d'éliminer les militants politiques et les intellectuels tout particulièrement de gauche, ce qui a conduit une partie de ces

---

<sup>448</sup> Carlos HERRERA, « Sur le statut des droits sociaux. La constitutionnalisation du social », RUDH, 2004, vol. 16, n°1-4, p. 33

derniers à s'engager dans des organisations de guérilla armées. Ce phénomène a son importance pour la compréhension du succès qu'a pu ensuite acquérir auprès de certains juristes, qu'ils soient universitaires, avocats, juges ou militants associatifs, la question de la justiciabilité des droits sociaux. Beaucoup conçoivent en effet dorénavant le droit comme un moyen d'action non violent et en prônent un usage alternatif en faveur des causes sociales<sup>449</sup>.

Ces usages sont bien sûr très variables selon les États, selon les causes, selon les auteurs, selon les juges. Pour obtenir un aperçu sinon exhaustif, du moins représentatif des débats doctrinaux et de l'attitude des juges en Amérique Latine à l'égard de la question de la justiciabilité des droits sociaux, cinq États « tests » ont été choisis : l'Argentine, le Brésil, la Colombie, le Mexique et le Pérou<sup>450</sup>. Les décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme seront aussi évoquées. D'autres États comme le Chili, l'Équateur, le Venezuela ou la Bolivie, auraient pu aussi retenir l'attention en raison de leur actualité juridique et politique. Il semble toutefois qu'une analyse plus approfondie de la question dans ces États n'aurait pas apporté de modifications sensibles aux conclusions idéal-typiques auxquelles l'étude des cinq États-tests permet de parvenir.

Après avoir exposé l'état de débats doctrinaux sur la justiciabilité des droits sociaux en Amérique Latine (I), on évaluera la façon dont les juridictions latino-américaines peuvent la consacrer (II).

## I. Les droits sociaux et leur justiciabilité : état des débats doctrinaux

La compréhension des débats doctrinaux sur la justiciabilité des droits sociaux dans les États d'Amérique Latine (B), appelle un aperçu préalable de l'état de la doctrine latino-américaine et de son appréhension des droits sociaux (A).

### A. Doctrine et droits sociaux en Amérique Latine : aperçu général

L'état de la doctrine juridique latino-américaine varie fortement d'un État à l'autre. Les États observés présentent trois configurations. Dans certains États, la doctrine en général et la doctrine sur les droits sociaux en particulier atteignent des niveaux quantitatifs et qualitatifs tout à fait comparables aux États européens. Cela peut s'expliquer soit par des raisons liées à l'importance historique de la question sociale (Brésil, Mexique), soit par l'histoire académique et de la pensée juridique (Brésil, Argentine). Dans d'autres États, l'activité

<sup>449</sup> V. Oscar CORREAS, *Acerca de los derechos humanos*, México, Ediciones Coyoacán, 2003

<sup>450</sup> Ont participé à ce travail à titre de correspondant Monica PINTO, professeure à l'Université de Buenos Aires, et son équipe de recherche pour l'Argentine, Maria-Elisa VILLAS-BÓAS, docteur en droit, pour le Brésil, Victor Andrés OLARTE doctorant, et Carlos MOLINA, professeur à l'Université de Medellin, pour la Colombie, Alina RIVERA MALDONADO, doctorante, pour le Mexique, Carlos GONZALES PALACIOS, doctorant, pour le Pérou.

doctrinale est moins volumineuse mais en cours de développement. C'est le cas de la Colombie où les débats doctrinaux sur les droits sociaux ont pris une envergure nouvelle en raison de l'activisme stimulant de la Cour constitutionnelle créée en 1991. Enfin, le Pérou présente un faible niveau d'activité doctrinale tout particulièrement en matière de droits sociaux. Cette situation est liée aux très forts enjeux politiques qui entourent la question. Celle-ci est en effet pris en tenaille entre, d'un côté, la doctrine conservatrice et néo-libérale dominante (surtout à Lima) qui refuse de considérer les droits sociaux comme de véritables droits en dépit de leur reconnaissance dans la Constitution et de l'existence de programmes sociaux et, d'un autre côté, l'extrême gauche qui a longtemps préféré recourir à des méthodes radicales et violentes plutôt que de discourir sur la justiciabilité des droits. Dans ce contexte, les travaux sur les droits sociaux n'ont d'assise que localement, en « province où la doctrine est plus critique et revendicatrice »<sup>451</sup> mais ne dispose souvent que de faibles moyens de diffusion, ou, à l'autre extrême, internationalement<sup>452</sup>, mais dans des publications parues loin du Pérou.

Quelle que soit leur intensité nationale respective, on soulignera que, dans tous les États observés, émergent à côté d'une doctrine classique de type dogmatique, conservatrice et souvent hostile aux droits sociaux, de nouveaux courants doctrinaux, minoritaires mais non marginaux, faisant preuve d'une maîtrise des travaux de théories juridiques de très haut niveau, d'une propension à l'inventivité et à la réflexion critique, et d'une ouverture internationale manifeste. Certains travaux de ces auteurs sont devenus des ouvrages de référence, cités tant dans toute l'Amérique Latine ainsi qu'en Espagne. On pense tout particulièrement à l'ouvrage des argentins V. Abramovich et C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*<sup>453</sup>.

L'aperçu général de l'appréhension des droits sociaux dans les doctrines latino-américaines s'articulera en quatre points portant sur leur définition (1), leur présentation en termes de générations de droits (2), leur fondamentale (3) et la détermination de leurs titulaires (4).

## **1) Définitions des droits sociaux**

Les travaux doctrinaux latino-américains proposent des définitions assez classiques des droits sociaux, mais avec quelques variantes selon les contextes historiques, politiques ou académiques propres à chaque État.

---

<sup>451</sup> Carlos GONZALES PALACIOS, « Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux au Pérou », in *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux- Rapport d'étape*, p. 103, [http://droits-sociaux.free.fr/Projet/rapports\\_scientifiques.pdf](http://droits-sociaux.free.fr/Projet/rapports_scientifiques.pdf).

<sup>452</sup> V. par exemple, sur un tout autre sujet, Clara SANDOVAL, « The challenge of Impunity in Peru : The significance of the Inter-American Court of Human Rights », *Essex Human Rights Review*, vol. 5, n°1, 2008, p. 97.

<sup>453</sup> Madrid, Trotta, 2002.

Au Brésil, par exemple, les droits sociaux sont essentiellement définis par des critères générationnels et fonctionnels. Ils sont présentés comme des droits de deuxième génération, se rapportant aux conditions d'égalité entre les individus. Ils ont pour fonction de permettre « l'accès » de tous « à une vie digne, au développement personnel » et d'assurer « l'exercice effectif de la liberté »<sup>454</sup>.

En Colombie, on rencontre des modes de définitions très divers. Certains auteurs mettent l'accent sur le critère générationnel, d'autres sur la nécessité de l'intervention de l'État, d'autres encore, sur la complémentarité que les droits sociaux présentent avec les libertés individuelles en assurant à l'individu son plein épanouissement en société<sup>455</sup>.

Enfin au Mexique, la définition des droits sociaux est le plus souvent centrée sur leur fonction économique et sociale. Les droits sociaux visent à améliorer les conditions de vie des démunis. Ils doivent assurer à chacun une existence digne. Ils sont alors un instrument de justice sociale qui justifie l'intervention de l'État pour répondre aux besoins essentiels des personnes en matière de logement, de santé, d'éducation, etc.<sup>456</sup>.

## **2) Droits sociaux et générations de droits**

La présentation des droits et des libertés en termes de générations successives est commune dans les doctrines latino-américaines. Les droits sociaux sont considérés comme des droits de deuxième génération après celle des libertés individuelles et des droits civils et politiques, et avant celle de droits « globaux » ou liées aux nouvelles technologies (droits à un environnement sain, à la paix ou au respect de l'intégrité du corps humain). De façon assez classique également, de nombreux auteurs prennent argument de ce découpage générationnel pour minimiser la valeur et la portée normative des droits sociaux.

Partout toutefois, certains cherchent à relativiser la présentation générationnelle tout comme les conséquences juridiques qui lui sont associées. Les arguments peuvent varier en fonction des spécificités constitutionnelles nationales.

En Argentine, des auteurs comme V. Abramovich et C. Courtis<sup>457</sup> soutiennent ainsi que les droits sont dits de « deuxième génération » en raison de leur apparition à un moment historique postérieur à d'autres, mais que cela ne signifie pas qu'ils soient de « deuxième niveau » ou de moindre importance.

---

<sup>454</sup> Maria-Elisa VILLAS-BÔAS, « Derechos de los pobres, ¿pobres derechos? Investigacion sobre la justiciabilidad de los derechos sociales- Brasil », in « 4- Doctrine sud-américaine et droits sociaux », précit., p. 47.

<sup>455</sup> Angel HERREÑO, *¿Todo o nada? Principio de integralidad y derechos sociales*, Bogotá, Textos de Aquí y Ahora, n° 11. ILSA, 2008, p. 72.

<sup>456</sup> Alina RIVERA MALDONADO, « Doctrine sur les droits sociaux au Mexique », in « 4- Doctrine sud-américaine et droits sociaux », précit., p. 96.

<sup>457</sup> Précit.

Cet argument est partagé ailleurs. Au Mexique ou au Brésil, l'accent est mis sur l'indivisibilité, la complémentarité et l'unité des droits de l'Homme. Au Brésil, les auteurs peuvent s'appuyer sur un argument de texte, à savoir celui de la Constitution. Celle-ci comprend en effet un titre général consacré aux « droits fondamentaux », englobant sans distinction autre que thématique tous les droits et libertés : « droits et devoirs individuels et collectifs », « droits sociaux », « droits de nationalité » et « droits politiques ». Certains, à l'instar du portugais J. Miranda, préfèrent alors utiliser le terme de « dimension » plutôt que de « génération », ce premier paraissant moins clivant<sup>458</sup>. Bien plus, le colombien A. Herreño s'engage dans une remise en cause radicale de la présentation de l'histoire des droits de l'Homme par séquence générationnelle. Pour l'auteur, « la lutte pour les droits ne s'est pas faite de manière interrompue et centrée sur des catégories spécifiques ». Les revendications politiques n'ont jamais été déconnectées de revendications sociales. En conséquence, « la division entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels » est tout au plus « conventionnelle »<sup>459</sup>.

### 3) Droits fondamentaux et droits sociaux

La question de savoir si les droits sociaux peuvent être considérés comme des droits fondamentaux est récurrente, tout particulièrement parce que dans certains États (la Colombie, le Pérou) le caractère fondamental des droits conditionne la recevabilité des recours d'*amparo* ou d'*acción de tutela*. Trois positions doctrinales peuvent être distinguées.

Selon un premier courant, classique, les droits sociaux ne sont pas des droits fondamentaux, mais des « normes programmatiques » dépourvues d'effet normatif contraignant.

Un deuxième courant soutient que seuls les droits sociaux qui assurent un « minimum existentiel », c'est-à-dire un « minimum nécessaire à la survie »<sup>460</sup>, tels que l'éducation primaire ou les services essentiels de santé, peuvent être considérés comme fondamentaux<sup>461</sup>.

Un troisième courant estime que tous les droits sociaux sont, sans réserve, fondamentaux. Trois raisons peuvent être invoquées : un argument de texte là où la constitution procède elle-même à la qualification (Brésil), un argument historique lié à l'indissociabilité des luttes pour la reconnaissance des libertés individuelles et des droits sociaux, un argument axiologique selon lequel

---

<sup>458</sup> Maria-Elisa VILLAS-BÔAS, précit., p. 47.

<sup>459</sup> Angel HERREÑO, précit.

<sup>460</sup> Ricardo LOBO TORRES, « O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais », *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, jul.-set. 1989, pp. 29-49.

<sup>461</sup> Carlos MOLINA, « Justiciabilidad de los derechos humanos en Colombia », in « 4- Doctrine sud-américaine et droits sociaux », précit., p. 73.

les droits sociaux concourent à la réalisation de l'égalité sociale et à la sauvegarde de la dignité de la personne humaine<sup>462</sup>.

#### **4) Titularité**

L'idée selon laquelle les droits sociaux sont des droits collectifs, c'est-à-dire dont la titularité n'appartient pas à une personne considérée individuellement, mais est étendue à des groupes spécifiques d'individus, jusqu'à bénéficier à la société tout entière, est très répandue en Amérique Latine. Toutefois le débat sur la titularité des droits prend parfois de tournures particulières selon les histoires et les contextes sociaux propres à chaque État. Ainsi par exemple la doctrine mexicaine a longtemps considéré que les droits sociaux posés par la constitution de 1917 ne bénéficiaient qu'aux ouvriers et aux paysans les plus démunis ayant participé à la Révolution. Les droits sociaux sont ainsi conçus comme des droits de protection, des droits destinés à remédier à des déséquilibres économiques et sociaux. Ce ciblage des bénéficiaires des droits sociaux expliquerait que, dans la constitution mexicaine, les droits au travail et à la propriété sociale de la terre aient été plus développés que d'autres tels que les droits à l'éducation, à la protection de la santé ou à un logement digne<sup>463</sup>.

Une telle conception se retrouve aussi au Brésil ou en Colombie. D'ailleurs, ceux qui défendent une titularité plus large des droits sociaux, le font souvent en opposition explicite à celle-ci. A. Herreño défend ainsi l'universalité des droits sociaux en insistant sur le fait qu'ils ne sont pas « exclusivement reconnus pour les groupes de marginaux, personnes vulnérables ou travailleurs ». Il rejette également la possibilité d'une titularité individuelle car la vocation des droits sociaux est de produire des effets collectifs et universels au bénéfice de tous<sup>464</sup>.

### **B. Les débats doctrinaux sur la justiciabilité des droits sociaux**

Dans tous les États d'Amérique Latine, la possibilité d'invoquer devant un juge des droits sociaux divise la doctrine. La thèse selon laquelle les droits sociaux ne sont que des normes programmatiques et donc, à la différence des droits civils et politiques, ne sont pas justiciables, a longtemps prédominé (1). Mais, dans tous les États émergent de nouveaux courants doctrinaux qui contestent cette conception de façon très argumentée (2).

#### **1) Les arguments contre la justiciabilité des droits sociaux**

L'absence de justiciabilité des droits sociaux est soutenue dans tous les États. Partout, les distinctions entre les droits économiques, sociaux et culturels

---

<sup>462</sup> Angel HERREÑO, précit.

<sup>463</sup> Alina RIVERA MALDONADO, précit.

<sup>464</sup> Angel HERREÑO, précit.

et les droits civils et politiques apparaissent « comme le résultat de décisions politico-idéologiques », plutôt qu'elles ne reposent « sur des arguments juridiques clairs et solides qui donneraient un réel fondement à une supposée différence »<sup>465</sup>. Toutefois, ne serait-ce que pour maquiller les présupposés politiques, les arguments techniques et juridiques ne sont pas inexistantes. On peut les regrouper en 3 types.

*La divisibilité des droits.* Cette thèse prend appui sur la présentation de l'émergence des droits en génération et sur l'affirmation des droits au niveau international dans deux pactes distincts à savoir, le Pacte international sur les droits civils et politiques et le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels.

*Le caractère programmatique des droits sociaux.* A l'inverse des droits civils et politiques qui constitueraient de véritables droits subjectifs invocables en justice, les droits sociaux seraient « symboliques », « programmatiques » et « à faible potentiel juridique ». Leur justiciabilité est conditionnée à l'existence d'une loi qui les met en œuvre mais c'est alors cette loi qui permet de fonder les recours.

*La compétence et la légitimité des juges.* Tandis que les droits civils et politiques impliquent une obligation d'abstention de la part des autorités publiques ou de toute personne privée et que le contrôle juridictionnel se limiterait à l'annulation ou à la condamnation des actes qui enfreignent cette obligation, les droits sociaux seraient porteurs d'obligations positives qui conduisent les juges à formuler des injonctions et des obligations d'action. Or, ce type de décisions porterait atteinte au principe de séparation des pouvoirs et à la compétence législative en matière de finances publiques. En tout état de cause, les mécanismes juridictionnels seraient inadaptés pour assurer la garantie des droits sociaux.

## **2) Les arguments en faveur de la justiciabilité des droits sociaux**

La relativisation de la distinction entre des droits civils et politiques invocables devant les juges et des droits sociaux qui ne le seraient pas a pour fondements premiers les principes d'indivisibilité et d'interdépendance des droits de l'Homme. Elle repose sur l'idée que les différences éventuelles entre les droits et libertés ne sont pas substantielles mais reposent sur un ensemble de choix et « de croyances contingentes »<sup>466</sup>. Cinq types d'arguments peuvent le démontrer.

---

<sup>465</sup> M. PINTO, « Derechos de los pobres, ¿pobres derechos? Investigacion sobre la justiciabilidad de los derechos sociales- Argentina », in « 4- Doctrine sud-américaine et droits sociaux », précit., p. 18 et s., et A. RIVERA, précit.

<sup>466</sup> Monica PINTO, précit., p. 18.

*La force des textes.* Comme l'affirmait R. Barbosa<sup>467</sup> à propos de la Constitution brésilienne de 1932 : « une constitution n'énonce pas des conseils, des avis ou de simples recommandations, mais de vrais ordres dictés par le peuple ». Toutes ces dispositions sont donc sources d'obligations. On retrouve l'argument au niveau international. Pour certains, l'exigence d' « interprétation de bonne foi conforme au sens courant des termes (du traité) dans le contexte où ils sont utilisés » rend « irraisonnable de penser que les normes qui protègent les droits économiques, sociaux et culturels manquent de forces obligatoires »<sup>468</sup>.

*L'État social de droit, la fonction sociale des juges et la pensée juridique.* L'intégration des droits sociaux dans les textes constitutionnels institue un État social de droit dont il revient aux juges, et tout particulièrement aux juges constitutionnels, d'assurer la garantie au même titre que tout type de droits. Le concept d'État social de droit attend donc pour sa pleine réalisation l'engagement des juges, mais aussi celui de la pensée juridique. Comme le souligne M. Pinto, le concept d'État social de droit n'a pas encore été théorisé à la hauteur de celui d'« État de droit libéral ». Ainsi, s'il est possible que la justiciabilité des droits sociaux n'implique pas les mêmes mécanismes que celle des droits civils et politiques, cela ne signifie pas que leur absence de garantie échappe à toute sanction juridictionnelle. La justiciabilité des droits sociaux exige un effort d'imagination de la part des juristes et des juges<sup>469</sup>.

*L'identité structurelle des énoncés juridiques affirmant des droits.* Les droits sociaux ne sont pas plus abstraits ou imprécis que les droits civils et politiques. Les termes d'égalité, de liberté, de propriété ou d'accès au logement ne posent pas aux juges de problèmes d'interprétation très différents. Les droits sociaux peuvent donc tout autant être considérés comme des droits subjectifs que les droits civils et sont porteurs des mêmes types d'obligations, d'action ou d'abstention.

*La réalité de la pratique juridictionnelle.* « Les tribunaux interviennent généralement sur une gamme considérable de questions ayant des conséquences importantes sur les ressources disponibles de l'État ». L'argument des coûts est donc souvent brandi au prix d'une minimisation du coût de l'effectivité des droits civils et politiques et d'une maximisation de celui des droits sociaux<sup>470</sup>.

*L'évolution du droit international et l'indivisibilité des droits.* Pour répondre à ceux qui prennent prétexte de l'existence des deux pactes internationaux de New York pour établir une différence de nature entre les droits civils et politiques et les droits sociaux, une partie de la doctrine affirme l'indivisibilité et l'interdépendance des droits de l'Homme posées par la Déclaration universelle des droits de l'Homme et soutenue, sur le continent

---

<sup>467</sup> Roberto BARBOSA, *Comentários à Constituição Federal brasileira*, V. II., H. Pires (coord), São Paul, Saraiva & Cia, 1932.

<sup>468</sup> Monica PINTO, précit.

<sup>469</sup> Ibid.

<sup>470</sup> Ibid.

américain, par la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'Homme<sup>471</sup>.

Ces arguments mobilisés en faveur de la justiciabilité des droits sociaux s'inscrivent souvent dans des constructions doctrinales visant plus largement à construire un concept d'exigibilité des droits sociaux, à l'adresse tout autant des juges que des autorités administratives et des services sociaux. Il s'agit ainsi d'engager une redéfinition des politiques publiques et des obligations de l'État en matière sociale dans laquelle les juges sont une des parties prenantes.

## II. Des réponses jurisprudentielles contrastées : entre rejet, prudence et audace

Les décisions des juges latino-américains et de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme en matière de droits sociaux offrent un panorama contrasté. Si beaucoup de juges rejettent de façon très classique les recours fondés sur des droits sociaux, d'autres les acceptent sous des conditions variables (A) et définissent des obligations à la charge des autorités publiques adaptées à chaque cas d'espèce (B).

### A. Une justiciabilité à géométrie variable

L'attitude des juges à l'égard des droits sociaux diffère d'un État à l'autre et, au sein d'un même État, d'une juridiction à l'autre, d'un droit à l'autre, d'un cas d'espèce à l'autre. Si de très nombreux juges restent encore réticents à l'idée d'imposer des obligations de faire aux autorités publiques sur le fondement de la violation de droits sociaux, d'autres s'y emploient nettement. A cet égard, la formulation des textes constitutionnels ne prédétermine que faiblement les solutions juridictionnelles, ce qui convainc, si besoin en était, qu'en la matière les juges disposent d'un large pouvoir interprétatif. Si l'on peut concevoir que le silence ou l'ambiguïté des textes favorisent les interprétations les plus diverses, leur clarté apparente stimule aussi parfois l'imagination des juges pour la contrarier dans un sens plus ou moins favorable, selon leur sensibilité, à la justiciabilité des droits sociaux.

Au Brésil par exemple, les recours fondés sur des droits sociaux sont largement acceptés dans la mesure où l'article 5 § 1 de la constitution prévoit que toutes les normes qui définissent des droits fondamentaux sont d'application immédiate, sans introduire de distinction entre les droits civils, politiques et sociaux. Pourtant, même s'ils sont aujourd'hui de moins en moins nombreux, certains tribunaux ont pu refuser d'obliger l'État à fournir des prestations assurant la garantie des droits sociaux<sup>472</sup>.

---

<sup>471</sup> Ibid.

<sup>472</sup> Brésil, Tribunal de apelacion de São Paulo, Ag. Instr. N° 42 530 5/4, 2a Câmara de Dereito Público, Rel. Des. Alves Bevilacqua, 11.11.1997.

Au Mexique, alors même que les textes constitutionnels ont été à l'avant-garde du constitutionalisme social (*supra*), les tribunaux restent imprégnés de l'idée que les droits sociaux ne sont que des énoncés programmatiques ou de simples « directives » dépourvus d'effets concrets<sup>473</sup> et d'obligations pour l'État. Hormis l'admission, pour des raisons historiques, des recours des paysans fondés sur le droit du travail ou la propriété collective des terres, le seul cas significatif où un recours d'*amparo* invoquant la violation d'un droit social, en l'occurrence le droit à la santé, a été déclaré recevable et a abouti au fond, est récent et reste isolé (*infra*).

Après avoir exposé les voies de recours qui peuvent être ouvertes aux prétentions fondées sur des droits sociaux (1), seront évoquées les techniques interprétatives utilisées par les juges pour admettre leur recevabilité (2).

### **1) Les voies de recours ouvertes aux prétentions fondées sur des droits sociaux**

A côté des procédures juridictionnelles de droit commun, presque tous les pays d'Amérique Latine se sont dotés d'un recours d'*amparo* qui peut aussi prendre le nom d'*acción de tutela* en Colombie, de *recurso de protección* au Chili ou de *mandado de injunção* et de *mandado de segurança* au Brésil. Ces recours s'effectuent selon des modalités et des procédures diverses d'un État à l'autre : *amparo* à titre seulement individuel au Mexique ou également collectif en Argentine<sup>474</sup> ; *amparo* placés en dernière instance sous l'autorité d'une Cour suprême (Argentine, Brésil, Mexique), ou d'une Cour constitutionnelle spécifique (Colombie, Pérou). Quoi qu'il en soit, ces recours reposent tous sur un même principe : offrir aux individus ou à des entités collectives, une voie spéciale de recours quand ils estiment que leurs droits et libertés fondamentaux ou constitutionnellement garantis sont violés.

Dans quelle mesure ces procédures ont-elles été ouvertes aux recours fondés sur des droits sociaux ? La réponse varie selon les États et les droits considérés.

En Argentine, on relève une dizaine de recours d'*amparo* significatifs fondés sur des droits sociaux. La Cour Suprême de Justice de la Nation a admis des recours tant à titre individuel<sup>475</sup> que collectif<sup>476</sup> qui invoquaient la protection

---

<sup>473</sup> Mexique, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XV, registro n°187926, Pleno, enero 2006, p. 6 et t. XVII, tribunales colegiados, registro n°184751, febrero 2003, p. 1156.

<sup>474</sup> Art. 43 de la Constitution argentine.

<sup>475</sup> Argentine, C.S., *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*, 24/10/2000.

<sup>476</sup> Argentine, C.S., *Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.688, 01/06/2000* ; voir aussi *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala IV, Viceconte, Mariela C. c. Ministerio de Salud y Acción Social*, 02/06/1998.

du droit à la santé ou le droit à l'éducation<sup>477</sup>. De même, la Cour d'appel du contentieux administratif et fiscal de la Ville autonome de Buenos Aires a admis un recours d'*amparo* individuel sur le fondement du droit à un logement digne et a affirmé, à l'occasion, la justiciabilité de tous les droits économiques, sociaux et culturels<sup>478</sup>. Elle a réitéré en accueillant un recours d'*amparo* collectif fondé sur le droit à l'eau potable et en insistant sur l'indivisibilité et l'interdépendance des droits de l'Homme<sup>479</sup>.

Au Brésil, la Constitution de 1988 prévoit deux types de procédure spéciale en matière de droits et libertés : le *mandado de segurança* et le *mandado de injunção*. Le *mandado de segurança* (article 5, LXIX de la Constitution) vise à protéger tout droit non couvert par le principe d'*habeas corpus*, « lorsque les responsables de l'illégalité ou de l'abus de pouvoir sont des autorités publiques » ou des agents exerçant des pouvoirs publics. Ce recours peut être individuel ou collectif (association, syndicats, partis politiques représentés au Congrès national, *class action*). Le *mandado de injunção* peut, quant à lui, être formé devant les tribunaux par toute personne, y compris des associations, « toutes les fois que l'absence de normes rend impossible l'exercice des droits et libertés constitutionnels ainsi que des prérogatives inhérentes à la nationalité » (art. 5, LXXI)<sup>480</sup>.

En Colombie, la Constitution de 1991 a créé une *acción de tutela* (article 86 de la Constitution) qui peut être introduite devant toute juridiction par toute personne, sans obligation de représentation par un avocat, lorsque celle-ci estime qu'un de ses droits fondamentaux a été violé. La juridiction transmet le recours pour examen à la Cour constitutionnelle. Ce recours rencontre un vif succès. S'agissant des droits sociaux, la Cour considère en principe qu'ils n'ont pas d'effet direct. Elle a pu le rappeler au sujet du droit au logement<sup>481</sup> ou du droit à la sécurité sociale<sup>482</sup>. Toutefois, elle a ouvert des possibilités de recours au cas par cas, en fonction des circonstances de l'espèce (*infra*).

Au Mexique, il existe un recours d'*amparo* qui s'exerce à titre individuel, en cas de préjudice personnel et direct. Hormis le cas particulier des recours des paysans face aux réformes agraires<sup>483</sup>, seule l'invocation du droit à la santé dans l'affaire « Mininuma » - du nom d'une communauté d'habitants vivant dans des

---

<sup>477</sup> Argentine, C.S., Ferrer De Leonard, Josefina Y Otros C. Superior Gobierno De La Provincia De Tucumán S/Amparo, 12/08/2003 ; voir aussi Superior Tribunal de Justicia – Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia contra Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, 19/03/2008.

<sup>478</sup> Argentine, Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, Mansilla, María M. c. Ciudad de Buenos Aires, 13/10/2006.

<sup>479</sup> Argentine, Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. Ciudad de Buenos Aires, 18/97/2007.

<sup>480</sup> Humberto NOGUIERA ALCALÁ, Teoría y dogmática de los derechos fundamentales, Mexico, 2003, UNAM, p. 205.

<sup>481</sup> Colombie, Cour constitutionnelle, arrêt T-495/95.

<sup>482</sup> Colombie, Cour constitutionnelle, arrêt T-585/99.

<sup>483</sup> Héctor FIX-ZAMUDIO, Ensayos sobre el derecho de amparo, México, UNAM, 1993, pp. 30-31.

conditions d'extrême pauvreté et dépourvue de tout accès à des soins médicaux-<sup>484</sup> a conduit à reconnaître la justiciabilité d'un droit social.

Au Pérou, la violation de droits sociaux peut être invoquée dans le cadre d'une procédure spéciale du droit du travail définie dans *Ley Procesal del trabajo* n° 26636. Mais il existe plus généralement un recours d'*amparo* qui doit être formé devant le juge civil de première instance ou la Cour supérieure d'appel correspondante. Le Tribunal constitutionnel se prononce définitivement sur la demande. Le recours est ouvert à toute personne qui estime violé un de ses droits fondamentaux (autres que ceux protégés par l'*habeas corpus* et l'*habeas data* qui font l'objet de procédures particulières), par un acte ou une omission de toute autorité publique, fonctionnaire ou personne (article 200 al. 2 de la Constitution de 1993). Pour le moment, le Tribunal constitutionnel a admis la recevabilité de plusieurs recours en matière de santé (*infra*)<sup>485</sup>, de santé mentale<sup>486</sup>, de spectacles culturels<sup>487</sup>, de pensions de retraite, de maintien d'avantages sociaux liés aux activités du travail<sup>488</sup> et, surtout, d'éducation<sup>489</sup>. En revanche, les juges ont été moins favorables aux recours fondés sur les droits à l'alimentation, au logement, à l'élargissement d'un revenu d'existence minimum hors cas de pensions de retraite<sup>490</sup>.

S'agissant enfin du système interaméricain de protection des droits de l'Homme, les recours sont ouverts après épuisement des voies de recours internes. Outre la possibilité d'invoquer le droit syndical (art. 8.1) et le droit à l'éducation (art. 13) en vertu de l'article 19.6 du Protocole additionnel de San Salvador adopté le 17 novembre 1988 et entré en vigueur le 16 novembre 1999, la Commission et la Cour interaméricaines ont admis une dizaine de recours relatifs à la protection de droits sociaux en recourant à diverses techniques interprétatives.

## **2) Les techniques d'admission indirecte de la justiciabilité des droits sociaux**

Si la justiciabilité des droits sociaux est parfois acceptée de façon directe comme Brésil, en Argentine ou, pour le droit à l'éducation, au Pérou et devant la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, elle est souvent soumise à des conditions. On peut isoler trois types de technique d'accueil conditionné des

---

<sup>484</sup> Mexique, Sentencia 1157/2007-II, 11 de julio 2008, Juez Séptimo de Distrito en el estado de Guerrero.

<sup>485</sup> Pérou, Tribunal constitutionnel, Azanca Alhelí Meza García, n°2945-2003-AA/TC, § 30.

<sup>486</sup> Pérou, Tribunal constitutionnel, R.J.S.A. Vda. de R. n°3081-2007-PA/TC.

<sup>487</sup> Pérou, Tribunal constitutionnel, Ley de tributación municipal: espectáculos públicos n°0042-2004-AI/TC.

<sup>488</sup> Pérou, Tribunal constitutionnel, Elías Toledo Gutiérrez, n° 1396-2004-AA/TC.

<sup>489</sup> Pérou, Tribunal constitutionnel, Huaroto Palomino c. Decano de la facultad de medicina humana de la Universidad Nacional de Ica, 18 février 2005, Exp. n°0091-2005-PA/TC, § 6.

<sup>490</sup> V. Carlos GONZÁLES PALACIOS, <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/dossiers/Perou.pdf>.

recours : a) la connexité, b) la double facette des droits et libertés, c) la prise en compte d'un minimum vital et de l'état de vulnérabilité des personnes.

*a) La connexité*

L'exigence de connexité consiste à n'admettre la justiciabilité des droits sociaux que dans la mesure où ces derniers sont invoqués à l'appui de droits civils et politiques.

Cette technique a très tôt été développée par la Cour constitutionnelle colombienne qui accueille des recours dès lors qu'elle considère que l'absence de garantie de droits sociaux a pour effet la violation de droits fondamentaux civils et politiques<sup>491</sup>. Par exemple, le droit à la santé, en principe non invocable dans le cadre d'une *acción de tutela* le devient, lorsque l'absence de prestation de soins met en péril la vie de la personne malade. Pour admettre des *acciones de tutela* fondées sur des droits sociaux, la Cour exige alors : (i) un rapport de *conexidad* avec un droit fondamental civil et politique; (ii) un péril grave et imminent pour la vie humaine et la santé ; (iii) une situation d'extrême nécessité, et (iv) des possibilités réelles pour l'État d'assurer la prestation<sup>492</sup>. La Cour a ensuite assoupli les conditions de recevabilité en prenant davantage en considération la situation sociale des requérants (l'incapacité économique d'assurer le paiement des prestations dont ils ont besoin) et la nécessité de l'action en justice pour obtenir l'effectivité du droit invoqué<sup>493</sup>.

Au Pérou, le Tribunal constitutionnel a aussi admis des recours dans lesquels il estimait que l'absence de garantie des droits sociaux compromettait celle de libertés individuelles ou de droits civils et politiques. Le Tribunal considère que « sans éducation, santé et qualité de vie digne en général, il est difficile de parler de liberté et d'égalité sociale ». La garantie des droits et libertés doit donc être pensée « de façon indissociable et interdépendante »<sup>494</sup>. Là encore, la santé offre un cas paradigmatique. Alors même que le Tribunal constitutionnel reconnaît qu'elle est une « condition indispensable pour le développement » de la personne et « un moyen fondamental pour atteindre le bien-être individuel et collectif »<sup>495</sup>, il estime que le droit à la santé n'implique « qu'un simple plan d'action pour l'État »<sup>496</sup>. Il n'en admet la fondamentalité et la justiciabilité que lorsque l'invocation de ce droit est liée de façon inséparable au droit à la vie<sup>497</sup>.

---

<sup>491</sup> Colombie, Cour const., Arrêt T-491/92.

<sup>492</sup> Colombie, Cour const., SU-819/99 ; V. Victor Andrés OLARTE, <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/dossiers/Colombie.pdf>.

<sup>493</sup> Colombie, Cour const., Arrêt T-760/08.

<sup>494</sup> Pérou, Tribunal constitutionnel, José Correa Condori c. Ministerio de Salud n° 2016-2004-AA/TC, § 10 et § 27.

<sup>495</sup> Pérou, Tribunal constitutionnel, Azanca Alhelí Meza García, n° 2945-2003-AA/TC.

<sup>496</sup> Pérou, Tribunal constitutionnel, José Correa Condori c. Ministerio de Salud, précit.

<sup>497</sup> V. Carlos GONZÁLES PALACIOS, précit.

*b) La double facette des droits et libertés : les effets sociaux des droits civils et politiques*

L'idée est ici que tous les types de droits ou libertés sont porteurs aussi bien d'obligations « négatives » d'abstention que d'obligations « positives » d'action ou de prestation. A contre-courant des représentations classiques de l'opposition entre les droits civils et politiques et les droits sociaux, il est admis que la garantie de ces derniers peut reposer sur une abstention des autorités publiques<sup>498</sup> tandis que, à l'inverse et surtout, celle des premiers peut faire naître des obligations de prestation.

En Colombie, la Cour a ainsi condamné la plus importante entreprise de transport public de bus de Bogotá pour violation du principe de libre circulation en raison de l'absence d'équipements adaptés pour les personnes handicapées. La Cour exige des autorités publiques et de l'entreprise la mise en œuvre d'un plan d'action, devant dans les deux ans, permettre le transport de toutes personnes handicapées<sup>499</sup>. Certaines décisions juridictionnelles mexicaines font également produire ce type d'effets aux droits civils et politiques.

Ce type de technique trouve enfin un écho au sein des décisions de la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'Homme. La Cour tire par exemple du droit à ne pas être arbitrairement privé de sa vie, une obligation étatique de créer des moyens nécessaires à la garantie de conditions de vie digne pour les enfants des rues<sup>500</sup> ou prend appui sur le droit de propriété pour accueillir la demande de retraités péruviens voulant obtenir le versement de certaines pensions<sup>501</sup>.

*c) Minimum vital et état de vulnérabilité*

Les juges peuvent enfin accueillir des recours fondés sur des droits sociaux lorsqu'ils considèrent qu'est en jeu un minimum vital (*mínimo vital* ; *o direito ao Mínimo existencial*<sup>502</sup>), un « noyau essentiel minimal, non négociable dans le débat démocratique »<sup>503</sup>. S'agissant des individus les plus vulnérables, les juges vont jusqu'à reconnaître le droit subjectif à un minimum vital.

La Cour colombienne, par exemple, admet que même en l'absence de lois, l'individu en situation de vulnérabilité peut effectuer une *acción de tutela* en vue d'obtenir des autorités publiques des prestations nécessaires à sa survie. Elle estime qu'il s'agit là d'une obligation liée aux principes de dignité humaine et

---

<sup>498</sup> Colombie, Cour const., Arrêt T-1318/05. La cour admet un recours fondé sur le droit au logement pour ingérences arbitraires de l'autorité publique.

<sup>499</sup> Colombie, Cour const., Arrêt T-595/02, §§ 5.1. à 5.5.

<sup>500</sup> CIDH, Villagrán Morales c. Guatemala, 11 septembre 1997.

<sup>501</sup> CIDH, Los cinco pensionistas c. Perú, 28 février 2003, §147; CIDH Acevedo Buendía c. Perú, 1er juillet 2009, §§67 à 73 ; § 85.

<sup>502</sup> V. Ricardo LOBO TORRES, *O Direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

<sup>503</sup> Colombie, Cour const., T-426/92.

d'État social de droit<sup>504</sup>. Elle a fait application de cette jurisprudence en faveur des enfants, des personnes âgées, des femmes<sup>505</sup> et des populations victimes de déplacements forcés pour cause de conflits armés. S'agissant de ces dernières, la Cour estime qu'il existe des « droits minimaux » qui conditionnent leur subsistance et leur dignité et que les autorités publiques doivent garantir en toute circonstance<sup>506</sup>. Pour déterminer le contenu minimal des droits sociaux exigibles, la Cour se réfère alors aux observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Elle a ainsi procédé s'agissant du droit à la santé<sup>507</sup> ou le droit au logement<sup>508</sup>.

La référence au minimum vital a également intégré les décisions du Tribunal constitutionnel péruvien. Celui-ci a notamment admis la recevabilité d'un recours visant à la reconnaissance d'un droit au versement de pension de retraite dans le mesure où ce droit permet d'assurer l'effectivité du droit à la vie et le droit à un *minimum vital*<sup>509</sup>.

Un des traits marquants de ces décisions est que les juges admettent la recevabilité de recours d'*amparo* ou d'*acción de tutela* en reconnaissant le caractère fondamental des droits invoqués, non pas en toute généralité, mais en fonction de l'état de la personne qui les invoque. Un droit est d'autant plus fondamental, et donc justiciable, que la personne qui requiert sa mise en œuvre se trouve démunie. En ce sens, la Cour colombienne a reconnu le caractère fondamental du droit au logement pour les personnes victimes de déplacement forcé, en raison de leur situation de spéciale vulnérabilité et marginalité<sup>510</sup>. Dans le même sens, le Tribunal constitutionnel péruvien a affirmé de façon générale que les droits sociaux « ne peuvent être exigés de la même manière dans tous les cas », notamment en raison de la limitation des ressources budgétaires de l'État. Les droits sociaux, et en l'occurrence le droit à la santé, ne peuvent alors être invoqués en justice qu'en fonction de la gravité ou du caractère raisonnable du cas (personne atteinte du VIH<sup>511</sup>), de leur lien avec d'autres droits fondamentaux et de la disponibilité budgétaire de l'État<sup>512</sup>.

## **B. Les effets de la justiciabilité**

L'accueil de recours fondés sur des droits sociaux permet, d'une part, de préciser les bénéficiaires des droits et corrélativement les responsables de leur violation (1). Il conduit, d'autre part, les juges à définir des obligations à la charge des autorités publiques (2).

---

<sup>504</sup> Colombie, Cour const., C-251/97.

<sup>505</sup> Colombie, Cour const., SU-062/99.

<sup>506</sup> Colombie, Cour const., T-025/04.

<sup>507</sup> Colombie, Cour const., T-859/03, référence à l'observation générale 14.

<sup>508</sup> Colombie, Cour const., C-936/03, référence à l'observation générale 4.

<sup>509</sup> Colombie, Cour const., Affaire Manuel Anicama Hernández, n° 1417-2005-PA/TC, § 37.

<sup>510</sup> Colombie, Cour const., SU-585/06.

<sup>511</sup> En ce sens, V. l'affaire José Correa Condori, précit.

<sup>512</sup> V. Carlos GONZÁLES PALACIOS, précit.

## 1) L'identification de bénéficiaires et des responsables

En principe, tout individu peut prétendre bénéficier de la justiciabilité des droits sociaux. Pour les personnes incapables d'agir en justice, les juges admettent une représentation légale par les parents ou par des tuteurs. Ce sont ainsi les parents des enfants mineurs ou de déficients mentaux<sup>513</sup> qui agissent en justice pour faire respectivement valoir le droit à une éducation élémentaire gratuite ou le droit à la santé. L'action de personnes morales ayant pour objet la défense des droits des individus, tels que les associations ou les syndicats, est également admise.

L'intérêt particulier des droits sociaux, qui plus est lorsqu'ils sont invoqués dans le cadre d'un recours d'*amparo* collectif, est qu'ils peuvent avoir des retombées immédiates sur des ensembles d'individus qui dépassent la ou les seules personnes qui requièrent. En Argentine, le droit à la santé a pu bénéficier à toutes les personnes souffrant du Sida, aux enfants handicapés, à tous les enfants âgés de 45 jours à 5 ans, à une population de 3 500 000 personnes potentiellement exposées à une épidémie de fièvre, ou à l'ensemble des habitants privés d'accès à l'eau potable<sup>514</sup>. Au Mexique, malgré le caractère individuel et l'effet en principe *inter pares* du recours d'*amparo*, le jugement de l'affaire *Minimuna* bénéficie potentiellement aux 300 habitants de la communauté et aux 30 000 habitants de la Municipalité de Metlatonoc dans laquelle vit cette communauté<sup>515</sup>. Mais ce jugement reste isolé.

L'admission de recours fondés sur des droits sociaux implique aussi l'identification de personnes responsables de leur violation. Si l'État national est le plus souvent désigné comme responsable de l'absence de mise en œuvre des droits sociaux, les solutions peuvent être plus complexes, notamment lorsqu'un État présente une structure fédérale. En Argentine, selon les droits en cause et la répartition des compétences entre les différents niveaux territoriaux, les juges peuvent déclarer responsables soit l'État fédéral, soit les États fédérés, soit les deux conjointement<sup>516</sup>. Au Brésil, l'État fédéral, les États fédérés et les municipalités se rejettent très souvent la responsabilité de la mise en œuvre des droits sociaux, notamment en matière de santé. Chacun défend la responsabilité individuelle de l'autre selon un principe de proximité : d'abord les municipalités, puis les États fédérés et enfin l'État fédéral. Mais dans la grande majorité des cas, les juges retiennent une responsabilité solidaire. Les recours en

---

<sup>513</sup> Colombie, Cour const., Affaire n° 02480-2008-PA/TC.

<sup>514</sup> V. arrêts précités.

<sup>515</sup> R. GUTIÉRREZ RIVAS, Alina RIVERA MALDONADO, « El Caso Mininuna; un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México », *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LIX, n° 251, México, UNAM, enero-junio 2009, p. 12.

<sup>516</sup> Equipo de Investigación de la Universidad de Buenos Aires, M. Pinto (dir.), <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/dossiers/Argentine.pdf>.

manquement peuvent alors être introduits simultanément contre toutes les entités estimées responsables par les requérants<sup>517</sup>.

Enfin, dans certains États, la responsabilité d'entreprises en charge de missions publiques peut également être engagée. La Cour constitutionnelle colombienne a ainsi déclaré responsable une entreprise de transport public qui n'avait pas prévu d'équipements permettant le déplacement de personnes handicapées (*supra*)<sup>518</sup>.

## **2) Obligations positives et exigence de progressivité**

Dans la mesure où la garantie des droits sociaux appelle souvent l'institution de mécanismes ou de prestations spécifiques, les juges qui acceptent leur justiciabilité peuvent être conduits à définir de façon constructive des obligations d'agir à la charge des personnes tenues pour responsables.

En Argentine, la Cour suprême de justice de la nation a, dans l'affaire des malades du Sida, retenu la responsabilité de l'État national pour fourniture tardive de médicaments. Selon la Cour, l'État doit adopter les mesures nécessaires pour assurer l'accès sur tout le territoire aux médicaments appropriés<sup>519</sup>. Dans une autre affaire, la Cour a ordonné au gouvernement d'assurer la provision, brutalement interrompue, de médicament à un enfant handicapé. Elle précise que l'État ne peut « se délier de son devoir de promouvoir et de faciliter les prestations de santé nécessaires aux enfants mineurs, sous prétexte de l'inactivité d'autres entités publiques ou privées ». Il doit, conformément aux engagements internationaux de l'Argentine, « développer un plan d'action pour la protection de l'enfance »<sup>520</sup>. S'agissant du droit à un logement digne, la Chambre d'appel de la ville de Buenos Aires se montre tout aussi incisive. Elle estime que « le droit au logement implique, par sa nature même, le devoir des autorités publiques de garantir un niveau minimum d'effectivité, ce qui exige l'adoption de mesures positives d'action lorsque le niveau de satisfaction du droit n'atteint pas celui de standards minima ». « La satisfaction du droit au logement suppose alors une progression de l'intervention » des autorités publiques dans le temps. Celles-ci doivent s'employer à « améliorer les conditions de jouissance et d'exercice des droits sociaux dans le cadre de leur moyens techniques et financiers »<sup>521</sup> et s'abstenir de toutes mesures qui abaisseraient le niveau de jouissance des droits considérés. En l'espèce, la Chambre ordonne le versement mensuel d'allocations jusqu'à ce que les requérants puissent bénéficier du programme de logement de

---

<sup>517</sup> V. pour la fourniture de médicaments, Brésil, STJ, 17 nov. 2003, RESP, 507205/PR, Rel. Ministro José Delgado, DJ.

<sup>518</sup> Colombie, Cour const., Arrêt T-595/02.

<sup>519</sup> Argentine, C.S., Asociación Benghalensis y otros..., précit.

<sup>520</sup> Argentine, C.S., Campodónico de Beviacqua, Ana Carina..., précit. V. aussi affaire Viceconte, Mariela C..., précit, dans laquelle l'État a été enjoint de ne pas interrompre les campagnes de vaccination.

<sup>521</sup> Argentine, C.S., Mansilla, María M..., précit.

la ville de Buenos Aires, ou jusqu'à ce que leur situation d'urgence ait disparu<sup>522</sup>. Cette juridiction adopte une approche similaire en matière de distribution d'eau potable. Elle exige du gouvernement de la ville de Buenos Aires la garantie « sans exception, sans délai et sans interruption, de la distribution d'eau, en fonction des besoins fondamentaux de la population, jusqu'à l'exécution d'une politique sanitaire définitive ». Elle considère que « le droit à la jouissance et à la fourniture d'eau potable – en tant qu'élément indispensable à la vie – est un devoir des autorités publiques qui suppose un niveau minimum d'effectivité ». Celles-ci doivent adopter des mesures permettant d'atteindre le niveau « de standard minimum exigible »<sup>523</sup>. Enfin, s'agissant du droit à l'éducation maternelle, le Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rappelle que ce droit suppose quatre types d'obligation, à savoir le respecter, le garantir, le protéger et le promouvoir. Les autorités publiques ont alors le devoir d'assurer et de financer l'accès à l'école maternelle en instituant des structures éducatives et en définissant des programmes permanents de scolarisation<sup>524</sup>.

Les juges brésiliens, tout particulièrement en matière de santé, exigent aussi des prestations de la part des pouvoirs publics et de nombreux arrêts sont relatifs à l'obligation de fournitures de médicaments<sup>525</sup>.

Lorsqu'elle admet les recours fondés sur des droits sociaux, la Cour colombienne se montre également très constructive. Elle affirme l'obligation de développement progressif du contenu des droits sociaux et, corrélativement, l'interdiction de régression du niveau de protection. Elle a estimé ainsi contraires à la constitution des dispositions législatives qui réduisaient, sans justification précise, le niveau de contribution annuelle de l'État pour le financement de l'assurance santé des personnes n'ayant pas les moyens de contracter une assurance privée<sup>526</sup>, ou qui excluaient du système de santé des forces armées d'anciens bénéficiaires ne pouvant accéder à aucun autre mode d'assurance<sup>527</sup>. La Cour a également saisi l'occasion d'un recours relatif à la stabilité des contrats et des conditions du travail pour affirmer de façon générale que l'exigence de progressivité du niveau de protection des droits sociaux implique l'obligation corrélatrice pour le législateur de ne pas abaisser les niveaux de protection déjà atteints (un effet cliquet, en quelque sorte)<sup>528</sup>. « Toutefois, elle admet que cette obligation ne peut pas être absolue parce que les États peuvent rencontrer, à un certain moment, des difficultés qui rendent impossible le maintien des conditions antérieures. Dans ce cas, les mesures

---

<sup>522</sup> Argentine, C.S., Equipo de Investigación de la Universidad de Buenos Aires, précit.

<sup>523</sup> Précit.

<sup>524</sup> Argentine, C.S., Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, précit.

<sup>525</sup> Brésil, STF, RE 407902, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 26/05/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-04 PP-00816 RF v. 105, n. 405, 2009, p. 409-411 ; STJ, RMS 28.338/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 17/06/2009

<sup>526</sup> Colombie, Cour const., C-1165/00.

<sup>527</sup> Colombie, Cour const., C-671/02.

<sup>528</sup> Colombie, Cour const., C-038/04.

adoptées doivent être justifiées suivant un principe de proportionnalité en vertu duquel il appartiendra au juge constitutionnel de vérifier que : (i) les nouvelles mesures n'ont pas été prises d'une façon inopinée, mais qu'elles répondent à des études attentives ; (ii) le législateur a envisagé d'autres alternatives, mais qu'il n'en a pas trouvé de plus efficace ; (iii) la mesure adoptée est proportionnée aux objectifs poursuivis »<sup>529</sup>.

Au Mexique, le cas *Minimума* a également fourni l'occasion aux juges d'affirmer que pour remédier à la violation du droit à la santé, « les autorités sanitaires doivent mettre en œuvre les conditions qui permettent à ses habitants l'accès aux services de santé, en garantissant et en construisant des infrastructures nécessaires telles qu'un centre de Santé qui corresponde aux exigences définies dans le plan national de santé »<sup>530</sup>.

Enfin, la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'Homme se sont elles aussi engagées dans la détermination d'obligation positive et le rappel du principe de progressivité. Elles prennent en l'occurrence appui sur l'article 26 de la Convention éponyme : « Les États parties s'engagent, tant sur le plan intérieur que par la coopération internationale - notamment économique et technique - à prendre des mesures visant à assurer progressivement la pleine jouissance des droits qui découlent des normes économiques et sociales et de celles relatives à l'éducation, la science et la culture, énoncées dans la Charte de l'Organisation des États Américains, réformée par le Protocole de Buenos Aires, ce, dans le cadre des ressources disponibles, et par l'adoption de dispositions législatives ou par tous autres moyens appropriés ». Si certains auteurs estiment que la Commission et la Cour pourraient adopter une interprétation encore plus large des droits sociaux couverts par cette protection, il n'en demeure pas moins qu'à une dizaine de reprises, ces instances ont fait usage de l'article 26 pour exiger des États des prestations adaptées à la satisfaction de droits sociaux. La Commission a ainsi rappelé au sujet du droit à la santé, invoqué en l'occurrence pour accéder à des médicaments contre le VIH, que l'obligation d'assurer la garantie des droits économiques, sociaux et culturels implique l'interdiction d'adopter des mesures régressives par rapport au niveau de protection déjà atteint. Elle considère toutefois en l'espèce que l'État salvadorien n'a pas méconnu ses obligations<sup>531</sup>. La Commission veille également au respect l'obligation de développement progressif des droits économiques, sociaux et culturels au moment des rapports d'activité État par État. Elle a ainsi rappelé à la Colombie<sup>532</sup> que cette obligation supposait que l'accès aux droits ne disparaisse pas avec le temps ou que l'État ne retarde pas indéfiniment leur mise en œuvre ou, au Pérou, qu'il convenait d'assurer une réalisation constante

---

<sup>529</sup> Victor Andrés OLARTE, précit.

<sup>530</sup> V. Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS, Alina RIVERA MALDONADO, précit., p. 14.

<sup>531</sup> CIDH, Affaire 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros, c. El Salvador, 20 marzo 2009, § 106.

<sup>532</sup> CIDH, Troisième rapport sur la situation des droits de l'Homme en Colombie, OEA/Ser.L/V/II. Doc.9 Rev.1, 26/02/1999.

des droits concernés<sup>533</sup>. Enfin la Cour et le Commission peuvent en vertu de l'article 63.2 de la Convention ordonner les mesures provisoires qu'elles jugent nécessaires, « dans les cas d'extrême gravité » requérant une intervention urgente afin d'éviter des dommages irréparables sur les personnes. La Commission a ainsi pu demander à l'État péruvien d'assurer les soins nécessaires aux habitants de la ville La Oroya victimes d'un très haut niveau de pollution de l'air, du sol et de l'eau en raison de la diffusion de particules des métaux par les industries de métallurgie avoisinantes<sup>534</sup>.

### **Conclusion**

L'inventivité d'une partie de la doctrine latino-américaine sur la question de la justiciabilité des droits sociaux et le relais juridictionnel qu'elle peut susciter ne pourraient être appréciés à leur juste mesure sans rappeler qu'hormis les recours massifs en matière de droit à la santé au Brésil ou en Colombie, l'accueil des recours fondés sur des droits sociaux reste pour le moment mitigé. Par ailleurs, cette inventivité est stimulée par le travail, sur le terrain, de réseaux associatifs très actifs qui ont trouvé dans un usage alternatif du droit un moyen de redéfinition des luttes sociales. Même si l'affaire est perdue au fond, l'important est la visibilité de l'action auprès de l'opinion publique.

Mais la possibilité d'obtenir du juge la mise en œuvre des droits sociaux n'est, pour beaucoup, qu'un élément de transformation sociale, dont l'urgence et l'adéquation varie d'un État à l'autre. La doctrine latino-américaine favorable aux droits sociaux estime dans sa grande majorité que l'accès au juge n'est qu'un outil, certes important, mais insuffisant. L'intervention de l'État par la définition de politiques publiques structurelles reste perçue comme un élément essentiel pour la garantie des droits sociaux. En Colombie, l'activisme de la Cour constitutionnelle a même conduit certains auteurs, comme C. Molina, pourtant favorables aux droits sociaux, à dénoncer le « tout juridictionnel », les décisions de la Cour se substituant à celles qui devraient être prises par les responsables politiques. Un des enjeux de la justiciabilité des droits sociaux apparaît donc ici nettement : jusqu'à quel point, une fois leur compétence en la matière établie, les juges peuvent-ils être les acteurs de la mise en œuvre de politiques sociales ?

#### *Pour citer cet article*

Véronique Champeil-Desplats, « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du sud », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012  
<http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/la-justiciabilite3a9-des-droits-sociaux-en-amc3a9rique-du-sud3.pdf>

---

<sup>533</sup> CIDH, Deuxième rapport sur la situation des droits de l'Homme au Pérou, OEA/Ser.L/V/II.106. Doc.59 Rev. 2/06/2000, chap. VI.

<sup>534</sup> CIDH, Comunidad de la Oroya, Pérou, 2007, § 50 ; voir aussi Oscar González Anchurayco y miembros de la Comunidad de San Mateo de Huanchor, Pérou, § 49.

## SECTION 2

# LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX EN AFRIQUE : L'EXEMPLE DE LA COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

EMMANUEL GUEMATCHA

Le 27 juin 1981, le continent africain s'est doté d'une Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples (CADHP) qui consacre des droits dits économiques, sociaux et culturels (DESC). Remettant en cause la conception d'une particularité des droits sociaux, la Charte africaine insiste sur l'indivisibilité des droits de l'Homme, affirme que les droits économiques, sociaux et culturels sont indissociables des droits civils et politiques,<sup>1</sup> et marque ainsi la volonté de ne pas considérer les droits sociaux comme des « sous-droits ».

Certes, l'histoire et la problématique des droits sociaux sur le continent africain sont bien antérieurs à 1981. Certains auteurs considèrent ainsi que la reconnaissance des droits sociaux était déjà une réalité dans la société traditionnelle africaine d'avant la colonisation<sup>2</sup>. Après la colonisation, des auteurs ont traité des droits sociaux sur ce continent, soit pour défendre l'indivisibilité des droits de l'Homme<sup>3</sup> soit pour dénoncer la violation des droits sociaux<sup>4</sup>. Mais la question de la justiciabilité de ces droits en Afrique, c'est-à-dire de la possibilité de saisir un organe judiciaire ou quasi-judiciaire chargé du contrôle du respect de ces droits et de la constatation de leur violation, est rarement abordée par les auteurs avant l'adoption de la Charte africaine.

L'adoption de la Charte africaine en 1981 va changer cette situation. La Charte crée un organe chargé du contrôle du respect par les Etats Parties de tous les droits de l'Homme consacrés dans le Charte : La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples<sup>5</sup>. Dès lors, la justiciabilité des droits

---

<sup>1</sup> V. Préambule de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples.

<sup>2</sup> V. par exemple Keba M'BAYE, *les droits de l'Homme en Afrique*, Pedone, Paris, 2002, p. 71 et s. ; Fatsha OUGUERGOUZ, *La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples. Une approche juridique des droits de l'Homme entre tradition et modernité*, PUF, Paris, 1993, pp. 11-12.

<sup>3</sup> V. par exemple Ait-Ahmed HOCINE, *L'afro-fascisme : les droits de l'Homme dans la Charte et la pratique de l'O.U.A.*, L'Harmattan, Paris, 1980, p. 29 ; Allan MC CHESNEY, « The Promotion of Economic and political Rights : Two African Approaches », *Journal of African Law*, vol. 24, 1980, (pp. 163-205), spéc. p. 165.

<sup>4</sup> Par exemple pour la violation du droit à la santé : Ozita C. EZE, « Right to health as Human Right in Africa », in René Jean DUPUY, *Le droit à la santé en tant que droit de l'Homme*, Colloque La Haye, 27-29 Juillet 1978, Sijthoff and Noordhoff, 1979, pp. 76-93.

<sup>5</sup> Article 30 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples. Ci-après la Commission.

sociaux, avec en toile de fond leur effectivité, va être régulièrement analysée par la doctrine, soit pour la réfuter<sup>6</sup>, soit pour la défendre tout en admettant l'idée d'une réalisation progressive de ces droits<sup>7</sup> ou encore la défendre tout en rejetant l'excuse tirée de l'absence de ressources<sup>8</sup>.

La question, sensible, du rôle de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples en matière de droits sociaux suppose une identification préalable des droits sociaux dans le cadre du système africain de protection des droits de l'Homme, qu'il soit contentieux ou non contentieux. Si la Charte africaine fait référence dans son Préambule aux droits économiques, sociaux et culturels, elle ne désigne aucun des droits qu'elle garantit comme faisant partie de cette catégorie. Cette recherche doit être effectuée à la fois dans le cadre des activités de protection et de promotion des droits de l'Homme, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples ayant pour missions de protéger les droits de l'Homme et des peuples et de les promouvoir en Afrique<sup>9</sup>.

Au titre de ses activités contentieuses, la Commission a rendu différentes décisions dont l'analyse permet de dresser une liste de droits sociaux qu'elle entend protéger. S'il est vrai que la Commission indique que la Charte africaine inclut les trois générations des droits de l'Homme qui sont les droits civils et politiques, les droits économiques, sociaux et culturels, les droits des peuples et des groupes<sup>10</sup>, cite le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966<sup>11</sup>, cite certains droits qualifiés généralement de droits sociaux<sup>12</sup>, fait référence aux droits économiques, sociaux et culturels qui sont selon elle, « des éléments essentiels des droits de l'Homme en Afrique »<sup>13</sup>, elle ne donne pas une liste de ces droits dans ses décisions. L'examen des *Lignes directrices pour la présentation des communications* adressées à la Commission africaine apporte un premier éclairage sur l'existence d'une liste de droits sociaux<sup>14</sup>. Dans ce document publié par la Commission dans le but d'informer les

---

<sup>6</sup> V. *infra*, I. B.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Article 30 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples : « Il est créé auprès de l'Organisation de l'Unité Africaine une Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples ci-dessous dénommée "la Commission", chargée de promouvoir les droits de l'Homme et des peuples et d'assurer leur protection en Afrique ». V. pour plus de détails, l'article 45 de la Charte et les chapitres XV et XVI du règlement intérieur de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples. Cette division du mandat de la Commission est parfois critiquée par la doctrine, notamment Frans VILJOEN, *International Human Rights Law in Africa*, Oxford University Press, New York, 2007, p. 317.

<sup>10</sup> CADHP, novembre 2009, Centre de développement des droits des minorités agissant au nom de la communauté Endorois c. Kenya, n°276/2003, 46<sup>ème</sup> Session ordinaire, 27<sup>ème</sup> Rapport d'activités, (pp. 108-177), § 149.

<sup>11</sup> V. CADHP, 13-27 octobre 2001, Social and economic Rights Action Center, Centre for Economic and social Rights / Nigeria, n° 155/96, 30<sup>ème</sup> Session ordinaire, 15<sup>ème</sup> Rapport d'activités, (pp. 29-41), § 52.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*, § 68.

<sup>14</sup> CADHP, Lignes directrices pour la présentation des communications, Fiche d'information, n°2, disponible sur le site internet de la Commission : [http://www.achpr.org/francais/info/guidelines\\_communications\\_fr.html](http://www.achpr.org/francais/info/guidelines_communications_fr.html), consulté le 26 mai 2010.

personnes sur les procédures de dénonciation des allégations de violation des droits de l'Homme, une classification des droits de l'Homme en deux catégories est opérée : les droits individuels et les droits des peuples.

Les droits individuels identifiés par la Commission sont classés en deux sous catégories : Les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels. On retrouve dans le cadre de cette présentation des droits garantis par la Charte une liste des DESC. Il s'agit des droits prévus dans les articles 14 à 18 de la Charte : droit de propriété, droit de travailler, droit à la bonne santé, droit à l'éducation et droits culturels, droit de la famille à la protection de l'Etat et droits des personnes vulnérables<sup>15</sup>.

Les droits peuples renvoient au droit d'une communauté ethnique ou nationale et comprend le droit à la paix, le droit à un environnement satisfaisant...Ce document indique clairement que cette « catégorie de droits est également appelée droits de groupes ou droits de solidarité »<sup>16</sup>.

En dehors de ses activités contentieuses la Commission mène un travail de promotion, de conseil et de réflexion « sur les problèmes africains dans le domaine des droits de l'Homme et des peuples »<sup>17</sup>. Dans le cadre de ce travail de promotion, si la Commission s'intéressait déjà aux droits économiques, sociaux et culturels avant 2004<sup>18</sup>, on observe un regain d'intérêt de la Commission pour l'identification des droits faisant partie de cette catégorie depuis cette date. En effet, la Commission a organisé un séminaire sur les droits économiques, sociaux et culturels du 13 au 17 septembre 2004 à Pretoria en Afrique du Sud, en collaboration avec l'*International Centre for legal Protection of Human Rights* (INTERIGHTS), le *Centre for Human Rights* de l'Université de Pretoria (CIHR), le *Social and Economic Rights Action Centre* (SERAC) et le *Cairo Institute for Human Rights Studies*. L'objectif du séminaire était de réfléchir à la mise en œuvre des droits économiques et sociaux et culturels en Afrique, en se fondant sur la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples<sup>19</sup>. Une Déclaration dite *Déclaration de Pretoria sur les droits économiques, sociaux et culturels* est adoptée par les participants à la fin de ce séminaire. Elle apporte un éclairage sur le contenu des droits économiques, sociaux et culturels, en renvoyant aux droit de propriété, droit au travail, droit à la santé, droit à l'éducation, droits culturels, droit de la famille et des personnes vulnérables à la protection<sup>20</sup>. Elle

---

<sup>15</sup> Ibid, pp. 4-5.

<sup>16</sup> Ibid, p. 5.

<sup>17</sup> Article 45 § 1 (a) de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples.

<sup>18</sup> La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples décide d'organiser un séminaire sur les droits économiques, sociaux et culturels dès ses 28<sup>ème</sup> et 29<sup>ème</sup> Sessions Ordinaires, v. 14<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, 2000-2001.

<sup>19</sup> V. Rachel MURRAY et Malcolm EVANS, *Documents of the African Commission on Human and People's Rights 1999-2007*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, Vol. II, 2009, p. 656.

<sup>20</sup> Déclaration de Pretoria sur les droits économiques, sociaux et culturels, § 5 à 9, adoptée par la Résolution sur les droits économiques, sociaux et culturels en Afrique, 36<sup>ème</sup> Session Ordinaire, 7 décembre 2004, Dakar, Sénégal, § 1. Curieusement, bien que les articles 21 et 22 soient cités dans le Préambule de cette Déclaration, le droit des peuples et le droit au développement sont écartés

évoque également la nécessité de prendre en compte des droits non garantis dans la Charte, mais ayant un lien étroit avec le droit à la vie et le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. Il s'agit du « droit à l'abri », du « droit à l'alimentation de base », du droit à la sécurité sociale<sup>21</sup>.

Par la suite, un groupe de travail sur les droits économiques, sociaux et culturels a été créé, afin de « [f]ormuler et proposer à la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, un projet de principes et lignes directrices sur les droits économiques, sociaux et culturels », d'« [é]laborer un projet révisé de lignes directrices relatives aux droits économiques, sociaux et culturels pour la rédaction des rapports des États » d'« [e]ntreprendre, sous la supervision de la Commission africaine, des études et recherches sur les droits économiques, sociaux et culturels », et de « [p]résenter un rapport d'activités à la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples à chaque session ordinaire »<sup>22</sup>.

La liste de droits examinée par le groupe de travail est assez originale, dans la mesure où elle ne contient pas le droit à la sécurité sociale, mais ajoute explicitement le droit à l'environnement (art. 24 de la Charte), le droit au développement (art. 22), le droit des peuples (art. 21)<sup>23</sup>, et prévoit également de s'intéresser à des droits non consacrés explicitement par la Charte africaine comme le droit au logement et le « droit à la nourriture » en raison notamment des relations étroites qui existent entre ces droits et le droit à la vie ou le droit à la santé<sup>24</sup>.

En dépit de ces problèmes liés au contenu de la catégorie des DESC, de cette relative clarté dans le cadre contentieux à cet élargissement de la liste dans le cadre non contentieux, le choix d'une liste de droits est impératif. Sans perdre de vue les divergences qui sont parfois apparues, il convient d'examiner l'ensemble des droits considérés comme droits sociaux dans le cadre du travail de la Commission, en prenant en compte autant la liste donnée par les *Lignes directrices* que les documents officiels comme la Résolution adoptée à la 36<sup>ème</sup> Session ordinaire, mais aussi les autres documents rentrant dans le cadre des activités de la Commission. Seront donc examinés : d'une part, les droits prévus dans les articles, 15, 16, 17, 21, 22, 24 de la Charte ; ces articles consacrent des droits qui, soit sont généralement considérés comme sociaux si l'on se fonde sur

---

de la liste. Il peut être soutenu que ces droits, consacrés par les articles 21 et 22 ne sont pas en réalité des DESC mais comportent des éléments qui permettent de les garantir.

<sup>21</sup> Ibid, § 10.

<sup>22</sup> Résolution sur les droits économiques, sociaux et culturels en Afrique, précit. § 4.

<sup>23</sup> Projet de rapport d'activités de la présidente du groupe de travail sur les droits économiques, sociaux et culturels, 44<sup>ème</sup> session ordinaire de la CADHP (10-24 novembre 2008), paragraphe 7. Cette énumération des DESC est proche de celle que l'on retrouve chez certains auteurs qui traitent des droits de l'Homme en Afrique : Christopher MBAZIRA, « Enforcing the economic, social and cultural rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights: Twenty years of redundancy, progression and significant strides », *African Human Rights Law Journal*, vol. 6, n° 2, 2006, (pp. 333-357), p. 341-342 et Habib GHERARI, « La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples (bilan d'une jurisprudence) », in Paul TAVERNIER (Sous la direction de), *Regards sur les droits de l'Homme en Afrique*, L'Harmattan, Paris, 2008, (pp. 132-163), p. 156.

<sup>24</sup> Projet..., ibid, § 8.

le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels de 1966, soit ont une dimension sociale très marquée dans le cadre du travail de la Commission. Il s'agit du droit de travailler, du droit à la santé, du droit à l'éducation, des droits culturels, du droit des peuples, du droit au développement et du droit à un environnement satisfaisant. D'autre part, des droits sociaux non prévus explicitement dans la Charte mais qui apparaissent dans les travaux de la Commission : droit à l'alimentation, droit au logement, droit à la sécurité sociale.

L'analyse des décisions de la Commission traduit deux tendances. D'abord, une référence régulière à l'indivisibilité des droits de l'Homme (I), ensuite une prise en compte très élargie des droits sociaux (II).

## I. La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples et l'indivisibilité des droits de l'Homme

Deux constats principaux se dégagent du travail de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples quant au thème de l'indivisibilité des droits de l'Homme : une mise en œuvre dynamique de cette l'indivisibilité des droits de l'Homme (A) et une remise en cause des critères qui fondent la séparation des droits de l'Homme en deux catégories (B).

### A. Une mise en œuvre dynamique de l'indivisibilité des droits de l'Homme

Une évidence apparaît à la lecture des décisions de la Commission : aucune décision ne traite uniquement des droits sociaux, à la différence des droits civils et politiques qui, parfois, sont examinés exclusivement. Dans les décisions de la Commission examinées, les différents droits de l'Homme, civils comme sociaux, sont examinés successivement. L'élément le plus significatif est ce lien toujours établi entre les violations des droits civils et celles des droits sociaux. Ainsi, la référence aux violations des droits de l'Homme conduit la Commission, dans ses motifs, à une énumération des droits qui appartiennent aux deux catégories. Ayant constaté des expulsions et des déportations d'étrangers, la violation de l'interdiction de la discrimination dans la jouissance des droits, du droit au respect de la dignité, du droit à la vie, du droit à la liberté et à la sûreté, de la liberté d'expression ou encore de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements, cruels, inhumains et dégradants, la Commission établit ensuite une ou plusieurs violations de droits sociaux<sup>25</sup>. En 2001, sans faire de distinction, elle affirme que les deux catégories de droits, civils et politiques, économiques et sociaux, « créent au moins quatre niveaux d'obligations pour un Etat qui s'engage à adopter un régime de droits, notamment le devoir de respecter, de protéger, de promouvoir et de réaliser ces

---

<sup>25</sup> V. *infra*, II.

droits »<sup>26</sup>. La Commission précise qu'elle « appliquera n'importe lequel des droits contenus dans la Charte africaine »<sup>27</sup> et indique qu'il n'existe pas « de droit dans la Charte que l'on ne puisse mettre en œuvre »<sup>28</sup>. En se fondant sur la Charte africaine, la Commission met en œuvre d'une manière explicite et dynamique l'indivisibilité des droits de l'Homme.

Cette indivisibilité prévue par la Charte et mise en application par la Commission est saluée par la doctrine. Ainsi, la Charte africaine, en ce qu'elle affirme l'indivisibilité des droits de l'Homme, est qualifiée d' « élément précurseur » de la Déclaration de Viennes de 1993<sup>29</sup>. Elle associe les conceptions occidentales qui défendent les droits civils et politiques et les conceptions socialistes qui défendent les droits économiques et sociaux<sup>30</sup>; les distinctions classiques faites entre les deux catégories de droit n'étant pas claires, ni sur le plan théorique, ni sur le plan pratique<sup>31</sup>. Les arguments invoqués à l'appui de cette indivisibilité des droits de l'Homme mise en œuvre par la Commission sont éloquentes : la violation du droit au travail dans des conditions satisfaisantes peut entraîner la violation du droit à la vie<sup>32</sup>, la liberté de voter est aussi importante que le droit à la santé, car le vote peut être utilisé pour exercer une influence sur des décisions ayant un lien avec le système de santé<sup>33</sup>, il n'y a pas de différence entre une mort causée par la faim, violation du droit à l'alimentation, et une mort causée par des actes de torture, violation d'un droit civil<sup>34</sup>. Ayant clairement confirmé l'indivisibilité des droits de l'Homme proclamée par la Charte, la Commission va remettre en cause les critères qui fondent la séparation de ces droits en catégories.

## **B. Une remise en cause des critères fondant la séparation des droits en deux catégories : droits-libertés et droits-créances**

Les droits de l'Homme ont connu avec l'adoption des deux Pactes de 1966 une séparation en deux catégories. Cette séparation est fondée sur la nature de ces droits : les droits civils et politiques seraient des droits dits libertés et qui imposeraient une abstention de l'État et les droits économiques, sociaux et culturels seraient des droits dits créances qui exigeraient plutôt une

<sup>26</sup> CADHP, 13-27 octobre 2001, Social and Economic Rights Action Center, précité, v. note 11, § 44.

<sup>27</sup> Ibid, § 68.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Mutoy MUBIALA, *Le système régional africain de protection des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 33.

<sup>30</sup> Benoît S. NGOM, *Les droits de l'Homme et l'Afrique*, éd. Silex, Paris, 1984, p. 75

<sup>31</sup> Kenneth Asamoah ACHEAMPONG, « Reforming the substance of the African Charter on Human and Peoples' Rights: Civil and political rights and socio-economic rights », *African Human Rights Law Journal*, vol. 1, n°1, 2001, (pp. 185-204), p. 190.

<sup>32</sup> Evelyn A. ANKUMAH, *The African Commission on Human and Peoples' Rights: Practice and Procedure*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-London-Boston, 1996, p. 143.

<sup>33</sup> Christopher MBAZIRA, « Enforcing the economic, social and cultural rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights: Twenty years of redundancy, progression and significant strides », *African Human Rights Law Journal*, vol. 6, n° 2, 2006, (pp. 333-357), p. 339.

<sup>34</sup> J. OLOKA-ONYANGO, « Reinforcing Marginalized rights in an age of globalisation: International mechanisms, non-state actors, and the Struggle for peoples' Rights in Africa », *American University International Law Review*, 2003, pp. 851- 913, spéc. p. 858.

intervention de l'Etat<sup>35</sup>. L'examen du travail de la Commission met au jour les insuffisances de cette distinction. Il apparaît dans le cadre du traitement des droits sociaux que ces droits peuvent être considérés comme des droits exigeant autant une intervention qu'une abstention de l'Etat. Si la Commission souligne par exemple en ce qui concerne le droit à la santé<sup>36</sup>, que l'Etat doit intervenir pour permettre la jouissance de ce droit, il apparaît dans plusieurs cas qu'elle exige plutôt une abstention de l'Etat. La Commission fait également référence au « droit de travailler » qui interdit à l'Etat d'en empêcher l'exercice et la jouissance en agissant d'une manière qui le remettrait en cause<sup>37</sup>. Le même raisonnement est appliqué dans le cadre du traitement du droit à l'éducation, du droit des peuples, du droit au développement, du droit à un environnement sain, du droit à l'alimentation et au logement<sup>38</sup>. Mais, si l'on assiste à une telle remise en cause, il n'en demeure pas moins que cette possibilité de connaître, sur le plan contentieux, des violations des droits sociaux sur le continent africain a suscité des controverses sur lesquelles il convient de s'arrêter. En se basant notamment sur les critères qui président à la séparation des droits de l'Homme en catégories, plusieurs auteurs ont parfois critiqué cette possibilité alors que d'autres l'ont défendue.

Pour de multiples raisons, une partie de la doctrine affiche une réticence à cette possibilité reconnue à la Commission. Les droits sociaux apparaissent comme des exhortations car c'est une chose de les proclamer mais c'est en une autre de mettre en place des infrastructures nécessaires à leur réalisation<sup>39</sup>. Par exemple, le droit au travail dans un pays qui offre peu d'opportunités d'emploi salarié n'est qu'une « garantie sur papier », de même que le droit à la santé a très peu de signification dans un pays appauvri<sup>40</sup>, la satisfaction de ce droit requérant d'importants moyens que les Etats africains ne possèdent pas<sup>41</sup>. Face à cette situation certains suggèrent un alignement du système africain sur les systèmes européen et américain de protection des droits de l'Homme qui prévoient notamment pour ces droits, un système de contrôle sur rapport<sup>42</sup>.

D'autres approuvent cette possibilité d'une manière mesurée ou tranchée. Si plusieurs admettent l'idée d'une réalisation progressive de ces droits en se fondant notamment sur les conditions économiques difficiles des Etats africains confrontés au sous développement, ils concèdent l'idée d'une justiciabilité de ces

---

<sup>35</sup> V. pour un résumé de cette distinction et les problèmes qu'elle pose, Danièle LOCHAK, *les droits de l'Homme*, La Découverte, Paris, 2005, pp. 41-43.

<sup>36</sup> V. *infra* II.

<sup>37</sup> V. *infra* II.

<sup>38</sup> V. *infra* II.

<sup>39</sup> B. OBINNA OKERE, « The protection of human rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights; A comparative Analysis with the European and the American systems », *Human rights quarterly*, vol. 6, N°2, May 1984, (pp. 141-159), pp. 147-148.

<sup>40</sup> U. Oji UMOZURIKE « The Present State of Human Rights in Africa », *The Calabar Law Journal*, vol. 1, n°1, 1986, (pp. 62-86), pp. 84-85.

<sup>41</sup> Fatsah OUGUERGOUZ, *La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples. Une approche juridique des droits de l'Homme entre tradition et modernité*, PUF, Paris, 1993, p 124.

<sup>42</sup> *Ibid*, p. 378 et Valère ETEKA YEMET, *La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples*, L'Harmattan, Paris, 1996, p. 285.

droits lorsque l'on assiste à des violations concomitantes de droits civils et politiques d'une part et de droits sociaux d'autre part<sup>43</sup>. Mais, le refus de considérer les droits sociaux comme des droits dont l'effectivité et la justiciabilité sont impératives est parfois vigoureusement rejeté. Le lien établi entre les carences en matière de respect des droits sociaux et la mauvaise gouvernance en Afrique apparaît comme l'argument le plus récurrent à l'appui de ce rejet. En effet, certains soulignent une contradiction entre le prétexte de la pauvreté invoquée par les Etats africains lorsqu'il s'agit de réaliser les droits sociaux et le pillage des deniers publics par la plupart des dirigeants de ces Etats, alors que les ressources pillées auraient pu aider à la réalisation, bien que progressive, de ces droits<sup>44</sup>. Le problème étant l'insuffisante redistribution des richesses, l'enrichissement illicite des dirigeants africains, la mauvaise gestion des ressources du continent et de l'aide internationale, les dirigeants de ces Etats auraient été obligés d'optimiser l'utilisation des ressources disponibles s'il existait un système contraignant permettant d'assurer la justiciabilité des droits sociaux<sup>45</sup>. Dès lors, c'est à juste titre que les arguments fondés sur l'absence de ressources des pays africains sont rejetés, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples ayant démontré que ces droits sont justiciables<sup>46</sup>.

En décidant de traiter des droits sociaux, de reconnaître à l'Etat une obligation d'action et d'abstention autant pour ces droits que pour les droits civils et politiques, la Commission reconnaît explicitement le caractère indivisible des droits de l'Homme. Ainsi, malgré l'opposition de certains auteurs et les controverses liées aux ressources et à leur disponibilité, la Commission africaine va traiter des droits sociaux dans ses décisions et en avoir une interprétation large.

## II. Le traitement spécifique des droits sociaux par la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples

La rédaction de la Charte africaine en matière de droits sociaux a pu susciter de nombreuses critiques doctrinales. Ces critiques dénoncent notamment des insuffisances rédactionnelles, les droits sociaux étant consacrés

---

<sup>43</sup> Evelyn A. ANKUMAH., *The African Commission on Human and Peoples' Rights : Practice and Procedure*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-London-Boston, 1996, p. 144, Vincent Orlu O. NMEHIELLE, *The African Human Rights System: Its Law, Practice and Institutions*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-London-New York, 2001, p. 124.

<sup>44</sup> Vincent Orlu O. NMEHIELLE, *Ibid*, pp. 137-138.

<sup>45</sup> Shedrack C. AGBAKWA, « Reclaiming Humanity: Economic, Social and Cultural Rights as the Cornerstone of African Human Rights », *Yale Human Rights and Development Law Journal*, n°5, 2002, (pp. 177-216), pp. 188-190. Article disponible sur le site internet: [http://islandia.law.yale.edu/vhrdlj/pdf/Vol%205/Shedrack\\_Agbakwa\\_YHRDLJ.pdf](http://islandia.law.yale.edu/vhrdlj/pdf/Vol%205/Shedrack_Agbakwa_YHRDLJ.pdf), consulté le 27 juin 2009.

<sup>46</sup> Mashood A. BADERIN, « The African Commission on Human and Peoples' Rights and the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in Africa », in Mashood BADERIN and MC CORQUODALE (Edited by), *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford University Press, New York, 2007, (pp. 139-166), p. 165.

d'une manière brève et floue<sup>47</sup>, et les lacunes qui l'entachent, le droit à un niveau de vie suffisant, le droit à l'alimentation, le droit au logement et à la sécurité sociale n'ayant pas été proclamés<sup>48</sup>. La Commission africaine s'est efforcée, par une interprétation large de la Charte, de répondre à ces reproches en traitant autant de droits consacrés par la Charte (A) que de droits non garantis explicitement par celle-ci (B)<sup>49</sup>.

## **A. Le traitement des droits prévus dans la Charte.**

Il s'agit notamment du droit de travailler (1), du droit à la santé (2), du droit à l'éducation (3), des droits culturels (4), du droit des peuples (5), du droit au développement (6) et du droit à un environnement satisfaisant (7).

### **1) Le droit de travailler**

Ce droit est consacré par l'article 15 de la CADHP. Les affaires examinées montrent qu'il peut s'agir soit d'un refus d'agir de la part de l'État, soit d'une action de l'État tendant à empêcher le requérant de travailler. Le Cameroun entrave le droit de travailler en refusant de réintégrer dans ses fonctions un ancien magistrat, condamné puis amnistié par une loi, « alors que d'autres personnes condamnées dans la même situation que lui ont bénéficié de la loi d'amnistie »<sup>50</sup>. Des arrestations d'étrangers suivies de détention et d'expulsion sans aucune possibilité de recours devant les tribunaux peuvent entraîner la perte de leurs emplois par ces étrangers et constituer une violation

---

<sup>47</sup> Valère ETEKA YEMET, précit., pp. 106-115, Fatsah OUGUERGOUZ, précit., pp. 122-128; Christopher MBAZIRA, « Enforcing the economic, social and cultural rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights: Twenty years of redundancy, progression and significant strides », *African Human Rights Law Journal*, vol 6, n° 2, 2006, (pp. 333-357), pp. 340-341; Didier Têtévi AGBODJAN, « Les droits sociaux dans la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples : D'un vague à un large potentiel d'interprétation », in *Droits de l'homme en Afrique. Contributions interdisciplinaires 2001-2004*, Institut des droits de l'Homme de Lyon, Lyon, 2004, (pp. 70-79), p. 74.

<sup>48</sup> V. John C. MUBANGIZI, « Towards a new approach to the classification of human rights with specific reference to the African context », *African Human Rights Law Journal*, n° 4, 2004, (pp. 93-107), p. 103; Kenneth Asamoah ACHEAMPONG, « Reforming the substance of the African Charter on Human and Peoples' Rights: Civil and political rights and socio-economic rights », *African Human Rights Law Journal*, vol 1, n°1, 2001, (pp. 185-204), p. 202; Pierre DE VOS, « A New Beginning? The Enforcement of Social, Economic and Cultural Rights under the Charter on Human and Peoples' Rights », in Jean Yves CHEROT et Tobias VAN REENEN, *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*, Presses Universitaires de Marseille, Marseille, 2005, (pp. 33-57), p. 43. J. OLOKA-ONYANGO, « Beyond the rhetoric: Reinvigorating the struggle for economic, social and cultural rights in Africa », *California Western International Law Journal*, vol. 26, 1995, (pp. 1 -71), p. 51; Chidi Anselme ODINKALU, « Analysis of paralysis or paralysis by Analysis? Implementing Economic, Social and Cultural Rights under The African Charter on Human Rights and Peoples' Rights », *Human Rights Quarterly*, vol. 23, n°2, 2002, (pp. 327-369), p. 341.

<sup>49</sup> Il convient de noter que la Charte africaine permet à la Commission de s'inspirer ou de prendre considération d'autres textes internationaux, et d'autres sources du droit comme la coutume, les principes généraux de droit, la jurisprudence et la doctrine, v. articles 60 et 61 de la Charte.

<sup>50</sup> CADHP, avril 1997, Annette Pagnoule (Pour le compte de M. Abdoulaye Mazou) c. Cameroun, n° 39/90, 10<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 92-97), § 27.

du droit de travailler<sup>51</sup>. Les déportations d'étrangers entraînent une violation du droit de travailler<sup>52</sup> de même que la fermeture par l'Etat d'une entreprise de presse, empêchant les employés de travailler<sup>53</sup>.

Le droit de travailler n'est pas ici un droit créance qui entraînerait une action, un investissement de l'Etat. En effet, ces affaires ne sont pas relatives à des plaintes qui pointeraient le défaut d'action ou l'insuffisance des efforts de l'Etat dans le cadre de la lutte contre le chômage. Il s'agit d'un droit qui implique surtout une abstention de l'Etat, lequel ne doit pas entraver la liberté d'exercer une activité professionnelle.

En revanche, la Commission considère que n'est pas constitutif d'une violation du droit de travailler le refus, par une entreprise, d'enregistrer le contrat professionnel d'un sud africain en raison de ses croyances religieuses. En l'espèce, le plaignant adepte de la « *religion rastafari* », soutenait que la consommation de cannabis était une pratique autorisée par sa religion. On ne pouvait pas, selon lui, se fonder sur cet élément pour lui refuser de remplir des fonctions d'avocat. La Loi sud-africaine interdisant l'usage et la possession de cannabis sauf usage médicinal ou à des fins d'analyse ou de recherches, la Commission va estimer qu'on ne peut pas donner au requérant « ou à quelqu'un d'autre une marge de manœuvre pour contourner les restrictions établies dans l'intérêt de la société » et conclure à la non violation de ce droit, qui s'apparente ici à la liberté de choisir une profession, par l'Etat sud-africain<sup>54</sup>.

## 2) Le droit à la santé

Prévu à l'article 16 de la CADHP, le droit à la santé est un droit dont la jouissance est essentielle car elle influence tous les aspects de la vie d'un individu et a un impact sur la réalisation des autres droits de l'Homme<sup>55</sup>. C'est un droit qui s'étend au droit à des structures de santé ; les personnes devant avoir accès aux biens et services fournis dans ce cadre sans aucune discrimination<sup>56</sup>. La Commission indique clairement que l'échec de l'Etat dans le cadre de la mise à disposition des services de bases nécessaires à un minimum

---

<sup>51</sup> CADHP, mai 2008, Institut pour les droits humains et le développement en Afrique c. Angola, n°292/2004, 24<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 133-153), § 76.

<sup>52</sup> CADHP, 11 novembre 1997, Union Interafricaine des droits de l'Homme, Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme, Rencontre africaine des droits de l'Homme, Organisation nationale des droits de l'Homme au Sénégal et Association malienne des droits de l'Homme c. Angola, n° 159/96, 11<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 25-27), § 17.

<sup>53</sup> CADHP, mars/Avril 2009, Zimbabwe Lawyers for Human Rights and Associated Newspapers of Zimbabwe c. Zimbabwe, n° 284/2003, 26<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la CADHP, Annex 3, (pp. 1-33), § 179.

<sup>54</sup> CADHP, décembre 2004, Garreth Anver Prince c. Afrique du Sud, n° 255/2002, 17<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la CADHP (pp. 32-44), § 45-46.

<sup>55</sup> CADHP, mai 2003, Purohit et Moore c. Gambie, n° 241/01, 16<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la Com.ADHP, (pp. 66-78), § 80.

<sup>56</sup> Ibid.

standard de santé comme de l'eau potable, constitue une violation de ce droit<sup>57</sup>. Ici, c'est autant l'action que l'inaction de l'Etat qui est sanctionnée.

Les cas d'inaction de l'Etat dans le domaine du droit à la santé concernent en général des personnes détenues à qui est dénié le droit d'accès à un médecin. La Commission estime que le gouvernement d'un Etat a une responsabilité « plus grande lorsque l'individu est détenu » car dans ces cas là, l'intégrité et le bien être du détenu « dépendent entièrement des dispositions de l'autorité »<sup>58</sup>. Ainsi, un Etat qui refuse à un détenu l'accès au médecin et une assistance médicale alors que sa santé se détériore pendant la détention viole le droit à la santé<sup>59</sup>. Dans le même ordre d'idées, un Etat viole le droit à la santé lorsque « [m]algré la demande d'hospitalisation faite par un médecin de prison compétent, la victime n'a pas été autorisée à entrer à l'hôpital, ce qui a mis sa vie en danger »<sup>60</sup>, ou lorsqu'on la détérioration de l'état de santé des détenus et leur décès causé par un manque de soins médicaux sont avérés<sup>61</sup>.

D'autres violations du droit à la santé concernent les malades mentaux, les victimes de conflits armés et des situations d'atteinte à l'environnement.

S'agissant des malades mentaux, la Commission rattache le droit à la santé à l'article 18 paragraphe 4 de la CADHP qui reconnaît aux personnes âgées ou handicapées un « droit à des mesures spécifiques de protection en rapport avec leurs besoins physiques ou moraux ». Ainsi, ces personnes doivent recevoir des soins de santé adaptés à leur situation. Ces soins couvrent le diagnostic, le traitement et la réadaptation de la personne malade<sup>62</sup>. Le droit à la santé est réputé violé si ces soins ne sont pas administrés<sup>63</sup>.

S'agissant des victimes de conflits armés, « le fait d'assiéger et d'endommager le barrage hydroélectrique, arrêtant ainsi les services essentiels

---

<sup>57</sup> CADHP, mars 1996, Free Legal Assistance Group, Lawyers' Committee for Human Rights, Union Interafricaine des Droits de l'Homme, Les Témoins de Jehovah c. Zaïre, n° 25/89, 47/90, 56/91, 100/93, disponible sur : [http://www.achpr.org/english/Decison\\_Communication/DRC/Comm.%2025-89,47-90,56-91,100-93.pdf](http://www.achpr.org/english/Decison_Communication/DRC/Comm.%2025-89,47-90,56-91,100-93.pdf), consulté le 3 octobre 2010, § 47.

<sup>58</sup> CADHP, 31 octobre 1998, Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project c. Nigeria, n°105/93, 128/94, 130/94 et 152/96, 12<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 55-66), § 91.

<sup>59</sup> Ibid.

<sup>60</sup> CADHP, 31 octobre 1998, International Pen, Constitutional Rights, Interights au nom de Ken Saro-Wiva Jr. Et Civil Liberties Organisation c. Nigeria, n°137/94, 139/94, 154/96 et 161/97, 12<sup>ème</sup> Rapport d'activités, de la CADHP, (pp. 67-81), § 112.

<sup>61</sup> CADHP, 11 mai 2000, Malawi African Association, Amnesty International, Ms Sarr Diop, Union Interafricaine des Droits de l'Homme and RADDHO, Collectif des Veuves et Ayants-Droit, Association Mauritanienne des Droits de l'Homme c / Mauritanie, n°54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 210/98, 13th Activities Report, v. version anglaise du rapport, (pp. 138-162), § 122.

<sup>62</sup> CADHP, mai 2003, Purohit et Moore c. Gambie, n° 241/01, 16<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 66-78), § 82.

<sup>63</sup> Ibid, § 83.

dans les hôpitaux, ce qui a causé la mort de patients [...] » est une violation du droit à la santé<sup>64</sup>.

Il arrive également que l'action de l'Etat puisse constituer un frein à la jouissance de ce droit. Tout en faisant un lien avec l'article 24 de la Charte qui consacre le droit à un environnement satisfaisant<sup>65</sup>, la Commission estime que le droit de jouir du meilleur état de santé interdit toute action de l'Etat pouvant menacer la santé et l'environnement<sup>66</sup>.

### 3) Le droit à l'éducation

Ce droit est prévu à l'article 17 paragraphe 1 de la Charte africaine des droits de l'Homme et sa violation apparaît dans des situations très diversifiées. La Commission considère que plusieurs droits, dont le droit à l'éducation, sont violés lorsque l'on assiste à des actes comme les pillages, les massacres et la déportation de la population civile<sup>67</sup>. Les déportations d'étrangers entraînent également la violation du droit à l'éducation<sup>68</sup> de même que la fermeture des universités et des lycées par pendant deux ans<sup>69</sup>.

Cependant, la Commission considère que la violation du droit à l'éducation n'est pas établie en cas d'absence de preuves ou d'embargo décidé à la suite d'un coup d'Etat militaire. Dans le premier cas, le plaignant estimait que le Cameroun mettait en œuvre une politique discriminatoire d'une part en sous-finançant et en refusant d'allouer des ressources humaines dans le secteur éducatif du primaire d'une région, et d'autre part en empêchant l'entrée des étudiants originaire d'une région de ce pays dans une grande école, violant ainsi, selon lui le droit à l'éducation. L'Etat défendeur ayant fourni des informations et des statistiques prouvant les efforts réalisés dans ce domaine, le requérant n'ayant pas apporté suffisamment d'éléments de preuve pour étayer ses arguments, la Commission conclut à une non violation du droit à l'éducation<sup>70</sup>. Dans le second cas, ce droit n'est pas violé lorsqu'à la suite d'un embargo décrété

---

<sup>64</sup> CADHP, mai 2003, R.D. Congo c. Burundi, Rwanda et Ouganda, n° 227/99, 20<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 98-114), § 88.

<sup>65</sup> V. *infra*, droit à un environnement satisfaisant.

<sup>66</sup> CADHP, 13-27 octobre 2001, Social and economic Rights Action Center, précité, v. note 11, § 52.

<sup>67</sup> CADHP, mai 2003, R.D. Congo c. Burundi, Rwanda et Ouganda, n° 227/99, 20<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 98-114), § 88.

<sup>68</sup> CADHP, 11 novembre 1997, Union Interafricaine des droits de l'Homme, Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme, Rencontre africaine des droits de l'Homme, Organisation nationale des droits de l'Homme au Sénégal et Association malienne des droits de l'Homme c. Angola, n° 159/96, 11<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 25-27), § 17.

<sup>69</sup> CADHP, mars 1996, Free Legal Assistance Group, Lawyers' Committee for Human Rights, Union Interafricaine des Droits de l'Homme, Les Témoins de Jehovah c. Zaïre, n° 25/89, 47/90, 56/91, 100/93, disponible sur : [http://www.achpr.org/english/Decison\\_Communication/DRC/Comm.%2025-89,47-90,56-91,100-93.pdf](http://www.achpr.org/english/Decison_Communication/DRC/Comm.%2025-89,47-90,56-91,100-93.pdf), consulté le 3 octobre 2010, § 4 et 48.

<sup>70</sup> CADHP, mai 2009, Kevin Mgwanga Gunme et al c. Cameroun, n°266/2003, 26<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 138-178), § 145 à 149.

conformément au droit international, on assiste à une impossibilité d'importer du matériel scolaire<sup>71</sup>.

#### **4) Les droits culturels**

Ces droits sont prévus par l'article 17 paragraphes 2 et 3 de la Charte. Cet article peut susciter une certaine perplexité car il aborde plusieurs notions floues comme la morale et les valeurs traditionnelles, sans en donner une définition. Mais, si la lecture des décisions de la Commission n'y apporte pas un véritable éclairage, les droits consacrés ont une dimension sociale. En effet, dans le cadre de l'examen de ces droits, la Commission a considéré que la restriction par l'Etat kenyan de l'accès des populations *Endorois* à un lac ayant, sur le plan culturel, une importance pour celles-ci, « signifie le refus à la communauté de l'accès à un système intégré de croyances, de valeurs, de normes, de mœurs, de traditions et d'artefacts étroitement lié à l'accès au lac »<sup>72</sup>. Elle en déduit que contraindre cette communauté à vivre sur des terres semi arides sans accès aux plantes médicinales et aux ressources vitales pour la santé de leurs bétails crée « une menace grave à la vie pastorale » de cette communauté et constitue une atteinte à ses droits culturels<sup>73</sup>.

#### **5) Le droit des peuples**

Ce droit est notamment consacré par l'article 21 de la Charte. Bien qu'il pêche par une absence de définition explicite de la notion de peuples, cet article résume plusieurs éléments essentiels qui renvoient au domaine économique, aux richesses et ressources naturelles, et leur mise à disposition afin de « renforcer l'unité et la solidarité africaines ». La référence aux ressources naturelles et aux richesses donne à cette disposition une dimension sociale très marquée. La Commission va apporter quelques précisions à ce droit. A l'occasion de plusieurs affaires, elle conclut à la violation du droit des peuples. Dans la première, elle considère que le gouvernement nigérian en permettant aux acteurs privés et aux compagnies pétrolières d'affecter le bien-être des *Ogonis* a violé le droit des peuples<sup>74</sup>. Dans la deuxième, il y a atteinte à l'article 21 au motif que l'Etat kenyan a refusé aux *Endorois* « le droit de contrôler et d'user des ressources naturelles de leur terre traditionnelle » et l'accès à un lac important pour la vie de cette communauté<sup>75</sup>. Dans la troisième, elle estime que « l'exploitation

---

<sup>71</sup> CADHP, mai 2003, Association Pour la Sauvegarde de la Paix au Burundi c. Kenya, Rwanda, Tanzanie, Uganda, Zaire and Zambie, n° 157/96, sur le site internet : [http://www.achpr.org/english/Decison\\_Communication/Zambia/Comm.157-96.pdf](http://www.achpr.org/english/Decison_Communication/Zambia/Comm.157-96.pdf), site internet consulté le 3 octobre 2010, § 3 et 74-79, v. aussi Conclusions de la décision.

<sup>72</sup> CADHP, novembre 2009, Centre de développement des droits des minorités agissant au nom de la communauté Endorois c. Kenya, n° 276/2003, 27<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la Com.ADHP, (pp. 108-177), § 250.

<sup>73</sup> Ibid, § 251.

<sup>74</sup> Ibid, § 58.

<sup>75</sup> CADHP, novembre 2009, Centre de développement des droits des minorités agissant au nom de la communauté Endorois c. Kenya, n° 276/2003, 27<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la Com.ADHP, (pp. 108-177), § 268.

illégal/le pillage des ressources naturelles de l'Etat plaignant», dont sont accusés les Etats burundais, ougandais et rwandais en RDC, ont conduit à une impossibilité pour le peuple congolais de disposer de ses richesses, violant l'article 21<sup>76</sup>. A l'observation de ces décisions, le mot peuple semble pouvoir être donné non seulement à une communauté vivant au sein d'un Etat, mais aussi à l'Etat lui-même. L'Etat doit non seulement agir et empêcher que le bien être d'un peuple soit affecté par des compagnies pétrolières mais il doit aussi s'abstenir de piller les ressources d'un autre Etat et entraver ainsi la possibilité pour son peuple de disposer de ses richesses. Comme pour les autres droits, le plaignant doit apporter des preuves solides à l'appui de ses allégations de violation, sous peine de constat de non violation<sup>77</sup>.

## **6) Le droit au développement**

Prévu par l'article 22 de la Charte, ce droit, comme d'autres droits qualifiés de droits de solidarité, a fait l'objet de polémiques sur le plan doctrinal<sup>78</sup>. Il reçoit ici une application particulière et acquiert une dimension sociale indéniable. La Commission constate que lorsque les populations ne peuvent pas tirer bénéfice des ressources naturelles et des richesses de leur pays, on assiste à une violation du droit au développement économique, social et culturel de ces populations<sup>79</sup>. La violation de l'article 21 entraîne donc celle de l'article 22. De même, l'exclusion d'une communauté du processus de développement et du partage des bénéfices constitue une atteinte à ce droit<sup>80</sup>. Mais il n'y a pas de condamnation de l'Etat lorsque des allégations de violation de ce droit se fondent sur l'existence d'un embargo décidé en conformité avec le droit international<sup>81</sup>.

Les difficultés que pose la mise en œuvre de ce droit sont analysées par la Commission et peuvent entraîner un constat de non violation. Dans une affaire, la Commission remarque en effet que la réalisation de ce droit dans les pays en

---

<sup>76</sup> CADHP, mai 2003, R.D. Congo c. Burundi, Rwanda et Ouganda, n° 227/99, 20<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 98-114), § 94.

<sup>77</sup> CADHP, mai 2009, Kevin Mgwanga Gunme et al c. Cameroun, n° 266/2003, 26<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 138-178), § 204. Il faut noter que dans d'autres communications, des plaignants allèguent souvent de la violation de ce droit, mais leur requête étant jugée irrecevable, la Commission n'apporte pas plus de précisions sur ce droit. V. par exemple CADHP, juillet 2008, Socio Economic Rights and Accountability Project c. Nigeria, n° 300/2005, 25<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la CADHP (pp. 84-97), irrecevable pour non épuisement des voies de recours internes, la Commission jugeant que « les droits socioéconomiques peuvent être plaidés dans les tribunaux nigériens », § 69.

<sup>78</sup> Pour les problèmes posés par ces droits de solidarité, v. par exemple Frédéric SUDRE, Droit européen et international des droits de l'Homme, Paris, PUF, 8<sup>e</sup> édition, 2006, pp. 106-110.

<sup>79</sup> CADHP, mai 2003, R.D. Congo c. Burundi, Rwanda et Ouganda, n° 227/99, 20<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la CADHP, pp. 98-114, § 95.

<sup>80</sup> CADHP, novembre 2009, Centre de développement des droits des minorités agissant au nom de la communauté Endorois c. Kenya, n° 276/2003, 27<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la CADHP, pp. 108-177, § 298.

<sup>81</sup> CADHP, mai 2003, Association Pour la Sauvegarde de la Paix au Burundi c. Kenya, Rwanda, Tanzanie, Uganda, Zaire and Zambie, n° 157/96, sur le site internet : [http://www.achpr.org/english/Decison\\_Communication/Zambia/Comm.157-96.pdf](http://www.achpr.org/english/Decison_Communication/Zambia/Comm.157-96.pdf), site internet consulté le 3 octobre 2010, § 3 et 74-79, v. aussi les conclusions de la décision.

développement ayant peu de ressources est un « *big challenge* »<sup>82</sup>. En l'espèce, la Commission refuse de suivre le raisonnement du plaignant qui allègue de la violation de ce droit. Selon elle, s'il est vrai que l'Etat doit investir ses ressources pour atteindre progressivement sa réalisation, cet investissement ne peut en revanche pas conduire à la satisfaction de tous les individus et peuples de son territoire ; l'Etat ayant montré à travers informations et statistiques les efforts qu'il a réalisés dans les domaines socio-économiques, la Commission conclut à la non violation du droit au développement<sup>83</sup>.

### **7) le droit à un environnement satisfaisant**

Ce droit consacré par l'article 24 de la CADHP est très lié au droit à la santé. En effet, dans le cadre de l'examen des allégations relatives à la violation de ce droit, la Commission établit un parallèle avec le droit à la santé. Le droit à un environnement satisfaisant a été particulièrement mis en avant dans le cadre d'une plainte déposée contre le Nigeria. En l'espèce, les entreprises privées qui exploitent le pétrole au Nigeria ont pollué l'environnement entraînant des conséquences néfastes sur la santé de la population *ogoni*<sup>84</sup>. La Commission estime que le gouvernement nigérian n'a pas pris les mesures nécessaires pour protéger l'environnement, à savoir : ordonner ou permettre « la surveillance scientifique indépendante des environnements menacés », exiger et publier « des études sur l'impact social et environnemental avant tout développement industriel majeur », surveiller ces activités et informer les personnes sur la dangerosité des activités envisagées et leur donner la possibilité de participer aux procédures et décisions relatives à ces activités<sup>85</sup>. La Commission considère dès lors que le Nigeria a violé le droit à un environnement satisfaisant. Dans le cadre de cette affaire, la Commission va décider de prendre en compte des droits sociaux non consacrés explicitement par la Charte africaine.

## **B. La prise en compte de droits sociaux non prévus par la Charte**

Cette prise en compte résulte d'une interprétation des dispositions de la Charte africaine des droits de l'Homme. Les droits concernés sont principalement le droit à l'alimentation (1) et le droit au logement (2). Mais, on note également une référence au droit à la sécurité sociale (3).

### **1) Le droit à l'alimentation**

Ce droit n'étant pas prévu par la Charte, la Commission l'a considéré comme implicitement garanti. La communication considérait que ce droit est

---

<sup>82</sup> CADHP, mai 2009, Kevin Mgwanga Gunme et al c. Cameroun, n° 266/2003, 26<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la CADHP, (pp. 138-178), § 206.

<sup>83</sup> Ibid.

<sup>84</sup> CADHP, 13-27 octobre 2001, Social and economic Rights Action Center, précité, v. note 11, § 1 et 2.

<sup>85</sup> Ibid, § 53.

déduit de l'article 4 de la Charte qui garantit le droit à la vie, de l'article 16 qui garantit le droit à la santé et de l'article 22 qui consacre le droit au développement<sup>86</sup>.

Cette situation posée par la communication et permettant de se fonder sur des droits consacrés pour en déduire d'autres droits a déjà été observée dans les travaux de certaines juridictions. On sait par exemple que la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé que certains droits civils et politiques ont des « prolongements d'ordre économique ou social »<sup>87</sup>. Le même type de raisonnement peut être relevé ici : en effet, le droit à l'alimentation est déduit du droit à la vie, dont il apparaît comme un prolongement. Mais on note, au delà de cette constatation déjà faite par la CrEDH, une particularité dans la communication. Ce droit est perçu ici comme pouvant être déduit d'un autre droit considéré comme faisant partie des droits économiques, sociaux et culturels, voire d'un droit considéré comme faisant partie des droits dits de solidarité.

En effet d'une part, le droit à l'alimentation est tiré du droit à la santé. Ce qui peut conduire à un raisonnement simple : celui qui ne se nourrit pas suffisamment ou qui se nourrit mal souffrira d'une maladie liée à sa sous-nutrition ou à sa malnutrition ; d'où le lien entre violation du droit à la santé et violation du droit à l'alimentation. D'autre part, le droit à l'alimentation peut être le prolongement du droit au développement. On imagine que les freins au développement économique et social peuvent engendrer la faim, voire la famine. On assiste ici à la mise au jour de la nécessaire et inéluctable imbrication de tous les droits de l'Homme.

La Commission va apporter des précisions sur l'étendue de ce droit et sur les obligations des Etats en la matière. Selon elle, ce droit est « essentiel à la jouissance et à la réalisation » du droit à la santé, du droit à l'éducation, du droit au travail et à la participation politique, et « est inextricablement lié à la dignité des êtres humains »<sup>88</sup>. La Commission affirme qu'il entraîne une double attitude de la part de l'Etat. Celui-ci doit intervenir en améliorant la production alimentaire et en garantissant l'accès à cette production. Il devrait également s'abstenir « de détruire ou de contaminer les sources alimentaires et [d']entraver les efforts déployés par les populations pour s'alimenter »<sup>89</sup>. Le gouvernement nigérian en autorisant la destruction de ces sources alimentaires par les compagnies pétrolières a, selon la Commission, violé le droit à l'alimentation<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> Ibid, § 64.

<sup>87</sup> CrEDH, 9 octobre 1979, Airey c. Irlande, § 26.

<sup>88</sup> CADHP, 13-27 octobre 2001, Social and economic Rights Action Center, précité, v. note 11, § 65. Le « droit au respect de la dignité » est consacré par l'article 5 de la CADHP.

<sup>89</sup> Ibid, § 65.

<sup>90</sup> Ibid, § 66.

## **2) Le droit au logement**

Ce droit, dans la même lignée que le précédent n'est pas prévu dans la Charte. Nommé parfois par la Commission « droit à l'abri », le droit au logement est déduit d'une combinaison des articles 14 qui garantit le droit de propriété, 16 qui garantit le droit à la santé et 18 (1) qui traite de la protection de la famille par l'Etat. La Commission s'explique d'une manière très claire sur cette combinaison d'articles : « le droit de propriété et la protection accordée à la famille empêche la destruction gratuite d'abri car, lorsqu'une maison est détruite, la propriété, la santé et la vie de la famille sont négativement affectées en conséquence »<sup>91</sup>. Le droit au logement, dans le cadre de cette affaire n'apparaît pas comme un droit-créance suivant lequel, l'Etat devrait accorder un logement à tous les sans-abris. Il s'entend d'un point de vue négatif, l'Etat devant s'abstenir d'agir d'une manière qui empêcherait les individus d'avoir un toit ou un logement. En l'espèce, la Commission estime que le gouvernement nigérian en ordonnant la destruction des maisons et des villages a gravement violé le droit au logement<sup>92</sup>.

## **3) Le droit à la sécurité sociale**

Le droit à la sécurité sociale n'est ni prévu par la Charte, ni suffisamment examiné par la Commission. Dans le cadre de la nécessité pour l'Etat de promouvoir les droits sociaux, la Commission estime simplement que l'Etat pourrait fournir de la nourriture aux populations ou leur allouer des ressources qui seraient utilisées pour en acheter. Parmi les moyens pouvant être mis en œuvre par l'Etat, elle cite l'aide alimentaire et la sécurité sociale<sup>93</sup>. On pourrait y voir une volonté de considérer le droit à la sécurité sociale comme un droit permettant de réaliser, ou d'empêcher la violation du droit à l'alimentation voire d'autres droits sociaux.

Il apparaît souvent que les difficultés économiques des Etats puissent être invoquées comme un obstacle à l'idée d'une justiciabilité des droits sociaux<sup>94</sup>. Si la Commission africaine fait parfois référence à la situation économique des Etats africains, comme le révèle l'exemple du droit au développement, cette situation de pauvreté n'exonère pas l'Etat de ses obligations. L'interprétation large que la Commission adopte dans le cadre de son travail entraîne une prise en compte -à encourager- des droits sociaux dans ses décisions.

Mais reste à analyser les insuffisances qui persistent dans le cadre de cette prise en compte et les problèmes posés par la mise en œuvre des décisions de la Commission, notamment de celles qui impliquent une intervention ou un

---

<sup>91</sup> Ibid, § 60.

<sup>92</sup> Ibid, § 62.

<sup>93</sup> Ibid, § 47.

<sup>94</sup> Les difficultés ayant entravé l'adoption d'un Protocole facultatif au PIDESC avant décembre 2008 en sont la preuve.

investissement de l'Etat. Les Etats africains, qualifiés d'Etats pauvres pour la plupart, mettent-ils en œuvre les recommandations de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples dans le domaine des droits sociaux? Rusen Ergec constatait déjà en 2006 que sur la centaine de communications examinées par la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, aucune n'avait fait l'objet d'une décision de la Conférence des chefs d'Etats africains<sup>95</sup>, à qui la Commission adresse ses rapports. Aujourd'hui, les décisions de la Commission sont-elles suivies d'effet au sein des Etats ? Apporter une réponse à cette question permettrait de mesurer l'impact réel des décisions de la Commission dans le cadre de l'effectivité des droits sociaux en Afrique. Une réponse négative, que l'on soupçonne et pressent, montrerait alors que la prise en considération des droits sociaux dans la plupart des Etats africains reste un important défi à relever.

*Pour citer cet article*

Emmanuel Guémarcha, « La justiciabilité des droits sociaux en Afrique : l'exemple de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012

<http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/la-justiciabilite3a9-des-droits-sociaux-en-afrique.pdf>

---

<sup>95</sup> Rusen ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 84.

## SECTION 3 - LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX EN INDE ET EN AFRIQUE DU SUD : SÉPARATION DES POUVOIRS, MANQUE DE RESSOURCES ET PAUVRETÉ MASSIVE COMME FACTEURS D'INTERPRÉTATION DES DROITS SOCIAUX

DAVID ROBITAILLE

La majorité des constitutions démocratiques adoptées au XX<sup>e</sup> siècle présentent des traits communs<sup>96</sup>, prévoyant une séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, reconnaissant les libertés classiques et montrant un certain souci pour la justice sociale. C'est notamment le cas de la *Constitution of India*<sup>97</sup> de 1949, et de la *Constitution of the Republic of South Africa Act*<sup>98</sup> de 1996 qui marquent une rupture avec le modèle purement libéral, sans pour autant le rejeter complètement. Elles consacrent ainsi toutes deux plusieurs droits et libertés civils et politiques ainsi que, respectivement, des principes socioéconomiques déclaratoires et des droits économiques et sociaux (ci-après « DS »). Destinées respectivement à affranchir le peuple indien d'un passé colonial et discriminatoire et à mettre un terme au régime inégalitaire de l'apartheid, ces constitutions étaient porteuses d'un vent de transformation socioéconomique auquel les tribunaux ont été appelé à contribuer.

L'efficacité d'une constitution à insuffler ce vent de changement dépend en effet en partie, en particulier lorsque le gouvernement se complait dans le statu quo, de l'interprétation que *choisissent* d'en faire les juges<sup>99</sup>. Les tribunaux

---

\* L'auteur remercie vivement ses recherchistes, Véronique SAINT-AMAND, Gabrielle GÉLINEAU et Camille PROVENCHER, pour les recherches qu'elles ont effectuées dans la jurisprudence et la doctrine indienne

<sup>96</sup> Karl LOEWENSTEIN, « Réflexions sur la valeur des constitutions dans une époque révolutionnaire. Esquisse d'une ontologie des constitutions », *Revue française de science politique*, 1952 (2), p. 5.

<sup>97</sup> En ligne : <[http://india.gov.in/govt/constitutions\\_of\\_india.php](http://india.gov.in/govt/constitutions_of_india.php)> (ci-après Constitution indienne). La jurisprudence de la Cour suprême indienne est disponible sur le site Internet de la Cour : <<http://judis.nic.in/supremecourt/chejudis.asp>>.

<sup>98</sup> No 108 de 1996, en ligne : <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/a108-96.pdf>> (ci-après Constitution sud-africaine). La jurisprudence de la Cour constitutionnelle sud-africaine est disponible sur le site Internet de la Cour, en ligne : <<http://www.constitutionalcourt.org.za>>.

<sup>99</sup> Bien entendu, l'interventionnisme judiciaire est loin d'être suffisant pour assurer une meilleure justice sociale, même les jugements les plus progressistes n'ayant pas nécessairement un impact direct ou majeur sur les conditions de vie des personnes et groupes qui en ont fait l'objet. V. notamment Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004; R. SUDARSHAN, « Courts and Social Transformation in India », dans Roberto GARGARELLA, Pilar DOMINGO et Theunis

s'appuient pourtant généralement avec insistance sur l'intention du constituant que le texte et le contexte historique, politique, économique, juridique et social duquel est issue la constitution et dans lequel elle est interprétée leur permettraient de découvrir. Ils en arriveraient ainsi à une réponse objective à un litige donné, assurant par la même occasion l'apparence de légitimité et la neutralité idéologique et morale de leurs décisions. Si le texte et le contexte entourant la norme constitutionnelle peuvent évidemment servir de repères pour contribuer à la détermination de sens, il n'en demeure pas moins que le premier est souvent libellé de manière vague et indéterminée alors que le second nécessite lui-même d'être interprété, ce qui fait nécessairement place à une part de subjective chez l'interprète, l'interprétation de l'histoire étant une activité idéologiquement chargée<sup>100</sup>.

C'est dans cette perspective que nous situerons notre analyse de la jurisprudence de la Cour suprême indienne et de la Cour constitutionnelle sud-africaine sur les DS. Nous constaterons que l'interprétation de ces droits, d'abord restrictive puis très progressiste par la suite a été, en partie du moins, tributaire d'une lutte politique entre la Cour suprême et le gouvernement indien ainsi que du contexte de libéralisation de l'économie et de ses conséquences sur les populations les plus marginalisées. En Afrique du Sud, malgré un mandat constitutionnel plus clair en faveur de la justice sociale que celui dont bénéficient les juges indiens, la Cour constitutionnelle sud-africaine a développé une jurisprudence qui a fait l'objet tant d'éloges, en raison de sa contribution à la théorie de la justiciabilité des DS, que de critiques, de par la trop grande déférence dont la Cour témoigne à l'endroit des politiques publiques.

## I. L'interprétation des DS en Inde tributaire d'une lutte politique entre la Cour suprême et le gouvernement

### A. L'interprétation restrictive des principes directeurs pour bloquer des réformes politiques nationalistes

Deux ans après son accession à l'indépendance de l'Angleterre le 15 août 1947, l'Inde adopte sa Constitution le 26 novembre 1949<sup>101</sup>. D'inspiration partiellement britannique, celle-ci instaure une démocratie parlementaire, prévoit un partage des compétences législatives et consacre un large éventail de droits et libertés de la personne<sup>102</sup>. Qualifiée de « révolution sociale »<sup>103</sup>,

---

ROUX, dir., *Courts and Social Transformation in New Democracies : An institutional Voice for the Poor ?*, Aldershot, Ashgate, 2006, 153.

<sup>100</sup> V. notamment Justice Ian BINNIE, « Constitutional Interpretation and Original Intent », *Sup. Ct. L. Rev.*, 2004 (23), Toronto, 345, p. 372-373; Pierre DE VOS, « A Bridge Too Far ? History as Context in the Interpretation of the South African Constitution », *S.A.J.H.R.*, 2001 (17), Johannesburg, 1.

<sup>101</sup> David ANNOUSSAMY, « La démocratie en Inde », *R.I.D.C.*, 1997, 679, p. 681; Holden FURBER, « Constitution-Making in India », *Far Eastern Survey*, 1949 (18), Berkeley, 86.

<sup>102</sup> David ANNOUSSAMY, « La démocratie en Inde », *id.*, p. 681 à 683; H. FURBER, *id.*, p. 86-88.

l'adoption de la Constitution marquait ce que l'on espérait être le point de départ d'un nouvel ordre économique, social et politique<sup>104</sup> et reflétait par ailleurs le fruit d'un compromis entre le libéralisme et le socialisme<sup>105</sup>. Suivant le mot de Nheru, selon qui « les soi-disant droits fondamentaux seraient dénués de sens et ne vaudraient que le papier sur lequel ils sont inscrits pour ceux dont les besoins essentiels ne sont pas comblés »<sup>106</sup>, la protection des libertés<sup>107</sup> a été complétée par un chapitre formulant plusieurs principes économiques et sociaux déclaratoires expressément exclus de toute sanction judiciaire<sup>108</sup>.

Sur le plan politique, les principes ont vocation à sensibiliser les gouvernements successifs à l'importance de favoriser l'autonomie réelle et la dignité de leurs citoyens et rappellent, comme le préambule<sup>109</sup>, la fonction sociale de l'État<sup>110</sup>. Ils fournissent aussi à la population des critères sur la base desquels elle peut juger les politiques gouvernementales. C'est en ce sens qu'il est permis de considérer qu'une violation des principes engendre une violation de l'*esprit* de la Constitution, prise dans son sens large et politique<sup>111</sup>. Juridiquement, cependant, ces principes déclaratoires ne consacrent pas de véritables droits fondamentaux ni ne sont exécutoires ou contraignants, ce qui n'a pas empêché la Cour de leur donner une portée normative à intensité variable, en fonction du contexte, notamment la lutte de pouvoir qu'elle a livrée au gouvernement indien.

---

<sup>103</sup> Jayna KOTHARI, « Social Rights and the Indian Constitution », *Law, Social Justice & Global Development Journal*, 2004 (2), Warwick, en ligne : [http://www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2004\\_2/KOTHARI](http://www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2004_2/KOTHARI), section 2.2 ; Jagat NARAIN, « Judicial Law Making and the Place of Directive Principles in Indian Constitution », *Journal of the Indian Law Institute*, 1985 (27), New Delhi, 198, p. 203 (notre traduction); R. SUDARSHAN, précité; Bertus DE VILLIERS, « Directives principles of State Policy and Fundamental Rights : The Indian Experience », *S.A.J.H.R.*, 1992 (8), Johannesburg, 29, p. 32 (ci-après B. DE VILLIERS, « Directives principles of State Policy »).

<sup>104</sup> *Inde, C.S., Consumer Education & Research Centre and Others v. Union of India & Others*, (1995) SCC (3) 42, p. 661 (ci-après *Consumer Education & Research Centre*).

<sup>105</sup> David ANNOUSSAMY, « Indépendance judiciaire : Le cas de l'Inde », *R.I.D.C.*, 1999, 119, p. 120; Pratap Bhanu MEHTA, « India's Unlikely Democracy : The Rise of Judicial Sovereignty », *Journal of Democracy*, 2007 (18), Washington, 70, p. 72-73.

<sup>106</sup> Cité par B. DE VILLIERS, « Directives principles of State Policy », précité, p. 30-31 (notre traduction) (référence omise).

<sup>107</sup> Notamment, le droit à l'égalité, les droits à la vie et à la liberté et les libertés d'expression et de religion.

<sup>108</sup> L'article 37 est clair sur ce point : « The provisions contained in this Part shall not be enforceable by any court, but the principles therein laid down are nevertheless fundamental in the governance of the country and it shall be the duty of the State to apply these principles in making laws ».

<sup>109</sup> Le préambule affirme ainsi solennellement la nature socialiste de l'État et fait de la justice sociale, économique et politique, de la liberté et de la fraternité les valeurs phares censées orienter les politiques publiques et les tribunaux dans l'interprétation de la Constitution.

<sup>110</sup> La Constitution exhorte en effet le gouvernement à tenir compte de ces principes dans l'élaboration de ses politiques : « 38. (1) The State shall strive to promote the welfare of the people by securing and protecting as effectively as it may a social order in which justice, social, economic and political, shall inform all the institutions of the national life. (2) The State shall, in particular, strive to minimise the inequalities in income, and endeavour to eliminate inequalities in status, facilities and opportunities, not only amongst individuals but also amongst groups of people residing in different areas or engaged in different vocations ».

<sup>111</sup> B. DE VILLIERS, « Directive Principles of State Policy », précité, p. 33, n. 22.

À cet égard, bien que la Constitution indienne fasse expressément de la Cour suprême le dernier tribunal d'appel du pays, son rôle de gardienne des valeurs constitutionnelles n'a pas toujours été aussi bien établi qu'aujourd'hui. Puisque la Constitution reconnaissait clairement au Parlement le pouvoir de la modifier par le vote des deux tiers des voix, la Cour elle-même refusa d'exercer ce rôle jusqu'en 1967<sup>112</sup>. Dans les années 1960 et 1970, la Cour affirmait toutefois sa place dans l'échiquier politique dans une lutte de pouvoir l'opposant à un gouvernement indien réfractaire au contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois<sup>113</sup>. Ainsi, lorsque le gouvernement s'appuya sur les principes socioéconomiques afin de favoriser des réformes agraires et nationaliser certaines entreprises ou activités économiques, la Cour fit primer le droit de propriété privé sur ces derniers et, du même coup, confirmait son pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois pour non-respect des droits fondamentaux<sup>114</sup>. Ce faisant, selon Saint-Hubert, elle cantonna les principes dans un rôle purement déclaratoire et symbolique<sup>115</sup>. Le gouvernement réagit par de nombreuses modifications à la Constitution afin de limiter le pouvoir de révision de la Cour suprême et notamment de faire en sorte qu'aucune loi destinée à mettre en œuvre les principes directeurs ne puisse être invalidée sur la base des droits individuels<sup>116</sup>. La Cour a successivement jugé inconstitutionnelles<sup>117</sup> les modifications tentées par le Parlement et limita la possibilité pour celui-ci de réviser la « structure de base » de la Constitution, c'est-à-dire ses aspects les plus importants qui ne peuvent être abrogés par le Parlement<sup>118</sup>. Il faut dire que la Cour eut l'appui indirect du peuple qui, à l'issue de cette longue crise de légitimité, chassa le parti alors au pouvoir, contribuant conséquemment à la consolidation du rôle de cette dernière comme garante des valeurs constitutionnelles<sup>119</sup>. Il est à noter, toutefois, que la Cour s'est appuyée plus tard sur les principes directeurs sociaux dans l'évaluation de la constitutionnalité de normes législatives attentatoires aux libertés classiques mais justifiées par les objectifs socioéconomiques qu'elles poursuivent. Selon la

---

<sup>112</sup> Mesmin SAINT-HUBERT, « La Cour suprême de l'Inde, garante de la structure fondamentale de la Constitution : La construction d'une nouvelle doctrine visant à limiter le pouvoir constituant dérivé », R.I.D.C., 2000, 631, p. 633.

<sup>113</sup> P. B. MEHTA, « The Rise of Judicial Sovereignty », précité, p. 79.

<sup>114</sup> Inde, C.S., Golaknath v. State of Punjab, (1967) 2 S.C.R. 762; D. ANNOUSSAMY, précité, p. 121-122; P. B. METHA, id., p. 73; M. SAINT-HUBERT, précité, p. 634.

<sup>115</sup> M. SAINT-HUBERT, id., p. 634. V. aussi, plus généralement, D. ANNOUSSAMY, id., p. 121; P.B. MEHTA, id., p. 73. Bertus de Villiers note cependant que dès les années 1950, les droits fondamentaux étaient considérés supérieurs aux principes directeurs par la Cour : B. DE VILLIERS, « Directive Principles of State Policy », précité, p. 39 et s.

<sup>116</sup> D. ANNOUSSAMY, id., p. 121-122.

<sup>117</sup> Id.; M. SAINT-HUBERT, précité, p. 634.

<sup>118</sup> Inde, C.S., His Holiness Kesavananda Bharati Sripadagalavarut v. Union of India, (1973) Supp. S.C.R. 1; Inde, C.S., Minerva Mills Ltd. and Others v. Union of India and Others, (1980) 2 S.C.C. 591 (ci après Minerva Mills); D. ANNOUSSAMY, id.; M. SAINT-HUBERT, id. Si la Cour n'a pas identifié de manière exhaustive les éléments qui composent la structure de base de la Constitution, ont été néanmoins cités l'égalité réelle, les droits fondamentaux, la primauté du droit, la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, le caractère séculier et démocratique de l'État indien, l'indépendance judiciaire, le contrôle de constitutionnalité des lois ainsi que l'équilibre nécessaire entre les droits fondamentaux et les principes directeurs.

<sup>119</sup> Minerva MILLS, précité ; D. ANNOUSSAMY, id., p. 122-123 ; M. SAINT-HUBERT, id., p. 643.

Cour, les libertés doivent en effet s'interpréter de manière harmonieuse avec ces principes<sup>120</sup> de sorte que ceux-ci ont par exemple servi à fonder la constitutionnalité de lois limitant la liberté commerciale en prévoyant, notamment, des prestations sociales minimales, la participation des employés à la gestion de l'entreprise, l'équité salariale et la fixation des prix pour garantir l'accès à certains biens<sup>121</sup>.

Un « duel »<sup>122</sup> aussi « fracassant »<sup>123</sup> entre la Cour suprême et le gouvernement indien n'a pas été sans laisser de traces. Ainsi, selon certains, les deux institutions sont en constante compétition et il est difficile de déterminer laquelle constitue l'autorité finale dans l'interprétation de la Constitution<sup>124</sup>. Si certains pourraient considérer l'interventionnisme de la Cour et le pouvoir de contrôle qu'elle s'est donnée durant les années 1960 à 1980 comme une atteinte aux principes de l'État de droit<sup>125</sup>, de la suprématie parlementaire et de la séparation des pouvoirs, d'autres ont souligné le souci de la Cour de borner la souveraineté parlementaire et son pouvoir de révision de la Constitution<sup>126</sup>. Comme nous le constaterons ci-dessous, cette conception par la Cour de son rôle politique se vérifie également dans sa jurisprudence des années 1980 à 2000.

## **B. La mobilisation des principes directeurs et le développement du noyau essentiel des DS en réaction au libéralisme sociopolitique**

Dans le contexte de ce conflit de pouvoir avec le gouvernement, la Cour développa des mécanismes innovants destinés à faciliter l'accès à la justice pour la population et les groupes marginalisés, leur permettant par la même occasion de contester la constitutionnalité des politiques adoptées par le gouvernement. À partir de la fin des années 1970, dans la foulée de l'État d'urgence déclaré par le gouvernement, situation menant à d'importantes violations des droits et principes constitutionnels<sup>127</sup>, la Cour se conçut comme le dernier rempart des citoyens en développant le concept de « Litige d'intérêt public »<sup>128</sup>. Selon ce mécanisme novateur, toute personne qui s'estime lésée dans ses droits par le gouvernement a la possibilité de s'adresser à la Cour, dans le cadre d'une

---

<sup>120</sup> Bertus DE VILLIERS, « The Socio-Economic Consequences of Directive Principles of State Policy; Limitations on Fundamental Rights », S.A.J.H.R., 1992 (8), Johannesburg, 188, p. 189-199.

<sup>121</sup> Id. ; v. aussi Bertus DE VILLIERS, « Directive Principles of State Policy », précité, p. 43-45.

<sup>122</sup> D. ANNOUSSAMY, précité, p. 120, 123.

<sup>123</sup> Id.

<sup>124</sup> P. B. MEHTA, précité, p. 74-75.

<sup>125</sup> Sur la question, v. notamment Jamie CASSELS, « Judicial Activism and Public Interest Litigation in India : Attempting the Impossible », *The American Journal of Comparative Law*, 1989 (37), 495, p. 509.

<sup>126</sup> M. SAINT-HUBERT, précité, p. 639-640. V. aussi D. ANNOUSSAMY, précité, p. 693.

<sup>127</sup> S. MURALIDHAR, « Caractère justiciable des droits ESC – Expérience de l'Inde », dans *Le cercle des droits – L'activisme en faveur des droits économiques, sociaux et culturels : Un outil pour la formation*, en ligne : <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/frenchcircle/ind.htm>, p. 3.

<sup>128</sup> J. KOTHARI, précité, section 3.1; P. B. METHA, précité, p. 71, 73.

procédure très souple, afin que justice soit faite<sup>129</sup>. Des citoyens qui jusqu'alors n'avaient pas accès à la Cour, en raison de barrières socioéconomiques, en profitèrent pour demander à celle-ci de se prononcer sur des problématiques qui n'avaient jamais été soumises à son jugement<sup>130</sup>. « [E]n assouplissant les règles régissant la qualité du requérant et la procédure, au point d'accepter qu'une carte postale puisse servir d'instrument valable pour le dépôt d'une requête, les juges ouvraient une nouvelle ère d'activisme qui libère les plaideurs du carcan du droit formel et du juridisme »<sup>131</sup>.

La Cour se dote aussi du pouvoir de nommer des commissions d'enquête chargées de colliger et vérifier les faits litigieux. Ce fût notamment le cas dans le contexte de l'affaire *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India and Ors*<sup>132</sup>, dans laquelle elle mandata deux commissaires afin qu'ils fassent enquête et rendent rapport sur la situation concernant les allégations de 75 travailleurs selon lesquels ils étaient forcés de travailler dans des conditions de travail inhumaines depuis dix ans dans des entreprises privées. Sur la base du rapport qui indiquait en effet que des travailleurs ne disposaient d'aucune eau potable ni de soins de santé, respiraient de l'air malsain et ne pouvaient quitter leur lieu de travail, la Cour ordonna au gouvernement de développer des programmes visant l'amélioration de la qualité de vie des travailleurs et de s'assurer que l'employeur respecte les droits socioéconomiques de ses employés. La Cour dispose également du pouvoir de surveiller le respect de ses jugements par le gouvernement et de la capacité de rendre des ordonnances de faire ou injonctions contre ce dernier<sup>133</sup>.

Elle insuffle aussi un sens nouveau et plus substantiel aux principes directeurs – allant même jusqu'à contourner leur absence de justiciabilité – et s'investissant d'une mission de changement social<sup>134</sup>. Alors que les « droits » socioéconomiques avaient été consacrés dans un chapitre distinct par rapport aux droits fondamentaux classiques et confinés au statut de principes directeurs non-exécutaires, la Cour parvient en effet, par une jurisprudence novatrice et une conception globale du droit à la vie, à contourner cette limite<sup>135</sup>. Malgré l'intention clairement exprimée du constituant, la Cour objectiva cette réorientation constitutionnelle en soulignant, à la lumière du préambule et des principes directeurs, que les « pères fondateurs » avaient eu l'intention de faire

---

<sup>129</sup> Brenda COSSMAN et Ratna KAPUR, « Women and Poverty in India : Law and Social Change », *Revue canadienne Femmes et Droit*, 1993 (6), Toronto, 278, p. 298. Les critères d'admissibilité à cette procédure se sont cependant resserrés, la Cour exigeant notamment que les plaignants soient eux-mêmes victimes de la violation alléguée, ce qui n'était pas le cas auparavant. Aussi, la PIL a eu des résultats concrets mitigés. V. B. COSSMAN et R. KAPUR, *id.*; J. KOTHARI, *id.*; P. B. METHA, *id.*, p. 71; S. MURALIDHAR, *précité*, p. 3; R. SUDARSHAN, *précité*, p. 156.

<sup>130</sup> S. MURALIDHAR, *id.*

<sup>131</sup> *Id.* V. aussi P. B. MEHTA, *précité*, p. 71.

<sup>132</sup> *Inde, C.S., Bandhua Mukti Morcha v. Union of India and Ors.*, (1983) INSC 206.

<sup>133</sup> B. COSSMAN et R. KAPUR, *précité*, p. 298; J. KOTHARI, *précité*, section 3.1.

<sup>134</sup> *Id.*; S. MURALIDHAR, *précité*, p. 3.

<sup>135</sup> S. MURALIDHAR, *id.*, p. 2.

de l'Inde une démocratie socialiste et n'était pas censé ignorer la pauvreté massive existante à l'époque de la constitutionnalisation<sup>136</sup>. Par delà cette rhétorique, il est possible toutefois que la Cour ait senti le besoin d'envoyer un message au gouvernement dont les politiques de libéralisation et de privatisation allaient appauvrir les personnes les plus défavorisées<sup>137</sup>. Comme nous le soulignons ailleurs<sup>138</sup>, marqué par une profonde crise économique au début des années 1990, l'Inde entama une libéralisation de son économie et mit sur pied, sous l'influence du FMI et de la Banque mondiale, d'importants programmes d'ajustements structurels<sup>139</sup>. Des secteurs jusque-là publics furent ainsi privatisés avec pour conséquence l'augmentation de la pauvreté des personnes les plus vulnérables<sup>140</sup>. C'est dans ce contexte de « rupture » avec le « modèle socialiste indien »<sup>141</sup> qu'il faut comprendre la jurisprudence interventionniste de la Cour suprême dans les années 1980 et 1990<sup>142</sup>.

La Cour mobilisa ainsi les principes socioéconomiques au soutien d'une interprétation extensive du droit à la vie. Sans être exécutoires en eux-mêmes, ces principes disposent néanmoins d'une importante force normative dans l'interprétation des autres droits et libertés reconnus dans la Constitution<sup>143</sup>. Cette lecture harmonieuse des valeurs libérales et socialistes présentes dans la Constitution mena la Cour à confirmer l'interdépendance et la complémentarité<sup>144</sup> de tous les droits et libertés et l'indivisibilité de besoins de la personne humaine. Selon la Cour, le droit à la vie serait vain et superficiel s'il n'incluait pas au moins les éléments essentiels à une vie digne et au développement de la personne dans sa globalité, notamment le logement, l'alimentation, la santé et l'éducation<sup>145</sup>.

Interprété à la lumière des principes socioéconomiques, le droit à la vie sert de levier pour ordonner au gouvernement de fournir des abris adéquats à

---

<sup>136</sup> B. DE VILLIERS, « Directive Principles of State Policy », précité, p. 45.

<sup>137</sup> B. DE VILLIERS, id., p. 46, souligne d'ailleurs que la nouvelle approche de la Cour a notamment pour but d'inciter le gouvernement à favoriser la réalisation des DS.

<sup>138</sup> David ROBITAILLE, « L'influence du contexte économique et idéologique sur la conception de l'être humain par le droit et le juge constitutionnels : les cas canadien, indien et sud-africain », *Revue canadienne droit et société*, Toronto, à paraître.

<sup>139</sup> Basudeb CHAUDHURI, « Les réformes économiques indiennes : éléments de bilan », *Revue Tiers Monde*, 2001 (165), 17, p. 17 et s.

<sup>140</sup> B. CHAUDHURI, id., p. 19-20, 24, 26; Gérard HEUZÉ, « Les conséquences sociales de la libéralisation en Inde », *Revue Tiers Monde*, 2001 (165), 33, p. 37-38, 57. Bien que l'économie indienne ait connu une croissance économique remarquable par suite de ces politiques, ses effets ont surtout été ressentis par une classe moyenne émergente et non par les personnes défavorisées. V. B. CHAUDHURI, id., p. 17, 26; G. HEUZÉ, id., p. 39-40; Isabelle MILBERT, « La persistance de la pauvreté urbaine en Inde », *Revue Tiers Monde*, 1995 (142), 325, p. 179-180, 186-187.

<sup>141</sup> B. CHAUDHURI, id., p. 29.

<sup>142</sup> J. CASSELS, précité, p. 510-511.

<sup>143</sup> S. MURALIDHAR, précité, p. 2.

<sup>144</sup> *Inde, C.S., Unni Krishnan, J.P. and Ros v. State of Andhra Pradesh and Ors.*, (1993) INSC 60 (ci-après Unni Krishnan); J. KOTHARI, précité, introduction.

<sup>145</sup> V. notamment *Inde, C.S., Paschim Banga Khet Mazdoorsamity of Ors. v. State of West Bengal & Anr.*, (1996) SCC (4) 37 (ci-après Paschim Banga); *Consumer Education & Research Centre*, précité, p. 657 et s.; *Inde, C.S., Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulab Khan & Ors.*, (1997) 11 SCC 123 (ci-après Ahmedabad Municipal Corporation); *Inde, C.S., Francis Coralie Mullin v. The Administrator, Union Territory of Delhi & Ors.*, (1981) SCR (2) 516.

personnes ayant érigé des bidonvilles en bordure des autoroutes, après s'être déplacées de régions rurales vers la ville à la recherche de meilleures conditions de vie<sup>146</sup>. Puisque la libéralisation économique avait surtout profité aux grands centres, occasionnant des mouvements de migration urbaine, et compte tenu de la nécessité du droit au logement pour le bénéfice réel du droit à la vie, la Cour obligea le gouvernement à fournir des abris aux plaignants<sup>147</sup>.

Une interprétation large du droit à la vie permit aussi à la Cour de juger arbitraires des frais exorbitants que des collèges de médecine imposaient aux non-résidents de la province<sup>148</sup>. Malgré la présence de limites intrinsèques dans le texte du « droit » à l'éducation<sup>149</sup>, ce dernier permit à la Cour de sanctionner cette privatisation de l'éducation dans un pays qui comptait à l'époque de la constitutionnalisation des droits et libertés plus de 70 % de personnes illettrés, situation que le constituant n'était pas sans ignorer. Et c'est justement à cette problématique que s'attaquait ce dernier en consacrant le principe du droit à l'éducation, sans lequel, selon la Cour, l'exercice véritable du droit à la vie serait illusoire. Près de dix ans plus tard, la Cour a cependant nuancé la position prise dans cet arrêt en jugeant constitutionnels les frais supplémentaires exigés par les collèges de médecine privés par rapport aux établissements publics<sup>150</sup>. Cette fois, la Cour estima que l'éducation postsecondaire s'éloigne du noyau essentiel du droit à l'éducation que l'État doit assurer gratuitement aux enfants jusqu'à l'âge de quatorze ans, protection minimale au-delà de laquelle il n'est tenu que dans la mesure de ses ressources<sup>151</sup>. Le gouvernement amenda par la suite la Constitution afin d'y spécifier son obligation constitutionnelle d'assurer l'éducation publique gratuite jusqu'à l'âge de quatorze ans<sup>152</sup>.

Dans une autre affaire, un homme poursuivit avec succès le gouvernement pour l'absence de traitement dont il avait été victime dans le réseau public de soins de santé à la suite d'une grave blessure à la tête subie en chutant d'un train<sup>153</sup>. L'homme avait été transporté dans huit hôpitaux différents, certains ne disposant pas de l'équipement nécessaire, d'autres n'ayant pas suffisamment de lits disponibles, avant d'être soigné dans un hôpital privé où il a finalement été hospitalisé durant près de deux semaines, à ses frais. Dans la mesure où les « pères fondateurs » espéraient faire de l'Inde une démocratie sociale, la Cour estima que le premier devoir de l'État est d'assurer

---

<sup>146</sup> Ahmedabad Municipal Corporation, *id.*

<sup>147</sup> Ahmedabad Municipal Corporation, *id.*; Inde, C.S., *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation*, (1985) 3 SCC 545.

<sup>148</sup> Inde, C.S., *Miss Mohini Jain v. State of Karnataka and Ors.*, (1992) SCR (3) 658.

<sup>149</sup> Le droit à l'éducation énonce : « 41. The State shall, within the limits of its economic capacity and development, make effective provision for securing the right to work, to education and to public assistance in cases of unemployment, old age, sickness and disablement, and in other cases of undeserved want ».

<sup>150</sup> Unni Krishnan, précité.

<sup>151</sup> *Id.*, par. 45, 49, 50, 80. Cette interprétation a été confirmée dans l'arrêt *TMA Pai Foundation v. Union of India*, AIR 1996 SC 2652.

<sup>152</sup> Le nouvel article 21A. énonce : « The State shall provide free and compulsory education to all children of the age of six to fourteen years in such manner as the State may, by law, determine ».

<sup>153</sup> Paschim Banga, précité.

la sécurité et le bien-être de sa population et que le défaut de prodiguer des soins de santé raisonnables dans un délai raisonnable à des personnes qui en ont urgemment besoin constitue une violation de la Constitution<sup>154</sup>. Si la Cour reconnaît que la réalisation du droit à la santé, inclus dans le droit à la vie, nécessite la mobilisation de ressources, elle refuse d'ériger cet argument en dogme absolu et adopte une approche plus flexible, soucieuse à la fois de la protection de la vie et de la sécurité de la personne et des difficultés économiques de l'État<sup>155</sup>. Dans cette affaire, l'argument des contraintes financières a donc été rejeté par la Cour compte tenu du caractère immédiat des soins vitaux nécessités par le patient. La Cour accorda donc des dommages et intérêts au plaignant et spécifia au gouvernement les mesures à prendre afin de se conformer à la Constitution. L'argument des limites budgétaires eut plus de poids dans une autre affaire dans laquelle un plaignant, qui avait été soigné dans un hôpital privé à la suite d'une crise cardiaque, contestait la constitutionnalité de la politique de remboursement partiel du gouvernement provincial en ce qui concerne les soins obtenus dans un tel hôpital<sup>156</sup>. L'ancienne politique consistait à rembourser l'intégralité de ces frais dans la mesure où les soins n'étaient pas disponibles dans le système public. Considérant que le gouvernement doit disposer d'une certaine marge de manœuvre dans l'allocation des ressources et compte tenu de la nature de l'obligation de l'État qui consiste à prendre des mesures raisonnables<sup>157</sup>, la Cour estima que ce dernier avait, dans les circonstances, respecté ses obligations constitutionnelles. C'est également sur cette base que la Cour, dans une autre affaire, jugea raisonnable et constitutionnelle la cotisation exigée des anciens militaires pour bénéficier d'un régime de soins de santé une fois à la retraite<sup>158</sup>.

La Constitution indienne fixe ainsi un plancher minimal imposant à l'État l'obligation de réaliser le noyau essentiel de chacun des droits socioéconomiques compris dans le droit à la vie – protection au delà de laquelle l'État n'est pas tenu sur le plan constitutionnel<sup>159</sup> – qui visent à assurer à tous les besoins essentiels nécessaire à l'exercice de tous les droits et libertés. Les contraintes financières constituent un élément à considérer dans la détermination du caractère justifié de la violation du droit à la vie, mais son importance variera selon le contexte. Plus la violation se situe au cœur ou vers le centre du noyau essentiel de protection qu'accorde le droit à la vie, plus le fardeau de l'État sera lourd ; inversement, plus la violation s'éloignera du contenu essentiel du droit à la vie, plus la Cour sera déférente et plus l'argument budgétaire aura de pertinence.

---

<sup>154</sup> Id.

<sup>155</sup> Id.

<sup>156</sup> Inde, C.S., State of Punjab & Ors. v. Ram Lubhaya Bagga, (1998), 4 SCC 117.

<sup>157</sup> Id.

<sup>158</sup> Inde, C.S., Confederation of Ex-Servicement Association & Ors. v. Union of India & Ors., (2006) (8) SCC 399 (ci-après Confederation of Ex-Servicement Association).

<sup>159</sup> Paschim Banga, précité; Unni Krishnan, précité.

## II. La Constitution sud-africaine de 1996 : l'instauration d'une « culture de justification » post-apartheid

### A. La *rationalité* comme standard de constitutionnalité des politiques publiques

Dans le premier litige qu'elle a eu à trancher sur la base des DS reconnus dans la Constitution sud-africaine<sup>160</sup>, la Cour constitutionnelle en fit une interprétation restrictive<sup>161</sup>. Dans l'arrêt *Soobramoney*, un homme souffrant de problèmes cardiaques et d'une insuffisance rénale irréversible s'adressa à la Cour afin qu'elle oblige un hôpital, sur la base du droit à des soins de santé reconnu à l'article 27 de la *Constitution*, à lui prodiguer des traitements qu'on lui avait refusés en raison de l'équipement limité et vétuste dont disposait l'institution ainsi que des nombreux autres patients à soigner<sup>162</sup>. La Cour rejeta cette demande au motif, principalement, que la mise en œuvre des DS dépend des ressources limitées dont dispose l'État et qu'il appartient à celui-ci, et non aux tribunaux, de faire des choix sociopolitiques et budgétaires complexes<sup>163</sup>. Dans la mesure où les politiques sociales étaient rationnelles et avaient été adoptées de bonne foi, la Cour n'allait pas intervenir dans l'attribution et la gestion des fonds publics<sup>164</sup>. L'obligation constitutionnelle de ce dernier se limitait alors à établir l'existence de mesures socioéconomiques sans que la Cour ne remette véritablement en question la suffisance de celles-ci<sup>165</sup>. En soumettant les politiques publiques à un test aussi peu rigoureux, la Cour reconnut au législateur une grande discrétion dans la détermination du contenu effectifs des DS. Il est probable cependant que les faits particuliers de cette affaire, notamment la nature irréversible de la maladie de plaignant et le nombre de patients à traiter avec de l'équipement limité, aient constitué un facteur dans la détermination par la Cour du standard qu'imposaient ces droits.

---

<sup>160</sup> Afrique du Sud, C.C., *Soobramoney c. Minister of Health (KwaZulu-Natal)*, [1998] 1 S. Afr. L.R. 761 (ci-après *Soobramoney*).

<sup>161</sup> Sandra LIEBENBERG, « South Africa's Evolving Jurisprudence on Socio-economic Rights : An Effective Tool in Challenging Poverty ? », *Law, Democracy and Development*, 2002 (6), Cape Town (Afrique du Sud), p. 1, en ligne : <http://www.communitylawcentre.org.za/clc-projects/socio-economic-rights/research/socio-economic-rights-transformation-in-sa/2002-vol-6-law-democracy-and-development/South%20Africas%20evolving%20jurisprudence.pdf/>, p. 7 ; Marius PIETERSE, « Possibilities and Pitfalls in the Domestic Enforcement of Social Rights : Contemplating the South African Experience », *Hum. Rts. Q.*, 2004 (26), Baltimore (Maryland, États-Unis), 882 p. 901 ; Craig SCOTT et Philip ALSTON, « Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context : A Comment on *Soobramoney's* Legacy and *Grootboom's* promise », *S.A.J.H.R.*, 2000 (16), Johannesburg., 206 p. 235 et s.

<sup>162</sup> *Soobramoney*, précité, par. 1-5.

<sup>163</sup> *Id.*, par. 10-11, 19-20, 22-36.

<sup>164</sup> *Id.*

<sup>165</sup> *Id.*, par. 24.

## B. L'approche administrativiste : prendre les DS au sérieux sans outrepasser la séparation des pouvoirs judiciaire et législatif

Deux ans plus tard, dans un contexte factuel différent mettant en jeu le droit au logement de personnes vivant dans la misère extrême, la Cour s'appuyait sur les valeurs de justice sociale qui ont été constitutionnalisées après l'apartheid et mit de côté l'approche initialement préconisée. La Cour adoptait cette fois une conception moins rigide de la séparation des pouvoirs, comme elle l'exigeait d'ailleurs dans ce passage important d'un arrêt antérieur qui semble avoir été ignoré dans l'arrêt *Soobramoney* en 1998 : « L'inclusion de droits économiques et sociaux dans la Constitution peut effectivement paver la voix à des ordonnances judiciaires ayant un impact direct sur le budget de l'État. Cela est aussi vrai, cependant, de la sanction judiciaire de droits civils et politiques tels le droit à l'égalité, la liberté d'expression ou le droit à un procès équitable. Les tribunaux ont effectivement déjà obligé le gouvernement à fournir de l'aide juridique ou à accorder la protection de programmes sociaux à des groupes qui en étaient exclus. Il est donc erroné de prétendre que la constitutionnalisation des droits socioéconomiques a modifié l'équilibre de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire et conféré aux tribunaux des pouvoirs si différents de ceux qu'ils ont traditionnellement exercés »<sup>166</sup>. Dans ce contexte, la Cour développa une méthode de justiciabilité fondée sur la *raisonnabilité* des politiques publiques, qu'elle considère plus exigeante que la norme de rationalité précédemment choisie<sup>167</sup>. Dans l'arrêt *Government of the Republic of South Africa c. Grootboom*<sup>168</sup>, la Cour met en effet sur pied ce que plusieurs considèrent comme une approche innovatrice<sup>169</sup> inspirée du droit administratif<sup>170</sup>, en vertu de laquelle le rôle du tribunal est de vérifier si les politiques publiques sont cohérentes, rationnelles et si elles distribuent équitablement les ressources entre les différents groupes qui en ont besoin<sup>171</sup>.

---

<sup>166</sup> Afrique du Sud, Cour const., Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly : In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, [1996] 4 S. Afr. L.R. 744, par. 77 (notre traduction). Dans l'arrêt *Soobramoney*, précité, le juge Chaskalson ne fait aucunement mention de ce passage si important de l'arrêt *In re Certification of the Constitution*.

<sup>167</sup> V. *Khosa c. The Minister of Social Development*, [2004] 6 S. Afr. L.R. 505, par. 67 (ci-après *Khosa*).

<sup>168</sup> [2001] 1 S. Afr. L.R. 46 (ci-après *Grootboom*).

<sup>169</sup> V. notamment Cass R. SUNSTEIN, « Social and Economic Rights ? Lessons from South Africa », *Forum constitutionnel*, 2000-2001 (11), Edmonton (Canada), p. 123.

<sup>170</sup> David BILCHITZ, « Placing basic needs at the centre of socio-economic rights jurisprudence », *ESR Review*, 2003 (4), Cape Town (Afrique du Sud), 2, p. 2 (ci-après D. BILCHITZ, « Basic Needs ») ; Alana KLEIN, « Judging as Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights », *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 2007-2008 (39), New York, 351, p. 374-385 ; Marius PIETERSE, « Coming to Terms with Judicial Enforcement of Socio-economic Rights », *S.A.J.H.R.*, 2004 (20), Johannesburg, 383, p. 410 (ci-après M. PIETERSE, « Coming to Terms ») ; Kameshni PILLAY, « Implementing *Grootboom* : Implications for the Enforcement of Socio-economic Rights » *Law, Democracy and Development*, 2002 (6), Cape Town (Afrique du Sud), (en ligne : <http://www.communitylawcentre.org.za/Projects/Socio-Economic-Rights/research-project/2002-vol-6-law-democracy-and-development>), p. 206.

<sup>171</sup> *Grootboom*, précité, par. 43.

Contrairement au concept de noyau essentiel que la Cour a rejeté<sup>172</sup>, cette norme de raisonnable n'oblige pas l'État à satisfaire les besoins essentiels de tous avant de viser la réalisation d'autres objectifs à moyen ou à long terme. S'il est par ailleurs difficile de déterminer de manière précise et prévisible la mesure dans laquelle une politique doit tenir compte de la situation des plus défavorisés pour être raisonnable, la Cour indique néanmoins que des programmes qui omettent de prioriser les besoins de base d'un trop grand nombre de personnes seront jugés inconstitutionnels<sup>173</sup>. C'est sur la base de ce test que la Cour jugea arbitraire une politique en matière de logement dont les ressources étaient concentrées vers la construction de logements sociaux, un objectif à moyen sinon à long terme<sup>174</sup>, et qui ne prévoyait aucune mesure pour alléger la misère des demandeurs qui, occupant des bidonvilles, vivaient dans des conditions extrêmement difficiles<sup>175</sup>. C'est également en fonction de ce standard que la Cour jugea arbitraire une politique en vertu de laquelle l'État limitait de façon importante l'accessibilité publique à un médicament susceptible de prévenir la transmission du VIH entre une mère et son enfant et qui était offert gratuitement par le fabricant pour une période de cinq ans<sup>176</sup>.

Plusieurs ont salué l'approche de la Cour constitutionnelle. L'obligation faite à l'État d'élaborer des programmes sociaux raisonnables confirme en effet la justiciabilité des DS, permet de mettre en lumière certaines failles des politiques publiques et pourrait instaurer un dialogue entre les tribunaux et le gouvernement<sup>177</sup>. La Constitution et la jurisprudence de la Cour participent ainsi à un effort de transformation sociale visant à réparer les injustices commises durant l'apartheid par l'instauration d'une « culture de justification » qui met l'accent sur le besoin d'une plus grande imputabilité des décisions et politiques publiques<sup>178</sup>. Elle vise en effet à sensibiliser l'État à l'importance de prévoir des mesures pour les individus et les groupes défavorisés et permet à ces derniers et aux tribunaux d'exiger des explications<sup>179</sup> par rapport aux choix et

---

<sup>172</sup> Id., par. 32, 35, 37. La Cour constitutionnelle a de nouveau confirmé sa position à cet égard dans son plus récent jugement portant sur les DS : Afrique du Sud, C.C., Mazibuko and Others c. City of Johannesburg and Others (Centre on Housing Rights and Evictions as Amicus Curiae), CCT 39/09, par. 53-68 (ci-après Mazibuko).

<sup>173</sup> Grootboom, précité, par. 43, 52-69.

<sup>174</sup> Id., par. 51-52, 63-64.

<sup>175</sup> Id., par. 7, 52-69.

<sup>176</sup> Afrique du Sud, Cour const., Minister of Health c. Treatment Action Campaign, [2002] 5 S. Afr. L.R. 721, par. 2-4, 17, 19, 57, 70, 92-95, 135 (ci après Treatment Action Campaign).

<sup>177</sup> V. notamment Bruce PORTER, « The Reasonableness of Article 8(4) – Adjudicating Claims From the Margins », *Nordic Journal of Human Rights*, 2009 (27), Oslo, 39. Selon Porter, la norme de raisonnable développée par la Cour constitutionnelle sud-africaine et dont se sont inspirés les rédacteurs du Protocole facultatif au PIDESC, permettrait cet équilibre entre les fonctions législative et exécutive, d'une part, et judiciaire, d'autre part.

<sup>178</sup> Etienne MUREINIK, « A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights », (1994) 10 S.A.J.H.R., 1994 (10), Johannesburg, 31, p. 32. V. aussi A. KLEIN, précité, p. 376; S. LIEBENBERG, précité, p. 9; A. PILLAY, précité, p. 236-237; Murray WESSON, « Grootboom and Beyond: Reassessing the Socio-economic Jurisprudence of the South African Constitutional Court », S.A.J.H.R., 2004 (2), Johannesburg, 284, p. 293.

<sup>179</sup> Dans le contexte de la Charte canadienne, voir Nathalie DES ROSIERS, « Frein, moteur et levier: le droit à l'égalité, les droits sociaux et le développement des politiques publiques au Canada », dans Sheila MCINTYRE et Sanda RODGERS (dir.), *Diminishing Returns: Inequality*

aux priorités de celui-ci dans la gestion des ressources publiques. Cette approche établirait ainsi un juste compromis entre l'importance de prendre les DS au sérieux, sans toutefois manquer de réalisme en ignorant le manque de ressources pour en réaliser concrètement la promesse<sup>180</sup>.

### C. Les critiques de l'approche administrativiste : une analyse trop processuelle ?

Malgré son apport indéniable à la théorie de la justiciabilité des DS, le concept de raisonnabilité n'en comporterait pas moins, selon certains, d'importantes lacunes qui sont principalement liées au fait qu'il fonde essentiellement un contrôle judiciaire de type processuel<sup>181</sup>. Le test de raisonnabilité placerait en effet les politiques publiques au centre de l'analyse fondée sur les DS<sup>182</sup>, plutôt que les besoins des individus et groupes affectés par la pauvreté<sup>183</sup>, la tâche du tribunal consistant à vérifier si ces politiques sont cohérentes et rationnelles, sans que la Cour ne définisse plus amplement ces deux traits essentiels. Soucieuse de ne pas outrepasser ses fonctions et d'éviter d'imposer des obligations trop onéreuses au gouvernement<sup>184</sup>, la Cour estime en effet que la définition des DS et la détermination des obligations qu'ils imposent est indissociable de la question des ressources disponibles, refusant conséquemment d'intégrer dans la Constitution le concept de noyau essentiel mis de l'avant en droit international<sup>185</sup>. Pour se justifier, la Cour souligne qu'il est impossible d'assurer immédiatement à tous les Sud-Africains l'accès aux besoins essentiels<sup>186</sup>, que la détermination du contenu précis des DS ne relève pas de son expertise<sup>187</sup> et qu'il ne lui revient conséquemment pas, sur le plan démocratique, de définir en détails les politiques publiques<sup>188</sup>.

En associant définition et mise en œuvre concrète du droit et en faisant du concept de raisonnabilité *l'obligation même* qu'imposent les DS, la Cour s'est privée, selon Bilchitz, d'un étalon de mesure lui permettant d'évaluer objectivement si le gouvernement satisfait raisonnablement ou non à son

---

and the Canadian Charter of Rights and Freedoms, Markham, Éditions Lexis Nexis, 2006, 213, p. 215, 219-220.

<sup>180</sup> A. PILLAY, précité, p. 206, 207, 227. V. aussi M. WESSON, précité, pp. 303-305.

<sup>181</sup> David BILCHITZ, « Basic needs », précité, p. 4 ; M. PIETERSE, « Resuscitating Socio-Economic Rights », précité, p. 487.

<sup>182</sup> Id.

<sup>183</sup> David BILCHITZ, « Towards a Theory of Content for Socio-Economic Rights », dans Julia ILIOPOULOS-STRANGAS et Theunis ROUX (dir.), Perspectives nationales et internationales des droits sociaux, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, 3, p. 8; Marius PIETERSE, « Resuscitating Socio-Economic Rights: Constitutional Entitlements to Health Care Services », S.A.J.H.R., 2006 (22), Johannesburg, 473, p. 474; M. PIETERSE, « Coming to Terms », précité, p. 407.

<sup>184</sup> D.M. DAVIS, « Adjudicating the Socio-Economic Rights in the South African Constitution: Towards 'Deference Lite' », S.A.J.H.R., 2006 (22), Johannesburg, 301, pp. 310-318, spéc. 323.

<sup>185</sup> M. PIETERSE, « Coming to terms », précité, p. 410.

<sup>186</sup> MAZIBUKO, précité, par. 59; Grootboom, précité, par. 35; S. LIEBENBERG, précité, p. 8.

<sup>187</sup> MAZIBUKO, id., par. 61-62; Grootboom, id., par. 32, 37-38; S. LIEBENBERG, id.

<sup>188</sup> MAZIBUKO, id., par. 57, 61, 65.

obligation constitutionnelle<sup>189</sup>. Sans cette base objective extérieure à la question des limites budgétaires, le contrôle judiciaire de constitutionnalité des politiques publiques risque en effet d'être un exercice arbitraire pavant la voie à ce que le juge estime lui-même être raisonnable<sup>190</sup>. L'approche administrativiste laisserait du même coup le champ libre au gouvernement pour définir lui-même le contenu de droits auxquels il est pourtant censé être assujéti<sup>191</sup>. Il en résulterait un contrôle judiciaire affaibli dont la norme de contrôle s'apparenterait à celle de la rationalité, pourtant rejetée par la Cour. Malgré quelques affirmations en sens contraire<sup>192</sup>, raisonabilité et rationalité sont en effet similaires dans la mesure où l'approche développée dans l'arrêt *Grootboom* exige essentiellement que les politiques gouvernementales soient cohérentes et rationnellement liées à la promotion des DS<sup>193</sup>. Comme le fait remarquer Marius Pieterse : « La raisonabilité est un standard essentiellement procédural n'exigeant pas la prise au sérieux du contenu du droit ni de ses limites. Cette norme ne reconnaît aucun véritable droit subjectif aux Sud-Africains et n'exige de l'État que la mise en place de mesures socioéconomiques respectant les principes de la bonne gouvernance »<sup>194</sup>.

Tels qu'interprétés par la Cour constitutionnelle, les DS viseraient donc au premier chef à protéger les Sud-Africains contre l'action gouvernementale arbitraire et incohérente dans le cadre d'une approche exigeant davantage d'imputabilité des politiques publiques<sup>195</sup> qui, ce faisant, exclurait l'individu et ses besoins essentiels des préoccupations fondamentales de l'analyse<sup>196</sup>. Il importerait donc de développer le noyau essentiel autonome des DS qui devraient imposer non seulement la prise en compte de la situation des personnes démunies dans le processus législatif socioéconomique, mais également l'évaluation de la substance raisonnable des mesures destinées à les

---

<sup>189</sup> David BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 141-149, 222 (ci-après *Poverty and Fundamental Rights*); D. BILCHITZ, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence », S.A.J.H.R., Johannesburg, 2003 (19) 1, p. 6, 8, 10, 12 »; D. BILCHITZ, « Basic needs », précité, p. 3; David BILCHITZ, « Giving Socio-economic Rights Teeth : The Minimum Core and its Importance », S. Afr. Law J., 2002 (119), Claremont (Afrique du Sud), 484, p. 488 et 496; M. PIETERSE, « Coming to Terms », précité, p. 408.

<sup>190</sup> D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, id., p. 222; D. BILCHITZ, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core », id., p. 10. V. également M. PIETERSE, « Coming to Terms », id., p. 411, où l'auteure cite Bilchitz avec approbation.

<sup>191</sup> A. KLEIN, précité, p. 377. Dans le contexte différent des DS au Québec, c'est aussi l'opinion de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Après 25 ans, La Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 1: Bilan et recommandations, sous la direction de Pierre Bosset, 2003, p. 18.

<sup>192</sup> Khosa, précité, par. 67; S. LIEBENBERG, précité, p. 9.

<sup>193</sup> A. KLEIN, précité, p. 376.

<sup>194</sup> M. PIETERSE, « Resuscitating Socio-Economic Rights », précité, p. 487.

<sup>195</sup> La Cour constitutionnelle a confirmé cette approche dans le récent arrêt *Mazibuko*, précité, par. 59, 70-71, 159-165.

<sup>196</sup> D. BILCHITZ, « Towards a Theory of Content », précité, p. 7; D. BILCHITZ, « Basic needs », précité, p. 2 et 3; M. PIETERSE, « Coming to Terms », précité, p. 407; Mark TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », Tex. L. Rev., 2004 (82), Austin (Texas, États-Unis), 1895, p. 1906.

mettre en œuvre. La Cour constitutionnelle admet d'ailleurs elle-même l'importance du concept de noyau essentiel des DS<sup>197</sup>. Comme le souligne Bilchitz, pour en arriver à la conclusion que les programmes sociaux contestés étaient déraisonnables l'arrêt *Grootboom*, il faut bien que la Cour se soit appuyée, au moins implicitement, sur un certain contenu « obligationnel » indépendant<sup>198</sup>. D'ailleurs, celle-ci n'a pas complètement fermé la porte à la notion de noyau minimal dans l'arrêt *Grootboom*<sup>199</sup> et a même indiqué qu'il constitue un indice pertinent de raisonnabilité<sup>200</sup>. Dans la récente affaire des compteurs d'eau<sup>201</sup>, malgré son refus de déterminer le nombre de litres précis qu'exigerait le droit constitutionnel à l'eau, la Cour n'en a pas moins clairement laissé entendre que les appelants auraient pu soulever le caractère déraisonnable et insuffisant de la politique municipale, laquelle prévoyait l'accès à vingt-cinq litres d'eau par personne quotidiennement, s'ils avaient maintenu cet argument devant elle<sup>202</sup>. En se fondant notamment sur l'*Observation générale 15* du Comité des DS des Nations Unies, la Cour d'appel estimait d'ailleurs que le droit à l'eau impose l'obligation de fournir une quantité d'eau suffisante à une vie digne, ce à quoi, sur la base de documents gouvernementaux et d'expertises<sup>203</sup>, ne correspondait pas vingt-cinq litres par jour par personne<sup>204</sup>. La Cour d'appel a ainsi jugé que la Constitution impose à l'État l'obligation de fournir précisément quarante-deux litres d'eau par jour par personne, conclusion qui a été infirmée par la Cour constitutionnelle.

L'obligation de tenir compte des besoins essentiels et urgents des plus défavorisés dégagée par la Cour ne peut par ailleurs théoriquement et logiquement découler de l'obligation de raisonnabilité elle-même, mais s'apparente en effet davantage au contenu essentiel des droits au logement décent et à l'eau<sup>205</sup>. C'est d'ailleurs en raison de l'omission d'assurer les besoins vitaux d'un grand nombre de personnes défavorisées que la Cour constitutionnelle sud-africaine est intervenue dans les arrêts *Grootboom* et *Treatment Action Campaign*<sup>206</sup>, ce qui tend à confirmer la thèse selon laquelle

---

<sup>197</sup> D. BILCHITZ, « The minimum core and its importance », précité, p. 486, 496-499; Pierre DE VOS, « Grootboom, The Right of Access to Housing and Substantive Equality as Contextual Fairness », S.A.J.H.R., 2001 (17), Johannesburg, 258, p. 273; M. PIETERSE, « Resuscitating Socio-Economic Rights », précité, p. 475.

<sup>198</sup> D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, précité, p. 141-149; D. BILCHITZ, « The minimum core and its importance », id.

<sup>199</sup> *Grootboom*, précité, par. 33; D. BILCHITZ, « The minimum core and its importance », id., 485; M. TUSHNET, précité, p. 1905, n. 62.

<sup>200</sup> *Treatment Action Campaign*, précité, par. 34.

<sup>201</sup> MAZIBUKO, précité.

<sup>202</sup> Id., par. 72-73, 76.

<sup>203</sup> Id., par. 19-24.

<sup>204</sup> Afrique du Sud, C.S.A., *City of Johannesburg and Others c. Mazibuko and Others* (Centre on Housing Rights and Evictions as amicus curiae), 2009 (3) SA 592, par. 16-24, 28.

<sup>205</sup> D. BILCHITZ, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core », précité, p. 9; S. LIEBENBERG, précité, p. 9. C'est d'ailleurs, comme nous l'avons observé, l'approche de la Cour suprême indienne qui développe au cas par cas le contenu essentiel des DS dans l'évaluation de la raisonnabilité des politiques publiques affectant le droit à la vie.

<sup>206</sup> D. BILCHITZ, « Towards a Theory of Content », précité, p. 18, n. 33; D. BILCHITZ, « The minimum core and its importance », précité, p. 497.

elle s'est bien appuyée sur une norme indépendante pour évaluer la raisonnable des politiques publiques<sup>207</sup>. Dans un arrêt subséquent, la Cour précisait d'ailleurs que le droit au logement – et possiblement, par induction, tous les DS – protègent certains éléments invariables<sup>208</sup> et universels, ce qui tend à amenuiser l'hésitation du tribunal, préalablement exprimée dans l'arrêt *Grootboom*, à définir le contenu essentiel de ces droits.

Une approche accordant davantage d'importance à la définition des DS aurait enfin l'avantage de mieux répartir le fardeau de preuve très lourd que l'approche administrativiste impose aux demandeurs. Dans la mesure où l'obligation pour l'État d'adopter des programmes sociaux raisonnables a pour corollaire le droit individuel d'être traité raisonnablement par ceux-ci, il en découle que le demandeur a le fardeau de démontrer leur déraisonnabilité, tâche complexe qui peut exiger une analyse globale des mesures et des ressources publiques<sup>209</sup>. Liebenberg et Craven proposent ainsi qu'une présomption de violation du droit soit établie dès que les demandeurs démontrent que leurs besoins essentiels sont insatisfaits<sup>210</sup>. Cette présomption, combinée à la possibilité d'en justifier rigoureusement les violations, répartirait plus équitablement le fardeau de la preuve et obligerait l'État à expliquer pourquoi il est incapable de réaliser ne serait-ce que le noyau minimal de ces droits et qu'il laisse en conséquence certaines personnes et groupes vivre dans la misère. Le fardeau justificatif devrait en outre être plus sévère lorsque l'État omet d'assurer le contenu essentiel des DS compte tenu de leur importance pour la vie et la sécurité des personnes dont les besoins essentiels ne sont pas comblés<sup>211</sup>. Comme le suggère Liebenberg, le test de raisonnable devrait aussi inclure une exigence plus poussée de proportionnalité ou de nécessité qui obligerait l'État à démontrer que l'omission d'assurer à tous le minimum vital était le seul moyen de réaliser ses autres objectifs<sup>212</sup>.

### **Conclusion**

Les exemples indien et sud-africain démontrent que si le texte constitutionnel fourni aux juges des éléments sur lesquels s'appuyer dans l'interprétation des droits sociaux, il faut néanmoins chercher ailleurs les facteurs les plus déterminants du sens qu'ils choisissent de donner à ces droits. La Constitution indienne de 1949 ne consacre formellement aucun droit socioéconomique. Le constituant a plutôt choisi d'affirmer des principes déclaratoires non justiciables ni susceptibles de sanction judiciaire. Lorsque le gouvernement a voulu mettre de l'avant des politiques sociales nationalistes en

---

<sup>207</sup> *Grootboom*, précité, par. 35 (nous soulignons).

<sup>208</sup> *Id.*, par. 24. La Cour ne spécifie pas cependant quelles sont ces composantes invariables.

<sup>209</sup> S. LIEBENBERG, précité, p. 10.

<sup>210</sup> Matthew C.R. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: A Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 143 ; S. LIEBENBERG, *id.*, p. 10.

<sup>211</sup> S. LIEBENBERG, *id.*, p. 11.

<sup>212</sup> *Id.*

s'appuyant sur ces principes, la Cour suprême en fit une interprétation restrictive et accorda préséance au droit de propriété privé auquel ces réformes portaient atteinte. Cela n'a pas empêché la Cour, quelque année plus tard, sur la base d'une acception globale du droit à la vie, de reconnaître une panoplie de DS permettant le contrôle judiciaire de constitutionnalité des politiques publiques. Face à la montée du néolibéralisme, la Cour mobilise ainsi les principes à la faveur d'une interprétation extensive du droit à la vie dont le bénéficiaire serait vain s'il n'incluait pas les éléments de base à une vie digne. La Cour a beau vouloir masquer cet interventionnisme en insistant sur le contexte d'adoption de la Constitution et la volonté du constituant de faire de l'Inde une démocratie sociale, cette tentative d'objectivation ne réussit pas à occulter le choix délibéré qu'elle a fait dans sa jurisprudence progressiste. C'est ainsi qu'elle a repoussé les frontières de la séparation des pouvoirs judiciaire et législatif, un auteur allant même jusqu'à affirmer que la Cour, en remplaçant ce concept par celui de la suprématie judiciaire, est devenue une institution de co-gouvernance<sup>213</sup>.

La Cour constitutionnelle sud-africaine dispose pour sa part de l'un des textes constitutionnels les plus progressistes au monde. Adoptée après la fin du régime discriminatoire de l'apartheid, la Constitution de 1996 garantit un catalogue détaillé de DS qui ne souffrent d'aucune infériorité hiérarchique par rapport aux droits et libertés civils et politiques. La Constitution accorde aussi aux tribunaux un large pouvoir de sanction et de réparation de la violation des DS en reconnaissant expressément la légitimité pour les juges de rendre toute ordonnance qu'ils estiment justes et convenables eu égard aux circonstances de chaque affaire<sup>214</sup>. Pourtant, cela n'a pas empêché la Cour de favoriser une approche molle des DS en 1998 en assujettissant les politiques publiques à un contrôle somme toute peu exigeant de rationalité. Bien que la Cour fit marche arrière dans le célèbre arrêt *Grootboom* en choisissant cette fois la raisonnable comme norme de contrôle de constitutionnalité des programmes gouvernementaux, plusieurs observateurs ont néanmoins mis en lumière les lacunes de cette nouvelle approche qui serait trop favorable au gouvernement et similaire à l'exigence de rationalité pourtant rejetée, d'autres la saluant toutefois pour son réalisme et son respect de la séparation des pouvoirs judiciaire et législatif.

Pour tout dire, il semble qu'un auteur ait bien cerné en quoi consiste l'interprétation des DS constitutionnels, et des droits et libertés plus généralement, lorsqu'il écrivait : « La Cour suprême indienne répète que toutes les fonctions de l'État sont soumises à la Constitution, suggérant que la légitimité du pouvoir tire sa source d'un ordre constitutionnel neutre régissant objectivement la conduite humaine. Mais qui décide au cas par cas du sens et de la portée de cet ordre constitutionnel, si ce n'est... un groupe de personnes ! Cela

---

<sup>213</sup> P. B. METHA, précité, p. 72-73. V. également R. SUDARSHAN, précité, p. 158-159.

<sup>214</sup> La Cour dispose notamment du pouvoir de rendre des ordonnances obligatoires au gouvernement lui enjoignant de rendre ses politiques conformes à la Constitution. V. Treatment Action Campaign, précité, par. 104-107, 113, 129.

revient à dire qu'il n'existe aucune règle de droit qui n'est pas aussi une règle humaine à laquelle des humains donneront un sens. Dans cette perspective, la doctrine de la séparation des pouvoirs implose : elle ne découle plus d'un ordre juridique métaphysique mais de la volonté humaine ou, dit autrement, de la politique »<sup>215</sup>. Et comme nous l'avons constaté, la Cour suprême indienne et la Cour constitutionnelle sud-africaine ont choisi d'intervenir lorsque les politiques publiques affectaient particulièrement les besoins et les droits de personnes vivant dans des conditions très difficiles. Au-delà de ce genre de circonstances, il semble que les juges constitutionnels ne soient pas prêts à remettre en question les choix politiques du législateur.

*Pour citer cet article*

David Robitaille, « La justiciabilité des droits sociaux en Inde et en Afrique du Sud : séparation des pouvoirs, manque de ressources et pauvreté massive comme facteurs d'interprétation des droits sociaux », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012  
<http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/la-justiciabilite3a9-des-droits-sociaux-en-inde-et-en-afrique-du-sud1.pdf>

---

<sup>215</sup> P. B. MEHTA, précité, p. 78-79 (notre traduction).

## SECTION 4

### LA JUSTICIABILITE DES DROITS SOCIAUX AUX ÉTATS-UNIS

MANON ALTWEGG-BOUSSAC, MARINA EUDES,  
CELINE FERCOT

L'étude du droit américain sous l'angle des droits sociaux n'est pas chose aisée. La doctrine, prolixe, est souvent caractérisée par son parti-pris. Quant au corpus juridique, il est directement issu de la construction historique des États-Unis.

L'apparition des premiers droits sociaux remonte à la fin du XVIII<sup>ème</sup>, et surtout du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>216</sup>. D'un point de vue historique, les Constitutions fédérées se sont concentrées sur le « bien public » et sur la promotion de valeurs communes. Relayant la *Common law*, certaines ont garanti des droits que la Constitution fédérale ignorait<sup>217</sup>, que ce soit sous la forme de dispositions « permissives » (« *permissive provisions* »), encourageant le gouvernement à intervenir dans tel ou tel domaine, ou de dispositions « déclaratoires » (« *declaratory provisions* »), mandatant une action de la part de l'État. Aussi, contrairement à la Constitution fédérale, qui garantit avant tout des droits négatifs, destinés à protéger l'individu contre l'exercice du pouvoir étatique, les Constitutions fédérées ont très tôt intégré des dispositions positives, ou des « buts normatifs » (« *normative goals* ») qui exigent plutôt qu'elles n'interdisent une action de la part de l'État. Certaines d'entre elles exigent par exemple l'institution d'un système éducatif public ou de services sociaux pour les personnes défavorisées<sup>218</sup>. Mais on en trouve peu de trace dans les écrits des

---

Les auteures adressent leurs vifs remerciements à Manuel TIRARD, Maître de Conférences à l'Université Paris Ouest– Nanterre La Défense, pour sa participation active aux recherches nécessaires à cet article. Si la rédaction leur est imputable, sa conception et son orientation générale lui doivent beaucoup. Les traductions sont des auteures.

<sup>216</sup> La Constitution du Massachusetts de 1780 contient déjà une disposition relativement précise concernant le financement de l'éducation publique (article 3). De même, le Bill of Rights de la Virginie, adopté en 1776, garantissait déjà le droit de chercher et d'obtenir une certaine sûreté, ainsi que le bonheur – lequel correspond à un exercice illimité des droits naturels.

<sup>217</sup> A propos des rapports entre la Constitution fédérale américaine et les Constitutions fédérées, v. A. E. Dick HOWARD, « Protecting Human Rights in a Federal System », in : Mark TUSHNET (éd.), *Comparative Constitutional Federalism. Europe and America*, New York, Greenwood Press, 1990, pp. 115-137.

<sup>218</sup> On observe ici la même évolution graduelle : à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, puis au début du XX<sup>ème</sup>, de nombreuses Constitutions fédérées ont garanti le droit individuel à des horaires de travail raisonnables, à un salaire minimum, à des conditions de travail sûres ou à une compensation en cas d'accident du travail. En attestent notamment les Constitutions de cette époque dans les États

juristes de l'époque. Le seul manuel de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle qui mentionne les Constitutions fédérées, rédigé sous la plume de Thomas Cooley, ne distingue pas les droits « positifs », en lien notamment avec la pauvreté, des autres garanties<sup>219</sup>.

En réalité, les débats relatifs à la portée des droits sociaux n'ont reçu une attention particulière qu'au cours de la période du *New Deal*, à l'occasion de la proposition par le Président F.D. Roosevelt, en 1944, d'un « *second Bill of Rights* », caractéristique de l'Ère progressiste (*Progressive Era*)<sup>220</sup>. Après l'échec d'un certain nombre d'Amendements visant à protéger les droits des travailleurs, Roosevelt souligna la nécessité de prévoir un nouveau fondement de sécurité et de prospérité qui pourrait être établi pour tous. Cela incluait par exemple le droit de toutes les familles « à un domicile décent », « à des soins adéquats », ou encore « à un emploi utile et rémunéré ». Parallèlement, au cours de cette période, de nombreuses Constitutions fédérées ont été révisées pour que cette politique novatrice puisse s'appliquer au sein des États. Ainsi, la Constitution de l'État de New York, révisée en 1938, impose au gouvernement de l'État de « fournir une aide et un soutien aux nécessiteux »<sup>221</sup>.

C'est finalement la jurisprudence de la Cour suprême des années 1960 et 1970 qui a suscité un regain d'intérêt doctrinal pour les droits sociaux. La présidence Warren constitue ainsi, aux yeux de la plupart des auteurs, une avancée importante dans la reconnaissance des droits sociaux. Toutefois, ces progrès ont été limités dans leur étendue. Les avancées datées de cette époque ont en effet été éparses et se sont surtout concentrées autour des garanties encadrant la procédure pénale<sup>222</sup>. Par ailleurs, ils ont été largement tempérés quelques années plus tard : les présidences Burger et Rehnquist se sont en effet caractérisées par une jurisprudence plus conservatrice et par une érosion progressive de la protection des droits fondamentaux.

A la suite de ce recul au niveau fédéral, les discussions se sont tournées vers le niveau fédéré, dans le cadre du Nouveau fédéralisme judiciaire (*New judicial federalism*). Dès le début des années 1970, de nombreuses Cours

---

de l'Arizona, du Massachusetts, ou de la Virginie. Par la suite, certains États ont adopté des dispositions visant à protéger le droit de s'organiser et de négocier collectivement, puis un « droit au travail ». Dès 1866, les délégués à la Convention constitutionnelle de l'Alabama, vainqueurs de la guerre de Sécession, décidaient ainsi d'inscrire dans la nouvelle Constitution l'obligation pour la législature de « prendre les mesures adéquates [...] pour lutter contre la pauvreté » (art. IV § 34 C. Alabama 1868). Cette disposition est d'ailleurs toujours d'actualité (art. IV § 88 C. de 1901).

<sup>219</sup> V. Thomas M. COOLEY, *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union*, 4<sup>ème</sup> éd., 1878.

<sup>220</sup> Cass R. SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights : Franklin Delano Roosevelt's Unfinished Revolution and Why We Need It More than Ever*, Basic Books, 2004.

<sup>221</sup> Art. XVII § 1 C. de 1894. L'art. XVII § 1 C. new yorkaise de 1938 a été adopté afin de répondre à la crise économique et sociale générée par la Grande Dépression : à cette époque, l'aide sociale cessa d'être gérée au niveau local – par les municipalités, notamment – pour l'être par l'État lui-même. L'actuel art. XVII découle ainsi de l'art. XVII C. adoptée en 1938, et depuis souvent qualifié de « Social Welfare Article ».

<sup>222</sup> V. notamment Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963), à propos du droit à un avocat dans le procès pénal et de l'obligation pour l'État de le payer si l'accusé ne le peut lui-même.

suprêmes fédérées ont choisi d'interpréter leur propre Constitution dans un sens beaucoup plus « libéral » – au sens de protecteur vis-à-vis de l'individu – par rapport à la jurisprudence jusqu'alors rendue par la Cour suprême à propos des droits fondamentaux de rang fédéral<sup>223</sup>. Or, ce mouvement, qui est précisément apparu à la fin de la révolution jurisprudentielle menée depuis 1953 sous l'égide du juge Earl Warren, constitue avant tout le fruit d'une réflexion doctrinale, qui a mis en avant le caractère *complémentaire* des Constitutions fédérales et fédérées.

Dans le cadre des débats doctrinaux actuels, l'absence de consécration des droits sociaux dans la Constitution américaine suscite des réactions variées, approuvant ou réprouvant ce que certains auteurs ont qualifié d'« exception américaine »<sup>224</sup>. Majoritairement, le positionnement restrictif du texte constitutionnel fédéral à l'égard des droits sociaux conduit une grande partie de la doctrine à considérer que ceux-ci sont dépourvus de tout caractère justiciable (I). Si là réside indéniablement l'une des spécificités du droit américain, la justiciabilité des droits sociaux est cependant parfois défendue, tant par la doctrine que par le juge (II).

## I. La justiciabilité des droits sociaux : une cause apparemment perdue

Les discours doctrinaux relatifs aux droits sociaux sont confrontés à d'importantes difficultés, d'ordre à la fois terminologique et conceptuel (A). Ils se heurtent en outre à une série d'objections traditionnellement évoquées par les auteurs hostiles à leur justiciabilité (B).

### A. Les droits sociaux caractérisés par un flou terminologique et conceptuel

L'examen de la doctrine américaine débouche sur un constat de flou terminologique et conceptuel, tant au niveau de la définition (1) que de la catégorisation (2) des droits sociaux.

#### 1) Un manque de clarté dans la définition doctrinale des droits sociaux

Le seul élément consensuel, quoique peu éclairant, est la référence à la notion de « droits constitutionnels ». La doctrine américaine attribue généralement le qualificatif de « droits constitutionnels » (*constitutional rights*)

---

<sup>223</sup> Ainsi, en Arizona, en vertu de la clause des privilèges et immunités incluse dans la constitution de l'État, ce dernier ne peut pas refuser de payer pour des avortements thérapeutiques (« medically necessary ») dans le cas de femmes indigentes, alors qu'il finance d'autres avortements (*Simat Corp. v. Ariz. Health Care Cost Containment Sys.*, 56 P.3d 28 (Arizona, 2002)).

<sup>224</sup> A. E. Dick HOWARD, « Les droits et la Constitution. La protection judiciaire des droits sociaux en droit constitutionnel américain », *Revue française de science politique*, 1990, vol. 40, n° 2, pp. 173-191.

aux droits qui sont opposables (*enforceable*) aux autorités publiques. Au-delà de cette condition prédomine aux États-Unis une vision formaliste, procédurale, des droits. Reflets de la tradition libérale, ils sont exclusivement des droits négatifs<sup>225</sup>, et sont supposés être d'une égale valeur, dans la mesure où ils font tous l'objet d'une garantie. En effet, aux États-Unis, pays de *common law*, le caractère historique du droit anglais conduit à envisager les droits en termes de statuts, de relations, c'est-à-dire avant tout comme des « intérêts de propriété » (*property interest*) et/ou de liberté (*liberty interest*)<sup>226</sup>.

La notion même de « droits » semble d'ailleurs être davantage utilisée par commodité que dans l'objectif de reconnaître un véritable droit subjectif attribué à un titulaire individuel, d'ailleurs très rarement cité. A cet égard, les autorités officielles américaines semblent avoir pour directive de ne pas parler de « droits », mais simplement de prérogatives ou d'avantages, dès lors que sont évoqués les thèmes que nous désignons sous le vocabulaire de droits *sociaux*<sup>227</sup>.

Cette ambiguïté relative à la définition doctrinale des droits sociaux se traduit aussi bien dans la terminologie employée que dans l'absence de définition conceptuelle des droits sociaux. De manière récurrente, les auteurs parlent indifféremment de « *social constitutional rights* », de « *economic and social rights* »<sup>228</sup>, de « *welfare rights* »<sup>229</sup>, de « *positive rights* »<sup>230</sup>, de « *social rights* », de « *social citizenship rights* » - qui comprennent ou non les « *welfare rights* »<sup>231</sup> - ou encore de « *second generation social rights* »<sup>232</sup>. Par ailleurs, quelle que soit la dénomination retenue, celle-ci ne s'accompagne presque jamais d'une définition précise, mais plutôt de l'énoncé d'un ou plusieurs exemples du type de droit en cause.

---

<sup>225</sup> Cette distinction a notamment été critiquée par Susan BANDES (« The Negative Constitution : A Critique », Mich. L. Rev., 1990, vol. 88, p. 2271).

<sup>226</sup> Aussi, cette définition générale conduit à une première précaution, destinée à éviter toute confusion entre les notions de droits « constitutionnels » (*constitutional rights*) et de droits « fondamentaux » (*fundamental rights*), ces derniers étant soumis à un contrôle plus strict de la part du juge. La notion de « *fundamental rights* » est en effet beaucoup plus restrictive et renvoie à certaines « libertés privilégiées » (*preferred-freedoms doctrine*), qui-ci représentent, en tant que « matrices », « la condition indispensable de presque toute autre forme de liberté » (*Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), trad. Elisabeth ZOLLER, Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis, Paris, PUF, 2000, n° 28, p. 479 et s., spéc. pp. 484-485).

<sup>227</sup> Philip C. AKA, « Analyzing U. S. Commitment to Socioeconomic Human Rights », Akron L. Rev., 2006, vol. 39, n° 2, pp. 417-463.

<sup>228</sup> V. A. E. Dick HOWARD, « Les droits et la Constitution. La protection judiciaire des droits sociaux en droit constitutionnel américain », art. précit. ; Cass R. SUNSTEIN, « Why does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees ? », art. précit.

<sup>229</sup> Mark TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », Tex. L. Rev., vol. 82, 2003-2004, pp. 1895-1920.

<sup>230</sup> William FORBATH, « Not Simple Justice : Franck Michelman on Social Rights », Tulsa L. Rev., 2004, pp. 597 s. ; Frank MICHELMAN, « The Constitution, Social Rights and Liberal Political Justification », Int'l J. Const. L., 2003, pp. 13-34.

<sup>231</sup> William FORBATH, « Not Simple Justice : Franck Michelman on Social Rights », art. précit. ; Frank MICHELMAN, art. précit.

<sup>232</sup> V. Cass R. SUNSTEIN, « Why does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees ? », art. précit. V. également annexe n° 1, en ligne [[http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/rapport\\_final/droit\\_americaain/annexes.pdf](http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/rapport_final/droit_americaain/annexes.pdf)].

Lorsque la doctrine s'attache à préciser la terminologie employée à propos des droits sociaux, elle se contente généralement de les définir par le biais de listes non exhaustives de droits<sup>233</sup>. A titre d'exemple, Mark Tushnet opère une distinction entre les « *welfare rights* » et les « *economic and social rights* ». Selon lui, les premiers ont pour bénéficiaires les catégories *les plus démunies* d'individus, tandis que les seconds s'adressent à *tous* les individus. Ce critère, plutôt vague, s'accompagne aussitôt d'un exposé des droits. Ainsi les « *welfare rights* » comprennent, notamment, le droit au logement, le droit à des moyens minimum de subsistance ou à des biens sociaux ; tandis que les « *economic and social rights* » renvoient au droit au travail et à la liberté d'association<sup>234</sup>. La même indétermination ressort des écrits de Franck Michelman, pourtant pionnier dans ce domaine. Selon lui, les « droits sociaux de citoyenneté » (« *social citizenship rights* ») comprennent à la fois des « préoccupations centrales »<sup>235</sup>, telles que le droit du salarié et le droit syndical, mais également les « *welfare rights* », lesquels sont considérés comme assurant des garanties financières minimum. Ces droits sont ensuite listés et incluent par exemple le droit d'accès à une éducation et à une formation de qualité ou encore le droit aux soins<sup>236</sup>. Quelques auteurs tentent toutefois de dépasser cette indétermination caractéristique de la définition des droits sociaux.

## 2) Un effort de catégorisation doctrinale des droits sociaux

Les quelques tentatives de catégorisation des droits sociaux se résument souvent à l'énoncé d'une idée centrale, en vertu de laquelle ces derniers visent avant tout à *satisfaire certains besoins individuels de base*. Ainsi, la doctrine a généralement recours à des grilles de lecture ou d'analyse des droits *par catégories*<sup>237</sup>.

Une première catégorisation des droits présente un caractère chronologique. Par exemple, selon Mark Tushnet, les droits de la première génération correspondent aux droits civils (*civil liberties*) incluses dans le *Bill of rights* fédéral. Quant aux droits « de la seconde génération », il s'agit des droits non constitutionnalisés dénommés *welfare rights*<sup>238</sup>. Une seconde catégorisation,

---

<sup>233</sup> V. annexe n° 2, en ligne, v. *Ibid.*

<sup>234</sup> Mark TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », art. précit., spéc. pp. 1896-1903.

<sup>235</sup> Frank MICHELMAN, « In Pursuit of Constitutional Welfare Rights : One View of Rawls' Theory of Justice », Univ. of Pennsylvania L. Rev., 1973, vol. 121, pp. 962-1019.

<sup>236</sup> William FORBATH préfère isoler les « *welfare rights* » de la catégorie des social « *citizenship rights* », qui manquent selon lui de transparence et de garanties. Il convient ainsi de distinguer clairement ces deux catégories, dès lors que le degré d'exigence lié à leur protection juridique n'est pas équivalent. Ainsi, il considère que les « *welfare rights* » sont plus essentiels que les autres droits, inclus dans la catégorie des « *social citizenship rights* » de Franck MICHELMAN. Les « *welfare rights* » - c'est-à-dire le droit au logement, à une nourriture minimum, à des vêtements, à l'éducation, notamment - doivent dès lors être considérés comme une catégorie à part entière et distincte. V. William FORBATH, « Not Simple Justice : Franck Michelman on Social Rights », art. précit.

<sup>237</sup> V. annexe n° 2, en ligne, v. *supra*.

<sup>238</sup> Mark TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », art. précit.

davantage développée, distingue les « droits négatifs » (« *negative rights* ») des « droits positifs » (« *positive rights* »)<sup>239</sup>, selon qu'ils impliquent une obligation d'abstention ou d'action de la part de l'État ; cette différenciation entraînant des conséquences en termes de dépenses publiques. Bien que dominante, celle-ci n'en est pas moins critiquée par la doctrine, et ce pour deux raisons essentielles.

D'une part, les droits « négatifs » sont eux aussi susceptibles d'exiger une action positive de la part de l'État<sup>240</sup>. Helen Hershkoff souligne ainsi que le principe de non-discrimination et la liberté d'expression, par exemple, appellent parfois une action positive de la part de l'État<sup>241</sup>. Dans le même sens, Cass Sunstein remarque que l'effectivité de n'importe quel droit implique au moins la production d'une loi, et donc une intervention de l'État et que, par exemple, les garanties relatives au procès équitable nécessitent des moyens importants de la part de l'État afin d'assurer une bonne administration de la justice<sup>242</sup>. Ces auteurs considèrent par ailleurs que *tous* les droits engendrent des coûts financiers. Dès lors, la distinction entre droits positifs et négatifs n'est pas tant qualitative que quantitative, si l'on part du principe que les coûts engendrés par la mise en œuvre des droits sociaux sont généralement plus élevés.

D'autre part, les droits dits « positifs » sont également susceptibles d'être mis en œuvre par des vecteurs négatifs. Franck Michelman souligne ainsi que les droits dits « positifs » peuvent également être garantis négativement, par le biais d'une limitation des restrictions susceptibles de leur être apportées. Il montre ainsi que si au niveau politique, la défense des droits sociaux appelle une action positive du gouvernement et un nouvel équilibre budgétaire, la question de leur justiciabilité n'implique pas nécessairement d'intervention positive. En d'autres termes, tout comme la protection du droit de propriété ou de l'égalité devant la loi, les droits sociaux peuvent faire l'objet d'une « protection négative »<sup>243</sup>.

*In fine*, dans un contexte doctrinal qui insiste essentiellement sur les contraintes budgétaires impliquées par la mise en œuvre des droits sociaux, le choix des catégories opposant les droits « positifs » et « négatifs » est en réalité davantage mis en exergue par les opposants à toute reconnaissance constitutionnelle des droits sociaux. Mais, outre ce flou conceptuel, la doctrine favorable à la reconnaissance des droits sociaux doit dépasser une série

---

<sup>239</sup> V. Frank B. CROSS, « The Error of Positive Rights », *UCLA L. Rev.*, 2001, vol. 48, pp. 860 s. ; David P. CURRIE, « Positive and Negative Constitutional Rights », *U. Chi. L. Rev.*, 1986, vol. 53, pp. 864 s. ; Stephen HOLMES, Cass R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights : Why Liberty Depends on Taxes*, New York, W.W. Norton & Co., 2000. Ce type de question a cependant fort peu mobilisé la doctrine.

<sup>240</sup> Helen HERSHKOFF, « Positive Rights And The Evolution Of State Constitutions », *Rutgers L. J.*, 2002, vol. 33, pp. 799-834 ; Frank MICHELMAN, « The Constitution, Social Rights and Liberal Political Justification », *International J. Const. L.*, 2003, vol. 1, pp. 13-34.

<sup>241</sup> Helen Hershkoff, art. précit., pp. 3-4.

<sup>242</sup> Cass R. SUNSTEIN, art. précit.

<sup>243</sup> Frank MICHELMAN, art. précit., p. 3.

d'objections doctrinales, manifestant une opposition à leur consécration constitutionnelle.

## **B. Les multiples objections doctrinales à la justiciabilité des droits sociaux**

La doctrine américaine cherchant à défendre la justiciabilité des droits sociaux se voit contrainte de produire une justification concluante de ses positions face aux objections récurrentes soulevées par leurs opposants. Celles-ci sont d'ordre à la fois théorique (1) et pratique (2).

### **1) Des obstacles d'ordre théorique**

Les débats doctrinaux relatifs à la justiciabilité des droits sociaux s'inscrivent dans le prolongement de deux objections majeures. Ils témoignent tout d'abord d'une réflexion politique, proprement américaine, relative à l'attachement traditionnel du pouvoir politique à une conception libérale de l'État. Issus d'une tradition libérale inspirée en grande partie par John Locke, les États-Unis ont toujours éprouvé des difficultés à penser la régulation sociale à travers un rôle prédominant de l'État, et en particulier du gouvernement fédéral<sup>244</sup>. De ce facteur découle directement l'appréhension majeure à l'égard des droits dits « positifs »<sup>245</sup>, l'État devant, aux yeux de nombreux auteurs, rester en retrait en matière de droits sociaux.

Mais ces débats révèlent également une certaine conception de la démocratie, fondée sur une méfiance traditionnelle à l'égard du pouvoir des juges. L'objection fondamentale à leur justiciabilité réside dans l'accroissement, supposé dangereux, du pouvoir des juges de la Cour suprême qu'une telle consécration impliquerait. Les juges seraient alors indûment habilités à enjoindre l'État d'appliquer une certaine politique budgétaire sans l'autorisation préalable du Congrès. Le principe de la séparation des pouvoirs serait dès lors remis en cause. Si ce raisonnement figure surtout dans le discours doctrinal<sup>246</sup>, on peut en trouver un écho dans plusieurs arrêts de la Cour suprême<sup>247</sup>. La défense de la justiciabilité des droits sociaux, en conduisant à un accroissement considérable du pouvoir des juges, constituerait par conséquent une atteinte au principe démocratique. La conception ici présumée est celle d'une démocratie majoritaire, au sein de laquelle le peuple s'exprime uniquement par la voie de ses représentants au Congrès. Partant, en favorisant l'action positive du juge, les droits sociaux représenteraient un risque non négligeable pour la démocratie.

Les postulats sur lesquels reposent ces objections théoriques sont néanmoins critiqués par une partie – certes minoritaire – de la doctrine. Ces

---

<sup>244</sup> V. Elisabeth ZOLLER, Introduction au droit public, Dalloz, Précis, 2006, pp. 121-170.

<sup>245</sup> V. *supra*, § I.A.2.

<sup>246</sup> V. B. FRANCK, « Cross the Error of Positive Rights », UCLA L. Rev, 2001, vol. 48, pp. 857 s.

<sup>247</sup> V. par exemple Baker v. Carr, 369 U.S., 186, 217 (1962).

auteurs constatent la centralité de l'argument opposant droits sociaux, dits « positifs », et droits civils dits « négatifs ». Ils soulignent que la catégorisation « droits positifs » est utilisée à des fins normatives. Mais ces auteurs contestent également l'idée selon laquelle la garantie des droits sociaux supposerait un renforcement des pouvoirs de la Cour Suprême<sup>248</sup>. En effet, la protection d'autres droits, pourtant dits « négatifs », s'est opérée par une interprétation extensive des XIII<sup>ème</sup> et XIV<sup>ème</sup> Amendements, comprenant respectivement la *Due process clause* et la *Equal protection clause*<sup>249</sup>. Il semble ainsi abusif de considérer que l'activisme judiciaire serait spécifiquement lié à la consécration des droits sociaux. Il apparaît en réalité que l'utilisation doctrinale de la distinction entre droits « négatifs » et « positifs » sert davantage à masquer un positionnement politique hostile à la reconnaissance des droits sociaux.

Par ailleurs, la conception majoritaire de la démocratie, qui présuppose une représentation exclusive du peuple par le biais de ses représentants élus, est loin de faire l'unanimité dans le paysage doctrinal américain. En effet, à la différence de la France, où le principe de la loi en tant qu'expression de la volonté générale se traduit par un monopole de la représentation par le législateur, les États-Unis n'ont pas connu cette image d'un législateur, représentant exclusif du peuple. Ainsi, la doctrine américaine considère parfois que le peuple est davantage représenté par la Constitution, et plus précisément par l'ensemble des institutions, sans toutefois que l'une d'entre elles ne puisse se prévaloir d'un monopole lié à sa représentation<sup>250</sup>.

Outre ces objections d'ordre théorique, une série d'arguments, cette fois d'ordre pratique, est généralement mise en avant par la doctrine.

## **2) Des arguments d'ordre pratique**

La doctrine insiste également sur un argument d'ordre pratique, invoquant principalement à la fois la particularité née de la structure fédérale et des considérations liées à l'absence de moyens financiers suffisants pour mettre en œuvre les droits sociaux.

La structure fédérale des États-Unis serait de nature à freiner la reconnaissance des droits sociaux. En application de la « clause de suprématie », les dispositions fédérales encourent en effet le risque d'être remises en cause par le droit fédéral, tant constitutionnel qu'infraconstitutionnel. En effet, les droits fondamentaux figurant dans les Constitutions fédérées ne sauraient remettre en cause la répartition des compétences opérée par la Constitution fédérale. Dès lors, tant les compétences exclusives de l'État fédéral que les compétences partagées sont fortement susceptibles de porter sur les matières visées par les

---

<sup>248</sup> C. R. SUNSTEIN, « Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees ? », précit.

<sup>249</sup> Le texte de ces clauses est reproduit dans l'annexe n° 3 (en ligne, v. *supra*).

<sup>250</sup> Bruce ACKERMAN, *We the People*, Cambridge, Massachusetts / London, Belknap Press of Harvard Univ. Press, vol. 1, 1991, pp. 217-225.

droits sociaux. Ainsi, les programmes fédéraux en matière d'éducation, de logement, ou encore d'aide sociale renvoient à autant de domaines dans lesquels l'intervention des gouvernements fédérés, et partant celle du pouvoir judiciaire fédéré, se trouve singulièrement entravée. Or la doctrine se contente fréquemment de cet argument pour dénier aux droits sociaux tout caractère justiciable<sup>251</sup>.

Quant à l'approche pragmatique, particulièrement influente aux États-Unis, elle consiste à poser les questions juridiques en fonction de leurs applications concrètes. En matière de droits sociaux, les auteurs relevant de ce courant cherchent avant tout à démontrer l'impossibilité pratique de leur reconnaissance. Franck Cross analyse ainsi le fonctionnement des institutions américaines, et plus particulièrement du procès judiciaire<sup>252</sup>. Observant justement que les mécanismes institutionnels internes favorisent de fait les plus riches, il en déduit que les droits sociaux seraient en pratique insusceptibles d'être protégés. Même s'ils étaient consacrés par la Constitution, ils ne pourraient être effectifs dans le système tel qu'il fonctionne. Cette logique discursive peut surprendre. Elle consiste en effet, à partir d'une analyse descriptive des faits, à en inférer une conclusion normative défavorable à la reconnaissance des droits sociaux. Si l'analyse des inégalités qu'engendre le système judiciaire demeure tout à fait convaincante, et rend difficilement envisageable une protection sociale plus affirmée, on peut en effet se demander pour quelles raisons il ne serait pas possible de le changer. Sous couvert de pragmatisme est en réalité ici affirmée une position politique opposée à la consécration des droits sociaux.

Au-delà de ce constat, la doctrine favorable à la reconnaissance des droits sociaux doit nécessairement en produire une justification convaincante. Certains auteurs considèrent ainsi qu'il existe une obligation morale de consacrer juridiquement les droits sociaux. Franck Michelman se réfère à la notion de « raison publique » (« *public reason* ») de John Rawls<sup>253</sup>, afin de justifier la prise en compte des droits sociaux. Il considère ainsi qu'une Constitution qui ne mentionnerait pas les droits sociaux serait « moralement défectueuse » (« *morally defective* »)<sup>254</sup>. Cependant, la justification morale des droits sociaux est insuffisante. Elle ne permet en effet pas de répondre aux objections pratiques et théoriques soulevées par les opposants à la justiciabilité des droits sociaux. La doctrine qui leur est, au contraire, favorable, est dès lors contrainte de dépasser le cadre de la justification politico-morale.

---

<sup>251</sup> V. par exemple Burt NEUBORNE, « State constitutions and the evolution of positive rights », Foreword, Rutgers L. J., 1989, vol. 20, pp. 881-901 ; Mark TUSHNET, « State Action, Social Welfare Rights, and the Judicial Role : Some Comparative Observations », Chi. J. International L., 2002, vol. 3, pp. 435-454.

<sup>252</sup> Frank B. CROSS, « The Error of Positive Rights », précit., pp. 860-861.

<sup>253</sup> John RAWLS, A Theory of Justice, Oxford University Press, 1973, trad. C. AUDARD, Théorie de la justice, Paris, Seuil, coll. La couleur des idées, 1987.

<sup>254</sup> Frank MICHELMAN, « The Constitution, Social Rights and Liberal Political Justification », International J. Const. L., 2003, vol. 1, pp. 13-34.

## II. La justiciabilité des droits sociaux : une cause malgré tout défendue

Loin de se contenter d'évoquer les objections à la reconnaissance d'une justiciabilité des droits sociaux, certains auteurs proposent des éléments permettant d'envisager une mise en œuvre des droits sociaux. Parmi eux, certains légitiment ouvertement l'activisme judiciaire, et s'inscrivent en faveur de la justiciabilité des droits sociaux (A). D'autres évoquent, en revanche, la consécration des droits sociaux au niveau formel par le biais des révisions constitutionnelles (B).

### A. La justiciabilité des droits sociaux soutenue par l'interprétation judiciaire

Les changements qui pourraient être opérés par le juge concernent tant le niveau fédéral (1) que le niveau fédéré (2).

#### 1) Le rôle du juge fédéral dans la promotion des droits sociaux

Nombreux sont les auteurs qui défendent l'idée selon laquelle certaines dispositions de la Constitution fédérale, notamment les clauses de *due process* et d'égalité de protection garanties par les XIII<sup>ème</sup> et XIV<sup>ème</sup> Amendements, ou encore la clause de bien-être général (*General Welfare Clause*)<sup>255</sup>, devraient être interprétées de manière extensive, afin d'assurer la protection de ces droits<sup>256</sup>. Cette approche, qui illustre le courant théorique réaliste, présuppose que la Constitution ne doit pas être rattachée au texte *stricto sensu*, mais, plus largement, à l'interprétation qu'en donne le juge. La théorie influente de la « constitution vivante » (*« living constitution »*)<sup>257</sup> est très souvent présente chez ces auteurs<sup>258</sup>, que ce soit de manière explicite ou implicite. Elle peut s'entendre comme un discours à la fois descriptif, portant sur ce qui *est*, que prescriptif, portant sur ce qui *doit être*. Ainsi, le juge *doit* interpréter la Constitution à la lumière des principes moraux qui seraient susceptibles d'une connaissance objective. On retrouve également cette conception chez les auteurs favorables à

<sup>255</sup> Le texte de ces dispositions figure à l'annexe 3 (en ligne, v. *supra*).

<sup>256</sup> V. Susan BANDES, « The Negative Constitution : A Critique », *Mich. L. Rev.*, 1990, vol. 88, pp. 2271-2347 ; Sotirios A. BARBER, *Welfare and the Constitution*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2003 ; David CURRIE, « Positive and Negative Constitutional Rights », *U. Chi. L. Rev.*, 1986, vol. 53, pp. 864-890 ; Peter B. EDELMAN, « The Next Century of Our Constitution : Rethinking Our Duty to the Poor », *Hastings L. J.*, 1987, vol. 37, pp. 1-61. V. annexe n° 3 (en ligne, v. *supra*).

<sup>257</sup> Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Belknap Press, 1986, trad. E. SOUBRENIE, *L'empire du droit*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994 ; id., *Taking right seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard Univ. Press, 1978, trad. M. J. ROSSIGNOL, F. LIMARE, présentée par F. MICHAUT, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, *Recherches politiques*, 1995.

<sup>258</sup> Mark TUSHNET, « Judicial Activism and the Welfare State : A Debate » (with Kenneth M. Holland), in : Jackson J. BARLOW et al. (éd.), *The New Federalist Papers*, 1988, pp. 384 s. ; Cass R. SUNSTEIN, « Why does the American Constitution lack Social and Economic Guarantees ? », in : Michael IGNATIEFF (Ed.), *American exceptionalism and human rights*, précit., pp. 90-110 ; A. E. Dick HOWARD, art. précit., pp. 173-191.

la justiciabilité des droits sociaux par la voie de l'interprétation judiciaire. Dick Howard considère ainsi que le XIV<sup>ème</sup> Amendement pourrait tout à fait permettre la reconnaissance d'un statut constitutionnel aux droits sociaux<sup>259</sup>. Il reviendrait alors aux juges de la Cour suprême d'assurer la justiciabilité de ces derniers, par le biais d'un travail d'interprétation extensif.

Cette partie de la doctrine présuppose ainsi une autre conception de la démocratie<sup>260</sup>, envisagée comme moyen de garantir les droits fondamentaux. Dès lors, l'interprétation progressiste développée par les juges de la Cour suprême est tout à fait compatible avec le principe démocratique, dans la mesure où l'action du juge permet précisément de garantir les droits *essentiels* que sont les droits sociaux. Il s'agit là d'un appel clair à l'activisme judiciaire, qui s'affranchit alors des objections liées au risque d'un pouvoir judiciaire excessif, étant donné que les juges *doivent* faire évoluer la Constitution au regard de la moralité et de la justice. Or, dans cette entreprise, le juge fédéral peut être influencé par le juge fédéré. L'existence d'une structure fédérale, souvent présentée comme un obstacle à la protection des droits fondamentaux, est alors, au contraire, susceptible de venir au secours des droits sociaux.

## **2) Le rôle du juge fédéré dans la concrétisation des droits sociaux**

Aux États-Unis, l'existence d'une structure fédérale entraîne une conséquence majeure : la Constitution fédérale ne représente qu'un *standard minimum*, que les entités fédérées sont appelées à dépasser<sup>261</sup>. La Cour suprême a en effet reconnu que les Cours suprêmes fédérées pouvaient soit garantir d'autres droits fondamentaux, soit reconnaître les mêmes droits que ceux qui sont garantis par la Constitution fédérale, mais de manière plus large<sup>262</sup>. Par ailleurs, compétente en appel pour revoir les décisions rendues par les Cours suprêmes fédérées, la Cour de Washington agit là avec une certaine prudence : selon la décision *Michigan v. Long* de 1983, si une Cour suprême fédérée fonde sa décision sur un motif de droit fédéré « adéquat et indépendant », la Cour suprême ne peut pas revoir sa décision<sup>263</sup>. Elle n'est en effet que la gardienne de la Constitution fédérale. Les juridictions fédérées sont donc en droit d'interpréter leur Constitution de manière autonome, sous réserve bien-sûr que cette interprétation ne vienne pas perturber l'équilibre de droits fondamentaux instauré par le droit fédéral.

Or, tant certains auteurs que certains juges œuvrant au sein des États américains invitent à tirer profit de la structure fédérale pour mettre en œuvre de telles garanties. Ils retiennent pour cela principalement deux arguments.

---

<sup>259</sup> A. E. Dick Howard, *Ibid.*

<sup>260</sup> V. *supra*, § B.1.a.

<sup>261</sup> En ce sens, v. William SWINDLER, « Minimum Standard of Constitutional Justice : Federal Floor and State Ceiling », *Missouri L. Rev.*, 1984, vol. 49, pp. 1 s.

<sup>262</sup> V. *Pruneyard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980).

<sup>263</sup> 463 U.S. 1032 (1983).

Les auteurs qui s'intéressent aux mécanismes de mise en œuvre des droits sociaux inscrits dans les Constitutions fédérées insistent en premier lieu sur la position privilégiée des juges fédérés<sup>264</sup>. Ces derniers, qui sont la plupart du temps élus<sup>265</sup>, restent souvent en fonction sans durée dans le temps, à moins d'être destitués (*recalled*) par un vote, populaire ou législatif. Or, le principe de l'élection modifie sans aucun doute la donne. On peut en effet supposer que les juges élus prennent davantage en compte la défense des intérêts sociaux de l'individu. Plus généralement, les juges qui disposent d'une protection plus importante vis-à-vis du pouvoir politique témoignent d'une plus grande volonté de développer une analyse fondée sur le droit constitutionnel fédéré<sup>266</sup>, et plus précisément des dispositions « positives », qui les caractérisent.

En second lieu, d'un point de vue structurel, les juridictions fédérées, contrairement à leurs homologues fédérales, ont une responsabilité beaucoup plus limitée d'un point de vue géographique. Il ne leur revient pas d'établir des règles qui soient praticables et acceptables sur tout le territoire national ; en d'autres termes, ils n'ont pas à imposer un *standard* en matière de droits fondamentaux. Dès lors, les juridictions fédérées seraient en mesure de prendre davantage de risques, et donc d'étendre le niveau de protection accordé au niveau fédéral, notamment dans le domaine économique et social<sup>267</sup>.

Ceci explique que la frilosité à l'égard des droits sociaux généralement constatée au sein du prétoire de Washington disparaisse parfois au niveau fédéré. L'exemple new yorkais est sur ce point particulièrement instructif. D'emblée, l'article XVII § 1<sup>268</sup> de la Constitution new yorkaise fait figure de modèle<sup>269</sup>. Il dispose que « l'aide, le soin et le soutien des personnes dans le besoin constituent des intérêts publics et doivent être assurés par l'État et par les autorités publiques, de telle manière et par des moyens susceptibles d'être déterminés de manière variable par le pouvoir législatif »<sup>270</sup>.

---

<sup>264</sup> V. notamment Helen HERSHKOFF, « The New Jersey Constitution: positive rights, common law entitlements, and state action », *Alb. L. Rev.*, 2006, vol. 69, pp. 553 s.

<sup>265</sup> Aujourd'hui, trente-huit États élisent leurs juges.

<sup>266</sup> V. Susan FINO, « Judicial Federalism and Equality Guarantees in State Supreme Courts », *Publius*, 1987, vol. 17, pp. 51-67.

<sup>267</sup> Lawrence G. SAGER, « State courts and the strategic space between the norms and rules of constitutional law », *Foreword*, *Tex. L. Rev.*, 1985, vol. 63, pp. 959-976 ; id., « Fair Measure : The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms », *Harv. L. Rev.*, 1978, vol. 91, pp. 1212 s.

<sup>268</sup> A ce propos, v. Alan JENKINS, Sabrineh ARDALAN, « Positive Health : The Human Right to Health Care Under The New York State Constitution », *Fordham Urban L. J.*, pp. 479-559.

<sup>269</sup> A propos de l'État de New York, v. Christine LADD, « A Right to Shelter for the Homeless in New York State », *N. Y. Univ. L. Rev.*, 1986, vol. 61, pp. 272-299 ; Helen HERSHKOFF, « Welfare Devolution and State Constitutions », art. précit., pp. 1410 s.

<sup>270</sup> Cette garantie a été adoptée afin de répondre à la crise économique et sociale générée par la Grande Dépression (à ce propos, voir Cass R. SUNSTEIN, « Constitutionalism After the New Deal », *Harv. L. Rev.*, 1987-1988, vol. 101, p. 421). Elle a succédé à l'article XVII de la Constitution de 1938, très souvent qualifié de « Social Welfare Article ». A cette époque, le devoir d'assister les personnes pauvres était considéré comme « aussi fondamental que toute autre responsabilité du gouvernement » (*Report of the Comm. On Printing, New York State Constitutional Convention, Revised Record*, 1938, p. 2126 ; statement of Jerome D. BARNUM, Chairman).

La portée de cette disposition apparaît certes à première vue limitée. Traditionnellement, la Cour d'appel new yorkaise<sup>271</sup> opte en effet à son sujet pour deux solutions. Soit elle considère que les questions relatives au caractère approprié des politiques d'aide sociale relèvent de la compétence du pouvoir législatif, et donc sont en dehors des prérogatives du pouvoir judiciaire. Soit, tout en se référant aux origines de l'article XVII<sup>272</sup>, la Cour d'appel de New York opte pour une approche « déférentielle » vis-à-vis du droit fédéral : elle l'analyse alors la plupart du temps « par le biais du prisme du droit fédéral »<sup>273</sup>, lequel assimile la compétence du législateur (« *legislative discretion* ») à un pouvoir insusceptible de révision.

Fréquente, une telle lecture de l'article XVII n'est toutefois pas systématique. Dès 1977, la Cour d'appel new yorkaise, considérée par le Juge Brennan en 1986 comme étant « à la pointe de la défense des droits civils et des libertés par le biais de son droit constitutionnel étatique »<sup>274</sup>, a trouvé dans l'histoire de cette disposition « une intention claire visant à ce que l'aide apportée par l'État aux démunis était considérées comme appartenant fondamentalement au contrat social »<sup>275</sup>. Elle a alors considéré que cette disposition imposait à l'État « un mandat constitutionnel » l'enjoignant d'aider les plus démunis. L'article XVII possède une structure « dualiste » que la Constitution fédérale ignore mais qui s'avère symptomatique des Constitutions fédérées. Ces dernières reconnaissent certes une certaine marge de manœuvre au législateur, mais ne manquent pas d'insister sur la responsabilité qui lui incombe en matière sociale<sup>276</sup>. Or, selon Helen Hershkoff, si le législateur fédéré demeure libre des moyens à employer, il ne peut pas prétendre avoir rempli son « devoir constitutionnel » dès lors que le but lui-même n'a pas été atteint<sup>277</sup>. Une obligation minimale de résultat pèse donc bien sur le pouvoir législatif.

Dans ce contexte, la Cour d'appel new yorkaise a été amenée à se prononcer sur la violation, d'une part, du droit des plus démunis à un soutien de la part de l'État, issu de l'article XVII § 1 et, d'autre part, des clauses – fédérale et fédérée<sup>278</sup> – d'égle protection. Dans une décision *Aliessa v. Novello*, rendue le 5 juin 2001<sup>279</sup>, elle s'est penchée sur l'article XVII de la Constitution de New York<sup>280</sup>. Elle a alors reconnu que cette disposition laissait une certaine marge de

<sup>271</sup> Dans l'État de New York, la Cour d'Appel fait en réalité office de Cour suprême.

<sup>272</sup> A propos de l'histoire de l'article XVII C. de New York et de son usage par les juridictions new yorkaises, v. Christine R. LADD, « A Right to Shelter for the Homeless in New York State », art. précit., pp. 285-299.

<sup>273</sup> Helen HERSHKOFF, « Welfare Devolution and State Constitutions », art. précit., p. 1415.

<sup>274</sup> William J. BRENNAN, Jr., « A Tribute to Chief Judge Charles S. Desmond », Buffalo L. Rev., 1987, vol. 36, p. 3.

<sup>275</sup> Tucker v. Toia, 371 N. E. 2d 449, 451-453 (New York, 1977). V. également Bernstein v. Toia, 373 N.E.2d 238 (New York, 1977).

<sup>276</sup> V. Helen HERSHKOFF, « Welfare Devolution and State Constitutions », art. précit., p. 1412.

<sup>277</sup> V. également Mohamed Aliessa et a. v. Antonia Novello, 754 N. E. 2d 1085 (New York, 2001).

<sup>278</sup> En droit américain, tant les dispositions du Bill of rights fédéral que les garanties inscrites dans les Constitutions fédérées sont invocables devant les juridictions fédérées.

<sup>279</sup> Mohamed Aliessa et a. v. Antonia Novello, 754 N. E. 2d 1085 (New York, 2001).

<sup>280</sup> Tucker v. Toia, 43 N. Y. 2d 1, 7 (New York, 1977), déc. précit.

manœuvre au législateur dans la répartition des fonds publics<sup>281</sup>. Mais elle a également affirmé que ce dernier était tenu de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires afin que les habitants de l'État puissent recevoir les soins dont ils ont besoin<sup>282</sup>.

Ce positionnement audacieux du juge varie toutefois considérablement selon la disposition en cause. Ainsi, contrairement à l'article XVII § 1, l'article XVII § 3 de la Constitution new yorkaise, qui garantit un droit à la santé<sup>283</sup>, a été rarement appliqué et, lorsque ce fut le cas, de manière très restrictive. La Cour d'appel de l'État de New York considère certes que cette disposition exige que l'État fournisse un soutien actif aux personnes dans le besoin<sup>284</sup>. Elle a cependant explicitement indiqué, en 1990, que « les choix des politiques publiques, qui supposent de dresser les priorités et de fournir des fonds, relèvent des branches exécutive et législative du gouvernement. L'endroit pour questionner leur sagesse ne se situe pas devant les juges mais *autre part* »<sup>285</sup>. Or, cette tentative de repli des juridictions fédérées vers ce qui constituerait un « modèle » fédéral est souvent constatée et déplorée.

## **B. La justiciabilité des droits sociaux appréhendée sous l'angle des textes constitutionnels**

Même si une partie de la doctrine adopte une approche réaliste du droit, essentiellement tournée vers l'interprétation des juges, elle demeure parallèlement très souvent soucieuse d'une formalisation explicite des droits sociaux dans le texte constitutionnel, qu'il soit fédéral (1) ou fédéré (2).

### **1) Les divers modes de formalisation textuelle des droits sociaux au niveau fédéral**

Le discours favorable à la formalisation constitutionnelle des droits sociaux est nécessairement sensible à la critique du caractère antidémocratique dont est généralement assorti l'activisme judiciaire<sup>286</sup>. Toutefois, dépassant cet

---

<sup>281</sup> V. *Barie v. Lavine*, 357 N. E. 2d 349, 352 (New York, 1976).

<sup>282</sup> V. *Mc Cain v. Koch*, 511 N. E. 2d 62 (New York, 1987) ; *Aliessa v. Novello*, 754 N. E. 2d 1085, 1092, 1098-1099 (New York, 2001) ; *Jiggets v. Grinker*, 553 N. E. 2d 570, 572-575 (New York, 1990). Cela apparaît surtout très explicitement dans la décision *Tucker v. Toia*, 371 N. E. 2d 451-453. V. également *Wilkins v. Perales*, 487 N. Y. S. 2d 961, 964 (New York, 1985).

<sup>283</sup> « La protection et la promotion de la santé des habitants de l'État sont des questions d'intérêt public et l'État doit ainsi les prendre en charge, ainsi que les autorités publiques, et de telle manière et par des moyens susceptibles d'être déterminés de manière variable par le pouvoir législatif ». A ce propos, v. Alan JENKINS, Sabrineh ARDALAN, art. précit., pp. 479-559.

<sup>284</sup> V. *Tucker v. Toia*, 43 N.Y.2d 1, 7 (New York, 1977), déc. précit. ; *Aliessa v. Novello*, 96 N.Y.2d 418, 428 (New York, 2001).

<sup>285</sup> *Jiggets v. Grinker*, précit. V. également *Hope v. Perales*, 634 N. E. 2d 183, 188 (New York, 1994). En l'espèce, les requérants soutenaient que l'exclusion des avortements du champ d'application du New York Prenatal Care Assistance Program (« PCAP ») constituait une violation des articles 17 § 1 et 3 de la Constitution de l'État.

<sup>286</sup> V. not. Philip C. AKA, « Analyzing U.S. Commitment to Socioeconomic Human Rights », *Akron L. Rev.*, 2006, vol. 39, pp. 471 s. ; David BILCHITZ, *Poverty and fundamental rights : the*

obstacle, une partie de la doctrine distingue trois modes de formalisation des droits sociaux. Ces derniers peuvent être concrétisés par le biais de droits déclaratoires alors non justiciables (a), de droits normatifs mais « faiblement justiciables » (b) ou, enfin, de droits normatifs « fortement justiciables » (c).

#### *a. La formalisation de droits déclaratoires*

Certains auteurs considèrent, tout d'abord, que les « droits sociaux de citoyenneté » (« *social citizenship rights* ») devraient être formulés sous forme de principes directeurs. D'autres suggèrent d'inscrire dans la Constitution des droits non justiciables, c'est-à-dire simplement déclaratoires. Ils ont alors pour fonction d'orienter l'interprétation des lois en cas de conflit de normes, et conduisent simplement à formaliser une obligation morale générale, sans conséquences juridiques concrètes. Cette forme de reconnaissance, tout en évitant le problème de l'activisme judiciaire, jouerait un rôle non négligeable de contrainte à l'égard du Congrès. Celui-ci serait en effet nécessairement conduit à prendre en compte ces *principes* constitutionnels.

#### *b. La formalisation de droits normatifs à justiciabilité faible*

La doctrine choisit parfois de défendre l'aspect normatif des droits sociaux au niveau constitutionnel, tout en limitant leur justiciabilité à une protection négative. En ce qui concerne le pouvoir des juges, Mark Tushnet montre que ceux-ci peuvent définir les droits sociaux, tout comme les droits-libertés, sous un angle négatif, c'est-à-dire par le biais d'une limitation des restrictions susceptibles de leur être accordées<sup>287</sup>. Partant, il serait envisageable d'attendre des juges une certaine prudence dans le cadre de l'interprétation constitutionnelle. La Cour suprême n'y est pas hostile, sa jurisprudence ayant estimé que la Constitution exigeait la satisfaction d'un « standard minimum de rationalité »<sup>288</sup>. En ce sens, Frank Michelman considère que la normativité des droits sociaux n'implique pas nécessairement une obligation pour le juge de les rendre effectifs. Selon lui, un droit est normatif dès lors que le juge dispose de la faculté de le protéger de manière négative<sup>289</sup>. Ainsi, la formalisation de droits sociaux substantiellement faibles préserverait une large marge de manœuvre en faveur du Congrès. Les juges seraient notamment contraints de se référer aux lois du Congrès les précisant.

---

justification and enforcement of socio-economic rights, Oxford / New York, Oxford Univ. Press, 2007.

<sup>287</sup> V. notamment Mark TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », art. précit., pp. 1895-1920.

<sup>288</sup> V. notamment l'affaire *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 (U.S.) 1 (1973) à propos de la politique d'éducation du Texas. Dans l'arrêt *U.S. Dep't of Agric. v. Moreno*, 413 U.S. 528, 538 (1973), la Cour Suprême évoque l'absence de « motifs rationnels » justifiant une politique excluant une catégorie de personne au bénéfice d'une aide sociale.

<sup>289</sup> V. notamment Frank I. MICHELMAN, « Welfare Rights in a Constitutional Democracy », *Wash. Univ. L. Q.*, 1979, vol. 3, pp. 659-694.

### *c. La justification de droits normatifs et justiciables*

Enfin, certains auteurs défendent l'idée d'une protection véritablement effective des droits sociaux. Sous cet angle, l'importance fondamentale que revêtent certains de ces droits ne tolérerait pas que leur justiciabilité puisse dépendre des contingences politiques au Congrès. Dès lors, selon Mark Tushnet, les droits substantiellement forts seraient directement applicables par le juge, sans référence aux lois du Congrès<sup>290</sup>. William Forbath défend ainsi une valeur normative différente pour les « *welfare rights* » et les « *social citizenship rights* ». Contrairement aux seconds, les premiers devraient être gravés dans la norme constitutionnelle, sous la forme de normes, tandis que les seconds pourraient y figurer sous la forme de simples principes directeurs<sup>291</sup>.

De tels vecteurs de formalisation, bien que flous, permettent de conférer un certain intérêt aux débats entourant la portée des droits sociaux, et ce malgré le caractère problématique qui s'attache à leur justiciabilité. Néanmoins, la procédure de révision de la Constitution fédérale étant particulièrement rigide, c'est au niveau fédéré que cette question se pose avec une acuité toute particulière.

### **2) Les divers modes de formalisation textuelle des droits sociaux au niveau fédéré**

Les Constitutions fédérées sont beaucoup plus souples que la Constitution fédérale. Elles sont dès lors considérées par la doctrine comme étant plus « proches » des préoccupations quotidiennes des américains, notamment en matière sociale.

Malgré l'absence de droits sociaux dans la Constitution fédérale, et en dépit du caractère peu enclin de la doctrine à défendre leur justiciabilité, une partie de la doctrine s'intéresse à ce thème jusqu'alors très peu débattu outre-atlantique<sup>292</sup> et soutient parfois que le niveau fédéré est le plus adéquat pour permettre la consécration de telles garanties positives<sup>293</sup>. L'inscription de droits sociaux dans les Constitutions fédérées s'explique certes par des facteurs conjoncturels, liés à l'époque à laquelle elles ont été adoptées ou révisées. Elle

---

<sup>290</sup> V. Mark TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », précit., pp. 1895-1920.

<sup>291</sup> V. William FORBATH, « Not Simple Justice : Franck Michelman on Social Rights », art. précit.

<sup>292</sup> V. David BRAVEMAN, « Children, Poverty, and State Constitutions », Emory L. J., 1989, vol. 38, p. 577 ; Adam S. COHEN, « More Myths of Parity : State Court Forums and Constitutional Actions for the Right to Shelter », Emory L. J., 1989, vol. 38, p. 615 ; Michael A. DOWELL, « State and Local Governmental Legal Responsibility to Provide Medical Care for the Poor », J. L. & Health, 1988-1989, vol. 3, pp. 1 s.

<sup>293</sup> V. Helen HERSHKOFF, « Positive Rights and State Constitutions : the Limits of Federal Rationality Review », Harv. L. Rev., 1999, vol. 112, pp. 1131-1196 ; id., « Rights and Freedoms under the State Constitution : A New Deal for Welfare Rights », Touro L. Rev., 1997, vol. 13, pp. 631-652 ; id., « The New Jersey Constitution... », précit., pp. 553-560 ; id., « Welfare Devolution and State Constitutions », Essay, Fordham L. Rev., 1999, vol. 67, pp. 1403-1433 ; « Positive Rights And The Evolution Of State Constitutions », Foreword, Rutgers L. J., 2002, vol. 33, pp. 799-834.

doit surtout être replacée dans un environnement théorique bien particulier. Les Constitutions fédérées américaines ne remplissent en effet pas la même fonction que la Constitution fédérale : elles n'ont pas vocation à allouer des pouvoirs, mais à les limiter. Dès lors, dans la théorie constitutionnelle, le gouvernement fédéré est un gouvernement de pleins pouvoirs : il n'est limité que par la Constitution de l'entité à laquelle il se rattache et par la Constitution fédérale. Autrement dit, une énumération expresse des pouvoirs législatifs n'est pas exclusive d'autres pouvoirs non mentionnés. En d'autres termes, comme le souligne Helen Hershkoff, « une Constitution fédérée comprend non seulement un ensemble de restrictions négatives imposées au gouvernement, mais également *un panel d'engagements matériels que le gouvernement doit à ses citoyens* »<sup>294</sup>.

Partant, comme le souligne Jonathan Feldman, la séparation des pouvoirs ne peut être conçue de la même manière au niveau fédéral et fédéré. La présence de droits-créances dans les Constitutions fédérées, ainsi que la plus grande légitimité du contrôle de constitutionnalité, imposent en effet que le juge recherche, non pas si « le législateur est allé trop loin », mais « s'il est allé assez loin »<sup>295</sup>.

L'absence flagrante de droits sociaux dans le texte constitutionnel fédéral incite justement à se tourner vers l'échelon fédéré : Helen Hershkoff affirme ainsi par exemple que l'absence au niveau fédéral d'une disposition garantissant un minimum vital (*subsistence minimum*) rend selon elle nécessaire l'inscription constitutionnelle, et la mise en œuvre de droits sociaux au niveau fédéré. Plus largement, cette auteure considère que les droits sociaux devraient « être compris comme contraignant la compétence du législateur », lequel serait ainsi contraint d'éliminer les solutions qui « se soustraient, amoindrissent ou échouent » dans la mise en œuvre de ladite disposition constitutionnelle »<sup>296</sup>. Cela est d'autant plus vrai dans les domaines dans lesquels les entités fédérées disposent d'une – relative – marge de manœuvre, comme dans le domaine de l'aide sociale<sup>297</sup>. Dès lors, la non application par le législateur des droits sociaux inscrits dans les Constitutions fédérées peut être considérée comme équivalant à une violation de ces dernières.

Il reste alors la voie d'un changement au niveau législatif, ou constitutionnel, toutefois intimement soumis, aux États-Unis, au processus

---

<sup>294</sup> Helen HERSHKOFF, « Welfare Devolution and State Constitutions », *id.*, p. 1409, nous soulignons.

<sup>295</sup> Jonathan FELDMAN, « Separation of Powers and Judicial Review of Positive rights Claims : The Role of State Courts in an Era of Positive Government », *Rutgers L. J.*, 1993, vol. 24, pp. 1057-1100, spec. p. 1160. Selon Jonathan FELDMAN, qui propose une conception « positive » de la séparation des pouvoirs, c'est l'inertie gouvernementale, plutôt que la tyrannie, qui représente la plus grande menace à la mise en œuvre des droits sociaux (*id.*, pp. 1060 s.).

<sup>296</sup> Helen HERSHKOFF, « Welfare Devolution and State Constitutions », art. précit., p. 1414.

<sup>297</sup> Dans ce domaine, le gouvernement fédéral a, dans une large mesure, transféré le contrôle des aides sociales aux États par le biais du Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act, adopté en 1996 (Pub. L. 104-193, 110 Stat. 2105 (1996)).

démocratique et politique. Les Constitutions fédérées étant beaucoup plus souples que la Constitution fédérale, c'est d'ailleurs parfois la voie constituante qui prononce le dernier mot. Ainsi, dans l'État du Montana, l'article XII section 3 alinéa 3 prévoit que le législateur doit pourvoir aux besoins économiques et sociaux ainsi qu'au financement des services nécessaires à tous ceux qui pourraient avoir besoin d'une aide de la société, que ce soit pour des motifs liés à leur âge, à leur infirmité ou à leur « malchance ». La Cour suprême de cet État a, de manière audacieuse, annulé, à deux reprises, une loi souhaitant exclure de ces bénéficiaires les personnes de moins de trente cinq ans et n'ayant pas d'enfant à charge<sup>298</sup>. La Constitution a cependant été révisée, en 1988, et le terme « doit » (« *shall* ») a été remplacé par « peut » (« *may* »), de telle sorte que le juge ne peut plus imposer au législateur la réalisation d'un « mandat impératif » ; de plus, cette disposition concerne désormais uniquement ceux « que le législateur considère comme étant démunis ».

Au terme de cette étude, il apparaît que la justiciabilité des droits sociaux fait l'objet de débats doctrinaux spécifiques au modèle américain. Sur fond d'argumentations juridiques, ce sont souvent des conceptions théoriques de l'État et de la démocratie qui s'opposent. Malgré les réticences initiales, le souhait affirmé de promouvoir la défense des droits sociaux appelle au changement. Celui-ci est susceptible d'emprunter deux voies, l'une formelle par le biais de la révision du texte constitutionnel inscrivant de nouveaux droits, l'autre judiciaire par la promotion du rôle du juge dans le cadre d'une démocratie des droits. Dans ce contexte, la récente nomination de la juge progressiste Sonia Sotomayor à la Cour suprême pourrait représenter une première étape vers un dépassement des obstacles à la très relative justiciabilité de ces droits. Par ailleurs, la présidence de Barack Obama pourrait apporter son lot de changements. Malgré le chaos politique que l'adoption de la réforme de la santé devait entraîner, l'existence d'un projet politique d'envergure contient les germes d'une réflexion susceptible de faire évoluer le discours de la doctrine.

*Pour citer cet article*

Manon Altwegg-Boussac, Marina Eudes, Céline Fercot, « La justiciabilité des droits sociaux aux États-Unis », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012  
<http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/la-justiciabilite3a9-des-droits-sociaux-aux-etats-unis.pdf>

---

<sup>298</sup> V. *Butte Community Union v. Lewis*, 712 P.2d 1309 (Montana, 1986) ; *Butte Community Union v. Lewis*, 745 P.2d 1128 (Montana, 1987).

## SECTION 5

### LA JUSTICIABILITE DES DROITS SOCIAUX AU JAPON

HIROSHI SASANUMA 笹沼弘志

Les droits sociaux sont habituellement définis comme des droits de l'Homme qui protègent les personnes socialement et économiquement faibles des risques issus du développement de la société capitaliste tels que la dégradation des conditions de travail, la pauvreté ou le chômage<sup>299</sup>. Ainsi, pour Wagatsuma Sakae 我妻榮, les droits sociaux consistent en un « droit fondamental à la subsistance » propre au xx<sup>e</sup> siècle (distinct du « droit fondamental à la liberté » instauré au XIX<sup>e</sup> siècle) et issu de l'école de pensée dite « coopérationniste » (*kyōdōtaishugi* 協同主義), qui a pour prémisse « le lien organique entre l'État et l'individu »<sup>300</sup>. De même, pour Miyazawa Toshiyoshi 宮沢俊義, les droits sociaux s'intègrent à un « socialisme au sens large du terme », c'est-à-dire à un système assurant le développement des principes démocratiques<sup>301</sup>.

Il est ainsi courant dans la doctrine japonaise d'expliquer la revendication de droits sociaux par les inégalités qui se développent avec le capitalisme, les inégalités entre travailleurs et détenteurs du capital, et l'évolution de l'individualisme vers le coopérationnisme ou bien le socialisme. Il n'en reste pas moins que la protection des droits sociaux a tout d'abord été inspirée par le constitutionnalisme moderne (*kindai rikkenshugi* 近代立憲主義). En effet, les révolutions civiles modernes, tout en affranchissant les individus du système féodal des ordres, les ont également privés de la protection et de l'usage des terres seigneuriales qui assuraient leur subsistance. Les personnes sans fortune, c'est-à-dire les sans-terre, ont alors vu leur situation s'aggraver (la liberté à double sens). C'est la raison pour laquelle, comme le révèle l'ébauche des droits sociaux pendant la période révolutionnaire française, la question de la

---

Traduit du japonais par **Isabelle GIRAUDOU** (chercheuse à l'Institut français de recherche à l'étranger de la Maison franco-japonaise) et **David-Antoine MALINAS** (chercheur associé à l'Institut français de recherche à l'étranger de la Maison franco-japonaise et professeur assistant à l'université du Tōhoku). La communication offerte ici constitue une version remaniée et réduite d'une étude parue dans la revue *Ebisu*, n° 43/2010, pp. 55-82 sous le titre « Un aperçu de la protection des droits sociaux au Japon ». Elle est publiée avec l'accord de l'auteur, des traducteurs, de l'éditeur et de la maison d'édition que nous remercions de leur collaboration.

<sup>299</sup> Nobuyoshi ASHIBE, 2007, 芦部信喜, *Kenpō 憲法* (Constitution), Tokyo, Iwanami shoten 岩波書店, p. 82

<sup>300</sup> Sakae WAGATSUMA, 1948, *Shinkenpō to kihontekijinken* 新憲法と基本的人権 (La nouvelle Constitution et les droits de l'Homme fondamentaux), Tokyo, Kunitachi shoin 国立書院.

<sup>301</sup> Toshiyoshi MIYAZAWA, 1974, 宮沢俊義, *Kenpō II, 憲法II* (Constitution II), Tokyo, Yūhikaku 有斐閣, p.87.

protection de l'autonomie et de l'indépendance individuelles, fondement d'une société libre, a été débattue dès la fondation du constitutionnalisme moderne.

Si l'on voit généralement dans les premiers constitutionnalistes modernes autant d'« individus forts », matériellement indépendants et psychologiquement autonomes, le constitutionnaliste francophone Higuchi Yōichi 樋口陽一 rappelle néanmoins qu'il s'agissait en réalité de « personnes faibles », dépendantes du soutien d'autres personnes, et que leur engagement pour l'autonomie et l'indépendance était surtout fondé sur leur situation personnelle et morale<sup>302</sup>.

D'autre part, selon Ukai Nobushige 鵜飼信成, il y a dans les rapports concrets entre les individus « des différences réelles dans la force de leurs positions sociales » respectives. Les « individus forts » (comme les capitalistes) dominent les « individus faibles » (comme les travailleurs) et ce rapport de subordination devient alors problématique. En effet, « il n'est pas possible d'assurer aux faibles la jouissance de la liberté la plus élémentaire lorsque celle des plus forts outrepassa ses limites ». Il faut alors demander la garantie de « droits sociaux protégés par l'État afin d'assurer aux plus faibles leur existence »<sup>303</sup>.

Les différentes constitutions établies après la seconde guerre mondiale traduisent une tendance à garantir activement les droits sociaux (France, Italie, avec le précédent de la Constitution de Weimar, qui fut érigée en référence par les constitutionnalistes japonais de l'époque Meiji). Si la Constitution des États-Unis ne comporte pas de définition des droits sociaux, une loi de 1935 sur la protection sociale n'en a pas moins été votée. Après la seconde guerre mondiale, via l'occupation américaine, cette loi influença le système de protection sociale du Japon comme, par exemple, l'établissement de la Loi sur le revenu minimum de subsistance (Seikatsuhogo 生活保護). La constitution japonaise de 1946 consacre ainsi plusieurs droits sociaux : d'abord, un droit à un minimum d'existence - article 25 - (I) ; ensuite un droit de travailler - article 27 - (II), qui est formulé sous réserve d'une contrepartie (III), et qui reconnaît un certain nombre de droits aux travailleurs - article 28 -.

## I. Le droit de subsistance

### A. Le droit de subsistance en débat : opposabilité et définition

L'article 25 alinéa 1 de la Constitution japonaise définit, pour tous les citoyens, un « droit au maintien d'un niveau minimum de vie matérielle et culturelle » et, dans son alinéa 2, le devoir pour l'État « dans tous les aspects de l'existence » de « s'efforcer d'encourager et d'améliorer la protection et la sécurité

---

<sup>302</sup> Yōichi HIGUCHI, 2007, *Kokuhō-gaku* 国法学 (Études de droit japonais interne), Tokyo, Yūhikaku 有斐閣, p. 54

<sup>303</sup> Nobushige UKAI, 1956, 鵜飼信成, *Kenpō* 憲法 (Constitution), Tokyo, Iwanami shoten 岩波書店, p. 87-88

sociale, ainsi que la santé publique ». Cette définition du droit de subsistance constitue l'une des facettes du droit social dont l'objectif est « la protection des personnes faibles économiquement et socialement, et la réalisation d'une égalité effective ». Il s'agit d'un droit-créance qui diffère d'un droit-liberté, dont le but est au contraire de circonscrire la sphère d'intervention de l'État<sup>304</sup>. Certains auteurs soutiennent cependant que le droit de subsistance s'apparente partiellement à un droit-liberté, notamment lorsque des mesures administratives entravent son application. D'autres estiment que la liberté ou l'autonomie individuelles sont au fondement même des droits sociaux (Satō 1995 : 448 ; Ogata 2003), tandis que d'autres encore défendent une hybridation des droits-libertés et des droits sociaux<sup>305</sup>.

Consacré par l'article 25 de la Constitution, le droit de subsistance a immédiatement vu retenue sa valeur non pas juridique mais programmatique (au sens de programme politique en matière de législation sociale) ; ralliant l'opinion dominante, c'est également en ces termes que la jurisprudence appréhende le droit de subsistance. Les constitutionnalistes depuis la promulgation de la Constitution de 1946 n'ont eu de cesse de s'interroger sur la nature juridique de ce droit, les tenants d'un droit de subsistance au sens abstrait s'opposant aux défenseurs d'un droit concret de subsistance. Pour les auteurs qui ne voient dans le droit de subsistance qu'un droit abstrait, la définition fournie aux termes de l'article 25 de la Constitution reste vague et imprécise, et ne saurait en tout état de cause être invoquée comme fondant un droit de créance auprès de l'État ; seules les lois précisant en substance ce droit peuvent lui conférer dans le même temps une nature juridique. Ceux des auteurs qui conçoivent au contraire le droit de subsistance comme un droit concret, insistent sur la nature juridique du droit de subsistance tel que consacré par l'article 25 de la Constitution, et ce en l'absence même de toute mention explicite d'un droit de réparation direct vis-à-vis de l'État ou de lois précisant en substance ce droit. Cette doctrine reconnaît par ailleurs la possibilité d'agir en justice contre des manquements législatifs considérés comme anticonstitutionnels<sup>306</sup>.

Le soutien accordé à cette dernière interprétation, qui admet le droit à réparation auprès de l'État en se fondant directement sur la définition de l'article 25 de la Constitution, est de plus en plus large<sup>307</sup>. En effet, même en l'absence de législation (par exemple sur le minimum vital garantissant concrètement un droit de subsistance), et même si la disposition constitutionnelle selon laquelle « toute personne a droit au maintien d'un niveau

---

<sup>304</sup> Nobuyoshi ASHIBE, 2007, 芦部信喜, *Kenpō 憲法* (Constitution), Tokyo, Iwanami shoten 岩波書店, p. 252

<sup>305</sup> Yōichi HIGUCHI, 1997, 樋口陽一, « Chūkai » 注解 (Remarques), in *Kenpō II 憲法II* (Constitution II), Tokyo, Aobayashi Shoin 青林書院, p. 142.

<sup>306</sup> Akira ŌSUGA, 1984, 大須賀明, *Seizon ken ron 生存権論* (Études sur le droit de subsistance), Tokyo, Nippon hyōronsha 日本評論社, p. 115.

<sup>307</sup> Yasuo HASEBE, 2004, 長谷部恭男, *Kenpō 憲法* (Constitution), Tokyo, Shin.yosha 新世社, p. 276, Shibuya Hideki, 2007, 渋谷秀樹, *Kenpō 憲法* (Constitution), Tokyo, Yūhikaku 有斐閣, p. 258.

minimum de vie matérielle et culturelle » n'implique pas la garantie absolue d'un droit de subsistance, l'existence de dispositifs d'urgence minimaux permet d'avancer l'émergence d'un « droit » accordé aux personnes qui remplissent certaines conditions<sup>308</sup>. La doctrine estime aussi que si « le plaignant, recevant des revenus sociaux, apporte la preuve d'une situation en deçà du "niveau minimum de vie matérielle et culturelle", et dans ce cas de figure seulement, il faut alors considérer le caractère justiciable du droit de subsistance »<sup>309</sup>.

Le jugement de la Cour suprême concernant le procès Horiki<sup>310</sup>, suit les conclusions de cette même Cour présentées dans l'affaire dite « Infraction de la Loi sur l'hygiène alimentaire » et considère que le droit de subsistance ne constitue pas un droit concret ; tout comme dans le procès Asahi 朝日, la Cour réaffirme dans sa décision que le « maintien d'un niveau minimum de vie matérielle et culturelle » est une notion abstraite et relative. Cependant, dans sa décision, la Cour suprême établit un « principe d'évidence » selon lequel doivent être considérés comme inconstitutionnels « une décision administrative arbitraire ou un abus de pouvoir dépourvus de manière claire et manifeste de rationalité ». Elle reconnaît donc, dans certains cas, la valeur juridique du droit de subsistance de l'article 25 de la Constitution, et donc sa justiciabilité ou possibilité d'agir en justice sur ce fondement. C'est la raison pour laquelle les divergences académiques entre tenants de la doctrine « programmatique », « droit abstrait » et « droit concret » n'ont plus vraiment de sens, et qu'il est temps de recentrer le débat sur les critères d'inconstitutionnalité en analysant les différentes décisions jurisprudentielles. Avec la suppression du budget complémentaire pour les personnes âgées, la baisse des budgets pour les mères célibataires et, s'agissant du revenu minimum vital, l'examen de la baisse du montant des prestations ou la réduction de la période de versement pour les personnes capables de travailler, il devient en effet urgent de réexaminer la valeur juridique du droit de subsistance et de comprendre sur quels fondements les mesures prises par l'administration ou le législateur restreignent l'application de l'article 25 de la Constitution. Il faut également ajouter que, quelle que soit la valeur juridique du droit de subsistance, le droit de l'invoquer demeure, et qu'il s'agit bien d'un droit garanti concrètement par la Loi sur le revenu minimum vital. De même, quelle que soit l'étendue d'application des décrets ministériels, une fois que les conditions d'attribution de l'assistance sociale sont fixées, il faut alors les appliquer sans discrimination et de manière impartiale. Il reste que, dans les faits, le refus d'attribuer un dossier ouvrant droit à l'attribution du minimum vital, tout comme le refus de verser effectivement ce revenu d'assistance, est monnaie courante. Ceci pose moins la

<sup>308</sup> Yasuhiro OKUDAIRA, 1993, 奥平康弘, *Kenpō III 憲法III* (Constitution III), Tokyo, Yūhikaku 有斐閣, p. 248

<sup>309</sup> Toshiyuki MUNESUE, 1995, 棟居快行, « Seizon ken no gutaiteki kenrisei » 生存権の具体的権利性 (La nature juridique du droit de subsistance), in Hasebe Yasuo 長谷部 恭男, *Rīdhinguzu gendai no kenpō* リーディングズ現代の憲法 (Lectures en droit constitutionnel contemporain), Tokyo, Nihon hyōronsha 日本評論社, p. 160.

<sup>310</sup> Saikō saibansho 最高裁判所 (Cour suprême), 7 juillet 1982, *Minshū*, vol. 39, n° 7, p. 1235.

question de la valeur juridique du droit d'existence que de l'origine des obstacles qui nuisent à l'application impartiale et non-discriminatoire du droit concret à demander et à recevoir l'assistance sociale. Il est nécessaire de rechercher avec une attention renforcée les causes de cette application défectueuse du droit de subsistance.

Il est certain que la définition d'un droit d'existence comme droit « programme » constitue un désavantage notable pour obtenir sa reconnaissance comme droit concret. Cependant, s'agit-il du principal obstacle auquel est confronté ce droit social ? Une partie de la doctrine (Wagatsuma Sakae, par exemple) définit le droit de subsistance comme un droit programme et non comme un droit concret, interprétation entérinée par les décisions de la Cour suprême concernant l'Infraction à la Loi sur l'hygiène et la sécurité alimentaire, le procès Asahi et le procès Horiki. Une telle opinion conduit à reconnaître aux décisions administratives un pouvoir étendu. Cependant, à examiner plus précisément cette doctrine et ces décisions de justice, il est possible de déceler une autre interprétation du droit de subsistance.

Selon Wagatsuma, « le droit fondamental de subsistance » ne constitue pas un « droit direct à réparation vis-à-vis de l'État ». Cependant, cet auteur insiste sur le fait que « plutôt qu'un droit-liberté », ce droit recouvre un contenu positivement défini ; de sorte que, si des individus ou l'État portent illégalement atteinte au contenu même de ce droit, il devient alors nécessaire de se donner les moyens juridiques d'y remédier. En cas de violation de ce droit par omission, et en l'absence de moyens juridiques de réparation, il devient nécessaire de recourir à des moyens politiques. En conclusion, Wagatsuma reconnaît une certaine validité juridique au « droit fondamental de subsistance » en raisonnant au-delà de la seule doctrine du « droit programme », issue des débats liés à la Constitution de Weimar, et s'efforce de lui attribuer une certaine valeur juridique ; estimée « nécessaire dans le cadre de la nouvelle Constitution », cette « interprétation » suggère la possibilité de reconnaître le caractère juridique du droit de subsistance<sup>311</sup>.

## **B. Grands arrêts de jurisprudence**

La décision de la Cour suprême concernant le cas d'infraction à la Loi sur l'hygiène et la sécurité alimentaire est systématiquement invoquée pour justifier l'interprétation de l'article 25 de la Constitution en termes de droit programme. Cette approche reste cependant controversée<sup>312</sup>. Dans le cas d'espèce, le défendeur soutenait que l'application de la Loi sur la sécurité alimentaire – aboutissant à réglementer le marché noir – ne lui permettait plus d'assurer sa survie et celle de sa famille, et constituait une violation du droit de subsistance,

---

<sup>311</sup> Sakae WAGATSUMA, 1947, 我妻榮, *Kihonteki jinken* 基本的人權 (Droits fondamentaux de l'Homme), Kokka gakkai hen, Shin-kenpō no kenkyū 国家学会編・新憲法の研究 (Association nationale pour l'étude de la nouvelle Constitution), Tokyo, Yūhikaku 有斐閣, p. 88.

<sup>312</sup> Makoto ITO, 2007, 伊藤真, *Kenpō* 憲法 (Constitution), Tokyo, Hirofumidō 弘文堂, p.361.

le but de la Loi sur la sécurité étant au contraire d'encadrer la liberté économique et de protéger ainsi le droit de subsistance de tous les citoyens. Cet arrêt a, par conséquent, considéré comme constitutionnel le fait que la Loi sur la sécurité alimentaire restreigne la liberté de l'activité économique dans le but de garantir un droit d'existence équitable pour tous les citoyens. La position des juges (par exemple Kuriyama Shigeru 栗山茂) sur ce point ne laisse pas de doutes. L'opinion du juge suprême Saitō Yūsuke 齋藤悠輔 était en outre formulée de la façon suivante : l'article 25, § 1, définit « pour les citoyens qui ne peuvent pas assurer leur subsistance par leurs propres moyens le droit fondamental de demander la protection de l'État afin d'assurer le maintien d'un niveau minimum de vie matérielle et culturelle ». Il insistait ainsi sur la nature juridique du droit de subsistance. Une vue d'ensemble des différents avis émis à l'occasion de cet arrêt, révèle qu'il s'agit moins de nier la nature juridique du « droit au maintien d'un niveau minimum de vie matérielle et culturelle » que de réaffirmer la supériorité du droit de subsistance sur la liberté économique, voire de faire émerger une possible reconnaissance de la valeur juridique du droit de subsistance.

S'agissant de l'article 25 de la Constitution relatif au « niveau minimum de vie matérielle et culturelle », le procès Asahi constitue la toute première lutte pour sa reconnaissance juridique. Hospitalisé et traité pour tuberculose, monsieur Asahi était allocataire du minimum vital lorsque le directeur du bureau d'aide sociale ordonna à son frère de le soutenir financièrement, ce que ce dernier fit en envoyant une somme mensuelle de 1 500 yens. Sur ce, le même directeur du bureau d'aide sociale décida de modifier la somme perçue par M. Asahi, estimant que le soutien financier fraternel constituait une source de revenus. Il décida alors que les frais médicaux de M. Asahi devaient désormais être à sa charge, soit 900 yens, et que le minimum vital ne couvrirait plus que les dépenses quotidiennes, soit 600 yens. M. Asahi porta alors plainte, formula tout d'abord une demande d'examen de la situation auprès du gouverneur, puis auprès du ministre de la Santé, qui furent toutes deux successivement refusées. Afin d'obtenir l'abrogation de la décision du ministre, il porta alors l'affaire devant la justice.

Le tribunal du district de Tokyo<sup>313</sup> conclut à l'illégalité de la décision du ministre : s'il reste possible de modifier le montant du minimum vital, cette modification doit être justifiée sur la base de critères objectifs de temps et de lieu. De plus, selon la règle définie à l'article 3 et l'article 8 § 2 de la Loi sur le minimum vital, le ministre ne peut intervenir que sous certaines conditions, et son intervention dans le cas d'espèce ne respectait pas les critères minimaux de subsistance. La cour d'appel de Tokyo renversa la décision du tribunal du district de Tokyo, reconnaissant la validité de la décision du ministre et débouta M. Asahi.

---

<sup>313</sup> Tokyo chihō saibansho 東京地方裁判所 (tribunal du district de Tokyo), 19 octobre 1960, *Minshū*, vol. 21, n° 5, p. 1348.

La Cour suprême, en séance plénière, malgré la mort du plaignant et consécutivement l'abandon des poursuites, a dans une opinion incidente (*obiter-dictum*) estimé que l'article 25 § 1 de la Constitution ne donnait pas aux citoyens un droit « concret » et que « le maintien d'un niveau minimum de vie matérielle et culturelle » était un droit abstrait et relatif, que son contenu concret variait en fonction du développement culturel et économique, que le ministre devait prendre en compte dans sa décision de nombreux éléments non quantifiables et que dans le cas présent sa décision était « appropriée » au sens où même si elle était discutable, elle ne pouvait être considérée comme illégale. Mais d'ajouter que « ne pas prendre en compte les conditions de vie réelle ou les abaisser considérablement » est contraire au sens et aux objectifs de la Constitution et de la Loi sur le minimum vital. Par conséquent, lorsque le pouvoir discrétionnaire sort du cadre légal assigné, ou en cas d'abus de pouvoir, la Cour suprême estime qu'il faut considérer cet acte comme susceptible de poursuites judiciaires.

## II. Le droit de travailler et le droit fondamental au travail

L'article 27 de la Constitution détermine « le droit et le devoir de travailler », confie à la loi le soin de fixer « les normes de salaires, d'horaires, de repos et autres conditions de travail », et interdit l'exploitation du travail des enfants. L'article 28 garantit le droit pour les travailleurs de « s'organiser, de négocier et d'agir collectivement ». Pour désigner le « travail », la Constitution japonaise emploie le mot « *kinrō* » 勤勞 (travail, labeur) et non « *rōdō* » 労働 (travail), mais les deux termes japonais revêtent la même signification ; la rétribution que les travailleurs (*kinrōsha* 勤勞者) reçoivent en échange de la force de travail qu'ils fournissent leur permet de pourvoir aux besoins de la vie quotidienne (Ashibe 2007 : 261). L'état de dépendance du salariat vis-à-vis des employeurs est généralement perçu comme une aliénation. Il reste que 勤勞の権利 *kinrō no kenri* ne consiste pas en un « droit au labeur » (*the right to labor*), mais au « droit de travailler » (*the right to work*) ; « travailler » (*hataraku* 働く), au sens de *to work*, permet d'habiter un monde où réalisation de soi et création du lien social sont possibles<sup>314</sup>. En tant que personnes, les travailleurs ont ainsi nécessairement un droit égal au respect et à la considération, et doivent pouvoir jouir de conditions dignes de leur qualité d'être humain.

Cependant, les travailleurs qui – hormis la possibilité de vendre leur force de travail – ne disposent pas d'autres moyens d'existence, se retrouvent dans un état de dépendance vis-à-vis des employeurs : plus exposés au chômage et aux travaux pénibles, ils sont contraints d'accepter des conditions de vie difficile<sup>315</sup>. Pour que soient garanties sur le marché du travail les libertés substantielles et l'égalité dans les relations entre travailleurs et employeurs, il est nécessaire de réguler les conditions de travail, de reconnaître aux

<sup>314</sup> Hannah ARENDT, *La condition humaine*, 1994 (éd. Japonaise)

<sup>315</sup> Nobuyoshi ASHIBE, 2007, 芦部信喜, *Kenpō 憲法* (Constitution), Tokyo, Iwanami shoten 岩波書店, p. 261

organisations de travailleurs une autonomie de fonctionnement, et d'adopter des mesures de lutte contre le chômage en faveur des travailleurs exclus du marché du travail.

## A. Le droit de travailler

« Le droit de travailler » constitue bien une liberté en droit, mais ne renvoie pas à « la liberté de chacun de choisir sa profession » qu'énonce l'article 22 de la Constitution. Lorsque la volonté et la capacité de travailler se heurtent à l'impossibilité de trouver un travail (insuffisance de l'offre dans le secteur privé, difficultés de l'État à satisfaire la demande d'emploi), le droit de travailler s'entend du droit d'obtenir alors une aide financière. Il s'agit, en d'autres termes, de distinguer entre d'une part un « droit complet de travailler » (*kanzenna rōdōken* 完全な労働権), ou droit de réclamer à l'État qu'il garantisse aux personnes ayant la volonté et la capacité de travailler la chance d'obtenir un travail (*rōdō no kikai no teikyō o yōkyū suru kenri* 労働の機会の提供を要求する権利) et, d'autre part, la notion de « droit restreint de travailler » (*genteitekina rōdōken* 限定的な労働権)<sup>316</sup>. Dans une société capitaliste, fondée sur le primat de la propriété privée, ce « droit restreint » constitue un aspect du « droit à la vie » (*seizonken* 生存権). Les travailleurs ne disposant pas de ressources propres suffisantes ne peuvent que s'en remettre au marché du travail pour voir assuré leur droit à la vie ; et sont donc d'autant plus vulnérables en période de faible emploi. Lorsque le chômage renvoie le marché de l'emploi à son propre échec, et que l'État s'avère incapable de garantir aux travailleurs la possibilité de trouver un emploi, la nécessité de protéger le « droit de travailler » doit pouvoir s'imposer avec d'autant plus de force qu'il s'agit fondamentalement de protéger le droit à la vie des travailleurs.

Cependant, le « droit de travailler » énoncé par l'article 27 § 1 de la Constitution, pas plus que l'article 25 relatif au droit à la vie, ne constitue un « droit concret » (*gutaiteki kenri* 具体的権利). Ce droit est bien plutôt compris comme revêtant une valeur programmatique et relevant des politiques publiques<sup>317</sup>. On ne saurait parler en effet de « droit concret » en ce sens qu'il ne repose sur aucun fondement économique (attribution d'emploi ou allocation monétaire), et n'implique pas en soi l'adoption de mesures législatives destinées à en permettre la réalisation effective. De fait, il est difficile à l'État d'assurer un travail à chaque demandeur d'emploi ; mais, en cas de chômage, le droit de travailler au sens restreint du terme n'en recouvre pas moins la possibilité d'obtenir une compensation permettant d'assurer la subsistance (*seikatsuhi* 生活費), et la situation économique actuelle ne saurait justifier une baisse des allocations chômage ou de la sécurité sociale destinées aux demandeurs

<sup>316</sup> Hōgaku kyōkai (Association de jurisprudence), 1953, 法学協会 (編, *Chūkai Nihonkoku kenpō* 註解日本国憲法上巻 (改訂版) (Constitution japonaise. Annotations [édition revue et corrigée], t. 1), Tokyo, Yūhikaku 有斐閣, pp. 510 et s.

<sup>317</sup> Id., p. 520 et s.

d'emploi. Comme nous le verrons ci-dessous, il est possible en cas d'inertie législative de réclamer à l'État une indemnisation, de sorte que nier le caractère concret du droit en question n'apparaît pas pertinent.

La seule attribution en cas de chômage d'une compensation destinée à assurer sa subsistance au demandeur d'emploi ne saurait être considérée comme suffisante ; si tel était le cas, comment justifier la création d'un droit de travailler ? Devenue problématique, l'ancienne loi permettant au titre des politiques d'urgence de parer au chômage en lançant d'importants chantiers ou travaux publics, fut abrogée en 1995. Sous prétexte de diversifier les manières de travailler et de renforcer la libre détermination des travailleurs, la nouvelle politique substitua au travail régulier un travail irrégulier, entretenant ainsi un climat d'insécurité salariale. Or, selon l'argument d'inconstitutionnalité avancé à l'encontre de la nouvelle loi, même à interpréter l'article 27 § 1 comme une disposition programmatique, la notion d'« ordre social » (*kōjyo* 公序) doit permettre d'empêcher les entraves au droit de travailler<sup>318</sup>. Lorsque des demandeurs d'emploi ayant la volonté et la capacité de travailler se voient contraints de vivre d'allocations, fortement incités à demander du travail en l'absence même de toute chance réelle d'obtenir un emploi, on ne saurait raisonnablement conclure qu'est assurée à tous une vie digne.

Aux termes de l'article 27 alinéa 2 de la Constitution, « les normes de salaires, de repos et autres conditions de travail sont fixées par la loi ». Il est bien entendu que cette disposition doit être lue au regard de l'égalité de tous les citoyens devant la loi, qu'énonce l'article 14 de la Constitution. En d'autres termes, l'exigence d'égalité concerne aussi la sphère de l'emploi. Ainsi, l'article 3 des Standards relatifs au travail (*Rōdō kijun-hō* 労働基準法) interdit de discriminer en matière de salaire, de travail et autres conditions de travail sur la base de la nationalité, des convictions et de la condition sociale, tandis que l'article 4 postule l'égalité des sexes en matière salariale. S'agissant de l'égalité des hommes et des femmes dans ce domaine, elle découle de la Loi de 1985 sur l'égalité des chances des hommes et des femmes en matière d'emploi, prise en application de la Convention sur l'interdiction de la discrimination à l'encontre des femmes. En 1997, la loi a été révisée, interdisant toute discrimination des femmes en matière de recrutement, d'embauche et de promotion, introduisant un devoir de prévenir le harcèlement sexuel et consacrant la discrimination positive (ou possibilité d'adopter des mesures destinées à corriger la discrimination). Un nouveau système de gestion des ressources humaines n'en a cependant pas moins été introduit, qui oriente les hommes vers des postes permettant de faire carrière (*sōgō shoku* 総合職) et les femmes vers des postes sans perspectives de carrière (*ippan shoku* 一般職) . Parallèlement à la Loi sur

---

<sup>318</sup> Teruhisa ISHII, 1957, 石井照久, *Rōdōhōsōron* 労働法総論 (Introduction au droit du travail), Tokyo, Yūhikaku 有斐閣, p. 301 ; Kazuo MATSUBAYASHI, 1991, 松林和夫, *Rōdōken to koyōhoshōhō* 労働権と雇用保障法 (Le droit de travailler et la garantie du travail), Tokyo, Nihon hyōron-sha 日本評論社, p. 173.

l'égalité des chances, une Loi sur le travail intérimaire a en outre été adoptée, incitant les femmes – y compris celles qui bénéficient d'un emploi régulier – à opter pour un travail temporaire. De sorte que la discrimination entre les sexes reste encore marquée dans le domaine de l'emploi.

L'Union des organisations patronales (ou Nikkeiren 日経連) publia en 1995 un rapport intitulé « La gestion à la japonaise à l'ère nouvelle » (Shin-jidai no « Nihon-teki keiei » 新時代の「日本的経営」) et annonça son intention de limiter le nombre d'emplois réguliers pour les remplacer par des emplois dits « non-réguliers », qui englobent CDD et intérim. La version révisée en 1999 de la Loi sur le travail intérimaire libéralisa, en principe, le travail intérimaire, puis le recours à l'intérim dans l'industrie fut autorisé en 2004. C'est dans ce contexte que le nombre d'emplois non réguliers explosa chez les hommes, ce qui donna lieu à une situation dite de « fonte des emplois ». Cette situation eut pour effet de creuser considérablement l'écart dans l'emploi, et finit par provoquer des licenciements massifs de travailleurs temporaires en cette période de récession.

La généralisation des emplois non réguliers provoque un dysfonctionnement des systèmes d'assurance chômage et de sécurité sociale, considérés en principe comme autant de filets de sauvetage. En effet, la plupart des travailleurs non réguliers ne sont pas couverts par l'assurance chômage et – lorsqu'ils sont confrontés au licenciement ou au non-renouvellement du contrat – ils ne peuvent pas toucher d'allocation chômage. Cette situation les oriente vers des emplois encore plus précaires, les contraint à cumuler des emplois journaliers et à devenir sans domicile fixe (nombre d'entre eux s'installent par exemple dans des net-cafés). De plus, la plupart ne sont pas couverts par la sécurité sociale. Ils ne peuvent pas payer de cotisations et se trouvent donc dans une situation difficile pour accéder aux soins médicaux. En ce qui concerne l'assurance chômage et la sécurité sociale, il existe certes une dérogation pour les travailleurs journaliers. Son application étant limitée à certains lieux et à certaines entreprises et les conditions requises pour l'obtenir restrictives, les travailleurs journaliers sont cependant plus exposés au risque de devenir sans-abri. Les mesures sont prises depuis 2008 pour que l'allocation demandeur d'emploi journalier (*hiyatoi rōdō kyūshokusha kyūfukin* 日雇労働求職者給付金) puisse être appliquée aux travailleurs journaliers, mais en réalité, son application est limitée à un bureau de placement pour chacune des six préfectures, et les démarches à effectuer sont complexes. Pratiquement, il est donc difficile d'en bénéficier.

Le « droit de travailler » a-t-il pour effet de restreindre le droit au licenciement de l'employeur ? Selon une ancienne doctrine, le « droit de travailler » – ne concernant que le lien entre l'État et les citoyens, sans pouvoir s'appliquer au lien direct entre entreprises et employeurs – ne devait pas limiter la liberté de licenciement accordée à l'employeur (Hōgaku kyōkai 1953 : 520). Invalidant un licenciement au motif qu'il y manquait une raison subjective et raisonnable, et de son caractère inadmissible au regard des conceptions en

cours, un jugement de la Cour suprême du 25 avril 1975, dit « Affaire du sel de table japonais » (日本食塩事件), développa cependant la théorie de l'abus du droit au licenciement<sup>319</sup>.

Alors que la précarité s'aggrave depuis les années 1990, avec notamment la révision de la Loi sur le travail intérimaire, les partisans de la dérégularisation critiquent systématiquement la théorie de l'abus du droit au licenciement et cherchent à promouvoir un « big bang du marché du travail ». Leurs arguments s'énoncent comme suit : l'État ne doit intervenir que lorsque le marché a échoué, le marché du travail doit lui aussi être soumis à la libéralisation du marché et au principe de l'efficacité, c'est la persistance des employés réguliers dans leurs droits acquis qui creuse l'écart avec les travailleurs non réguliers, etc.<sup>320</sup>. Récusant de telles oppositions, la Loi sur le contrat du travail de 2007 consacre la théorie de l'abus de droit en matière de licenciement, quoique de façon très limitée: et la libéralisation du travail intérimaire, y compris dans le secteur industriel, effectuée via des révisions successives et l'accélération du remplacement des employés réguliers par des travailleurs non réguliers, ont « facilité » le licenciement des travailleurs temporaires. Compte tenu de la situation actuelle, où l'État libéralise de fait le licenciement sans parvenir à offrir des emplois, il apparaît nécessaire de repenser la nature juridique du « droit de travailler ».

## **B. Le droit fondamental au travail : le droit de s'organiser, de négocier et d'agir collectivement**

L'article 28 de la Constitution garantit aux travailleurs « le droit de s'organiser, de négocier et d'agir collectivement », ou « droit fondamental au travail » – distinct du « droit de travailler ». Le droit de s'organiser consiste en la possibilité de créer des associations, syndicats par exemple. La Loi sur le syndicalisme adopte d'ailleurs une attitude libérale, autorisant la création de syndicats sans imposer aucune condition spéciale, si ce n'est relativement à certaines procédures comme l'examen des actes illégaux effectué par une commission du travail (articles 2 et 5 de la Loi sur le syndicalisme). Le droit de négocier est un droit qui permet aux travailleurs de négocier collectivement leurs conditions de travail avec les employeurs. Et le droit d'agir collectivement permet aux travailleurs de faire grève ou de s'impliquer dans d'autres formes de conflit du travail.

En ce qui concerne la nature du droit fondamental au travail, il existe deux théories opposant les droits-libertés aux droits-créances ou droits sociaux. Or, le droit fondamental au travail constitue un droit complexe, en ce qu'il

---

<sup>319</sup> Saikō saibansho 最高裁判所 (Cour suprême), décision du 25 avril 1975, *Minshū*, vol. 29, n° 4, p. 456

<sup>320</sup> Hideo FUKUI, Fumio ŌTAKE, 2006, 福井秀夫, 大竹文雄, *Datsukakusashakai to koyōhōsei 脱格差社会と雇用法制* (Nivellement des différences sociales et législation du travail), Tokyo, Nippon hyōronsha 日本評論社.

correspond à la fois à un droit-liberté (restreignant l'intervention étatique) et à un droit-créance (impliquant une protection de l'État et la restriction de la liberté économique de l'employeur)<sup>321</sup>. L'article 1, alinéa 2 de la Loi sur le syndicalisme stipule que les actes de négociation collective ne tombent pas sous le coup d'une condamnation pénale, à moins d'être violents, ce qui en un sens libère de l'emprise étatique. Il n'en reste pas moins que l'irresponsabilité civile vis-à-vis de l'inexécution d'une obligation contractuelle (en cas de grève ou de « refus du service ») est une modification apportée à la liberté du contrat de travail (article 8 de la Loi sur le syndicalisme). Ces différents aspects donnent au droit de s'organiser les traits d'un droit protégé par l'État.

L'encadrement juridique du droit fondamental au travail est strict<sup>322</sup>. Le droit fondamental au travail est par nature applicable entre les partenaires sociaux, donc aux individus. L'employeur a le devoir de respecter le droit fondamental au travail, et ne doit pas refuser la négociation collective sans raisons légitimes (article 7 de la Loi sur le syndicalisme).

S'agissant des fonctionnaires, leur droit fondamental au travail fait l'objet de restrictions législatives et relève du Statut des fonctionnaires (État et collectivités locales). La question de sa constitutionnalité a été posée devant la Cour suprême. Cette dernière avait jugé constitutionnel le décret 201 interdisant aux fonctionnaires d'être impliqués dans un conflit social, ce au nom de l'intérêt général. Devenue plus prudente, la Cour suprême jugea par la suite que les restrictions en la matière, tenant au caractère public du service des fonctionnaires d'État, ne devaient cependant pas excéder les limites du raisonnable, au regard du nécessaire respect du droit fondamental au travail et de l'intérêt général ; sachant que, lorsque la restriction à cette liberté apparaît inévitable, des mesures de compensation doivent alors impérativement être adoptées. La Cour reconnut ainsi la constitutionnalité de l'article 17 alinéa 1 de la Loi sur le service public (*Kōrōhō* 公労法), interdisant aux employés des postes d'engager un conflit social ; mais elle prit soin de souligner que les employés ayant enfreint cette disposition ne sauraient tomber sous le coup d'une condamnation pénale<sup>323</sup>. Dans une autre affaire, le plaignant – à qui il était reproché d'avoir organisé une grève pour lutter contre l'évaluation de la capacité de travail – vit sa responsabilité pénale mise en cause sur le double fondement de l'article 37 alinéa 1 et de l'article 61 numéro 4 de la Loi sur les fonctionnaires locaux (*Chihō kōmuin hō* 地方公務員法) ; mais la Cour suprême, interprétant strictement les dispositions législatives visées, ne retint pas la -responsabilité du défendeur<sup>324</sup>. Ce qui n'empêche pas le conservatisme traditionnel de la Cour, appuyé d'ailleurs par le gouvernement, de reprendre le dessus à l'occasion. Ainsi

<sup>321</sup> ASHIBE, précit., p. 262 ; HIGUCHI, précit., p. 199.

<sup>322</sup> ASHIBE, précit., p. 262 ; Kōji SATO, 1995, 佐藤幸治, *Kenpō* 憲法 (Droit constitutionnel), 3<sup>e</sup> édition, Tokyo, Seirin shoin 青林書院, p. 405.

<sup>323</sup> Saikō saibansho 最高裁判所 (Cour suprême), décision du 26 octobre 1966, *Keiji hanrei shū* 刑事判例集 (Recueil des décisions des juridictions pénales), vol. 20, n° 8, p. 901.

<sup>324</sup> Saikō saibansho (Cour suprême), décision du 2 avril 1969, *Keiji hanrei shū*, vol. 23, n° 5, p. 305.

des décisions du 25 avril 1973<sup>325</sup> et du 4 mai 1977<sup>326</sup>, où la Cour suprême – s'appuyant sur l'« intérêt général » ou la « spécificité constitutionnelle du statut de fonctionnaire » – jugea constitutionnelles les restrictions apportées au droit fondamental au travail des fonctionnaires. Ces dernières décisions firent jurisprudence. Suite aux privatisations accélérées, les employés des postes – jusqu'alors traités comme fonctionnaires – devinrent employés de sociétés anonymes, auxquelles ne s'appliquent pas par définition les restrictions au droit fondamental au travail. Ceci étant, les droits de certaines catégories de fonctionnaires font encore l'objet de restrictions notables. C'est tout particulièrement le cas des enseignants des écoles publiques qui voient leur droit fondamental au travail ainsi que leurs libertés de pensée et de conscience strictement encadrées. De sorte que la protection du droit des fonctionnaires demeure un problème sensible.

Les syndicats disposent du droit de négocier sur un pied d'égalité et de conclure des conventions de travail, conduisant éventuellement à assouplir les conditions de travail<sup>327</sup>. En l'absence de syndicat, la majorité des représentants peuvent conclure une convention collective assouplissant la réglementation mise en place par les Standards concernant le travail. Par exemple, la durée de travail prévue à l'article 32 des Standards est limitée à 40 heures par semaine et 8 heures par jour ; mais ce même article stipule que ces durées peuvent être étendues par voie conventionnelle.

Prenons le cas d'une société dont le règlement intérieur consacrait la possibilité de prolonger la durée de travail « en cas de nécessité » ; une convention autorisant l'aménagement d'heures supplémentaires ayant été conclue entre patron et syndicats, le travailleur qui avait refusé d'effectuer des heures supplémentaires se vit licencier. La section Hachiōji du tribunal du district de Tokyo jugea que lorsque la société ordonne des heures supplémentaires comme prévues aux termes de la convention, le devoir d'effectuer ces heures supplémentaires ne s'impose pas d'emblée ou directement aux travailleurs, à qui est reconnue une liberté de décision en la matière<sup>328</sup>. La Cour suprême retint au contraire au profit de l'employeur le droit d'ordonner des heures supplémentaires. Ainsi, au lieu d'assurer la liberté des travailleurs, le droit de s'organiser par voie conventionnelle peut paradoxalement conduire à entraver la liberté de décision des travailleurs eux-mêmes.

---

<sup>325</sup> Saikō saibansho (Cour suprême), *Keiji hanrei shū*, vol. 27, n° 4, p. 547.

<sup>326</sup> Saikō saibansho (Cour suprême), *Keiji hanrei shū*, vol. 31, n° 3, p. 182.

<sup>327</sup> Satoshi NISHITANI, 2008, *Rōdōhō 労働法* (Droit du travail), Tokyo, Nippon hyōronsha 日本評論社, p. 536 ;

<sup>328</sup> Tokyo chihō saibansho Hachiōji shibu 東京地方裁判所八王子支部 (section Hachiōji du tribunal du district de Tokyo), arrêt du 22 mai 1978, *Minshū*, vol. 45, n° 8, p. 1361.

### III. Le devoir de travailler

#### A. Restriction du droit à la vie par le devoir de travailler

Nombreux sont ceux qui reconnaissent que le devoir de travailler a une valeur légale concrète tandis que le droit de travailler énoncé par l'article 27 § 1 de la Constitution ne constitue pas un droit concret<sup>329</sup>.

L'article 4 § 1 de la Loi sur le revenu minimum de subsistance dispose que « la protection est destinée aux personnes vivant dans l'indigence, à condition qu'elles exploitent tout ce qu'elles ont, leurs biens et capacités, pour maintenir un niveau minimum de vie ». S'agissant d'interpréter cette disposition, l'État – qui approuve depuis 1993 la « restriction au droit à la vie par le devoir de travailler » – considère que les citoyens ont le devoir de travailler tel que stipulé à l'article 27 § 1 de la Constitution, et que le droit à la vie énoncé aux termes de l'article 25 est garanti sur la base de ce devoir. Du point de vue constitutionnel, il n'y a donc aucune contradiction logique à ce que la Loi sur le revenu minimum de subsistance ne s'applique pas à une personne refusant un poste alors même qu'elle est capable de travailler et se voit présenter une offre de travail. Cette disposition a été la source d'abus avérés aux guichets. À partir du début des années 1980, les bureaux d'aide sociale ont en effet écarté à plusieurs reprises et de manière illégale des demandes d'aide, précisément en se fondant sur une interprétation restrictive de la capacité à exploiter ses propres ressources stipulée à l'article 4 § 1 de la Loi sur le revenu minimum de subsistance.

La « restriction du droit à la vie par le devoir de travailler » soulève un certain nombre d'interrogations concernant l'interprétation de la Constitution et de la Loi sur le revenu minimum de subsistance. L'ancienne Loi sur le revenu minimum de subsistance comprenait des clauses de disqualification selon lesquelles les « personnes capables n'ayant pas l'intention de travailler, négligeant leur travail ou ne s'efforçant pas de maintenir un certain niveau de vie », « ayant de mauvaises mœurs » ou « pouvant être nourries » ne font pas l'objet de la protection visée. Suite cependant à une révision en 1950, ces clauses furent abrogées. Comme le dit Koyama Shinjirō 小山進次郎, alors en fonction au ministère de la Santé et des Affaires sociales, et qui joua un rôle important dans la révision, la nouvelle loi eut précisément pour objet de supprimer de telles clauses de disqualification absolue (articles 2 et 3 de l'ancienne loi). L'article 4 § 1 de la Loi sur le minimum de subsistance n'est donc pas conçu comme une clause de disqualification. Quelles sont alors les raisons pour lesquelles Koyama se prononça en faveur de la suppression des clauses de disqualification ? Selon lui, l'aide sociale a pour objet de soutenir les personnes vivant en marge de la société pour leur permettre de redevenir autonomes, d'aider les personnes qui perdent la volonté de travailler à retrouver espoir en les traitant impartialement

---

<sup>329</sup> HIGUCHI, précit., pp. 195-196.

dans la dignité ; par suite, le principe d'égalité ne doit pas conduire à écarter du système ces personnes dès le départ (Koyama 1951 : 106). En d'autres termes, même s'il apparaît que les personnes en question négligent leur travail, elles devraient d'abord être protégées et remises sur la bonne voie. L'article 4 § 1 ne saurait en aucun cas s'interpréter comme conditionnant la protection.

Le célèbre constitutionnaliste Hasebe Yasuo 長谷部恭男 ne manque pas de critiquer une telle « restriction du droit à la vie par le devoir de travailler », et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le devoir de travailler ne constitue selon le professeur Hasebe qu'un devoir moral. « L'article 4 § 1 de la Loi sur le revenu minimum de subsistance et l'article 4 § 3 de la Loi sur l'assurance chômage ont pour prémisses la capacité et la volonté de travailler pour l'assistance sociale et l'allocation chômage. Cette perspective à laquelle aboutit le devoir de travailler prévu par la Constitution est critiquable », car « ce genre de disposition devrait être soumis à la décision législative indépendamment du point de savoir si le devoir de travailler est prévu ou non dans la Constitution »<sup>330</sup>.

Rappelons que l'article 27 § 1 de la Constitution, introduit par le parti socialiste, avait pour objectif de restreindre les revenus de la rente, le devoir de travailler étant conçu comme concernant au premier chef les rentiers. La liberté de choisir sa profession et la liberté du droit de propriété étant garanties, « il est toutefois difficile, voire impossible de contraindre les rentiers dépendant de leur fortune à travailler » et l'on ne peut que « les accabler de reproches au point de vue moral »<sup>331</sup>. Il apparaît alors d'autant plus difficile d'imposer un quelconque devoir légal en ce sens aux « travailleurs et aux chômeurs à la recherche d'un emploi »<sup>332</sup>. Quant aux moyens de restreindre les revenus de la rente sans recourir au devoir de travailler, il reste possible de recourir à l'impôt progressif, à l'impôt sur les revenus des personnes morales ou à l'impôt sur les titres.

En ce qui concerne le lien entre le droit à la vie et le devoir de travailler, il n'est pas possible d'en traiter sans évoquer le droit de travailler. S'agissant de l'allocation chômage et des conditions requises pour l'aide sociale, il convient de se demander au préalable dans quelle mesure l'État garantit le droit de travailler. Lorsque la volonté et la capacité de travailler se heurtent à l'impossibilité de trouver un travail sur le marché, l'État a tout d'abord le devoir d'offrir des emplois. Lorsque l'État n'est pas en mesure de s'en acquitter dans les faits, il ne saurait lui-même raisonnablement imposer aux chômeurs vivant dans l'indigence un quelconque devoir de travailler, ni aux bénéficiaires potentiels de l'aide de trouver eux-mêmes un emploi. Le seul cas où l'allocation chômage pourrait être valablement limitée concerne le cas d'un bénéficiaire de l'aide refusant de travailler alors même que l'État lui offre un emploi correspondant à sa capacité.

---

<sup>330</sup> HASEBE, précit., 2004, p. 103-104.

<sup>331</sup> OKUDAIRA, précit., p. 265.

<sup>332</sup> Inejirō NUMATA, 1960, 沼田稲次郎, *Rōdōhōron jōkan* 労働法論上巻 (Études en droit du travail), Tokyo, Hōritsu bunkasha 法律文化社, p. 110-111.

## **B. Les conditions requises s'agissant des sans-abris : le procès Hayashi**

Les conditions énoncées à l'article 4 § 1 de la Loi sur le revenu minimum de subsistance ont pour la première fois été portées devant le juge à l'occasion du procès Hayashi 林 à Nagoya. À sa sortie du collège, M. Hayashi travailla dans la restauration pendant un certain nombre d'années puis comme journalier dans la construction, avant de se voir contraint de vivre dans la rue, dans le quartier de la gare de Nagoya, à partir du mois de juillet 1993. Ayant fini par demander l'aide sociale auprès du bureau concerné de l'arrondissement, il ne se vit cependant attribuer qu'une aide médicale (sous forme de premiers soins), à l'exclusion de toute autre forme d'aide, notamment de logement, au prétexte que le médecin estimait qu'il pouvait travailler et se débrouiller. En d'autres termes, la demande d'assistance sociale de M. Hayashi a été refusée pour la seule raison qu'il était déclaré capable de travailler. Or, l'État considère normalement que la personne capable de travailler mais qui ne parvient pas à trouver un emploi en dépit de ses démarches pour en obtenir un, peut bénéficier de la protection de l'article 4 § 1 de la Loi sur le revenu minimum de subsistance. M. Hayashi décida donc de recourir au juge pour sanctionner le refus de l'administration de lui accorder l'aide requise.

Le jugement en première instance du tribunal de Nagoya (30 octobre 1996) annula ce refus administratif, au motif que M. Hayashi – qui avait certes la capacité de travailler – ne parvenait cependant pas à trouver un emploi, et n'était ainsi pas en mesure d'exploiter sa capacité de travailler. En deuxième instance (8 août 1997), le juge débouta cependant M. Hayashi, au motif que la situation du marché de l'emploi n'était pas désastreuse au point de priver M. Hayashi de toute chance de trouver un emploi. Suite au décès de M. Hayashi, la Cour suprême ne put que mettre fin au procès.

Relevons que le bureau n'a pas davantage proposé son aide à M. Hayashi dans sa recherche d'emploi. Le fait de ne pas remplir ce qui reste une obligation et de refuser la protection, constitue non seulement une atteinte au droit à la vie tel qu'énoncé aux termes de l'article 25 de la Constitution et au droit de demander la protection résultant de la Loi sur le revenu minimum de subsistance, mais aussi un acte illégal grevant le droit de travailler énoncé à l'article 27 § 1 de la Constitution. Ce cas n'est pas isolé. Nombre de bureaux d'aide sociale ont refusé en pratique des demandes de protection émanant de sans-abris, pour la simple raison qu'ils étaient capables de travailler, ou se sont contentés de leur attribuer une simple aide médicale. Il n'en reste pas moins que lorsqu'un chômeur ne trouve pas d'emploi sur le marché du travail, l'État a le devoir de lui en offrir ou, à défaut, de lui fournir une compensation. Le devoir de protection étatique constitue bien un devoir concret.

Dans un arrêt du 9 octobre 1998, la Cour d'appel de Fukuoka jugea que « le système d'aide sociale qui garantit concrètement le droit à la vie prévu par l'article 25 de la Constitution, a pour objet d'assurer à d'éventuels bénéficiaires

de l'aide une vie digne», et que « le fondement d'une vie digne consiste à déterminer librement sa façon de vivre et sa vie quotidienne ». Ainsi, la garantie du droit à la vie a pour but d'organiser les conditions permettant le libre choix. Les conditions d'une vie digne sont d'ordre matériel et institutionnel. Pour permettre à l'individu d'exploiter sa capacité de travailler, certains biens comme un logement stable et des objets de première nécessité sont indispensables. Les sans-abris n'étant pas en mesure d'exploiter leur capacité de travailler, il s'agit donc de prendre les mesures de protection prévues à l'article 4 § 3 de la Loi sur un revenu minimum de subsistance ainsi qu'à l'article 25 § 1 de la Constitution.

*Pour citer cet article*

Hiroshi Sasanuma, « La justiciabilité des droits sociaux au Japon »,

*La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012

<http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/la-justiciabilitc3a9-des-droits-sociaux-au-japon.pdf>

## CHAPITRE 2 - DES PROTECTIONS INEGALES

Définir les droits sociaux n'est pas chose aisée, tant les tentatives de conceptualisation doctrinale et les classifications textuelles sont nombreuses. Dans l'acception qui en est retenue ici, les droits sociaux sont des droits de l'Homme garantis par les textes constitutionnels et internationaux dans le champ social (droits des travailleurs, droit à des prestations, droit aux services publics), afin de réduire les inégalités d'ordre économique et dans une perspective de justice sociale<sup>333</sup>. Sont donc principalement visés le droit à la protection de la santé (Section 1), le droit à la subsistance (Section 2), le droit à l'alimentation (Section 3), les droits des travailleurs (Section 4), le droit au logement et à la sécurité sociale (Section 5) ou le droit à la scolarisation<sup>334</sup>. Or, si ces droits sont tous proclamés par le PIDESC ou la Charte sociale européenne ainsi que par bon nombre de constitutions nationales, leur garantie juridictionnelle est inégale, comme le démontrent les études qui suivent.

Pourtant, par delà la diversité de leur régime juridique et l'effectivité de la mise en oeuvre qui en résulte, deux constats peuvent être soutenus : d'une part, celui de la convergence, plus ou moins complète selon les secteurs, entre le droit international des droits de l'Homme, le droit international économique et les droits constitutionnels : les droits sociaux bénéficient d'une reconnaissance grandissante dans chacun de ces ordres juridiques, qui s'hybrident mutuellement. D'autre part, celui de l'inadéquation de la grille de lecture traditionnellement utilisée, tendant à distinguer, parmi les obligations étatiques, entre obligation de faire et obligation de ne pas faire. Les droits sociaux, s'ils sont des créances exigibles de l'État, ne sont pas que des « droits créances » programmatiques qui imposeraient aux pouvoirs publics une obligation de moyens, par opposition aux droits civils et politiques conçus comme des droits « négatifs » n'exigeant qu'une abstention publique.

---

<sup>333</sup> V. *supra*, Introduction.

<sup>334</sup> V. Manuel TIRARD, « La scolarisation des enfants handicapés en droit comparé », article à paraître

## SECTION 1

### LE DROIT A LA PROTECTION DE LA SANTE

TATIANA GRÜNDLER

« Les États parties devraient encourager les magistrats et tous les autres professionnels de la justice à s'intéresser davantage, dans l'exercice de leurs fonctions, aux atteintes au droit à la santé. »<sup>335</sup> Cette adresse faite aux États par le Comité onusien chargé de veiller au respect du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) témoigne de l'indispensable implication du juge, une fois la consécration du droit acquise.

Il est vrai que le droit à la protection de la santé a donné lieu à quelques procès retentissants parmi lesquels celui de Pretoria qui, paradoxalement, ne s'est pas tenu. En 2001, s'est en effet ouvert devant la Haute Cour sud-africaine un procès hautement médiatisé parce que posant la question de la coexistence des règles du commerce mondial et du droit à la protection de la santé. Trente-neuf compagnies pharmaceutiques contestaient devant le juge une loi de 1997<sup>336</sup> conférant de larges prérogatives au Ministre de la santé dont celle d'organiser des importations parallèles afin de se procurer des médicaments vendus moins chers dans un autre pays par le détenteur des brevets. Ce procès n'a finalement pas eu lieu, les firmes ayant, sous la pression de la société civile internationale<sup>337</sup>, retiré leurs plaintes. Peut-on en conclure que les plus grands laboratoires pharmaceutiques ont craint une certaine justiciabilité du droit à la protection de la santé ?

Ce droit bénéficie d'une solide assise juridique. Il est consacré de façon quasi unanime par l'ensemble des textes de protection des droits de l'Homme. Sur le plan international, cette reconnaissance apparaît dans les instruments généraux tels que la Déclaration universelle des droits de l'Homme ou le PIDESC<sup>338</sup>. Les textes retenant une approche plus ciblée des droits de l'Homme, du point de vue de leur objet ou des catégories de bénéficiaires, énoncent également ce droit. Ainsi en est-il logiquement, eu égard à son objet, de la

---

<sup>335</sup> CODESC, Observation générale n° 14, « Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint », 11/08/2000, E/C.12/2000/4, § 61.

<sup>336</sup> Medicines and related Substances and Control Act.

<sup>337</sup> De nombreuses organisations non gouvernementales, au premier rang desquelles TAC (Treatment Action Campaign), se sont mobilisées contre cette plainte et ont attiré l'attention sur le coût humain du non accès, pour les malades, à des médicaments vitaux (antirétroviraux).

<sup>338</sup> Évoqué à l'article 25§1 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948, ce droit est explicitement consacré à l'article 12 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels de 1966.

Constitution de l'Organisation mondiale de la santé<sup>339</sup>, mais également des conventions relatives à la lutte contre les discriminations - raciales<sup>340</sup> ou à l'encontre des femmes<sup>341</sup> - ou encore de celle sur les droits de l'enfant<sup>342</sup>. Au niveau régional, le même consensus apparaît dans la consécration du droit à la protection de la santé, le plus souvent dans les textes spécifiques aux droits économiques, sociaux et culturels<sup>343</sup>, les systèmes régionaux ayant, pour la plupart<sup>344</sup>, repris l'approche duale des droits de l'Homme initiée par les pactes internationaux de 1966.

Dans ces différents textes le titulaire du droit consacré est l'individu, toujours, la collectivité, parfois - ne serait-ce qu'en raison de l'existence d'interdépendances physiques -. Quant au débiteur il n'est autre que l'État, ce qui est une évidence sur le plan international, mais aussi une réalité dans les différents droits internes, bien que le vocable puisse varier, les constitutions visant indifféremment la Nation<sup>345</sup>, la République<sup>346</sup> ou l'État<sup>347</sup>. Les personnes privées peuvent toutefois être associées à la concrétisation de ce droit. C'est ce qu'illustre la jurisprudence de la Cour de cassation française qui a pu affirmer que « l'employeur est tenu, à l'égard de son personnel, à une obligation de sécurité de résultat qui lui impose de prendre des mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs »<sup>348</sup>.

Malgré sa consécration au plus haut niveau des normes juridiques et la détermination de ses titulaires et débiteurs, le droit à la protection de la santé bénéficie-t-il de la justiciabilité nécessaire à sa pleine effectivité<sup>349</sup> ? Autrement

---

<sup>339</sup> Selon la constitution du 26 juillet 1946, « la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain ».

<sup>340</sup> Article 5 § e-IV.

<sup>341</sup> Articles 11 § 1-f et 12.

<sup>342</sup> Convention du 20 novembre 1989, article 24 § 1.

<sup>343</sup> Article 10 du Protocole de 1988 additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'Homme traitant des droits économiques sociaux et culturels, texte qui comble le silence de la Convention de 1969 qui n'avait pas repris « le droit à la préservation de la santé et au bien-être » inscrit dans la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme de 1948 (article XI) ; article 11 de la Charte sociale européenne, dans sa version révisée de 1996.

<sup>344</sup> V., pour des contre-exemples, la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples de 1981 dont l'article 16 affirme l'obligation des États à protéger la santé de leurs populations ainsi que l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

<sup>345</sup> Constitution française du 27 octobre 1946, alinéa 11.

<sup>346</sup> Constitution italienne du 27 décembre 1947, article 32.

<sup>347</sup> Constitution grecque du 7 juin 1975, article 21-5.

<sup>348</sup> Soc., 5 mars 2008, SNECMA, Bull. V. n° 46; v. *infra*, Thomas BOMPARD

<sup>349</sup> François RANGEON, « L'effectivité du droit », in CURAPP, Les usages sociaux du droit, PUF, 1989, p. 126 ; Eric MILLARD, « L'effectivité des droits de l'Homme », in Dictionnaire des droits de l'Homme, PUF, Quadriga, 2008, p. 277. Sur la question de l'effectivité du droit à la protection de la santé, voir D. ROMAN, « L'effectivité des droits fondamentaux dans le secteur de la santé sous le prisme du droit européen », in Saulo José Casali Bahia, A efetividade dos direitos fundamentais no Mercosul e na Uniao Européia, Pagiane Editoria, Salvador de Bahia, 2010, pp. 165 s. ; Tatiana GRÜNDLER, « L'effectivité du droit à la protection de la santé », Revue générale de droit médical, n° 37, décembre 2010, à paraître.

dit, dans quelle mesure le recours au juge permet-il d'assurer le passage de l'énoncé du droit à sa concrétisation<sup>350</sup> ?

L'enjeu d'une telle interrogation est de mettre le discours doctrinal majoritaire<sup>351</sup> à l'épreuve de la pratique juridictionnelle. L'*opinio juris* a tendance à inclure le droit à la protection de la santé dans la catégorie des droits sociaux, plus spécialement parmi les droits-créances, et à déduire de cette entreprise de classification une certaine incapacité de ce droit à être justiciable.

Si les caractéristiques des droits-créances, considérées par la doctrine comme autant d'entraves à leur justiciabilité, se retrouvent s'agissant du droit à a protection de la santé, l'étude de la jurisprudence révèle qu'ils ne sont pas insurmontables (I). Les spécificités de ce droit offrent par ailleurs aux juges un panel plus large d'actions destinées à garantir ce droit (II) de sorte qu'*in fine* le discours des juges paraît globalement plus favorable à ce droit que ce que le seul discours doctrinal pouvait laisser espérer.

## I. Des obstacles traditionnellement opposés à la justiciabilité des droits-créances relativisés

L'expression droits-créances est communément utilisée pour désigner des droits qui répondent à un besoin social et exigent pour se réaliser une intervention positive des pouvoirs publics. Cette dernière particularité expliquerait qu'ils ne reçoivent qu'une effectivité très relative. Dans l'hypothèse d'une inertie des débiteurs publics, le juge qui aurait l'ambition d'y remédier se trouve confronté à deux contraintes, l'une économique, l'autre systémique. Le juge manifeste d'abord une réelle réticence à adopter des solutions qui, s'agissant des droits sociaux, ont souvent des implications financières substantielles. S'il n'est pas discutable que la concrétisation des droits sociaux représente un coût pour la collectivité, il est plus étonnant de relever que le juge intègre cette contrainte exogène dans son raisonnement juridique (A). Le juge est ensuite logiquement assujéti à la définition, au sein du système juridique considéré, de sa compétence et de ses pouvoirs. Apparaît toutefois quelque peu surprenant le fait que s'agissant du droit à la protection de la santé, le juge intériorise la contrainte systémique au point de sembler s'autolimiter dans l'utilisation de certains mécanismes juridiques mis à sa disposition afin d'obliger les débiteurs à agir (B).

---

<sup>350</sup> Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité des droits de l'Homme ; approche théorique », in Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Danièle LOCHAK (Dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, PU Paris 10, 2008, p. 14. Dans cette contribution, la notion de juge sera retenue dans une acception large couvrant toute autorité mise en place au sein d'un système juridique considéré, afin de veiller au respect des textes et offrant ainsi une protection directe ou indirecte à la santé de l'individu.

<sup>351</sup> V. Tatiana GRÜNDLER, « La doctrine des libertés fondamentales, à la recherche des droits sociaux », *supra*.

## **A. Le coût, une contrainte prise en compte par le juge**

Les droits-créances sont classiquement présentés comme des droits dont la réalisation exige un effort financier conséquent de la part de la collectivité, caractéristique qui les distinguerait des droits civils<sup>352</sup>. Sans en faire un critère d'identification, le juge prend fréquemment en compte la contrainte financière pesant sur le débiteur du droit à la protection de la santé (1). Elle ne le conduit néanmoins pas nécessairement à relativiser la portée de l'obligation incombant aux pouvoirs publics (2).

### **1) Une prise en compte unanime de la contrainte financière...**

Certainement par souci de réalisme, de nombreux textes de protection des droits de l'Homme soumettent le droit à la protection de la santé à deux contingences, d'une part les capacités propres, physiques notamment, de l'individu<sup>353</sup> et d'autre part les possibilités financières de l'État. Il s'agit donc d'un droit *a priori* conditionné par les ressources étatiques<sup>354</sup>. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CODESC) admet en conséquence qu'il faille tenir compte de la limitation des ressources disponibles au niveau des États pour apprécier le respect par ces derniers de leurs obligations sanitaires issues du Pacte de 1966<sup>355</sup>.

Et même en l'absence de référence textuelle aux ressources que la réalisation du droit à la protection de la santé exige, il n'est pas rare que le juge les mentionne dans ses décisions, ou tout du moins les intègre dans son raisonnement. Ainsi la Cour européenne a pu mettre en avant un tel aspect financier pour restreindre la portée de sa jurisprudence sanctionnant, au titre de la violation de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CEDH), l'État ayant adopté une mesure d'éloignement à l'encontre d'un étranger très gravement malade. Le risque d'une jurisprudence compréhensive était, selon elle, de faire « peser une charge trop lourde sur les États »<sup>356</sup>.

---

<sup>352</sup> Marc BOSSUYT, « La distinction entre droits civils et politiques et droits économiques, sociaux et culturels », *Revue des droits de l'Homme*, 1975, p. 790.

<sup>353</sup> Les formules sont explicites. Ainsi, la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé mais également le Pacte international des droits économiques sociaux et culturels ou la Convention sur les droits de l'enfant, tout comme, au niveau régional, la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples reconnaissent à l'individu « le droit au meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre ».

<sup>354</sup> Ainsi, l'article 2§1 du PIDESC stipule que « Les États s'engagent au maximum de leurs ressources pour rendre effectifs les droits économiques, sociaux et culturels ».

<sup>355</sup> CODESC, Observation générale n° 14, précit., §30.

<sup>356</sup> CEDH, Gde ch., 27 mai 2008, N. c. Royaume-Uni, req. n° 26565/05, §44. Pour une critique de la prise en considération de la charge financière, v. François JULIEN-LAFERRIERE, « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », *RTDH*, n° 2009/77, p. 261. V. également Nathalie RUBIO, « L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit au séjour de l'étranger malade », *RDSS*, 2010, p. 265. Ajoutons que lors du récent alignement du juge administratif français sur cette solution européenne (CE Sect., 7 avril 2010, *Ministre de l'Intérieur c. Jabnoun*, n° 301640 et CE

Au niveau national, les exemples sont légions de juges qui prennent en compte le paramètre financier pour relativiser la portée des obligations étatiques. Le juge constitutionnel péruvien affirme par exemple que le comportement de l'État doit être apprécié au regard de ses disponibilités budgétaires<sup>357</sup> et son homologue italien déclare que le droit à la protection de la santé est un droit conditionné dont la réalisation dépend des ressources financières à la disposition du législateur au moment de son intervention<sup>358</sup>. Quant à l'Inde, sa Cour suprême a développé la théorie des contraintes budgétaires pesant sur l'État pour justifier la réduction des remboursements de frais médicaux des fonctionnaires<sup>359</sup>. Citons également la jurisprudence sud-africaine qui se fonde sur les ressources publiques disponibles pour conclure qu'un malade dont le prolongement de la vie nécessitait des dialyses ne peut faire valoir un droit d'accès à de tels soins<sup>360</sup>. En France, la prise en compte du coût de la santé se traduit plus particulièrement par l'admission par le juge de la nécessaire conciliation entre les intérêts sanitaires et la maîtrise des dépenses de santé<sup>361</sup>. Le Conseil constitutionnel reconnaît que la réalisation du droit à la protection de la santé puisse être tributaire de la volonté du législateur de contenir les dépenses de l'assurance maladie<sup>362</sup>.

## **2) qui ne s'apparente toutefois pas à une cause d'exonération des obligations étatiques**

Le CODESC a utilement rappelé que le manque de ressources ne permet pas aux États de déroger à leurs obligations fondamentales qui sont, concernant le droit à la protection de la santé, l'accès non discriminatoire aux équipements, produits et services sanitaires, la répartition équitable de ces derniers, l'accès à l'alimentation essentielle ainsi qu'aux moyens élémentaires d'hébergement et

---

Sect., 7 avril 2010, *Ministre de l'Immigration c. Diallo, épouse Bialy*, n° 316625), l'analyse des implications financières de l'évolution jurisprudentielle engagée n'est certes pas apparue dans l'arrêt, mais figure dans les conclusions du rapporteur public, Matthias GUYOMAR, qui prend soin de préciser qu'il n'y a pas lieu de craindre que la solution proposée « fasse peser sur notre pays une charge trop lourde » en particulier s'agissant des « dépenses supportées par le système social français » (<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/04/20/>). V. Benjamin DEMAGNY, Serge SLAMA, « La prise en compte de l'accès effectif aux soins dans le droit au séjour et l'éloignement des étrangers malades : mieux vaut tard que jamais », *JCP coll. terr.*, 2010, n° 29, p. 43.

<sup>357</sup> Tribunal constitutionnel du Pérou, n° 2016-2004-AA/TC, *José Correa Condori c. Ministerio de Salud*, §32.

<sup>358</sup> Italie, C.S., Sent. 55/1990.

<sup>359</sup> Inde, C.S., *State of Punjab v. Ram Lubhaya Bagga* (1998), 4 SCC 117-130.

<sup>360</sup> Afrique du Sud, Cour const., 27 novembre 1997, *Soobramoney v. Minister of Health*, CCT 32/97.

<sup>361</sup> Plus exactement il s'agit de la conciliation entre le droit à la protection de la santé et le principe constitutionnel de l'équilibre financier de la sécurité sociale.

<sup>362</sup> Ainsi, le Conseil constitutionnel n'a jamais déclaré inconstitutionnelle une loi mettant en place des dispositifs destinés à contenir les dépenses de l'assurance maladie au motif qu'elle porterait atteinte au droit individuel à la protection de la santé. Au mieux, le juge formule une réserve d'interprétation sur le niveau de prise en charge des dépenses de santé qui ne doit pas être fixé à un niveau tel que l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 qui reconnaît le droit à la protection de la santé soit méconnu (V. par exemple CC, 12 décembre 2002, *Loi de financement de la sécurité sociale*, n° 2002-463 DC, cons. 21).

aux médicaments essentiels et, enfin, l'existence d'une stratégie de santé publique<sup>363</sup>.

Sur le plan régional, la Commission africaine offre une belle illustration de l'effort de conciliation effectué entre prise en compte des ressources financières et garantie d'un droit dont la réalisation peut s'avérer particulièrement coûteuse. Dans une décision de 2003, tout en tenant compte des ressources limitées des États africains, pour la plupart confrontés, selon ses termes, à une pauvreté qui « les rend incapables de fournir les équipements, infrastructures et ressources qui facilitent la pleine jouissance de ce droit »<sup>364</sup>, la Commission estime que cette situation n'exonère pas l'État mis en cause de ses engagements issus de la Charte de 1981. Aussi les États ont-ils l'obligation « de prendre des mesures concrètes et sélectives tout en tirant pleinement profit des ressources disponibles ». Elle invite donc les États à ne pas se cacher derrière une situation de pauvreté bien réelle pour négliger la protection due au droit à la protection de la santé et à faire un effort de rationalisation dans l'usage de leurs ressources par hypothèse limitées. Partant, elle constate en l'espèce la violation du droit à la protection de la santé par la Gambie<sup>365</sup>.

Cette considération du coût induit par les mesures sanitaires explique vraisemblablement aussi, du moins en partie, la réserve dont fait preuve le juge dans l'utilisation de ses pouvoirs. Celui-ci se montre réticent à user du moyen à première vue le plus efficace pour pallier l'attentisme des pouvoirs publics, à savoir l'injonction à agir. Les implications financières immédiates de telles décisions interrogent le concept de séparation des pouvoirs auquel le juge paraît donner une signification étendue.

## **B. L'office du juge, une contrainte intégrée par le juge**

On rencontre dans la doctrine une thèse déduisant de la rédaction souvent imprécise des textes consacrant les droits-créances le caractère davantage programmatique que positif de ces derniers. La concrétisation de tels droits exigerait en conséquence impérativement un relais normatif<sup>366</sup>. Se pose dès lors la question de la réaction possible du juge confronté à une possible passivité des pouvoirs publics dans l'édiction de ladite norme. Il ressort de la jurisprudence que le juge ne prononce que rarement des injonctions au débiteur du droit soit qu'il ne puisse le faire, soit qu'il s'y montre défavorable (1). Pour

---

<sup>363</sup> CODESC, Observation générale n° 14, précit., § 43.

<sup>364</sup> CADHP, mai 2003, Purohit et Moore c. Gambie, n° 241, 33<sup>ème</sup> session ordinaire, §84.

<sup>365</sup> CADHP, mai 2003, Purohit et Moore c. Gambie, précit.

<sup>366</sup> Les juridictions mexicaines, Cour constitutionnelle et Tribunaux fédéraux se réfèrent respectivement aux expressions de « droits programmatiques » ou de « normes programmatiques » et évoquent la nécessaire entremise de la loi. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XV, Pleno, enero 2006, p. 6, (Registro número 187926 et *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVII, Tribunales Colegiados, febrero 2003, p. 1156, Registro número 184751. V. sur ce point A. RIVERA, « Exemples de jurisprudences nationales. Le Mexique », consultable sur le site <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=143> .

autant, il ne reste pas sans réponse face à un tel manquement des pouvoirs publics (2).

### **1) Face à la carence des pouvoirs publics, l'absence d'injonction d'agir...**

Deux questions méritent d'être distinguées, celle de l'existence d'un recours et celle de son effectivité.

La première hypothèse envisagée correspond à la situation dans laquelle il n'existe aucun mécanisme permettant de répondre par la voie juridictionnelle à l'inaction des pouvoirs publics. C'est le cas notamment en France où aucune procédure juridique ne permet de contraindre le législateur à intervenir. En effet, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi que d'une loi, ce qui exclut le cas où le législateur – l'un des débiteurs privilégiés du droit à la protection de la santé en vertu du texte constitutionnel – s'abstiendrait de prendre des mesures destinées à assurer cette protection. Cette affirmation sans être inexacte peut néanmoins être nuancée par la pratique des réserves d'interprétation par lesquelles le juge constitutionnel adresse au législateur des recommandations, pratique qui pallie quelque peu l'absence de recours en carence<sup>367</sup>.

Dans la seconde hypothèse considérée, le mécanisme juridictionnel existe mais n'est pas mis en œuvre révélant une certaine frilosité du juge à enjoindre aux pouvoirs publics d'agir comme ils en ont pourtant l'obligation constitutionnelle. C'est cette situation qu'illustre de nouveau la jurisprudence française, cette fois administrative qui, malgré l'existence de procédures d'urgence permettant au juge d'utiliser les injonctions, se refuse d'apporter par cette voie sa pierre à l'édifice de l'effectivité du droit à la protection de la santé. Saisi dans le cadre d'un référé liberté, le Conseil d'État a dénié la qualification de liberté fondamentale au droit individuel à la protection de la santé et a conséquemment refusé d'enjoindre à l'administration de changer un détenu de cellule pour lui éviter l'exposition aux risques du tabagisme passif<sup>368</sup>. Le terme « frilosité » est employé à dessein, la volonté du juge de ne pas s'immiscer ne serait-ce qu'indirectement dans la question sociale transparaissant nettement dans le raisonnement juridiquement discutable qu'il a pu tenir dans cette affaire. Par son refus de faire du droit à la protection de la santé une liberté fondamentale, le juge se détourne de la lettre du texte qui consacre le droit de chacun à la santé, considérant que seul le principe de santé publique a valeur constitutionnelle. Le fait de s'éloigner aussi ostensiblement du sens de la loi fondamentale ne peut qu'être intentionnel.

Le cas de la Colombie mérite une attention particulière. Sa vision de la séparation des pouvoirs et du rôle du juge présente une réelle originalité très favorable à la garantie des droits sociaux. La Cour constitutionnelle estime en effet que le juge est un véritable contre-pouvoir devant pallier l'éventuelle

---

<sup>367</sup> Laurence GAY, *Les « droits créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 183.

<sup>368</sup> CE, ord., 8 septembre 2005, *Garde des Sceaux c. Bunel*.

défaillance du législateur<sup>369</sup>. Appliquée au droit à la protection de la santé, cette conception a permis au juge constitutionnel de demander aux autorités publiques de garantir de façon effective le droit à la protection de la santé des personnes exerçant la prostitution<sup>370</sup>.

Malgré ces limites imposées au juge ou posées par lui, l'inaction des pouvoirs publics au mépris de leurs obligations sanitaires, ne reste pas sans réponse juridique.

## **2) ... mais l'existence de sanctions**

Si, confrontés à la passivité des décideurs publics, les juges se trouvent relativement démunis, conformément à une certaine acception de la séparation des pouvoirs, ils sont néanmoins en capacité de sanctionner le manquement des autorités étatiques aux obligations sanitaires leur incombant. Partant, la Commission africaine a constaté la violation de l'article 16 de la Charte de 1981 par le Nigeria du fait d'un certain nombre de carences de sa part concernant l'encadrement de l'activité de compagnies pétrolières. Lui étaient en particulier reprochés le défaut de surveillance, l'absence d'exigence d'études d'impact et l'absence d'information des populations exposées aux risques sanitaires résultant du fonctionnement d'une telle industrie<sup>371</sup>.

En France la responsabilité de l'État a pu être engagée pour carence fautive de l'État du fait de l'absence de mesures prises en vue de protéger la santé des travailleurs exposés aux poussières d'amiante<sup>372</sup>. La faute de l'État était en l'espèce double : elle concernait d'une part l'absence - à partir de 1977, date où le risque pour la santé d'une telle exposition est connu - de mesures de protection efficaces pour les personnes travaillant au contact de l'amiante et d'autre part le défaut d'engagement avant 1995 d'études afin de déterminer plus précisément les dangers.

On peut conclure de cette rapide présentation que, concernant le droit à la protection de la santé, c'est une simple obligation de moyens qui pèse sur les pouvoirs publics. Ceux-ci ne peuvent se voir imposer d'obligation en termes de résultats sanitaires<sup>373</sup>. Ils sont en revanche tenus d'agir en faveur de la santé individuelle, ce qui correspond à l'obligation de mise en œuvre, dernière

---

<sup>369</sup> Colombie, Cour const., 5 juin 1992, Sent. T-406/92.

<sup>370</sup> Colombie, Cour const., 13 août 2010, Lais c. Pademo, Sent. T-629/10.

<sup>371</sup> CADHP, n° 155/96, 30<sup>e</sup> session, octobre 2001, Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria, 15<sup>e</sup> rapport, §53.

<sup>372</sup> CE Ass., 3 mars 2004, Ministre de l'Emploi et de la solidarité c. consorts B, consorts B, consorts T et consorts X, n° 241150, n° 241151, n° 241152 et n° 241153.

<sup>373</sup> Cette affirmation doit être nuancée. Le Comité européen des droits sociaux chargé de veiller au respect de la Charte sociale européenne a, dans une décision de 2009, tenu un raisonnement assez original brouillant quelque peu la frontière entre obligation de résultat et obligation de moyens. Il y lie la marge d'appréciation laissée aux États Parties quant au choix des moyens destinés à rendre effectif le droit à la protection de la santé à l'obtention de résultats en matière sanitaire (CEDS, 30 mars 2009, Interights c. Croatie, récl. n° 45/2007, § 59). Cela signifie-t-il a contrario que les experts pourraient déduire un manquement de l'État de l'obtention de résultats décevants sur le plan sanitaire ?

composante du triptyque relatif aux obligations internationales étatiques en matière de droits de l'Homme : respect, protection et mise en œuvre. D'ailleurs le respect de cette obligation est sanctionné. Certes, le juge délaisse la prescription d'action qui apparaîtrait comme le moyen le plus efficace de remédier à la passivité des acteurs publics, mais ne se trouve pas pour autant démunie, n'hésitant pas à condamner l'État défaillant. Si l'on peut douter que l'exigence d'un engagement positif de l'État en leur faveur soit un trait propre aux droits sociaux, entravant leur protection juridictionnelle, il est manifeste qu'un certain nombre de spécificités du droit à la protection de la santé favorise au contraire sa justiciabilité.

## II. Une justiciabilité portée par les spécificités du droit à la protection de la santé

Parce qu'il présente des caractéristiques propres, le droit à la protection de la santé bénéficie d'une garantie juridictionnelle relativement conséquente. Le caractère protéiforme de ce droit explique que sa justiciabilité soit fluctuante au-delà des seules différences tenant aux systèmes juridiques en cause. Certaines de ses dimensions sont en effet plus particulièrement protégées par les juges. Ainsi les liens qu'il peut entretenir avec le droit à la vie lui permettent d'être garanti par les mécanismes traditionnellement utilisés au profit des droits dits libertés et destinés en l'occurrence à défendre la santé de l'individu contre une éventuelle immixtion de l'État (A). La dimension collective de ce droit, la santé publique, est une autre source de justiciabilité essentiellement dans des systèmes juridiques *a priori* étrangers à la protection des droits de l'Homme ou du moins à celle des droits sociaux, et participe ainsi de manière indirecte à la promotion de la santé individuelle (B).

### A. Le droit à la vie, un droit civil et politique au soutien du droit à la protection de la santé

Le « respect du droit à la vie, peut être considéré (...) comme le stade ultime du droit à la santé »<sup>374</sup>. C'est en ces termes que Bertrand Mathieu formule le lien indiscutablement très étroit existant entre droit à la vie, archétype des droits civils et politiques et à ce titre inscrit solennellement dans les textes, et le droit à la protection de la santé<sup>375</sup>. Cette proximité n'échappe pas aux juges qui peuvent trouver dans le droit à la vie le fondement d'un droit à la

---

<sup>374</sup> Bertrand MATHIEU, « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998 », Cahiers constitutionnels, 1999, n° 6, p. 89.

<sup>375</sup> Il ouvre généralement la salve des droits successivement consacrés. Ainsi en est-il dans le Pacte international des droits civils et politiques de 1966 dont l'article 6§1 stipule que « le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie », mais également de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme qui s'ouvre sur un article 2 consacré au droit à la vie, de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples (article 4) ou de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme (article 4).

protection de la santé (1) et dans d'autres contextes le motif d'un renforcement de la garantie offerte à ce droit (2).

### **1) Le lien fréquemment établi par le juge entre droit à la vie et droit à la protection de la santé**

Le droit à la vie apparaît comme une source de la protection de la santé dans les systèmes de protection des droits de l'Homme dont les textes n'énoncent pas un tel droit. Ainsi la Cour européenne a-t-elle pu grâce à une jurisprudence constructive protéger la santé par ricochet, notamment sur le fondement de l'article 2 de la Convention relatif au droit à la vie. Les juges de Strasbourg ont su déduire de cette disposition conventionnelle une obligation générale pour l'État de prendre des mesures nécessaires à la protection de la vie dans la sphère sanitaire. La Cour a ainsi eu l'occasion d'affirmer l'obligation générale de l'État de protéger la vie contre les risques de maladies<sup>376</sup> ou celle de mettre en place une politique de santé publique assurant un haut niveau de compétence des professionnels de santé afin de garantir la vie des patients<sup>377</sup>. De même, elle a énoncé l'obligation positive de l'État de mettre en place « un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie de leurs malades »<sup>378</sup>.

Le détour par le droit à la vie permet avant tout au juge de protéger la santé des individus d'éventuelles atteintes de la part de l'État ou des tiers. Mais ces quelques exemples illustrent que ce ne sont pas les seules obligations de respecter et de protéger qui sont visées. Des obligations positives sont, sur ce fondement de l'article 2 de la Convention, également mises à la charge de l'État. C'est donc un spectre très large du droit à la protection de la santé qui est couvert par le biais du droit à la vie.

Quand ce n'est pas sous l'angle de son existence que le droit à la protection de la santé tire profit de l'appui du droit à la vie c'est du point de vue de ses garanties.

### **2) Les garanties du droit à la protection de la santé au titre du droit à la vie**

Un tel lien renforce l'intérêt que le juge porte au droit à la protection de la santé. Plusieurs cours offrent une protection accrue à ce qu'elles estiment être le noyau dur du droit à la protection de la santé parce que étroitement lié au droit à la vie. Selon le juge constitutionnel péruvien, le droit à la santé devient « fondamental » précisément du fait de la relation qu'il entretient avec le droit à la vie<sup>379</sup>. Plus généralement, dans le système interaméricain, la Commission a

---

<sup>376</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> mars 2001, Berktaç c. Turquie, req. n° 22493/93, §154.

<sup>377</sup> CEDH, 4 mai 2000, Powell c. Royaume-Uni, req. n° 45305/99.

<sup>378</sup> CEDH, 17 janvier 2002, Calvelli et Ciglio c. Italie, req. n° 32967/96, §49.

<sup>379</sup> Tribunal constitutionnel, José Correa Condori c. Ministerio de Salud, n° 2016-2004-AA/TC. La relation entre santé et vie est ainsi précisée : elle est « indissoluble car la présence d'une maladie

pu différencier les obligations de l'État en faveur de la santé : généralement progressive l'obligation de réalisation de ce droit devient immédiate lorsque des risques graves ou imminents menacent la vie des personnes<sup>380</sup>. C'est donc le droit à la vie qui explique qu'un noyau dur du droit à la santé soit mieux garanti. De ce point de vue le cas colombien est particulièrement éclairant sur les effets de cette proximité. Alors que le juge constitutionnel n'admet pas de façon générale la justiciabilité des droits dits de deuxième génération, il reconnaît que les droits sociaux peuvent être protégés du fait de leur connexité avec des droits considérés comme fondamentaux. La Cour constitutionnelle colombienne a ainsi jugé que le droit à la santé qui, en principe, n'a pas la qualité de droit fondamental, acquiert ce statut lorsque le défaut de prestation de soins aurait pour effet de mettre en péril la vie de l'individu<sup>381</sup>. Il en va de même en Allemagne où c'est l'importance du droit à la vie qui conduit la Cour de Karlsruhe à conclure à la violation de la loi fondamentale du fait du refus opposé à un assuré social de rembourser ses soins médicaux auto prescrits pour traiter sa maladie mortelle et pour laquelle aucun moyen de traitement conventionnel n'était disponible<sup>382</sup>.

Le droit à la protection de la santé est donc mieux garanti quand les atteintes qui lui sont portées constituent une menace pour la vie des personnes. Il aurait en conséquence une portée variable selon les composantes en jeu. Mais il est alors intéressant de relever que, dans l'hypothèse où ce qu'il est convenu de nommer le noyau dur du droit à la santé est concerné, la protection de celui-ci est étendue, ne couvrant pas uniquement les obligations négatives de l'État. Comme l'illustre la jurisprudence allemande, il y a là une forme de créance qui naît, un droit pour l'individu d'obtenir des soins.

Si le droit individuel à la protection de la santé paraît jouir d'un statut juridictionnel relativement privilégié, c'est aussi parce qu'il bénéficie des garanties accordées à la santé publique.

## **B. La santé publique, un intérêt collectif au soutien de la santé individuelle**

La santé de la collectivité a été historiquement la première recherchée, avant même que l'individu ne soit envisagé comme le titulaire de droits. La dépendance de l'État à l'égard de sa population tant pour des raisons économiques que militaires imposait que celui-là se préoccupe de la santé de ses sujets. Avant donc d'être envisagée comme un droit, la santé fut perçue comme un impératif social. Devenue une composante de l'ordre public, la santé publique a donc justifié des restrictions aux droits fondamentaux, entre-temps reconnus,

---

ou d'une pathologie peut conduire à la mort ou en tout cas peut contribuer à l'empirement de la qualité de la vie », §27.

<sup>380</sup> CADHP, 7 mars 2005, Luis Rolando Cuscul Piraval y otras persona afectadas por le VIH/SISA c. Guatemala, rapport d'admissibilité.

<sup>381</sup> Colombie, Cour const., SU-819/99.

<sup>382</sup> All., Cour const., BVerfG, 6 déc. 2005, 1 BvR 347/98.

et aux activités privées. Elle occupe encore une telle fonction dans un certain nombre de systèmes juridiques contemporains (2). Mais la pérennité de la santé publique dans le droit positif offre, par delà les risques qu'elle fait peser sur les droits et libertés individuels, une autre voie que le juge peut emprunter pour protéger la santé individuelle et garantir indirectement le droit à la protection de la santé (1).

### **1) La dimension collective de la santé reconnue**

Une telle dimension figure dans certains textes à l'image de la Constitution italienne qui dispose que « La République protège la santé en tant que droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité. Elle assure les soins gratuits aux indigents »<sup>383</sup>. Si la reprise par le juge constitutionnel italien de cette double acception de la protection de la santé<sup>384</sup> relève de l'évidence, elle se fait au moyen d'un effort interprétatif plus conséquent chez son homologue hexagonal. Le juge constitutionnel français a déduit de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 qui reconnaît sous la forme d'une obligation de l'État le droit de chacun à voir sa santé protégée, le principe constitutionnel de protection de la santé publique<sup>385</sup>. A partir d'une source unique, le Conseil constitutionnel a découvert deux normes distinctes, le droit individuel à la protection de la santé et le principe constitutionnel de protection de la santé publique. Dans cette démarche constructive il a été suivi et même dépassé par le juge administratif qui, comme nous avons eu l'occasion de le souligner, a retenu cette seule dimension collective au détriment du droit individuel. Cette tendance du juge français à insérer la santé dans une perspective collective, si elle n'est pas sans intérêt pour le droit individuel - l'individu bénéficiant des mesures sanitaires dont la collectivité est le premier destinataire - emporte néanmoins une réorientation de la fonction du droit. La santé publique est alors envisagée dans la jurisprudence comme un possible motif de restriction de l'exercice des droits individuels. Pour s'en tenir aux exemples internes, la santé publique a ainsi pu justifier des limites apportées au droit de grève<sup>386</sup>, au droit de propriété, à la liberté d'entreprendre<sup>387</sup> ou encore au droit des marques<sup>388</sup>.

L'intérêt du détour par la santé publique est de permettre une protection de la santé individuelle et donc de contribuer à l'effectivité du droit à la santé au sein de systèmes juridiques peu ouverts à la problématique de la protection des droits de l'Homme ou du moins à celle des droits dits sociaux.

---

<sup>383</sup> Article 32 de la Constitution italienne.

<sup>384</sup> Italie, Cour const., Sent. 118, 18 avril 1996.

<sup>385</sup> CC, 8 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, n° 90-283DC.

<sup>386</sup> CC, 22 juillet 1980, Matières nucléaires, n° 80-117DC.

<sup>387</sup> CC, 8 janvier 1991, précit.

<sup>388</sup> C. Cass., Civ. 2<sup>e</sup> 19 octobre 2006.

## 2) La santé publique protégée

Dans les instruments de protection des droits de l'Homme dédiés aux droits civils et politiques, la santé publique figure au titre des motifs de dérogations aux droits consacrés. Il en est ainsi de plusieurs articles de la CEDH : l'article 8 sur le droit au respect de la vie privée et familiale, l'article 9 sur la liberté religieuse<sup>389</sup>, l'article 10 relatif à la liberté d'expression ou encore l'article 11 portant sur la liberté de réunion. Des arrêts ont été rendus démontrant que le juge n'hésite pas, au terme d'un contrôle étroit, à faire primer les intérêts sanitaires, certes collectifs, sur ces droits civils individuels. Ainsi, dans deux arrêts la Cour européenne a rejeté les requêtes des propriétaires et directeurs de publication de magazines condamnés en France pour le délit de publicité indirecte en faveur du tabac<sup>390</sup>. La mise « en balance des exigences de la protection de la santé publique avec la liberté d'expression » est réalisée au profit de la première, le juge affirmant que « des considérations primordiales de santé publique, sur lesquelles l'État et l'Union européenne ont d'ailleurs légiféré, peuvent primer sur des impératifs économiques, et même sur certains droits fondamentaux comme la liberté d'expression ». Par le biais de la santé publique les intérêts sanitaires sont susceptibles de prévaloir sur des droits dits libertés, tels que la liberté d'expression devant la Cour européenne ou le droit de propriété devant le Conseil constitutionnel, les fameux droits de la première génération, à propos desquels la tendance de la doctrine est de déduire de leur primauté historique une supériorité juridique.

Au sein des organisations internationales et régionales économiques quelque peu étrangères à la problématique des droits de l'Homme, la santé publique est une voie d'entrée de considérations humanistes. Aussi bien dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce que dans celui de l'Union européenne, il est admis que la santé publique puisse constituer un motif de restriction de la liberté des échanges que ces organisations ont pourtant précisément pour objet de promouvoir. Les textes établissent ainsi des réserves de santé publique<sup>391</sup> autorisant les États, sous le contrôle du juge, à faire obstacle aux échanges commerciaux à des fins sanitaires. Les visées protectionnistes pouvant s'ajouter aux objectifs sanitaires, le juge<sup>392</sup> contrôle étroitement ces exceptions au principe du libre-échange. Étant des dérogations, de telles mesures étatiques sont soumises à des conditions précises strictement appréciées par les organes juridictionnels. C'est pourquoi peu d'entre elles

---

<sup>389</sup> ComEDH 15 janvier 1998, *Boffa c. Saint-Marin*, req. n° 26536/95.

<sup>390</sup> CEDH, 5 mars 2009, *Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c. France*, req. n° 13353/05 et CEDH, 5 mars 2009, *Société de Conception de Presse et d'Édition et Ponson c. France*, req. n° 26935/05.

<sup>391</sup> Article XXb du GATT et articles 36, 45-3 et 62 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>392</sup> Sur la question de savoir si l'Organe de règlement des différends de l'OMC est un juge, voir Carlos SANTULLI, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », *AFDI*, 2000, p. 58 ; Hélène RUIZ-FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, n° 1, 2006, p. 39.

passent l'étape du contrôle juridictionnel. Le but de santé publique poursuivi doit être démontré<sup>393</sup>, avant que la mesure adoptée soit soumise au contrôle de proportionnalité au cours duquel une mise en balance des intérêts sanitaires et commerciaux est effectuée<sup>394</sup>. Plus précisément, ce contrôle consiste pour le juge tout à la fois à vérifier l'efficacité sur le plan sanitaire de l'action nationale entreprise et à apprécier son caractère strictement nécessaire au but poursuivi. Dans ce dernier aspect du contrôle le juge vérifie qu'il n'existait pas de mesures alternatives qui, pour une efficacité similaire, auraient été moins attentatoires à la liberté des échanges commerciaux. Au-delà de la réalité de la mise en balance relativement peu favorable aux enjeux sanitaires, l'existence même de telles réserves au sein d'instruments de protection des libertés économiques témoigne de la place très privilégiée qu'occupe la santé dans la société juridique contemporaine. Certainement par les liens qu'elle entretient avec la vie, la santé est perçue comme une valeur ne devant pas être totalement soumise aux aléas du marché mondial. De ce fait le droit à la protection de la santé n'est peut-être pas un droit social comme les autres.

### **Conclusion**

Au terme de cette étude du droit à la protection de la santé, menée dans une perspective comparatiste, on pourrait être tenté, par une sorte de raisonnement inductif, de généraliser à l'ensemble de la catégorie d'appartenance dudit droit - celle des droits sociaux - les conclusions obtenues à son propos. Toutefois, les enseignements qui peuvent en être tirés concernant la justiciabilité ou non justiciabilité des autres droits sociaux doivent être mesurés. En effet, si le caractère de créance n'apparaît pas, contrairement à la présentation qu'en fait traditionnellement la doctrine, comme un obstacle à sa justiciabilité, il n'en reste pas moins vrai que le droit à la protection de la santé présente un certain nombre de caractéristiques propres imposant la prudence dans la généralisation indifférenciée des conclusions obtenues sur sa justiciabilité. Gardons-nous donc de faire de ce droit un modèle ; contentons-nous d'y voir une manifestation de l'éventail des opportunités qui s'offrent au juge dans sa contribution à la promotion de l'effectivité d'un droit.

---

<sup>393</sup> La finalité sanitaire de l'initiative française a été admise à propos de l'interdiction des importations d'amiante, dans la mesure où elle visait à éviter les risques de cancer du poumon, et de mésothéliome, « but non contestable au vu de la masse des données allant dans ce sens », Communautés européennes – Mesure affectant l'amiante et les produits en contenant, WT/DS135/R18, septembre 2000. Le juge de l'Union européenne fait preuve d'une certaine souplesse en n'exigeant pas de certitude scientifique : « dans la mesure où des incertitudes subsistent en l'état actuel de la recherche scientifique, il appartient aux États (...) de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et la vie des personnes (...). Etant donné les incertitudes inhérentes à l'appréciation scientifique, une réglementation nationale interdisant, sauf autorisation préalable, la commercialisation des denrées (...) est dans son principe justifiée, au sens de l'article 36 du traité, pour des raisons de protection de la santé humaine », CJCE, 14 juillet 1983, Sandoz, aff. 174/82, Rec., p. 2445, points 16, 17.

<sup>394</sup> Pour une illustration de cette proportionnalité, voir CJCE, 25 juillet 1991, Aragonesa, aff. jointes C-1 et 176/90, Rec. I, p. 4151, point 18.

Le droit à la protection de la santé vient en effet utilement rappeler que la justiciabilité dépend, plus que d'une prétendue nature des droits, de l'exploitation par cet acteur qu'est le juge des potentialités offertes par le système juridique auquel il appartient.

*Pour citer cet article*

Tatiana Gründler, « Le droit à la protection de la santé », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012

<http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/le-droit-c3a0-la-protection-de-la-santc3a9.pdf>

## SECTION 2

### LE JUGE ET LE DROIT AU MINIMUM.

### LES AMBIGUÏTES DU DROIT A DES CONDITIONS MINIMALES D'EXISTENCE EN DROIT COMPARE

CELINE FERCOT

*« Human rights should not serve only those with  
a full stomach; every person must have a full  
stomach so that he can enjoy human rights in  
practice and not merely in theory ».*

Yitzhak ZAMIR, juge à la Cour suprême israélienne

Conterm Ltd v. Minister of Finance [30],  
HCJ 164/97, p. 340

A l'heure où la lutte contre l'exclusion sociale tend à être érigée au rang de priorité nationale, un échec est souvent dénoncé : les mécanismes traditionnels de protection sociale ne parviendraient plus à s'adapter aux mutations économiques et à limiter l'accroissement des inégalités, ainsi que la marginalisation d'une partie consistante de la population. Face à une pauvreté non plus *relative*, mais *absolue*<sup>395</sup>, des solutions très diverses sont alors proposées afin de prendre en charge les cas dans lesquels « les coûts du statut humain de la vie ne sont pas satisfaits »<sup>396</sup>.

La pauvreté, si tant est qu'elle soit définissable, apparaît comme « la condition dans laquelle se trouve un être humain qui est privé *de manière durable ou chronique* des ressources, des moyens, des choix, de la sécurité et du pouvoir nécessaires pour jouir *d'un niveau de vie suffisant* et [de ses] droits civils, culturels, économiques, politiques *et sociaux* »<sup>397</sup>. Située à un seuil supérieur, l'extrême pauvreté peut être décelée lorsque ce manque de jouissance pleine et effective des éléments constitutifs d'un niveau de vie suffisant non

---

La présente communication s'accompagne d'une page internet comportant diverses ressources relatives au thème traité [<http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=170>].

<sup>395</sup> La pauvreté absolue est liée à un seuil biologique en dessous duquel les besoins physiques et sociaux vitaux de l'être humain ne sont pas assurés. En revanche la pauvreté relative se conçoit par rapport au niveau de vie moyen de la population d'un pays. Elle a pour principal objectif de permettre à l'individu, non seulement de subsister, mais de subsister décemment.

<sup>396</sup> François PERROUX, *Le pain et la parole*, Ed. du CERF, 1968, p. 116.

<sup>397</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, 4 mai 2001, E/C.12/2001/10 ; id., *La pauvreté et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 9 mai 2001, § 8, nous soulignons.

seulement affecte l'existence même de la personne, mais également devient constant et persistant<sup>398</sup>.

Nombreux sont les textes qui mentionnent la nécessité de satisfaire les besoins élémentaires de l'individu. Au niveau international, tant l'article 25 alinéa 1 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme que l'article 11 alinéa 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels font référence au droit à un niveau de vie *suffisant* ou *décent*<sup>399</sup>. Parallèlement, quelques Constitutions mentionnent un droit à des conditions minimales d'existence<sup>400</sup>. Même aux Etats-Unis, certains Etats ont décidé, très tôt, d'adopter dans leurs Constitutions des dispositions relatives à la pauvreté<sup>401</sup>. Est ainsi évoquée, ici et là, l'idée de bâtir un « bouclier social » en faveur des plus démunis, afin de les préserver de la grande pauvreté.

Face à un tel défi, certains économistes, sociologues et philosophes, mais également juristes proposent régulièrement, afin d'assurer la « couverture du coût de l'Homme »<sup>402</sup>, un mécanisme destiné à attribuer à chacun un pécule minimum lui permettant de parer aux situations d'urgence, c'est-à-dire de satisfaire ses besoins fondamentaux, au sens de « vitaux »<sup>403</sup>. Mais cette démarche, envisagée sous un strict aspect monétaire, s'avère très insuffisante. Abordant ce droit au minimum sous un angle matériel, les droits allemand, suisse, indien, sud-africain ou encore colombien, pour l'essentiel, optent pour les dénominations les plus diverses, faisant référence à un droit à la survie, à un niveau de vie suffisant, ou décent, au minimum vital, ou encore aux « nécessités fondamentales » (*right to basic necessities*)<sup>404</sup>. Quels que soient les termes employés, l'objectif est de constituer, ou de reconstituer un « filet de sécurité »<sup>405</sup>, une protection ultime destinée à permettre la survie des plus démunis et à assurer à l'individu des conditions *minimales* d'existence.

Le Comité des Ministres, au nom du Conseil de l'Europe, rappelait en 2000 que « le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires devrait être justiciable, toute personne en situation d'extrême précarité devant pouvoir l'invoquer directement devant les autorités et le cas échéant devant les

---

<sup>398</sup> V. E/CN.4/Sub.2/1996/13, Rapport final sur les droits de l'Homme et l'extrême pauvreté présenté par le Rapporteur spécial, Leandro DESPOUY, 28 juin 1996, Annexe III.

<sup>399</sup> V. le texte de ces dispositions reporté dans un document annexe [[http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/rapport\\_final/droit\\_conditions\\_minimales\\_existence/annexes.pdf](http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/rapport_final/droit_conditions_minimales_existence/annexes.pdf)].

<sup>400</sup> V. tableau en annexe (*Ibid.*).

<sup>401</sup> L'art. XVII § 1 C. new yorkaise fait ici figure de modèle. A ce sujet, v. notamment Helen HERSHKOFF, « Welfare Devolution and State Constitutions », *Essay*, *Fordham L. Rev.*, 1999, vol. 67, p. 1410 et s.

<sup>402</sup> *Ibid.*

<sup>403</sup> Proposée dès la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle par Thomas PAINE, l'idée a longtemps été considérée comme utopique. Elle est aujourd'hui défendue par des économistes, des spécialistes des sciences sociales, des philosophes, ou encore des juristes, qui forment un très vaste spectre de pensée.

<sup>404</sup> On retrouve également les dénominations suivantes : droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse ; droit fondamental au minimum vital ; droit à des moyens d'existence ; droit à des conditions minimales d'existence ; droit à des conditions générales d'existence.

<sup>405</sup> V. Jennifer L. ERKULWATER, *Disability Rights And the American Social Safety Net*, Cornell University Press, 2006.

tribunaux »<sup>406</sup>. Ce droit est-il pour autant susceptible d'être imposé par le juge à la puissance publique ? Loin d'appeler une réponse simple, le droit à des conditions minimales d'existence comporte son lot d'ambiguïtés. Son contenu multidimensionnel (I) et ses fondements diversifiés (II) apportent ainsi à la question posée une réponse incertaine.

## I. Une justiciabilité confrontée au contenu multidimensionnel du droit à des conditions minimales d'existence

Le contenu du droit à des conditions minimales d'existence apparaît d'entrée de jeu multiple. Parfois présenté comme le premier des droits sociaux, il possède de nombreuses facettes complémentaires (A). Pour cette raison, il est généralement conçu de manière non autonome (B).

### A. Le droit à des conditions minimales d'existence : le premier des droits sociaux

Le droit à des conditions minimales d'existence correspond à un « noyau dur », à un socle fondamental surplombant les divers panels reconnus de droits sociaux. Il peut toutefois se lire à deux niveaux. Conçu *a minima*, comme un droit à la sécurité matérielle (1), il devient, entendu *a maxima*, un véritable droit au développement en faveur de l'individu (2).

#### 1) Une conception *a minima* : un droit à la sécurité matérielle

La notion de « conditions minimales d'existence » renvoie en premier lieu à la nécessité de garantir un *droit à une subsistance*, autrement dit un droit de survivre. L'objectif est de prendre en compte des moyens d'existence non pas *convenables* mais *minima*, articulés au premier chef autour du fonctionnement biologique du corps humain. Le droit au minimum comprend alors le droit de se procurer de la nourriture, un toit et des vêtements. Ainsi, le Tribunal fédéral suisse a considéré, dans une importante décision de 1995, que la satisfaction des besoins élémentaires de la personne humaine, tels que se nourrir, se vêtir, et disposer d'un abri<sup>407</sup>, représentait la condition même de l'existence humaine et du développement de la personne<sup>408</sup>. De même, dans une décision *Pashim Banga*

---

<sup>406</sup> Recommandation n° R-2000 3 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité, 19 janvier 2000, Principe 3.

<sup>407</sup> La doctrine ajoute parfois l'aide en cas de maladie et d'accident (voir Jörg-Paul MÜLLER, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, Bern, Stämpfli, 1991, p. 40). On pourrait également envisager un droit à un minimum gratuit en matière de consommation d'énergie, de soins de santé, d'habitat, voire de participation à la vie culturelle.

<sup>408</sup> « Le droit à des conditions minimales d'existence est un droit social. Il l'est d'abord parce que son but est indiscutablement social et parce que la responsabilité de l'Etat qui en découle l'est aussi : garantir à toute personne la satisfaction des besoins humains élémentaires en nourriture, habillement, logement et soins médicaux de base. S'il est vrai qu'un droit est social à partir du moment où il vient en aide aux personnes appartenant aux couches les plus défavorisées de la population, le droit à des conditions minimales d'existence mérite cet adjectif, car il est censé

de 1996, la Cour suprême indienne a rappelé que « les besoins de l'être humain [étaient] traditionnellement portés au nombre de trois : alimentation, nourriture et abri »<sup>409</sup>. Allant dans le même sens, la Cour suprême israélienne a rappelé, dans une multitude de décisions, qu'elle reconnaissait le droit à la subsistance<sup>410</sup>, évoquant à l'occasion un « filet de protection » ou encore un « bouclier » destiné à couvrir les besoins *minima* de l'individu<sup>411</sup>. A ce triptyque censé assurer la survie de l'individu, le Comité des Ministres ajoute également les soins médicaux de base<sup>412</sup>.

A ce stade, la principale difficulté concerne l'identification plus précise des besoins de l'individu. Premier élément : le droit à l'alimentation<sup>413</sup>, auquel est parfois associé le droit à l'eau<sup>414</sup>. Celui-ci, loin d'être synonyme d'un simple accès à une nourriture, se rapporte à l'accès à une « nourriture quantitativement et qualitativement adéquate et suffisante ». A ce premier besoin essentiel vient s'ajouter le droit de pouvoir se vêtir. Souvent oublié, celui-ci représente pourtant un élément essentiel du droit général de chacun à un niveau de vie adéquat : sa non satisfaction entraîne *de facto* la mise à l'écart des plus démunis. Par ailleurs, le droit au logement, plus classique, est parfois associé au droit à un abri (*right to shelter*). Le droit à la santé, enfin, met quant à lui en évidence l'accès de tous aux services médicaux légaux et à des soins suffisants<sup>415</sup>. Ainsi, dans une décision de mars 1996, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples évoque un « standard minimum de santé », qui comprend un accès

---

bénéficier aux personnes sans domicile fixe, aux chômeurs en fin de droits et aux autres exclus de notre société, comme les requérants d'asile déboutés, respectivement les réfugiés déchus » (Suisse, Trib. Féd., ATF 121, I, 367 [371, 373], texte traduit en français in : Andreas AUER et al. (dir.), *Droit constitutionnel suisse*, Bern, Stämpfli, 2006, § 1521, pp. 680-681). V. également Suisse, Trib. Féd., ATF 122, II, 193. Il est ici intéressant de remarquer que le Tribunal fédéral suisse s'est directement inspiré des travaux de la doctrine (v. Jörg-Paul MÜLLER, « Soziale Grundrechte in der Verfassung ? », *Revue de droit suisse*, 1973, II, pp. 896-899).

<sup>409</sup> Inde, C.S., 1996, *Paschim Banga Khet Majoor Samity v. State of West Bengal*, 4 SCC 37. V. également Inde, C.S., 1990, *Shantistar Builders v. Narayan Khimalal Tatome and Others*, AIR SC 630.

<sup>410</sup> V. Israël, C.S., *Gamzu v. Yeshayahu*, LCA 4905/98, IsrSC 55(3) 360, pp. 375-376 ; *Yehuda v. Teshuva*, LCA 5368/01, p. 22. V. également Israël, C.S., *Shezifi v. National Labour Court*, HCJ 3512/04 (« The Basic Law includes the right to dignity, and this includes the right to basic human subsistence, so that the employee should not be dependent on welfare »). V. également les autres décisions citées in : Israël, C.S., 2005, *Commitment to Peace and Social Justice Society and others*, HCJ 366/03, § 15, p. 125.

<sup>411</sup> V. Israël, C.S., *Commitment to Peace and Social Justice Society and others*, *Ibid.*, § 16, pp. 126-127.

<sup>412</sup> V. Recommandation n° R-2000 3 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité, 19 janvier 2000, Principe 2. Dans le même sens, Observation générale n° 3 du Comité des DESC, § 10. V. également art. 27 C. Sud-africaine. Allant dans le même sens, Henry SHUE souligne : « What is subsistence? "[U]npolluted air, unpolluted water, adequate food, adequate clothing, adequate shelter, and minimal preventive public health care. [...] [A] decent chance at a reasonably healthy and active life of more or less normal length, barring tragic interventions" » (*Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, 2<sup>ème</sup> éd., Princeton University Press, 1996, p. 23).

<sup>413</sup> V. *infra*, communication de Carole NIVARD.

<sup>414</sup> L'art. 27 al. 1 b dispose : « Everyone has the right to have access to [...] sufficient food and water ».

<sup>415</sup> V. *supra*, communication de Tatiana GRÜNDLER.

à de l'eau potable et à de l'électricité ainsi qu'à des médicaments de base<sup>416</sup>. De même, en Suisse, la Cour de droit public du canton de Vaud, par exemple, rappelle régulièrement le caractère fondamental du droit aux soins médicaux essentiels et à l'assistance médicale nécessaire devant la souffrance<sup>417</sup>. Cependant, si, dans cette perspective, le droit à des conditions minimales d'existence s'apparente au premier regard à un *droit à la survie*, il peut recevoir une interprétation plus extensive.

## **2) Une conception *a maxima* : un droit au développement personnel**

Le Comité des Nations Unies sur les droits économiques, sociaux et culturels considère que les droits émanant de l'article 11 alinéa 1 du PIDESC ne se limitent pas à la nourriture, à l'habillement et au logement. Dans son Observation générale n° 15, il déclare par exemple que le droit à l'eau est classé dans la catégorie des garanties essentielles à l'assurance d'un niveau de vie *décent*<sup>418</sup>. Plus précisément, selon l'expert indépendant du Conseil des droits de l'Homme chargé des questions d'extrême pauvreté, M. Arjun SENGUPTA, cette dernière renvoie à un ensemble de facteurs, d'ordre monétaire, humain mais également social<sup>419</sup>. Or, cette dernière dimension du droit au minimum ne doit pas être occultée. La marginalisation sociale des individus les plus démunis peut en effet être à la fois une cause et une conséquence de l'extrême pauvreté qu'ils subissent. Elle rappelle ainsi que la précarité ne saurait se mesurer uniquement en termes de ressources économiques<sup>6</sup>.

*In fine*, c'est dans tous ces domaines que le droit à des conditions minimales d'existence apparaît comme un droit à la subsistance pour tous ceux qui ne peuvent se procurer eux-mêmes les moyens permettant de s'assurer une vie décente. Partant, loin de se résumer à un droit à la survie, le droit à des conditions minimales d'existence est parfois défini comme un droit à un niveau de vie décent, c'est-à-dire convenable, ou encore acceptable. D'un besoin de protection *physique*, essentiel et premier, on passe alors à un besoin de protection *sociale* : l'individu est désormais envisagé en tant qu'être social, qui a besoin non seulement d'eau et de nourriture, mais également de relations sociales pour se développer<sup>420</sup>. L'impératif de protection contre les conséquences dégradantes et avilissantes de la pauvreté est alors souvent mis en relation avec la dignité de l'être humain. Envisagé à long terme, le droit au minimum vise alors à conférer à l'individu souffrant d'extrême pauvreté une certaine

---

<sup>416</sup> CADHP, mars 1996, Communications 25/89, 47/90, 56/91, 100/93 : Free Legal Assistance Group, Lawyers' Committee for Human Rights, Union Interafricaine des Droits de l'Homme, Les Témoins de Jehovah c. Zaïre, § 47.

<sup>417</sup> V. art. 34 al. 1 C. du canton de Vaud.

<sup>418</sup> V. Observation générale n° 3 du Comité des DESC, §§ 9 et 10.

<sup>419</sup> E/CN.4/2005/49. Rapport de l'expert indépendant sur la question des droits de l'Homme et de l'extrême pauvreté, Arjun SENGUPTA, 11 février 2005.

<sup>420</sup> « From this viewpoint, the human right to dignity is also the right to conduct one's ordinary life as a human being, without being overcome by economic distress and being reduced to an intolerable poverty » (Israël, C.S., 2005, Commitment to Peace and Social Justice Society and others, déc. précit., § 15 at pp. 124).

autonomie : l'objectif n'est autre que de lui permettre de recouvrer sa liberté, ici entendue au sens large.

En définitive, le droit à des conditions minimales d'existence est multiple. Il se caractérise par un ensemble de « seuils *minima* d'existence » dans un certain nombre de domaines, implicitement classés selon leur importance et explicitement articulés autour du droit à une alimentation suffisante et saine et à un approvisionnement en eau, du droit à un habillement, à un logement décent et enfin à la santé. Or, bien souvent, les textes et les décisions de jurisprudence s'attardent uniquement sur l'un de ces aspects. Ainsi, le droit au logement se situe au cœur de la Réclamation *Défense des Enfants International c. Pays-Bas* du Comité européen des droits sociaux en date du 20 octobre 2009<sup>421</sup>, ou de la décision *Shantistar Builders v. Narayan Khimali Tatome and Others*, rendue par la Cour suprême indienne le 31 janvier 1990<sup>422</sup>. C'est également en ce sens que la Cour suprême d'Afrique du Sud s'est prononcée dans sa décision *Grootboom* de 2001<sup>423</sup>. De même, le droit à la santé se trouve au cœur de la Recommandation de la Commission africaine de 1996<sup>424</sup>. Partant, le degré de violation du droit au minimum renvoie à la proportion de la population pour laquelle un seuil minimum (*threshold*) n'est pas assuré dans l'un ou l'autre de ces domaines<sup>425</sup>.

Le droit à des conditions minimales d'existence se présente comme un droit à divers *minima* permettant une existence, non seulement possible mais convenable. Epars, son contenu empêcherait alors de le concevoir sous l'angle d'un droit autonome.

## **B. Le droit à des conditions minimales d'existence : un droit rarement autonome**

Très vite, il apparaît que l'extrême pauvreté s'apparente à la dénégarion d'un *ensemble* de droits. Elle s'inscrit ainsi dans l'obligation qu'ont les Etats de respecter, de protéger et de mettre en œuvre *tous* les droits de l'Homme<sup>426</sup> et

---

<sup>421</sup> Réclamation n° 47/2008.

<sup>422</sup> Inde, C.S., 1990, *Shantistar Builders v. Narayan Khimalal Tatome and Others*, AIR SC 630.

<sup>423</sup> Afrique du Sud, Cour const., 2001, *Government of the Republic of South Africa & Others v. Grootboom*, 1 SA 46.

<sup>424</sup> Communications 25/89, 47/90, 56/91, 100/93, Free Legal Assistance Group, Lawyers' Committee for Human Rights, Union Interafricaine des Droits de l'Homme, Les Témoins de Jehovah / Zaire, déc. précit., § 47.

<sup>425</sup> V. Bård-Anders ANDREASSEN et al., « Assessing human rights performance in developing countries : the case for a minimal threshold approach to the economic and social rights », in : *Yearbook of Human Rights in developing countries*, Copenhague, 1987/1988, p. 341 ; Asbjorn EIDE, « Realization of social and economic rights and the minimum threshold approach », *Human Rights Law Journal*, 1989, vol. 10, n° 1-2, pp. 35-51.

<sup>426</sup> Henry SHUE, puis Olivier DE SCHUTTER distinguent trois obligations essentielles qui consistent à respecter, protéger et réaliser les droits fondamentaux. V. Henry SHUE, *Basic Rights : Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, 2<sup>ème</sup> éd., Princeton, Princeton University Press, 1996, pp. 35-64 ; Olivier DE SCHUTTER, *Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'Homme* (éd.), « Le protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », Université catholique de Louvain, Working Paper 2005/03, p. 11). Dans le

contraint à aborder les droits sociaux sous l'angle de leur indivisibilité et de leur interdépendance.

Alors que l'on pense ici souligner la très large étendue du droit à des conditions minimales d'existence, on touche en réalité du doigt sans doute l'une de ses principales faiblesses. Le caractère dispersé de ce droit sert en effet parfois de justification pour ne pas le reconnaître. Ainsi, en Belgique, la réforme constitutionnelle du 31 janvier 1994 a introduit dans la Constitution un nouvel article 23 garantissant le droit de chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine et, à cette fin, a prévu un certain nombre de droits économiques, sociaux et culturels. Or, à cette occasion, le constituant a fait le choix de ne pas mentionner expressément le droit à un niveau de vie suffisant. Il a sans doute pensé que les différents droits énumérés dans le texte devaient y contribuer<sup>427</sup>. Or, l'extrême pauvreté constitue un phénomène résultant d'un cumul de précarités non seulement civiles, politiques, mais également sociales, économiques et culturelles dans la durée. Elle impose donc une approche holistique, qui conçoit le droit à des conditions minimales d'existence comme un seul et unique droit : avoir un toit sans rien avoir à manger, et vice versa, ne revêt qu'un sens très limité.

Exceptionnellement, le droit à des conditions minimales d'existence est envisagé en tant que *tout* indivisible. Ainsi, dans une Recommandation du 27 octobre 2001, la Commission africaine « découvre » les droits au logement et à l'alimentation, pourtant non expressément inscrits dans la Charte<sup>428</sup>. Surtout, elle les conçoit comme étant inextricablement liés. Une telle démarche unificatrice permet d'envisager le droit à des conditions minimales d'existence en tant que droit social premier, c'est-à-dire en tant que condition d'accès aux *autres* droits fondamentaux<sup>429</sup>. Particulièrement explicite à ce sujet, le Tribunal fédéral suisse a rappelé, en 1995, que ce droit, destiné à éviter tout « état de mendicité indigne de la condition humaine »<sup>430</sup>, représentait *la condition de l'exercice de tous les autres droits fondamentaux* et ne pouvait voir sa portée limitée que dans des cas exceptionnels<sup>431</sup>. Une idée essentielle apparaît alors

---

même sens, v. Andreas AUER et al., *Droit constitutionnel suisse*, précit., t. II, §§ 161 s., p. 75 et s. Pour une analyse approfondie de ce triptyque, v. supra, D. ROMAN, Introduction générale.

<sup>427</sup> En effet, lit-on dans l'exposé des motifs de la proposition de réforme constitutionnelle, le droit à une existence digne « est formulé d'une manière très générale : il est à la base des autres droits qui peuvent en être déduits ». V. Jacques FIERENS, « L'article 23 de la Constitution, une arme contre la misère ? », *Droit en quart monde*, juin 1994, n° 3, p. 3.

<sup>428</sup> CADHP, 27 octobre 2001, *Social and Economic Rights Action Center & the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Comm. n° 155/96.

<sup>429</sup> V. Recommandation n° R (2000) 3 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité, 19 janvier 2000 : « [...] la reconnaissance d'un droit individuel, universel et justiciable des personnes en situation d'extrême précarité à la satisfaction de ces besoins est une condition à l'exercice d'autres droits fondamentaux et un élément indispensable dans un Etat démocratique fondé sur le droit ».

<sup>430</sup> Suisse, Trib. Féd., ATF 121, I, p. 367 [371, 373].

<sup>431</sup> Selon le Tribunal fédéral, la portée de ce droit et son « noyau dur » coïncident (ATF 130, I, 71). Dès lors, il ne peut être limité (Suisse, Trib. Féd., ATF 131, I, 166 [176]). Néanmoins, ce dernier « vise à garantir un minimum, à savoir l'assistance en cas d'indigence, mais non la couverture d'un

explicitement dans le discours du juge : celui qui est démuné de moyens pour vivre ne peut pas profiter de ses autres droits fondamentaux, non seulement sociaux, mais également civils et politiques. Il ne fait en effet nul doute que pour être en mesure d'invoquer son droit à l'éducation, par exemple, mais également sa liberté d'expression, un individu doit avant tout manger à sa faim.

Le droit à des conditions minimales d'existence présente à la fois un contenu protéiforme et un caractère fonctionnel, dès lors qu'il permet de jouir d'autres droits. Il se laisse donc difficilement appréhender, *a fortiori* en droit comparé. Mais, au-delà de la matière elle-même, c'est surtout la manière avec laquelle le juge la modèle qui révèle le traitement très diversifié de ce droit particulier.

## II. Une justiciabilité aux contours et aux fondements diversifiés

Dès lors que les États ont l'obligation de respecter, de protéger, de promouvoir et de satisfaire<sup>432</sup> le droit à des conditions minimales d'existence<sup>433</sup>, il reste à s'interroger sur le rôle du juge au sein des mécanismes destinés à en assurer l'effectivité (A). Au-delà des modes de justiciabilité, les différentes décisions de jurisprudence qui mettent en exergue ce droit révèlent deux fondements bien distincts, tantôt en lien avec l'idée de dignité, tantôt en relation avec le droit à la vie (B).

### A. Une justiciabilité à double visage

Une fois les contours du droit à des conditions minimales d'existence délimités, il reste à s'interroger sur les différentes formes de justiciabilité dont il peut être assorti. D'emblée, les réponses divergent. La plupart du temps, le juge ne lui reconnaît qu'une justiciabilité normative, objective (1). De temps à autre, il s'éloigne cependant de cette voie initiale et prévoit une justiciabilité

---

revenu minimal » (Suisse, Trib. Féd., ATF 130, I, p. 71, cons. 4.1). Autrement dit, « la nécessité d'une aide doit ressortir de manière évidente et clairement reconnaissable de la situation particulière ».

<sup>432</sup> V. *supra*. La Commission africaine rappelle précisément cette triple mission dans sa Communication Social and Economic Rights Action Center & the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, déc. précit., §§ 44-47.

<sup>433</sup> Au sein de la doctrine anglo-saxonne, deux auteurs se détachent tout particulièrement. D'un côté, Thomas POGGE défend une vue « libertarienne » (libertarian view) et n'évoque que des droits négatifs. Selon lui, le droit aux « nécessités fondamentales » (right to basic necessities) impose un devoir négatif de ne pas collaborer à l'imposition coercitive d'institutions sociales injustes qui jouent un rôle crucial dans la persistance de l'extrême pauvreté. A l'opposé, selon Henry SHUE, le droit à des conditions minimales d'existence impose aussi bien des devoirs négatifs que positifs (Basic rights : subsistence, affluence, and U.S. foreign policy, précit., p. 13). Plus précisément, il impose trois types de devoirs (duties), qui doivent tous être mis en œuvre de manière efficiente (v. Elizabeth ASHFORD, in Thomas POGGE, Freedom from Poverty as Human Right, Who owes what to the very poor ?, précit., pp. 190-206).

subjective, permettant à l'individu d'en obtenir une satisfaction, même minimale<sup>434</sup>, et soulignant ainsi son caractère exigible (2).

### 1) Une justiciabilité principalement normative

La justiciabilité du droit à des conditions minimales d'existence revêt au premier chef un caractère objectif. La jurisprudence allemande est à ce sujet particulièrement révélatrice. Très tôt, la Cour administrative fédérale a reconnu à l'individu la possibilité d'exiger une interprétation de la loi en conformité avec le principe de dignité humaine<sup>435</sup>. Un peu plus tard, à propos d'une loi relative aux pensions versées à des orphelins handicapés, les juges constitutionnels ont déclaré que l'assistance aux nécessiteux faisait partie des « obligations évidentes » de l'État social<sup>436</sup>. Or, ce dernier implique une obligation d'assistance (*Schutz- und Fürsorgepflichtigkeit*), c'est-à-dire une obligation juridique *objective* imposant à l'État de garantir à la population une « protection sociale minimale » (« *soziale Mindestsicherung* »)<sup>437</sup>. C'est dans ce même sens que la Cour de Karlsruhe s'est prononcée le 9 février 2010 dans sa décision *Hartz IV*<sup>438</sup>.

Même aux États-Unis, où tant le texte que la jurisprudence constitutionnels s'avèrent très timides en matière de droits sociaux, l'article XVII de la Constitution new yorkaise<sup>439</sup> a été interprété par la Cour suprême de cet État comme imposant au législateur un « mandat constitutionnel » (*constitutional mandate*) lui enjoignant d'aider les plus démunis<sup>440</sup>. Ainsi, cet article a toujours été considéré comme l'expression de l'existence d'un « devoir positif » imposant à l'État d'aider les individus dans le besoin<sup>441</sup>. S'il laisse une certaine marge de manœuvre au législateur dans la répartition des fonds publics<sup>442</sup>, il impose néanmoins à ce dernier une obligation claire de mettre en œuvre *tous les moyens nécessaires* afin que les habitants de l'État puissent recevoir les soins dont ils ont besoin<sup>443</sup>. Ainsi, dans une décision du 5 décembre 1979, statuant sur une procédure de *class action* engagée par des personnes sans-abris, les juges new yorkais ont établi des « standards *minima* en matière

<sup>434</sup> Carole NIVARD, La justiciabilité des droits sociaux. Etude de droit conventionnel européen, Thèse Univ. Montpellier, 2009, p. 19.

<sup>435</sup> All., Cour adm., BVerwGE 1, p. 159 [161 s.].

<sup>436</sup> V. All., Cour const., BVerfGE 40, p. 121, 18 juin 1975, *Waisenrente*.

<sup>437</sup> Contra, v. Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 2<sup>ème</sup> éd., Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1994, p. 454.

<sup>438</sup> All., Cour const., BVerfGE, 9 février 2010, 1 BvL 1/09.

<sup>439</sup> L'art. XVII C. new yorkaise a été adopté afin de répondre à la crise économique et sociale générée par la Grande Dépression. A ce propos, v. *supra*, la contribution collective relative au droit américain et intitulée « La justiciabilité des droits sociaux : les spécificités du débat américain ».

<sup>440</sup> *Tucker v. Toia*, 371 N.E.2d 449, 452 (Cour d'Appel de New York, 1977). V. également *Bernstein v. Toia*, 373 N.E.2d 238 (Cour d'Appel de New York, 1977). Dans l'Etat de New York, la Cour d'Appel correspond en réalité à la Cour suprême.

<sup>441</sup> *Tucker v. Toia*, *Ibid.* (Cour d'Appel de New York, 1977).

<sup>442</sup> *V. Barie v. Lavine*, 357 N. E. 2d 349, 352 (Cour d'Appel de New York, 1976).

<sup>443</sup> *V. Mc Cain v. Koch*, 511 N. E. 2d 62 (Cour d'Appel de New York, 1987) ; *Aliessa v. Novello*, 754 N. E. 2d 1085, 1092, 1098-1099 (Cour d'Appel de New York, 2001) ; *Jiggets v. Grinker*, 553 N. E. 2d 570, 572-575 (Cour d'Appel de New York, 1990). Cela apparaît surtout très explicitement dans la décision *Tucker v. Toia*, 371 N. E. 2d 451-453.

d'hébergement» (*minimum shelter standards*). Par là, ils ont imposé aux pouvoirs publics la construction de dortoirs et la mise à disposition de « fournitures » minimales, et sont même allés jusqu'à exiger de la ville qu'elle mette à la disposition des personnes concernées « une information claire et écrite » leur indiquant les autres solutions d'hébergement envisageables<sup>444</sup>. Malgré tout, le législateur conserve une très grande latitude : comme le constate la Cour d'appel new yorkaise, l'État n'est pas tenu de satisfaire pleinement l'ensemble des besoins légitimes des plus démunis ; il est en droit, notamment, d'accorder la distribution des aides en fonction de l'optimisation des fonds publics envisagée<sup>445</sup>. Il ressort ainsi de ces diverses jurisprudences l'obligation pour le législateur d'assurer un minimum de réalisation du droit à des conditions minimales d'existence, autrement dit de prévoir une *effectivité minimale* d'un droit qui présente déjà un *contenu minimal*.

La reconnaissance par le juge d'un droit au minimum vital ne signifie cependant pas que tout individu a la possibilité d'agir en justice pour obtenir réparation. C'est précisément sur ce point que certains droits nationaux se démarquent, dès lors qu'ils admettent, même de manière discrète, l'idée d'une justiciabilité subjective en faveur de l'individu.

## **2) Une justiciabilité exceptionnellement subjective**

Le juge suisse s'est montré sur ce point particulièrement novateur. Dans une décision du 27 octobre 1995, dégagant un nouveau droit constitutionnel non écrit qui s'apparente à un droit à des conditions minimales d'existence, il a souligné qu'il s'agissait là d'un droit subjectif, accordé à tous<sup>446</sup>. Dans le prolongement de cette première étape jurisprudentielle, l'article 12 de la Constitution de 1999 garantit aujourd'hui un droit « d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse »<sup>447</sup>.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne est également ici très intéressante. Dans une décision *MP. Eduardo Cifuentes Muñoz* du 23 septembre 1992<sup>448</sup>, cette juridiction a considéré que lorsqu'une personne se trouve dans une situation de faiblesse manifeste, due à sa condition économique, physique ou mentale, sans qu'elle même ou sa famille puissent lui venir en aide, il incombe exceptionnellement à l'État de lui fournir une assistance minimale. Les droits à la santé, à la sécurité sociale, à la protection et l'assistance aux personnes âgées revêtent certes en principe un caractère programmatique. Mais

---

<sup>444</sup> Callahan v. Carey, No. 79-42582 (Sup. Ct. N.Y. County, Cot. 18, 1979).

<sup>445</sup> *Ibid.*, 373 N. E. 2d 244. V. également Hope v. Perales, 634 N. E. 2d 183, 187-188 (New York, 1994) ; Doris Brownley et al. v. Robert Doar (New York, 2009). Dans le même sens, v. la décision Hartz IV (précit.) rendue par la Cour constitutionnelle allemande le 9 février 2010.

<sup>446</sup> V. *supra*.

<sup>447</sup> « Quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine » (nous soulignons).

<sup>448</sup> Arrêt T-533/1992, 23 sept. 1992. L'auteure remercie Victor Andrés OLARTE pour la traduction de cette décision.

ils peuvent faire naître un droit public subjectif d'application immédiate, dès lors que la personne intéressée prouve son état de faiblesse manifeste, ainsi que l'impossibilité matérielle de sa famille à l'assister<sup>449</sup>.

La subjectivisation du droit à des conditions minimales d'existence révèle ses trois principales caractéristiques.

Dès lors qu'est reconnu un droit subjectif, il s'avère en premier lieu nécessaire de l'individualiser. Le juge constitutionnel allemand le rappelle très explicitement. Le législateur est certes libre de déterminer la forme que doit revêtir le droit à des conditions minimales d'existence<sup>450</sup>. Il doit néanmoins prendre en compte deux principes fondamentaux : outre un principe de satisfaction des besoins (*Bedarfsdeckungsgrundsatz*)<sup>451</sup>, il doit veiller au respect du principe d'individualisation (*Individualisierungsgrundsatz*)<sup>452</sup>. La procédure doit ensuite être organisée de telle sorte que le besoin d'assistance sociale soit satisfait entièrement dans chaque cas particulier. De même, en Suisse, les décisions du Tribunal fédéral, mais également des juridictions cantonales insistent sur la nécessité de prendre en compte la situation particulière de chaque individu. Ainsi, pour la Cour de droit public vaudoise, le droit à des conditions minimales d'existence « vise à garantir un minimum, à savoir l'assistance en cas d'indigence, et non la couverture d'un revenu minimal ». Partant, « la nécessité d'une aide doit ressortir de manière évidente et clairement reconnaissable de chaque situation particulière »<sup>453</sup> ; situation qui doit être délimitée et catégorisée en amont par le législateur<sup>454</sup>.

Individuel, le droit à des conditions minimales d'existence est en second lieu, de par sa nature même, inconditionnel. Reconnu à tout être humain sans condition ni contrepartie<sup>455</sup>, il est censé fournir à chacun des moyens *minima*, dont l'intensité, ou éventuellement le montant, varie en fonction de l'appréciation subjective des situations de détresse.

La subjectivisation du droit à des conditions minimales d'existence pose en dernier lieu la délicate question de ses titulaires. Au premier regard, sa nature et son contenu obligent à le penser sous l'angle de l'universalité. Dans la mesure où il n'est *qu'un* droit à un minimum, il importe de le garantir à tout

---

<sup>449</sup> V. notamment cons. 5.

<sup>450</sup> All., Cour const., BVerfGE 22, p. 180 [204].

<sup>451</sup> Ce premier principe a été dégagé par la Cour administrative fédérale. Dès lors que les prestations garantissent le droit à la subsistance physique, elles doivent être effectives et suffisantes. V. All., Cour adm., BVerwGE 108, p. 47 [53].

<sup>452</sup> V. All., Cour const., *Hartz IV*, précit.

<sup>453</sup> Suisse, Trib. Féd., ATF 130, I, p. 71.

<sup>454</sup> De même, dans sa décision de 2005, la Cour israélienne rappelle : « the right to dignity, and even the right to live with dignity, is not a right to a monthly benefit in a certain amount. It is the right that, when all the support and aid systems are provided, human dignity is preserved in the end result » (Commitment to Peace and Social Justice Society and others, HCJ 366/03, déc. précit., § 20, p. 128).

<sup>455</sup> A ce propos, v. Diane ROMAN, « Devoir de travailler et protection sociale : d'une problématique de la dette sociale à la question des "devoirs sociaux" », RDSS, 2009, n° 1, pp. 63-78.

individu, indépendamment de sa situation économique, familiale ou sociale. Il ressort pourtant de la jurisprudence que le droit à des conditions minimales d'existence est très souvent envisagé en relation avec certaines catégories d'individus, qui seraient, en quelque sorte, les plus vulnérables parmi les vulnérables. Sont tout d'abord avancés des critères d'ordre individuel, très souvent destinés à privilégier la situation des enfants. Ainsi, la Cour suprême sud-africaine s'attache tout particulièrement à la situation de ces derniers, et déduit de l'article 28 alinéa 1 de la Constitution l'obligation fondamentale pour l'État de fournir un toit aux enfants<sup>456</sup>. De même, dans la décision *Grootboom*, le juge sud-africain considère que la question des limitations budgétaires ne s'applique pas au droit à un abri (*right to shelter*) reconnu aux enfants<sup>457</sup>. Dans le même sens, est parfois mis en avant le caractère particulièrement vulnérable des personnes handicapées<sup>458</sup>, plus fréquemment confrontées, du fait de leur incapacité à travailler, par exemple, à l'extrême pauvreté. La question de la distinction entre nationaux et résidents étrangers, enfin, fait débat dans le cadre de la mise en œuvre d'un revenu minimum d'existence, parfois dénommé « revenu citoyen »<sup>459</sup>. En revanche, le contenu du droit à des conditions minimales, en tout cas son noyau dur, destiné à préserver l'intégrité physique de l'individu, est généralement reconnu comme revenant à tout individu, national ou étranger. A ce propos, tout comme son homologue suisse, le juge constitutionnel sud-africain a considéré que le droit au minimum était dû à chaque individu résidant sur le territoire<sup>460</sup>. Mais, *in fine*, quelle que soit la forme de justiciabilité dont le juge assortit le droit à des conditions minimales d'existence, il se reporte à des fondements qui varient d'un prétoire à un autre.

---

<sup>456</sup> V. Afrique du Sud, Cour const., 27 nov. 1997, *Soobramoney v. minister of Health, KwaZulu-Natal*, CCT 32/97. V. Solange ROSA, Mira DUTSCHKE, « Child rights at the score : The use of international law in South African cases on children's socio-economic rights », *South African Journal on Human Rights*, 2006, vol. 22, pp. 224 s., spéc. pp. 245-259. V. également Inde, C.S., 1990, *Shantistar Builders v. Narayan Khimalal Tatome and Others*, AIR SC 630, déc. précit.

<sup>457</sup> « [The right to shelter conferred upon children] has not been made subject to a qualification of availability of financial resources » (Afrique du Sud, Cour const., 2001, *Government of the Republic of South Africa & Others Grootboom & Others*, 1 SA 46, déc. précit.). V. également id., 5 juillet 2002, *Minister of Health & Others v. Treatment Action Campaign & Others (No 2)*, déc. précit.

<sup>458</sup> En 1996, le Rapporteur spécial Leandro DESPOUY notait dans son rapport final : « parmi les principales causes directes d'invalidité [on trouve] la malnutrition et la misère, qui constituent en outre des facteurs aggravant celle-ci » (E/CN.4/Sub.2/1996/13, op cit., § 34). V. également à ce sujet le compte-rendu du Rapporteur Spécial sur le droit à l'éducation.

<sup>459</sup> A propos de ce débat, mais dans le strict contexte du droit à un revenu minimum d'existence, v. Jean-Marc FERRY, *L'allocation universelle, pour un revenu de citoyenneté*, Ed. du Cerf, 1995 ; André GORZ, « Revenu minimum et citoyenneté. Droit au travail v. droit au revenu », *Futuribles*, 1994, n° 184, pp. 49 s.

<sup>460</sup> V. Suisse, Trib. Féd., ATF 121, I, p. 367 et s., 27 octobre 1995, déc. précit. ; Afrique du Sud, Cour const., 4 mars 2004, *Khosa and others v. Minister of social developpment and others*, déc. précit. Dans le même sens, v. Recommandation n° R-2000 3 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité, 19 janvier 2000, Principe 4.

## **B. Des fondements matériels distincts**

Parce que l'extrême pauvreté représente une situation subie empêchant l'individu de jouir de ses droits, elle est très souvent considérée comme une violation de la dignité humaine (1). Mais, dans d'autres contextes, elle constitue au premier chef une atteinte au droit à la vie (2)<sup>461</sup>. Le droit sud-africain présente la particularité d'associer ces deux approches (3).

### **1) Un fondement axiologique : le droit à la dignité**

Comme le souligne Aharon Barak « il est [certes] évident que la dignité humaine ne signifie pas tout ce qui est bon et beau dans la vie »<sup>462</sup>. Tout au plus peut-on dire, dans la logique kantienne, que la dignité est intrinsèque à la personne humaine : absolue, inaliénable, elle ne peut se perdre. En revanche, le sentiment de dignité peut quant à lui se perdre. Afin de le préserver, certains juges entendent le droit à la dignité dans un sens large, et en déduisent un droit à des conditions minimales d'existence. Tantôt envisagé de manière autonome, ce droit à la dignité interprété comme droit au minimum (a) est parfois relié à un principe complémentaire, qui n'est autre que le principe d'État social (b). Dans tous les cas, l'objectif sous-jacent vise, à plus long terme, à permettre à l'individu de recouvrer une certaine autonomie (c).

#### *a. Le droit à la dignité envisagé de manière autonome : l'exemple du droit israélien*

La Cour suprême israélienne se fonde quasi exclusivement sur le principe de dignité pour reconnaître la justiciabilité du droit à des conditions minimales d'existence. Ainsi, dans une décision rendue le 12 décembre 2005, où était en cause une décision gouvernementale de réduire considérablement des prestations sociales, la Cour prend soin de rappeler que le droit à la dignité, constitutionnellement garanti<sup>463</sup>, ne fixe pas que des objectifs, des idéaux à atteindre : il s'impose aux pouvoirs publics<sup>464</sup>. En l'occurrence, le droit à la dignité ne constitue pas une simple métaphore : il s'agit bien d'un « droit », dont le respect s'impose au gouvernement<sup>465</sup>. Plus précisément, du droit à la dignité découlent des droits « dérivés » (« *deriving rights* »)<sup>466</sup>, parmi lesquels figurent les droits sociaux, et notamment le droit au maintien d'un niveau de vie (*standard of living*)<sup>467</sup>. Pour mener une existence digne, l'individu ne doit pas

---

<sup>461</sup> A/RES/47/134. Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies, Droits de l'homme et extrême pauvreté, 18 décembre 1992, Préambule.

<sup>462</sup> Aharon BARAK, *Constitutional Interpretation*, Tel Aviv, Nevo Publishing, 1994, p. 419.

<sup>463</sup> V. art. 1A, 2 et 4 Israël.

<sup>464</sup> La Cour cite d'ailleurs les art. 27 al. 2 C. Afrique du Sud et art. 39 C. Inde.

<sup>465</sup> V. art. 11 C. Israël : « Every organ of government is liable to respect the rights under this Basic Law ».

<sup>466</sup> Déc. précit., § 12, p. 120 ; § 15, p. 123. La Cour parle également de « droits dérivés » (« *derived rights* »), ou de « droits tacites » (« *implied rights* »), et notamment de « droits sociaux tacites » (« *implied social rights* »).

<sup>467</sup> *Ibid.*, § 14, p. 123.

être soumis à « une détresse économique » et ne doit pas subir « une intolérable pauvreté »<sup>468</sup>. Puis, développant une argumentation très minutieuse, la Cour confronte le droit à la dignité<sup>469</sup> aux efforts déjà fournis par l'État pour satisfaire le devoir qui lui incombe<sup>470</sup>. Or, c'est ici que le bât blesse : malgré des débuts prometteurs, les juges israéliens rendent une décision qui s'avère en définitive décevante. Il revient en effet aux requérants de prouver que, malgré la mise en place de services sociaux, leur dignité est violée parce que leurs conditions de vie sont insuffisantes. Or, une réduction – même significative – du montant de leurs aides sociales n'implique pas en soi une violation de leur dignité, et ce « même s'il ne fait aucun doute que la réduction de ces avantages rendra leurs vies, qui sont déjà difficiles, encore plus rudes »<sup>471</sup>. En dépit de ce constat sévère, la fin de la décision, tout comme la lecture des opinions divergentes<sup>472</sup>, est à elle seule particulièrement instructive. Presque gênés de rejeter les requêtes, les juges terminent en reconnaissant la situation très difficile d'un grand nombre de familles et en rappelant aux autorités étatiques la nécessité de lutter contre la pauvreté<sup>473</sup>.

#### *b. La dignité associée au principe de l'État social : les droits allemand et colombien*

La dignité de l'individu est parfois associée à un principe plus général, qui n'est autre que le principe d'État social. Celui-ci vient alors jouer le rôle de complément, et est destiné à élargir le champ d'application *ratione materiae* et *ratione personae* du droit à des conditions minimales d'existence.

C'est tout d'abord le cas du droit allemand. Dans sa décision rendue le 9 février 2010<sup>474</sup>, la Cour de Karlsruhe rappelle que « le droit à la garantie de moyens *minima* d'existence conformes à la dignité » (*Existenzminimum*) possède une double origine. Il est issu, en premier lieu, du droit à la dignité humaine<sup>475</sup>. Il s'apparente alors à un droit destiné à maintenir l'existence lorsqu'une urgence particulière l'exige (*Existenznot*) et constitue en quelque sorte le noyau dur du droit à des conditions minimales d'existence. Ses contours demeurent toutefois vagues : tout au plus peut-on dire ici qu'est dans le besoin celui qui ne dispose pas des moyens en nourriture, habillement, logement et santé nécessaires à sa

---

<sup>468</sup> *Ibid.*, § 15, p. 124.

<sup>469</sup> *Ibid.*, §§ 12-16, pp. 119-127.

<sup>470</sup> *Ibid.*, §§ 18 s., pp. 127 s.

<sup>471</sup> *Ibid.*, § 19, p. 128.

<sup>472</sup> Le juge E. E. LEVY considère en effet, dans une opinion divergente, que le droit à la dignité a bien été violé. Rappelant la nécessité d'instaurer un « filet de sécurité », il va ainsi plus loin et plaide en faveur de la reconnaissance d'un droit à des conditions « appropriées », ou « correctes », de vie (« right to proper living conditions »). V. déc. précit., p. 140 et s., v. notamment § 10 de son opinion, p. 153.

<sup>473</sup> Déc. précit., § 31-32, pp. 136-137.

<sup>474</sup> Plus en détail, v. Céline FERCOT, « Les contours du droit à un minimum vital conforme à la dignité humaine : à propos de la décision "Hartz IV" de la Cour constitutionnelle allemande du 9 février 2010 », RDSS, 2010, n° 4, pp. 653-661.

<sup>475</sup> V. l'art. 1<sup>er</sup> al. 1 LF.

survie<sup>476</sup> : doivent alors lui être fournies les conditions nécessaires à son intégrité physique<sup>477</sup>. Mais le droit au minimum revêt également une dimension sociale. Il convient en effet de déduire du principe d'État social<sup>478</sup> un droit à un « minimum d'existence socioculturel » (« *soziokulturelles Existenzminimum* »)<sup>479</sup>. Ainsi, la Cour de Karlsruhe conclut « [que ce droit] garantit à chaque bénéficiaire les conditions matérielles qui sont nécessaires (*unerlässlich*) à son existence physique et à sa participation minimale à la vie sociale, culturelle et politique ».

Le droit colombien peut ici être utilement rapproché du droit allemand. Dans une décision *MP. Eduardo Cifuentes Muñoz*, rendue le 24 juin 1992<sup>480</sup>, la Cour constitutionnelle colombienne a affirmé l'existence d'un droit au minimum vital (« *mínimo vital* »), qu'elle a déduit des droits à la vie, à la santé, au travail, à l'assistance et à la sécurité sociale, mais surtout de la dignité humaine et du principe d'État social<sup>481</sup>, estimant que l'individu avait besoin d'un certain nombre d'éléments matériels pour survivre<sup>482</sup>.

### *c. Dignité et autonomie de l'individu*

Dans ces deux cas, l'idée est d'insister sur la nécessaire autonomie de l'individu : quelle que soit la situation de pauvreté qui l'affecte, ce dernier ne doit recevoir ses consignes que de lui-même<sup>483</sup>. Comme le rappelle expressément la Cour constitutionnelle sud-africaine, si l'on peut chercher « à prendre en charge ceux qui ne peuvent se prendre en charge eux-mêmes »<sup>484</sup>, l'objectif final ne peut être atteint que si l'individu est en mesure de s'assumer seul<sup>485</sup>. On peut alors rapprocher cet élément du droit à l'épanouissement personnel tel que l'a systématisé la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *K. A. et A. D. contre Belgique* du 17 février 2005. Celui-ci suppose en effet que tout individu, exerçant son autonomie personnelle soit en mesure de déterminer les conditions nécessaires à son développement personnel et de les réaliser<sup>486</sup>. Le droit allemand connaît d'ailleurs expressément un principe d'autonomie (*Selbsthilfegrundsatz*). En vertu de celui-ci, l'État peut venir au secours de l'individu, mais il ne peut pas prendre en charge toutes ses difficultés : d'une

<sup>476</sup> All., Cour adm., BVerwGE 14, p. 294 [296 s.] ; 87, p. 212 [214]. V. W. HÖFLING, in M. SACHS, Grundgesetz-Kommentar, Art. 1, n° 25.

<sup>477</sup> All., Cour adm., BVerwGE 35, p. 178 [180].

<sup>478</sup> V. art. 20 al. 1 LF. V. également All., Cour const., BVerfGE 40, p. 121 [133] ; 45, p. 187 [228].

<sup>479</sup> V. All., Cour adm., BVerwGE 14, p. 294 [296 et s.] ; 25, p. 307 [317 et s.] ; 27, p. 63 ; 106, p. 99 [104 et s.] ; 107, p. 234 [236].

<sup>480</sup> Colombie, Cour const., arrêt T-426/92.

<sup>481</sup> *Ibid.*, cons. 5.

<sup>482</sup> *Ibid.*, cons. 4.

<sup>483</sup> D'un point de vue étymologique, « être autonome » implique de n'obéir volontairement qu'à la loi (nomos) que l'on se donne à soi-même (auto), par notre raison.

<sup>484</sup> Afrique du Sud, Cour const., 4 mars 2004, *Khosa and others v. Minister of social development and others*, déc. précit., (6) SA 505, spéc. p. 52.

<sup>485</sup> On retrouve implicitement cette idée dans l'art. 19 C. finnoise, qui dispose que quiconque n'est pas en mesure de s'assurer une vie conforme à la dignité a droit à une aide sociale.

<sup>486</sup> CEDH, 1<sup>ère</sup> Section, 17 février 2005, *K.A. et A.D. contre Belgique*, requêtes n° 42758/98 et 45558/99.

part, cela reviendrait pour la communauté à façonner la personnalité d'un individu selon une norme sociale ; d'autre part, ledit individu deviendrait objet de la procédure, et perdrait ainsi toute dignité. Les prestations visant à protéger le droit au minimum d'existence ne peuvent donc constituer qu'une aide subsidiaire<sup>487</sup>. Une telle conception, d'inspiration kantienne<sup>488</sup>, considère que chaque individu se caractérise par son statut moral et incarne un agent autonome rationnel, capable de déterminer ses propres fins. De cet impératif découle une conclusion : si l'homme a une dignité, c'est parce qu'il est rationnel, et si cette dignité est absolue et première, c'est parce que l'homme est le seul à pouvoir en disposer. Partant, tout individu peut, et doit, exiger le respect de sa dignité. Plus largement, derrière la dignité se cache en réalité *l'égale dignité* des individus.

Mais le droit à des conditions minimales d'existence est parfois envisagé sous un tout autre angle : sur le fondement du droit à la vie.

## 2) Un fondement utilitariste : le droit à la vie

A l'opposé de la conception défendue par le juge constitutionnel allemand, la Cour suprême indienne s'est montrée particulièrement audacieuse en développant une interprétation extensive du droit à la vie<sup>489</sup>. C'est en effet sur ce fondement qu'elle a reconnu un droit à la santé<sup>490</sup>, au logement<sup>491</sup>, à l'alimentation<sup>492</sup>, ainsi qu'un droit de jouir de moyens de subsistance<sup>493</sup>. Dans une décision *Olga Tellis*, de 1985, les juges indiens soulignent que le droit à des moyens d'existence (*right to livelihood*) doit être directement rattaché au droit à la vie. Soulignant les conséquences dramatiques de l'exode rural et la condition de vie des résidents des bidonvilles (*slums*), la Cour soutient que « le moyen le plus facile de priver une personne de son droit à la vie serait de le priver de ses moyens d'existence ». Or, « une telle privation ne dépouillerait pas seulement la vie de son contenu effectif et de sa signification mais cela *rendrait la vie impossible à vivre* »<sup>494</sup>. Plus récemment, dans une décision *Shantistar Builders v. Narayan Khimali Tatome and Others*, rendue le 31 janvier 1990, la même juridiction a considéré que le droit la vie assurait l'égalité des « segments faibles de la société » (« *weaker segments of society* ») et a rappelé que la satisfaction des besoins fondamentaux (*basic needs*) était indispensable au développement des individus. A cette occasion, elle a souligné, en des termes forts, la différence entre un animal et un être humain : alors que le premier exige uniquement que l'on protège son corps, le second mérite une « satisfaction appropriée » (« *suitable*

<sup>487</sup> All., Cour adm., VerwGE 47, p. 103 [106 et s.].

<sup>488</sup> V. E. KANT, Métaphysique des mœurs, II, Doctrine de la vertu, I.I., §§ 11-12 ; I.II, §§ 38-39.

<sup>489</sup> C'est dans une décision Francis Coralie, rendue en 1981, que la Cour suprême a entamé son interprétation que nous qualifierons de sociale du droit à la vie. V. Inde, C.S., 1981, Francis Coralie Mullin v. the Administrator, Union Territory of Delhi, 2 SCR 516, 529.

<sup>490</sup> Inde, C.S., 1996, Paschim Banga Khet Majoor Samity v. State of West Bengal, 4 SCC 37.

<sup>491</sup> Inde, C.S., 1997, Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulab Khan, 11 SCC 123.

<sup>492</sup> Inde, C.S., 2001, People's Union for Civil Liberties v. Union of India and others.

<sup>493</sup> Inde, C.S., 1985, Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation, 3 SCC 545.

<sup>494</sup> Déc. précit., § 2.1 [79 F-H, 80 A-B], pp. 59-60.

*accommodation* ») des besoins qui lui permettent de se développer dans tous ses aspects : physiques, mentaux et intellectuels. Pour autant, à l'issue d'une décision minutieusement détaillée, les juges indiens ont considéré que l'expulsion d'habitants de bidonvilles n'était pas constitutive d'une violation du droit à la vie. Rien n'impose, en effet, à l'État de fournir des moyens matériels permettant le relogement desdits individus dans de meilleures conditions<sup>495</sup>. A l'origine d'une démarche originale, la Cour suprême indienne rend ainsi une décision relativement timide, privilégiant la voie d'une justiciabilité « molle » à une réelle effectivité.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence indienne révèle de manière constante une conception « utilitariste »<sup>496</sup> du droit à des conditions minimales d'existence, destinée à protéger les intérêts des individus. Dans un tel contexte, la justification dudit droit n'entretient aucun lien explicite avec l'autonomie des individus concernés, mais dépend de l'importance des intérêts susceptibles d'être protégés, du nombre de personnes appelées à en profiter<sup>497</sup> et enfin des contraintes que cette reconnaissance impose aux autres individus. Il revient alors aux institutions d'agir de manière efficace afin de protéger les intérêts en jeu.

### **3) Les droits à la vie et à la dignité associés : le droit sud-africain**

A mi-chemin entre le droit allemand et le droit indien, la Cour suprême sud-africaine tente de réunir ces deux approches. Dans sa décision *Khosa*, rendue le 4 mars 2004, elle rattache le droit à des conditions minimales d'existence non seulement au droit à la vie, mais également au droit à la dignité<sup>498</sup>. Elle commence par rappeler que les droits sociaux sont dans leur ensemble étroitement associés aux valeurs constitutionnelles de dignité, d'égalité et de liberté. Loin de s'exclure, ces garanties, indissociables, se renforcent les unes les autres<sup>499</sup>. En l'espèce, le fait d'exclure des résidents permanents du système de sécurité sociale constitue une violation de l'article 27 de la Constitution, lequel mentionne explicitement – chose rare – un droit à la santé, ainsi qu'à l'alimentation et à l'eau<sup>500</sup>. Ainsi, les juges sud-africains entendent réunir deux conceptions de l'individu qui, à première vue, peuvent paraître antagonistes : à court terme, le droit au minimum vise à rendre possible la vie de l'individu fragilisé par l'extrême pauvreté ; à plus long terme, le droit à

---

<sup>495</sup> Déc. précit., pp. 80-81. V. également *Inde, C.S., 1989, Municipal Corporation of Delhi v. Gurnam Kaur*, 1 SCC 101.

<sup>496</sup> V. Catherine AUDARD, *Anthropologie historique et critique de l'utilitarisme*, PUF, t. III, 1989, p. 1.

<sup>497</sup> V. déc. précit.

<sup>498</sup> V. respectivement art. 11 et 10 C. sud-africaine.

<sup>499</sup> *V. S. v Makwanyane and Another* 1995 (3) SA 391 (CC); 1995 (6) BCLR 665 (CC), § 327.

<sup>500</sup> L'art. 27 al. 1 C. sud-africaine est ainsi rédigé : « everyone has the right to have access to [...] (a) health care services, including reproductive health care ; (b) sufficient food and water [...] ».

la dignité prend en quelque sorte le relais, et vise davantage à lui assurer une vie convenable<sup>501</sup>.

### **Conclusion**

A l'issue de cette analyse comparatiste, il semble parfois, comme en Inde, que la reconnaissance d'un droit à des conditions minimales d'existence s'apparente à une approche minimaliste des droits sociaux et fasse office de prétexte pour ne garantir *que* le minimum. Or, il convient de garder à l'esprit que le respect d'un *droit au minimum* ne constitue qu'une première étape, et non l'aboutissement du processus de réalisation des droits sociaux.

#### *Pour citer cet article*

Céline Fercot, « Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtés du droit à des conditions minimales d'existence en droit comparé », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012  
<http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/le-juge-et-le-droit-au-minimum.pdf>

---

<sup>501</sup> Thomas SCANLON, *What we Owe to Each Other*, Cambridge, Massachusetts, Harvard Univ. Press, 1998.

## SECTION 3

### LE DROIT A L'ALIMENTATION

CAROLE NIVARD

Le droit à l'alimentation a fait l'objet d'une consécration relativement ancienne sur le plan international puisqu'il se trouve formulé tant à l'article 25 de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme<sup>502</sup>, qu'à l'article 11 du Pacte International des droits économiques sociaux et culturels<sup>503</sup>. Pourtant, ce droit peut être considéré comme un « droit jeune »<sup>504</sup>. En effet, d'une part, il ne se trouve que peu consacré au sein des différents ordres juridiques<sup>505</sup>. Ainsi, seul un nombre restreint de Constitutions nationales, une vingtaine dans le monde, se réfèrent explicitement à ce droit<sup>506</sup>. D'autre part, le contenu du droit à l'alimentation n'a été précisé que récemment. De fait, la concrétisation du droit à l'alimentation comme un droit de l'Homme à part entière, exigible par tout individu, n'a pas été immédiate<sup>507</sup>. Si famines et malnutrition ont toujours existé, leur appréhension en termes de droit de l'Homme est nouvelle. Les pénuries alimentaires ont d'abord été étudiées sous l'angle de la sécurité alimentaire d'un État, calculée en fonction de sa production et de ses réserves céréalières. Puis, le lien a été fait entre famine et accès des individus aux denrées alimentaires. En effet, la possession par un État de denrées en nombre suffisant ne signifie pas que l'alimentation de sa population soit assurée quand certains individus, notamment les plus vulnérables, n'y ont pas accès. Ce n'est qu'ultérieurement que l'affirmation d'une obligation d'assurer la sécurité

---

<sup>502</sup> L'article 25 § 1 dispose que « toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation ».

<sup>503</sup> L'article 11 dispose que « 1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants [...] 2. Les États parties au présent Pacte, reconnaissant le droit fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim, adopteront, individuellement et au moyen de la coopération internationale, les mesures nécessaires, y compris des programmes concrets [...] ».

<sup>504</sup> V. Christian COURTIS, « The Right to Food as a Justiciable Right: Challenges and Strategies », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 11, 2007, p. 323.

<sup>505</sup> Le droit à l'alimentation se trouve formellement garanti aux articles 24 et 27 de la Convention relative aux droits de l'enfant, à l'article 3 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, à l'article 12 du Protocole de San Salvador à la Convention interaméricaine des droits de l'Homme.

<sup>506</sup> V. les directives volontaires à l'appui de la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale, adoptées par la FAO en novembre 2004, p. 134.

<sup>507</sup> Wenche BARTH EIDE, « From food security to the right to food », in W. BARTH EIDE, U. KRACHT (eds), *Food and Human Rights in Development. Legal and Institutional Dimensions and Selected Topics*, Antwerpen, Oxford, 2005, pp. 67-97.

alimentaire ainsi que l'identification de ses éventuels débiteurs et bénéficiaires, ont permis sa formulation comme droit de l'Homme. Parmi les premiers travaux sur cette question, le Rapport de Abjorn Eide, alors Rapporteur spécial de la Sous-Commission sur le droit à l'alimentation suffisante, datant du 7 juillet 1987, a constitué une première définition des obligations que le droit à l'alimentation pouvait supposer en tant que droit de l'Homme<sup>508</sup>. Par la suite, la FAO (Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture) a approfondi cette question et organisé en 1996 un Sommet Mondial de l'alimentation qui a réuni les chefs d'États mondiaux. Or, dans la Déclaration finale de ce Sommet, la Déclaration de Rome sur la sécurité alimentaire, les États ont formulé comme objectif la clarification du droit à une nourriture adéquate tel qu'il figure dans le PIDESC notamment<sup>509</sup>. En réponse à ce souhait, le Comité des droits économiques et sociaux a adopté son Observation générale n° 12 du 12 mai 1999<sup>510</sup>. Le Comité a ainsi précisé que « le droit à une nourriture suffisante est réalisé lorsque chaque homme, chaque femme et chaque enfant, seul ou en communauté avec d'autres, a physiquement et économiquement accès à tout moment à une nourriture suffisante ou aux moyens de se la procurer »<sup>511</sup>. Surtout, le Comité a clarifié les obligations qui s'imposent aux États en s'inspirant largement de la classification tripartite posée par A. Eide, distinguant entre obligation de respecter, de protéger et de réaliser le droit. Dans la continuité, la fonction de Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation a été créée à partir de 2000<sup>512</sup>. Les travaux des Rapporteurs successifs ont contribué et contribuent grandement à la promotion de la garantie de ce droit ainsi qu'à la détermination de son contenu. Parallèlement, la FAO continue d'œuvrer pour la réalisation concrète de ce droit. Dans ce cadre, les États ont adopté en 2004 des Directives volontaires à l'appui de la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale<sup>513</sup> qui ont pour objet de guider leur action en vue d'une mise en œuvre effective du droit à l'alimentation.

La formulation du droit à l'alimentation en tant que droit de l'Homme, bien que récente, a eu un impact certain sur sa mise en œuvre. En effet, d'une part, elle a permis de définir des obligations précises de l'État dont le contrôle peut être assuré par un juge. Elle contribue donc à la justiciabilité du droit (I). D'autre part, elle a créé une obligation de respect de ce droit dans toutes les

---

<sup>508</sup> E/CN.4/Sub.2/1987/23 et Série d'études sur les droits de l'Homme n° 1, publication des Nations Unies, 1989. Pour une mise à jour, voir E/CN.4/Sub.2/1999/12.

<sup>509</sup> Objectif 7.4 de la Déclaration de Rome de 1996.

<sup>510</sup> Comité DESC, Observation générale n° 12, 12 mai 1999, Le droit à une nourriture suffisante (art. 11), E/C.12/1999/5.

<sup>511</sup> *Ibid.*, § 6. La présente étude ne traite pas du droit à l'alimentation dans sa conception qualitative, c'est-à-dire comme le droit à une alimentation saine. Les questions relatives à la qualité des aliments seront donc éludées.

<sup>512</sup> Mandat par la résolution 2000/10 de la Commission des droits de l'Homme du 17 avril 2000, E/CN.4/2000/L.11/Add.1

<sup>513</sup> Directives adoptées par le Conseil de la FAO en Novembre 2004. V. également FAO, Les Directives sur le droit à l'alimentation. Documents d'information et études de cas, Rome, FAO, 2006, 226 p.

activités de l'État, notamment dans ses engagements internationaux. Elle contribue donc à définir des obligations extraterritoriales des États qui leur imposent de garantir le droit à l'alimentation des personnes qui se trouvent sur le territoire d'autres États membres. Cette extension du champ d'obligation des États s'avère particulièrement adéquate s'agissant du droit à l'alimentation dont la garantie dépend en partie des échanges internationaux. A ce titre, la question de l'impact de l'application des règles de l'Organisation Mondiale du Commerce sur le droit à l'alimentation constitue une illustration pertinente des obligations que les États membres de l'OMC pourraient se voir imposer en vertu de ce droit (II).

## I. Un droit de l'Homme source d'obligations justiciables

Le respect du droit à l'alimentation est susceptible d'être contrôlé par un juge. Néanmoins, étant donné le caractère récent de ce droit, son exigibilité a nécessité sa formalisation préalable, laquelle emprunte des voies différentes (A). L'examen de la jurisprudence internationale, régionale et interne permet de définir les différentes obligations étatiques que le respect du droit à l'alimentation impose (B).

### A. Les différentes voies de justiciabilité

Le juge a semblé assumer le contrôle du droit à l'alimentation de deux manières. D'une part, il a pu s'appuyer sur la concrétisation du droit opéré au plan international pour définir un contenu exigible devant lui (1). D'autre part, il a pu garantir le droit à l'alimentation de manière indirecte en passant par le contrôle d'un autre droit (2).

#### 1) La concrétisation du droit

Pendant longtemps, la justiciabilité du droit à l'alimentation est apparue inenvisageable même lorsque le droit était consacré textuellement. Cela paraît plus évident s'agissant des textes ne bénéficiant pas d'un mécanisme juridictionnel de garantie. Mais au-delà, le manque de précision quant au contenu du droit limitait toute formulation du droit en obligations étatiques exigibles.

Une clarification préalable du contenu du droit à l'alimentation a ainsi semblé nécessaire à son possible contrôle par le juge. De fait, l'adoption de l'Observation générale n° 12 par le Comité DESC a permis de préciser suffisamment les obligations des États découlant du droit à l'alimentation. Cette Observation générale n'a certes pas eu d'impact direct sur la justiciabilité de ce droit dans la mesure où le Comité n'est pas un juge<sup>514</sup>. Cependant, elle a contribué indirectement à la justiciabilité du droit à l'alimentation, en

---

<sup>514</sup> La perspective de l'entrée en vigueur du Protocole facultatif au PIDESC du 10 décembre 2008 permet d'envisager une évolution vers une garantie de nature quasi-juridictionnelle.

influençant les décisions des juges. Il semble en effet que la concrétisation du droit à l'alimentation par le Comité DESC ait facilité sa garantie par certaines juridictions, qu'elles soient internationales, régionales ou internes. Ainsi, la Cour Internationale de Justice, dans un arrêt *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur sur le territoire palestinien*, rendu en 2004, n'a pas hésité à constater, pour la première fois, la violation de l'article 11 du PIDESC en raison des entraves subies par les palestiniens dans l'exercice de leur droit à un niveau de vie suffisant<sup>515</sup>. Cette reconnaissance expresse de l'invocabilité et de la justiciabilité des dispositions du PIDESC pourrait augurer d'un futur contentieux stimulant en matière de droit à l'alimentation<sup>516</sup>. Par ailleurs, dans l'affaire du peuple *Ogoni* rendue en 2001<sup>517</sup>, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples a condamné un État en raison d'une violation du droit à l'alimentation en se fondant largement sur les différents niveaux d'obligations définies par l'Observation générale n° 12. Certains juges nationaux se sont également appuyés sur le travail de clarification du Comité pour interpréter leur droit national de manière à garantir le droit à l'alimentation. Ainsi, la Cour constitutionnelle colombienne a dégagé des termes de la Constitution, lus à la lumière des travaux du Comité DESC, un droit à un minimum de subsistance, comprenant la fourniture des aliments essentiels, qui doit être accordé en toutes circonstances aux personnes déplacées sur leur territoire<sup>518</sup>.

Le travail de clarification du contenu du droit à l'alimentation, opéré notamment au sein de l'ONU, a fourni à certains juges les moyens de contrôler le respect de ce droit en rendant possible la définition d'obligations exigibles par et devant le juge. Cette voie contentieuse a été confortée par une interprétation favorable d'autres droits.

## **2) Le recours aux autres droits**

L'examen des jurisprudences relatives au droit à l'alimentation montre que sa garantie se trouve souvent assurée par le biais d'un autre droit. Cette voie de justiciabilité semble empruntée dans deux situations. Elle permet soit de contourner l'absence de consécration formelle dudit droit, soit de compenser l'absence de compétence du juge pour connaître de la disposition qui le consacre.

---

<sup>515</sup> CIJ, Avis consultatif du 9 juill.2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur sur le territoire palestinien*, C. I. J. Recueil 2004, p. 136

<sup>516</sup> A ce titre, l'affaire *Epanrages aériens d'herbicide (Equateur c. Colombie, n° 2008/5)* devrait donner lieu à une décision intéressante. L'Equateur allègue une violation par la Colombie de ses obligations internationales du fait de déversements de pesticides toxiques, et demande de se voir indemnisé notamment « pour tout dommage ou perte causés aux biens ou aux moyens de subsistance de la population concernée ou à ses droits de l'Homme ».

<sup>517</sup> CADHP, 13 oct. 2001, *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, Com. 155/96.

<sup>518</sup> Colombie, Cour constitutionnelle, 22 janv. 2004, *Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo y otros*, T-025/04, § 9.4.

Confrontés à l'absence de texte, certains juges garantissent le droit à l'alimentation au travers d'autres droits ou principes qui lui sont parents mais qui se trouvent, eux, expressément consacrés. Ainsi, en interprétant largement le contenu de ces droits, ces juridictions arrivent à contrôler les exigences du droit à l'alimentation. Tel a été le cas du Tribunal fédéral suisse qui a dégagé du principe de dignité présent dans la constitution, un droit à des conditions minimales d'existence qui constitue, selon ses termes, un droit constitutionnel non écrit<sup>519</sup>. Or, la nourriture figure parmi ces conditions minimales. De la même manière, la Cour constitutionnelle fédérale allemande<sup>520</sup>, tout comme la Cour administrative fédérale allemande<sup>521</sup>, ont fait découler de la conjonction des principes de l'État social (art. 20, al.1) et de la dignité humaine (art. 1), un droit à un minimum de moyens d'existence, dont la nourriture, les vêtements et le logement. Dans sa récente décision *Hartz IV*<sup>522</sup>, la Cour constitutionnelle a d'ailleurs été amenée à contrôler le montant et le mode de calcul de l'aide sociale sur le fondement de ce droit. Elle s'est notamment interrogée sur la suffisance de l'allocation attribuée pour les enfants en vue d'assurer leurs besoins nutritionnels.

Cette voie de justiciabilité apparaît aujourd'hui comme la plus prometteuse dans la mesure où peu de constitutions nationales protègent expressément le droit à l'alimentation. Les juges qui se trouveraient dépourvus de texte sont susceptibles de contrôler le respect de ce droit s'ils l'interprètent comme implicitement protégé par un droit ou un principe plus large.

Cette protection par ricochet du droit à l'alimentation a également été utilisée pour contourner l'absence de mécanisme de garantie juridictionnelle qui lui soit attaché. Ainsi, le droit à l'alimentation peut être consacré dans un texte dépourvu d'un organe de contrôle juridictionnel. Tel est le cas de l'article 12 du Protocole de San Salvador qui garantit le droit à l'alimentation<sup>523</sup> mais ne peut donner lieu à une requête individuelle devant la Commission et la Cour interaméricaine des droits de l'Homme. Pour autant, cette injusticiabilité se trouve en partie compensée par l'interprétation large que ces deux organes ont donné du droit à la vie, garanti à l'article 4 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme, relevant donc de leur compétence. Selon la Cour interaméricaine, le droit à la vie doit être entendu comme un droit à une vie dans des conditions dignes<sup>524</sup>. Sur ce fondement, elle a été amenée à constater la

---

<sup>519</sup> Suisse, Trib. Féd., ATF 121, I, p. 367 et s., 27 octobre 1995.

367, JT, 1997, n° 9, pp. 278-288.

<sup>520</sup> V. All., Cour const., BVerfGE 1, 97 [104 s.], 19 déc. 1951, Hinterbliebenenrente I ; 40, p. 121 [134], 18 juin 1975, Waisenrente II ; 82, p. 60 [85], 29 mai 1990, Steuerfreies Existenzminimum.

<sup>521</sup> All., Cour adm., BVerwGE 1, p. 25 [27] ; 1, p. 159 [161-162].

<sup>522</sup> All., Cour const., BVerfGE, 9 fév. 2010, Hartz IV, RDSS, 2010, p. 653, note Céline FERCOT.

<sup>523</sup> Art. 12 du Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'Homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels du 17 novembre 1988 (« 1. Toute personne a droit à une alimentation adéquate qui lui assure la possibilité d'atteindre son plein développement physique et son plein épanouissement affectif et intellectuel »).

<sup>524</sup> Cour IDH, 19 novembre 1999, Fond et réparations, Villagrán Morales et autres (« Les enfants des rues ») c. Guatemala, Série C, n° 63.

violation du droit à la vie par un État n'ayant pas pris les mesures nécessaires à la garantie de conditions de vie dignes pour des communautés indigènes<sup>525</sup>. Entre autres obligations, l'État aurait dû distribuer suffisamment d'aliments aux membres des communautés qui, privées de l'accès à leurs terres traditionnelles, se trouvaient dénuées de tout moyen de subsistance. Autre cas de figure, le droit à l'alimentation peut se trouver garanti sous une forme qui ne soit pas justiciable. Ainsi, la Constitution indienne contient une disposition relative au devoir de l'État d'améliorer le niveau nutritionnel et le niveau de vie de sa population<sup>526</sup>. Cet article 47 de la Constitution relève des Principes directeurs de la politique de l'État considérés comme injusticiables<sup>527</sup>. Pourtant, la Cour Suprême indienne a interprété le droit à la vie, droit fondamental justiciable au sens de la Constitution, comme comprenant le droit de jouir des besoins élémentaires dont le droit à l'alimentation, le droit d'être vêtu et le droit de vivre dans un logement décent<sup>528</sup>. Le juge indien réussit ainsi à contrôler le respect du principe d'amélioration de l'alimentation par le biais d'une interprétation socialisante du droit à la vie.

Qu'ils l'appréhendent de manière directe ou indirecte, les juges ont ainsi assumé leur compétence pour contrôler le respect du droit à l'alimentation. Leurs décisions contribuent également à préciser le contenu justiciable de ce droit.

## **B. Les différentes obligations justiciables**

Les obligations définies par les juges s'agissant du droit à l'alimentation peuvent être présentées suivant la classification tripartite retenue par le Comité DESC dans son Observation générale n° 12. Les États ont l'obligation de respecter (1), de protéger (2) et de réaliser (3) le droit à l'alimentation.

### **1) L'obligation de respecter**

Selon les termes du Comité DESC, l'obligation de respecter le droit à l'alimentation « impose de s'abstenir de prendre des mesures qui aient pour effet de priver quiconque de [l']accès » à la nourriture<sup>529</sup>. Cette obligation négative ne demande pas d'effort financier de la part de l'État et peut donc être immédiatement exigée de lui. Dans l'affaire des *Ogonis*, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples a condamné l'État nigérian en raison des activités pétrolières menées par la société nationale qui ont contaminé les terres

---

<sup>525</sup> Cour IDH, 17 juin 2005, Communauté indigène Yakye Axa c. Paraguay, Série C, n° 125 ; Cour IDH, 29 mars 2006, Fond et réparations, Communauté indigène Sawhoyamaya c. Paraguay, Série C, n° 146.

<sup>526</sup> Article 47 de la Constitution (« The State shall regard the raising of the level of nutrition and the standard of living of its people »).

<sup>527</sup> V. *supra*, David ROBITAILLE et *infra*, Diane ROMAN.

<sup>528</sup> Inde, Cour Suprême statuant à 3 juges, 31 janv. 1990, *Shantistar Builders v. Narayan Khimalal Totame*, Appeal No. 2598/1989 ; 14 déc. 1994, *Shri Phuman G. Gupta v. State of Gujrat and others*, RD-SC 679.

<sup>529</sup> Comité DESC, Observation générale n° 12, précit., § 15.

de la Communauté, ainsi que des opérations de répressions brutales qu'il a menées à l'encontre de ses membres. Elle estime ainsi que le droit des Ogonis a été violé du fait de la destruction de leurs sources d'alimentation par le Gouvernement et des obstacles opposés à leur recherche de nourriture<sup>530</sup>. De la même manière, dans l'affaire *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur sur le territoire palestinien*<sup>531</sup>, la violation du droit d'être à l'abri de la faim résulte de l'action du gouvernement qui a coupé l'accès aux productions agricoles et aux moyens de subsistance des palestiniens par la construction du mur. Le juge national est également à même de condamner ce type de comportement. Tel a été le cas en Afrique du Sud où la Haute Cour de la Province du Cap de Bonne Espérance a considéré que l'adoption d'une loi relative à la protection des ressources naturelles avait violé le droit constitutionnel à l'alimentation de pêcheurs traditionnels qui se trouvaient privés de leur accès à la mer en application de celle-ci<sup>532</sup>.

## **2) L'obligation de protéger**

Au-delà de la simple abstention, l'État doit encore protéger les individus contre la violation de leur droit fondamental par d'autres personnes privées ou morales. L'Observation générale n° 12 précise ainsi que le droit à l'alimentation impose à l'État « de veiller à ce que des entreprises ou des particuliers ne privent pas des individus de l'accès à une nourriture suffisante ». Cette obligation exige de l'État qu'il encadre suffisamment et de manière effective, les agissements des personnes privées. La législation doit prévenir ce type de violations, les sanctionner et les accompagner de recours effectifs. L'affaire des *Ogonis* a ainsi donné lieu à une condamnation du Nigeria, qui n'avait pas empêché les compagnies pétrolières privées de polluer les sources alimentaires de ce peuple, voire qui avait favorisé leur action<sup>533</sup>.

## **3) L'obligation de réaliser**

L'obligation de réalisation impose à l'État des obligations positives plus complexes. Elle exige en effet de prendre les mesures nécessaires à l'amélioration de l'accès des individus à l'alimentation et même de distribuer des vivres aux personnes qui se trouveraient dans l'impossibilité d'y accéder. Ces obligations relèvent tant d'une mise en œuvre progressive de politiques nationales que d'actions immédiatement exigibles. Elles peuvent donc donner lieu à deux types d'intervention du juge. Premièrement, ce dernier peut être amené à ordonner la fourniture d'un minimum de subsistance. Deuxièmement,

---

<sup>530</sup> CADHP, 13 octobre 2001, *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, précit., § 66.

<sup>531</sup> CIJ, Avis consultatif du 9 juill. 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur sur le territoire palestinien*, précit.

<sup>532</sup> Afrique du Sud, High Court (Cape of Good Hope Provincial Division), 2 mai 2007, *Kenneth George and Others v. Minister of Environmental Affairs & Tourism*, Case N° EC 1/2005.

<sup>533</sup> CADHP, 13 oct. 2001, *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, précit., § 66.

lorsque l'État met en place une politique de mise en œuvre de ce droit, il peut contrôler le caractère adéquat et effectif de celle-ci.

#### **4) L'obligation de fournir un minimum de subsistance**

L'obligation de réaliser apparaît comme la plus difficilement justiciable. En effet, dans la mesure où elle consiste en une obligation d'agir de la part de l'État, l'intervention du juge apparaît discutable car contraire au principe de séparation des pouvoirs. L'autorité judiciaire ne pourrait imposer ou contrôler le choix politique du législateur du fait de son manque de légitimité démocratique. Pourtant, cette critique ne semble pas devoir être opposable s'agissant d'une réalisation minimale du droit à l'alimentation, ce que traduisent certaines décisions des juges américains. Ainsi, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme a pu constater des violations du droit à la vie en raison notamment de l'insuffisance de l'action étatique pour assurer la survie des membres d'une Communauté indigène qui avaient perdu leurs terres traditionnelles. En conséquence de ces violations, elle a ordonné la fourniture d'aliments en quantité, variété et qualité suffisantes afin que ces personnes jouissent des conditions nécessaires à une vie digne<sup>534</sup>. Au plan interne, la Cour suprême argentine a, dans une affaire *Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado nacional y otra*<sup>535</sup>, ordonné à l'État et à la Province concernée de fournir immédiatement de l'eau potable et des aliments à des populations indigènes se trouvant dans une situation extrêmement dégradée. Ce faisant, la Cour estime ne pas s'ingérer dans l'exercice du pouvoir politique. En effet, étant donné l'urgence et la gravité de la situation, elle s'est considérée contrainte de contrôler les activités des autres pouvoirs afin d'assurer le respect des droits constitutionnels. De la même manière, le juge colombien a formulé un droit à un minimum de subsistance pour les personnes déplacées de force, ce qui lui a permis d'imposer aux autorités de mettre en place immédiatement un programme d'aide alimentaire d'urgence<sup>536</sup>.

Ces illustrations traduisent bien la possibilité pour le juge d'exiger une réalisation minimale du droit à l'alimentation qui n'empiète pas sur le pouvoir d'appréciation du législateur. En effet, pour ces juges, il s'agit de protéger le noyau dur de la dignité de la vie humaine, la substance même du droit à la vie. Si le juge n'assurait pas le respect de cette exigence minimale, il ne remplirait donc pas son rôle de gardien des droits fondamentaux.

---

<sup>534</sup> Cour IDH, 17 juin 2005, Communauté indigène Yakye Axa c. Paraguay, précit., § 221 ; Cour IDH, 29 mars 2006, Fond et réparations, Communauté indigène Sawhoyamaya c. Paraguay, précit., § 230.

<sup>535</sup> Argentine, Cour Suprême, 18 sept. 2007, *Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado nacional y otra*, D. 587. XLIII.

<sup>536</sup> Colombie, Cour const., 22 janv. 2004, *Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo y otros*, précit., § 10.1.4.

## 5) Le contrôle de la mise en œuvre du droit à l'alimentation

S'il peut apparaître difficile pour un juge d'imposer la mise en place de programmes et de politiques, rien ne s'oppose à ce qu'il contrôle ces derniers une fois qu'ils ont été adoptés. Dans ce cas, le risque d'empiètement de l'appréciation du juge sur celle du législateur est amoindri, car son intervention est postérieure à la prise de décision. La justiciabilité peut concerner soit un contrôle de la mise en œuvre effective des politiques, soit un contrôle de leur caractère légitime et adéquat. A ce titre, la jurisprudence « Right to food » de la Cour Suprême indienne constitue une illustration particulièrement intéressante<sup>537</sup>. Si l'affaire n'est toujours pas close, la Cour Suprême a rendu un grand nombre d'ordonnances provisoires relatives à l'application des programmes indiens de distribution alimentaire. La Cour Suprême a ainsi pu exiger la mise en œuvre effective des programmes en place, notamment la distribution des quotas de céréales disponibles conformément à la législation<sup>538</sup>. Au-delà, la Cour Suprême a défini précisément les catégories de personnes bénéficiaires de l'aide alimentaire en ajoutant notamment les populations tribales<sup>539</sup> et les sans-abris<sup>540</sup>. Elle a même modifié le contenu d'un programme en le complétant par une obligation de fournir un repas cuisiné à midi pour les enfants dans les écoles primaires<sup>541</sup>. Les juges sont donc compétents pour contrôler le caractère effectif et suffisant des mesures prises par l'État pour réaliser le droit à l'alimentation. De la même manière, les juges nord-américains ont été amenés à apprécier la légalité de programmes de distribution alimentaire. Ils ont ainsi pu censurer des programmes en raison des critères d'éligibilité des bénéficiaires<sup>542</sup> ou au motif que la prise de décision d'octroi de l'aide alimentaire en situation d'urgence était trop lente<sup>543</sup>.

En définitive, le droit à l'alimentation est bien un droit dont le respect est susceptible d'être exigé devant un juge.

## II. Un droit de l'Homme source d'obligations extraterritoriales des États : l'exemple de l'OMC

Si le droit à l'alimentation impose des obligations aux États dont certaines peuvent être aisément justiciables, une des spécificités du droit à l'alimentation réside dans le fait que sa réalisation dépend en partie des circonstances économiques internes et internationales. Cet état de fait est d'autant plus vrai que le marché des denrées alimentaires est désormais largement mondialisé. Ainsi, l'effectivité du droit à l'alimentation au sein d'un

---

<sup>537</sup> Inde, Cour Suprême, *People's Union for Civil Liberties v. Union of India*, Writ Petition (Civil) 196 of 2001.

<sup>538</sup> Inde, C.S., Ordonnance du 17 sept. 2001.

<sup>539</sup> Inde, C.S., Ordonnance du 2 mai 2003.

<sup>540</sup> Inde, C.S., Ordonnance du 20 janv. 2010.

<sup>541</sup> Inde, C.S., Ordonnance du 28 nov. 2001.

<sup>542</sup> U.S. Supreme Court, 25 juin 1973, *U.S. Department of Agriculture v. Moreno*, 413 US 528.

<sup>543</sup> U.S. District Court, 2<sup>nd</sup> district, *Robidoux v. Kitchel*, 876 F. Supp. 575 (D. Vt. 1995).

État est soumise aux fluctuations marchandes sur le plan mondial. Or, les États peuvent être tenus responsables de cette situation du fait de leurs politiques commerciales et du fait de leur participation à la régulation internationale des finances et des échanges en tant que membres d'organisations internationales économiques comme le Fonds Monétaire International, la Banque Mondiale ou l'Organisation mondiale du commerce par exemple. Le respect du droit à l'alimentation comporte ainsi des obligations extraterritoriales pour les États, comme a pu les définir l'ancien rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation Jean Ziegler<sup>544</sup>, ou des « obligations internationales » selon la terminologie du Comité DESC dans son Observation générale n° 12<sup>545</sup>. L'idée sous-jacente à ces obligations est de considérer que les États sont tenus de respecter le droit à l'alimentation des individus vivant sur le territoire d'autres États lorsque leur comportement et leur décision ont un impact sur eux. Dans ce cadre, les Accords de l'OMC figurent parmi les règles internationales dont l'application peut avoir un effet plus ou moins négatif sur le respect du droit à l'alimentation (A). Pourtant, le droit à l'alimentation n'est pas évoqué au sein des règles de droit de l'OMC<sup>546</sup>. Il n'en demeure pas moins que l'obligation pour les États d'assurer la garantie du droit à l'alimentation est susceptible de les obliger en tant que membres de l'OMC (B).

### **A. L'impact de l'application des règles de l'OMC sur le droit à l'alimentation**

La question de l'impact de la mondialisation sur le droit à l'alimentation fait l'objet d'un grand nombre d'études depuis quelques années par les organes de l'ONU<sup>547</sup>. Ces études s'inscrivent dans une problématique plus générale qui est celle des effets de la globalisation sur la protection des droits de l'Homme. Les règles de l'OMC ont fait l'objet d'une attention particulière notamment de la part des rapporteurs spéciaux au droit à l'alimentation successifs. Parmi les divers accords OMC, l'Accord sur l'agriculture se trouve le plus concerné (1). Ses effets sur la réalisation du droit à l'alimentation sont cependant difficilement appréhendables car ils ne sont pas homogènes et diffèrent selon les États. Dans leur globalité, les règles de l'OMC présentent un caractère ambivalent s'agissant du droit à l'alimentation car leurs effets varient entre la théorie et la pratique (2).

---

<sup>544</sup> Rapport E/CN.4/2005/47 ; Rapport E/CN.4/2006/44 ; Rapport A/HRC/7/5.

<sup>545</sup> Comité DESC, Observation générale n° 12, précit., § 36. V. également Olivier DE SCHUTTER, Rapport « Renforcer la capacité d'adaptation : un cadre fondé sur les droits de l'Homme pour la réalisation de la sécurité alimentaire et nutritionnelle mondiale », UN doc. A/HRC/9/23.

<sup>546</sup> Seul le Préambule de l'Accord sur l'Agriculture se réfère à des considérations autres que commerciales, comme la sécurité alimentaire que les États Membres sont tenus de prendre en compte en s'engageant dans le programme de réforme.

<sup>547</sup> V. les rapports rendus par les deux rapporteurs spéciaux sur le droit à l'alimentation qui se sont succédé. V. également Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'Homme, Mary ROBINSON, « La mondialisation et ses effets sur la pleine jouissance de tous les droits de l'Homme », E/CN.4/2002/54 ; FAO, Les Négociations Commerciales Multilatérales sur l'Agriculture - Manuel de Référence - II - L'Accord sur l'Agriculture, 2001.

## **1) Les règles concernées**

L'Accord sur l'agriculture (AsA) apparaît comme l'accord ayant l'impact le plus direct sur la réalisation du droit à l'alimentation. L'AsA s'applique aux produits agricoles. Il a pour objet d'interdire toutes restrictions non tarifaires à l'accès au marché (article 4). Ces dernières doivent ainsi être transformées en droits de douane qui font eux-mêmes l'objet d'une consolidation puis d'une réduction. Il est cependant possible d'invoquer une clause de sauvegarde spéciale (SSG) pour augmenter les droits de douane provisoirement en cas de baisse subite des prix ou d'augmentation des importations (article 5). L'Accord exige encore la diminution des mesures de soutien interne qui ont une incidence directe sur la production et le commerce (catégorie orange). En revanche, certaines mesures de soutien interne sont autorisées lorsqu'elles ont une incidence minimale sur le commerce comme les aides à la recherche, à la santé publique, etc. (catégorie verte) ou les aides directes aux agriculteurs tenus de limiter leur production (catégorie bleue) ou encore les mesures de soutien d'ampleur modeste (article 6). L'AsA engage enfin à la réduction des subventions à l'exportation telles que consolidées en 1995 (article 9).

L'Accord prévoit des règles différenciées pour les pays en développement qui bénéficient de périodes de mise en œuvre plus longues et de taux de réduction plus faibles. De plus, il est prévu que les pays exportateurs puissent prohiber ou restreindre temporairement l'exportation de produits alimentaires pour pallier une situation interne de pénurie alimentaire (article 12). Ils doivent cependant prendre en compte les effets de leur mesure sur la sécurité alimentaire des États importateurs nets. Par ailleurs, l'AsA prévoit l'adoption de mesures en faveur des pays les moins avancés (PMA) et des pays en développement importateurs nets de produits alimentaires (PDINPA). Tel est bien l'objet de la Décision ministérielle de Marrakech sur les mesures concernant les effets négatifs possibles du programme de réforme sur les pays les moins avancés et les pays en développement importateurs nets d'aliments, adoptée pendant les négociations commerciales du Cycle d'Uruguay, qui prévoit quatre mécanismes pour éviter les éventuelles difficultés résultant de l'application de l'AsA pour de tels pays. Les États doivent ainsi s'assurer de la suffisance de l'aide alimentaire, accorder un traitement différencié à ces pays en matière de crédits à l'exportation de produits agricoles, prévoir des facilités de paiement et prendre en considération leurs demandes d'assistance technique et financière dans le cadre des programmes d'aide.

## **2) Des effets ambivalents**

L'application des règles de l'OMC doit théoriquement mener à la réalisation du droit à l'alimentation. Une position optimiste, adoptée notamment

par le directeur général de l'OMC, Pascal Lamy<sup>548</sup>, consiste en effet à penser qu'en favorisant l'ouverture des marchés, ces règles permettent à chaque État de se spécialiser dans la production de biens pour lesquels il a un avantage comparatif. Cette spécialisation entraîne un rendement croissant, donc une augmentation de la production accompagnée d'une baisse des prix à la consommation, d'où découle un pouvoir d'achat croissant des consommateurs, et donc, à terme, une amélioration de leur bien-être. Rapportée à la question du droit à l'alimentation, la libéralisation des échanges permettrait le développement économique des États et donc l'augmentation du pouvoir d'achat de nourriture des consommateurs. En effet, l'accès au marché sans discrimination permettrait aux États d'exporter leurs biens, donc de s'enrichir, et aux pays les moins productifs d'augmenter leur productivité au contact des États dont la productivité est plus élevée. L'augmentation de la production de produits agricoles et celle du niveau de vie des consommateurs favoriseraient donc la réalisation du droit à l'alimentation. Cette position n'ignore pas la persistance de la faim dans le monde mais elle considère qu'elle n'a pas de lien avec l'application des règles de l'OMC. Elle découlerait au contraire des distorsions de concurrence persistantes et des choix politiques internes.

Pourtant, force est de constater que, dans les faits, l'application des règles de l'OMC entraîne une fragilisation du droit à l'alimentation. Certes, seulement 15% de la production alimentaire mondiale fait l'objet d'un commerce international. Néanmoins, ce commerce a un impact important au plan interne car les prix internationaux et nationaux ont tendance à converger. Au moment de l'ouverture des marchés, la plupart des pays pauvres se sont retrouvés importateurs de produits agricoles de base afin de profiter des prix plus bas de certaines denrées (prix en partie dus aux fortes subventions à l'exportation accordées par les États-Unis et la Communauté Européenne à leurs agriculteurs). Dans les PDINPA, la forte augmentation des importations a contribué à la faillite des producteurs locaux incapables d'aligner leurs prix sur ceux des produits importés. D'un autre côté, faute d'avoir investi pour aider les producteurs locaux à pénétrer sur les marchés à haute valeur ajoutée des pays riches, ces pays n'arrivent pas à profiter de la libéralisation du marché. En conséquence, ces États se retrouvent totalement dépendants du prix des importations pour leur sécurité alimentaire. Cet état de fait les rend particulièrement vulnérables à l'instabilité croissante des prix sur les marchés internationaux et sensibles à la hausse des prix des produits alimentaires à l'origine de problèmes de balance des paiements (surtout en cas de choc brutal).

Même si une partie de l'insécurité alimentaire est due à la présence de distorsions de concurrence (comme les fortes subventions à l'exportation des pays développés), la libéralisation aurait tendance à aggraver le sort des paysans les plus pauvres puisque seuls les gros producteurs seraient en mesure

---

<sup>548</sup> V. « La libéralisation du commerce et l'OMC : aide ou entrave au droit à l'alimentation ? », Débat entre Pascal LAMY et Olivier DE SCHUTTER, 11 mai 2009, Genève, [http://www.wto.org/french/forums\\_f/debates\\_f/debate14\\_f.htm](http://www.wto.org/french/forums_f/debates_f/debate14_f.htm).

de profiter des avantages de celle-ci. En effet, les petits producteurs des pays en voie de développement ne peuvent rivaliser en termes de productivité avec les grands producteurs, avec lesquels ils se retrouvent pourtant en concurrence.

## **B. Les obligations des États membres de l'OMC en vue de la garantie du droit à l'alimentation**

La garantie du droit à l'alimentation en tant que droit de l'Homme impose de lire les obligations des États dans le cadre de l'OMC à la lumière du respect de ce droit. Les Accords tels qu'ils sont rédigés comportent des mesures et des mécanismes susceptibles d'améliorer la réalisation du droit à l'alimentation. Les États ont donc, dans un premier temps, l'obligation d'appliquer ces règles de manière effective en vue de la réalisation du droit à l'alimentation (1). Au-delà, les règles actuelles ne semblent pas suffisantes pour atteindre cet objectif. Les pays membres de l'OMC auraient ainsi, dans un deuxième temps, l'obligation de modifier, voire de remettre en cause, les règles existantes (2).

### **1) Une application effective des règles existantes**

Les fortes subventions à l'exportation, comme celles accordées par l'Union européenne et par les États-Unis à leurs agriculteurs, constituent l'une des causes principales des crises alimentaires dans les pays en développement. L'Accord sur l'Agriculture permet cette situation dans la mesure où le niveau de ces subventions, au moment de leur consolidation en 1995, était démesurément plus élevé pour ces pays que pour les pays pauvres. Une baisse radicale des subventions serait donc nécessaire au rééquilibrage des échanges sur le marché mondial. De façon moins extrême, la seule application de bonne foi, par ces États riches, de leurs obligations de réduction des subventions serait d'ores et déjà une avancée dans la réalisation du droit à l'alimentation. Or, la pratique démontre que tel n'est pas toujours le cas. Lorsque ces pays ne respectent pas leurs obligations conventionnelles, l'appel à l'Organe de Règlement des Différends (ORD) apparaît comme un moyen efficace de régulation. De fait, l'ORD a été amené à condamner des pratiques illégales de contournement de leurs obligations par ces États. Ainsi dans l'affaire *États-Unis-Coton upland*<sup>549</sup>, le Groupe spécial, confirmé en cela par l'Organe d'appel, a requalifié de supposées mesures de soutien interne en subventions à l'exportation et constaté en conséquence la violation de ces obligations par les États-Unis en vertu de l'AsA<sup>550</sup>. De la même manière, dans une affaire *Communautés européennes-Subventions à l'exportation de sucre*, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont

---

<sup>549</sup> V. Rapport du Groupe spécial États-Unis – Subventions concernant le coton upland, WT/DS267/R, 8 sept. 2004 ; Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Subventions concernant le coton upland, WT/DS267/AB/R, 21 mars 2005.

<sup>550</sup> Une telle requalification avait déjà été faite dans une affaire antérieure, Rapport de l'Organe d'appel Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers, WT/DS103/AB/RW, WT/DS113/AB/RW, 3 déc. 2001.

conclu au dépassement du niveau d'engagement des CE en matière de subventions à l'exportation, notamment du fait que ces dernières n'avaient pas démontré que la quantité de sucre dépassant le niveau d'engagement d'exportation n'était pas subventionnée<sup>551</sup>. Les constatations de l'ORD sont directement efficaces pour la Partie demanderesse qui a le droit d'adopter des mesures de rétorsion si l'État violant les règles de l'OMC ne se conforme pas rapidement à celles-ci. Ce mécanisme de contrôle pourrait s'avérer utile aux pays en voie de développement pour forcer les États riches à respecter leurs obligations. Néanmoins, la pratique démontre que les pays en développement n'ont pas les moyens techniques et financiers de formuler une plainte. Dans les espèces précédentes, ils n'étaient ainsi que tierces parties au litige, ce qui ne les autorise pas à adopter d'éventuelles mesures de rétorsion<sup>552</sup>. Pour autant, les saisines de l'ORD ont l'intérêt de permettre le constat du non-respect des obligations de réduction des subventions à l'exportation. Ces constats, même ponctuels, peuvent servir efficacement la cause des pays en développement sur le plan politique. En effet, s'il est démontré que les États développés ne respectent pas leurs obligations, ils pourront difficilement invoquer des promesses de réduction des subventions dans leurs négociations avec les pays en développement pour exiger, en contrepartie, l'ouverture du marché de ces derniers<sup>553</sup>.

En outre, les textes actuels contiennent un mécanisme pouvant permettre aux pays en développement d'opposer les risques d'insécurité alimentaire pour limiter l'application des règles du libre échange. Comme mentionné, l'AsA prévoit en effet une clause de sauvegarde qui permet de déroger à l'interdiction d'augmenter les droits de douane en cas de hausse subite des importations. Cependant, la plupart des pays en développement ne peuvent en bénéficier car elle n'est ouverte qu'aux États qui ont tarifé leurs produits et non pas à ceux qui ont fixé des taux plafond (comme la plupart des PED). Par ailleurs, s'agissant de ceux qui ont procédé à la tarification, certains ont des taux de consolidation égaux à zéro et n'ont donc aucune marge de manœuvre<sup>554</sup>.

---

<sup>551</sup> Rapport du Groupe spécial CE-Subventions à l'exportation de sucre, WT/DS265/R, 15 oct. 2004 ; Rapport de l'Organe d'appel, CE-Subventions à l'exportation de sucre, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, 28 avr. 2005.

<sup>552</sup> Dans l'espèce États-Unis – Subventions concernant le coton upland, la partie demanderesse était le Brésil, grand État exportateur. Les pays en développement comme le Bénin et le Tchad, étaient tierces parties. Dans l'espèce CE-Subventions à l'exportation de sucre, les plaignants étaient l'Australie, le Brésil et la Thaïlande. Parmi les tierces parties figuraient entre autres la Côte d'Ivoire, le Kenya, Madagascar, le Malawi.

<sup>553</sup> Romain BENNICCHIO, « Décision de l'Organe de règlement des différends (ORD) sur le coton : Quelles implications pour les pays africains et les négociations agricoles ? », in Eric Hazar *Négociations Commerciales Internationales et Réduction de la pauvreté : Le livre blanc sur le coton, Etudes et Recherches*, n° 249, Enda éditions, Dakar, 2005, pp. 33-43.

<sup>554</sup> Mary ROBINSON, « La mondialisation et ses effets sur la pleine jouissance de tous les droits de l'Homme », précit., § 42, spéc. note 41.

## 2) Une adaptation nécessaire des règles existantes

La seule application des règles existantes peut apparaître comme insuffisante à garantir le respect effectif du droit à l'alimentation. L'obligation pour les États membres de l'OMC de ne pas violer le droit à l'alimentation dans leurs activités internationales imposerait alors la modification des textes dans un sens plus conforme au respect de ce droit.

Des travaux d'organes et institutions internationales<sup>555</sup>, relayés par certains États membres de l'OMC<sup>556</sup>, ont pu ainsi envisager l'introduction de l'exigence de garantie du droit à l'alimentation au sein des Accords de l'OMC, ainsi qu'une différenciation accrue entre les États membres au profit des plus vulnérables. La référence au droit à l'alimentation obligerait ainsi les États à interpréter et à appliquer les règles conformément au respect de ce droit. La garantie du droit à l'alimentation pourrait également être ajoutée aux exceptions générales susceptibles de justifier une dérogation à l'application des Accords<sup>557</sup>. Cependant, la mesure la plus efficace pourrait bien être de prévoir un traitement différencié des règles de libre échange en faveur des pays en voie de développement. Ce traitement différencié existe déjà comme l'attestent les délais et taux de réduction plus favorables, ainsi que l'adoption de la Décision ministérielle de Marrakech<sup>558</sup>. Toutefois, ces flexibilités ne permettent pas à ces pays de se défendre contre les variations des cours mondiaux sur les denrées alimentaires. De plus, la Décision ministérielle n'a pas été appliquée dans les faits, faute de précisions suffisantes sur le contenu de ses exigences<sup>559</sup>. Les États membres de l'OMC devraient donc appliquer ces dispositions de manière effective. Au-delà, la différenciation devrait être accentuée. Le principe de non-discrimination tel qu'il est mis en place au sein de l'OMC ne semble pas suffisamment prendre en considération les grandes différences qui existent entre les pays riches et les pays pauvres, mais également entre les pays en développement eux-mêmes. Chaque pays devrait pouvoir faire appel à des clauses lui permettant temporairement de restreindre l'accès à son marché, d'augmenter ses subventions à l'exportation et ses mesures de soutien interne,

---

<sup>555</sup> Mary ROBINSON, « La mondialisation et ses effets sur la pleine jouissance de tous les droits de l'Homme », précit. ; FAO, Directives volontaires à l'appui de la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale, Directive 19.

<sup>556</sup> V. dans le cadre des négociations au sein de l'OMC, Proposition de pays en développement relative au traitement spécial et différencié et à la catégorie développement, G/AG/NG/W/13, 23 juin 2000 ; Proposition de la Norvège, G/AG/NG/W/101, 16 janv. 2001.

<sup>557</sup> V. l'article XX Accord GATT. V. par exemple, Conseil national de l'alimentation, « Les nouveaux facteurs légitimes de régulation du commerce international des denrées alimentaires », Avis n°59 adopté le 7 février 2008.

<sup>558</sup> V. *supra*.

<sup>559</sup> V. par exemple, Mary ROBINSON, « La mondialisation et ses effets sur la pleine jouissance de tous les droits de l'Homme », précit., § 27-30 ; Bart VROLIJK, « Module 9. La Décision sur les mesures concernant les effets négatifs possibles du programme de réforme sur les pays et les moins avancés et les pays en développement importateurs nets de produits alimentaires », in FAO, Les Négociations Commerciales Multilatérales sur l'Agriculture - Manuel de Référence - II - L'Accord sur l'Agriculture, 2001.

dans le but de garantir le droit à l'alimentation des personnes sur son territoire. Les pays les moins développés devraient recevoir une assistance technique et financière nécessaire à leur développement. En somme, les pays concernés doivent bénéficier de mesures de discrimination positive afin de pouvoir se retrouver en position d'égalité réelle avec les autres pays membres. De telles mesures supposent d'admettre de possibles distorsions au principe du traitement de la nation la plus favorisée. Les accords asymétriques, qui ont pour objectif de favoriser le développement de certains États, pourraient ainsi être autorisés. La condamnation du régime issu de la Convention de Lomé entre l'Union européenne et les pays ACP démontre bien que ce type d'accords contrarie pour l'heure les règles de l'OMC<sup>560</sup>.

Dans la lignée de ces idées, l'actuel Rapporteur spécial au droit à l'alimentation, Olivier de Schutter, semble prôner une application des règles de l'OMC qui réduise la dépendance des PED au marché international des denrées alimentaires, ainsi que le maintien d'une agriculture locale, traditionnelle et de subsistance<sup>561</sup>. Dans une perspective plus radicale, certaines organisations militent pour une remise en cause complète de l'application des règles de libre-échange aux denrées alimentaires. Elles invoquent à ce titre la notion de souveraineté alimentaire qui commande la maîtrise totale des États sur leur politique alimentaire<sup>562</sup>. Cette notion n'a cependant de sens que si la politique souveraine d'un État ne nuit pas à la politique alimentaire des autres pays.

La réalisation du droit à l'alimentation apparaît comme une mission particulièrement délicate et complexe. Dans ce cadre, la justiciabilité du droit de l'Homme à l'alimentation ne constitue qu'une des modalités de mise en œuvre effective de ce droit. Pour l'heure, elle ne permet pas à elle seule de compenser une politique agricole défectueuse ou une absence de volonté internationale de résolution du drame de la faim. Les 20-22 septembre 2010, à l'occasion du Sommet sur les objectifs du Millénaire pour le développement, les États membres de l'ONU n'ont ainsi pu que constater la permanence de la malnutrition en contradiction avec le premier objectif d'éradication de la faim. Cependant, la consécration du droit à l'alimentation en tant que droit de l'Homme permet de mieux encadrer les comportements étatiques et de renforcer la protection des individus, notamment par l'ouverture de voies de droit au profit des personnes ou des groupes concernés.

*Pour citer cet article*

Carole Nivard, « Le droit à l'alimentation », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012  
<http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/le-droit-c3a0-lalimentation.pdf>

---

<sup>560</sup> V. les différents rapports dans le contentieux Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes.

<sup>561</sup> Rapport « Mission auprès de l'Organisation Mondiale du Commerce », A/HRC/10/5/Add.2, 4 fév. 2009.

<sup>562</sup> V. le Rapport présenté par Jean ZIEGLER, E/CN.4/2004/10, § 24-34.

## SECTION 4

### LA JUSTICIABILITE DES DROITS SOCIAUX FONDAMENTAUX AU TRAVAIL

JULIEN BURDA

Les bouleversements nés de la libéralisation des échanges internationaux font de la protection des droits des travailleurs un enjeu essentiel. La concurrence internationale qui s'est développée ces dernières années, conséquence directe de ce processus de libéralisation, a en effet des répercussions importantes sur les relations sociales.

Dans les pays développés, le modèle de régulation socio-économique élaboré au début du XX<sup>e</sup> siècle privilégiant une forme unique de rapport de travail et garantissant la sécurité du travailleur, un temps de travail homogène et des négociations collectives relativement autonomes<sup>563</sup>, se trouve aujourd'hui remis en question. L'État, dont la souveraineté est relativisée par l'émergence d'autres acteurs internationaux, a progressivement abandonné le modèle keynésien pour devenir également un État « anti-inflationniste », maîtrisant ses dépenses et maintenant les conditions de concurrence. Les entreprises doivent désormais s'adapter rapidement à une compétition mondiale et exigent plus de flexibilité de la part des salariés<sup>564</sup>. Les syndicats se trouvent enfin confrontés à l'accroissement d'un chômage de masse, et doivent nécessairement repenser et réorienter leurs actions en vue de la création ou de la sauvegarde de l'emploi, mais aussi de la lutte contre la pauvreté<sup>565</sup>.

Les travailleurs sont les premiers à subir les conséquences sociales de ces bouleversements. De nouvelles relations de travail apparaissent et se matérialisent dans des contrats de travail à durée déterminée, temporaire, à temps partiel, ou même journalier<sup>566</sup>. Néfastes pour les travailleurs<sup>567</sup>, surtout les plus inexpérimentés ou sous-qualifiés<sup>568</sup>, elles conduisent à un accroissement

---

<sup>563</sup> Alain SUPLOT, *Au-delà de l'emploi : Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion, 1999, p. 7-8.

<sup>564</sup> Marie-Ange MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 47.

<sup>565</sup> Thierry PECH, « Crise du syndicalisme », *Alternatives Economiques*, n° 267, Mars 2008, p. 69.

<sup>566</sup> Brigitte LESTRADE, « Le travail à temps partiel en France et en Allemagne : deux modèles contrastés », *Innovations : Cahiers d'économie de l'innovation*, vol. 20, n° 2, 2004, p. 62 ; Raymond TORRES, *Towards a Socially Sustainable World Economy: an Analysis of the Social Pillars of Globalization*, Genève, BIT, 2001, p. 35.

<sup>567</sup> Patrick BOLLE, « Le travail à temps partiel: liberté ou piège? », *Revue Internationale du Travail, Perspectives*, vol. 136, n° 4, 1997, p. 628.

<sup>568</sup> May TAM, *Part-Time Employment: A Bridge or A Trap ?*, Aldershot, Avebury, 1997, p. 243.

général de la précarité et à l'apparition de « travailleurs pauvres »<sup>569</sup>. Ces bouleversements sociaux touchent également les pays en développement et les pays émergents. La concurrence internationale et l'objectif de réduction maximale des coûts les incitent à tout faire pour attirer les investisseurs étrangers, au détriment des conditions sociales. Alors que certains modes de production institutionnalisent ainsi la précarité et le non-respect des droits des travailleurs<sup>570</sup>, se développe, en parallèle le « secteur informel » où les travailleurs exercent leur activité en dehors du cadre légal, sans contrat de travail et de protection sociale<sup>571</sup>.

Ces différents éléments conduisent à un constat déplorable : la libéralisation des échanges a concouru au bouleversement des relations sociales et fragilise les droits sociaux à l'échelle planétaire<sup>572</sup>, de façon – semble-t-il – irréversible<sup>573</sup>. Or, cette irréversibilité impose un changement d'approche. Il ne s'agit plus d'aborder la question de la mondialisation « sous l'angle "pour ou contre", mais sous celui des conditions dans lesquelles [elle] doit se réaliser »<sup>574</sup>, c'est-à-dire d'envisager les moyens qui permettraient, d'un point de vue social, d'assurer le renforcement des droits des travailleurs dans ce nouveau contexte<sup>575</sup>. Leur justiciabilité pourrait en être la voie.

Ceci suppose dans un premier temps d'identifier un socle commun de droits des travailleurs qui méritent d'être protégés en priorité dans ce contexte, afin de voir si les instruments internationaux qui les consacrent actuellement en assurent la justiciabilité. Toutefois, dans le contexte de libéralisation des échanges, l'insertion de clauses sociales comme le recours à l'unilatéralisme sont parfois préconisés pour renforcer leur effectivité.

## I. Les droits fondamentaux des travailleurs et l'OIT

La question de la justiciabilité des droits fondamentaux des travailleurs a été longtemps obscurcie par l'absence de consensus international sur une

---

<sup>569</sup> Julien DAMON, « Travailleurs pauvres : de quoi parle-t-on ? », *Droit Social*, 2009, pp. 292-299 ; *Les travailleurs à bas salaire et les travailleurs pauvres*, (OERI), septembre 2002, disponible à l'adresse : <http://www.eiro.eurofound.ie/2002/08/study/index.html>.

<sup>570</sup> Theo NICHOLS et Surhan CAM, *Labour in a Global World: Case Studies from the White Goods Industry in Africa, South America, East Asia and Europe (The Future of Work)*, Londres, Palgrave Mcmillan, 2005, pp. 235-236.

<sup>571</sup> Jacques CHARMES, « Une revue critique des concepts, définitions et recherches sur le secteur informel », David TURNHAM, Bernard SALOME, Antoine SCHWARZ (éd.), *Nouvelles approches du secteur informel*, Paris, OCDE, 1990, pp. 11-51.

<sup>572</sup> Malte LÜBKER, « Mondialisation et perceptions des inégalités sociales », *Revue Internationale du Travail*, vol. 143, n° 1-2, 2004, p. 97.

<sup>573</sup> Jean-Charles HERRENSCHMIDT, « L'irréversibilité de la mondialisation », Catherine KESSEDJIAN et Eric LOQUIN (dir.), *La mondialisation du droit*, Travaux du Centre de recherche sur le Droit des marchés et des investissements internationaux, Paris, Litec, vol. 19, 2000, pp. 389-400.

<sup>574</sup> Marie-Ange MOREAU, précit., p. 43.

<sup>575</sup> Bernhard G. GUNTER et Rolf VAN DER HOEVEN, « La dimension sociale de la mondialisation : analyse bibliographique », *Revue internationale du Travail*, vol. 143, n° 1-2, 2004, p. 8.

définition des droits fondamentaux des travailleurs. Leur reconnaissance dans l'ordre international a en effet été lente et délicate, les États<sup>576</sup>, les organisations internationales<sup>577</sup>, la doctrine<sup>578</sup> ou même certains traités<sup>579</sup> ayant, à tour de rôle, adopté des démarches propres et des terminologies différentes<sup>580</sup> (A), ce qui a eu des impacts sur leur justiciabilité (B).

## **A. L'identification des droits fondamentaux des travailleurs**

La maturation des droits sociaux considérés comme fondamentaux a pris un tournant décisif dans les années 1990 lorsque l'OIT a entrepris une réflexion sur sa raison d'être dans un monde devenu unipolaire. Elle devait surmonter une « crise d'identité »<sup>581</sup> et redéfinir les priorités de son action<sup>582</sup>. L'OIT avait été jusque-là incapable de créer un « level-playing field »<sup>583</sup>, c'est-à-dire d'identifier et surtout d'imposer des normes sociales universelles, susceptibles de donner une vraie dimension sociale au processus de mondialisation. C'est précisément dans cette perspective que l'OIT a incité ses membres à se concentrer plus particulièrement sur quatre thèmes impératifs couverts par des normes sociales, à savoir la liberté syndicale, la discrimination en matière d'emploi, l'abolition du travail forcé et l'âge minimum d'accès à l'emploi<sup>584</sup>.

Cette réflexion a conduit les membres à adopter, en 1998<sup>585</sup>, une Déclaration « *relative aux principes et droits fondamentaux au travail* »<sup>586</sup>. Instrument promotionnel et non contraignant, cette Déclaration souligne le

---

<sup>576</sup> Virginia LEARY, « Labour », Christopher C. JOYNER (ed.), *The United Nations and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, pp. 225-226.

<sup>577</sup> *Le commerce, l'emploi et les normes du travail: une étude sur les droits fondamentaux des travailleurs et l'échange international*, Paris, OCDE, 1996.

<sup>578</sup> Bob HEPPLER, « New Approaches to International Labour Regulation », *Industrial Law Journal*, vol. 26, n° 4, 1997, pp. 353-366.

<sup>579</sup> Pierre Michel EISEMANN, « La dimension sociale des accords de produits de base », Alain PELLET et Jean-Marc SOREL (éd.), *Droit international du développement social et culturel*, Paris, L'Hermès, 1997, pp. 211-217.

<sup>580</sup> Francis MAUPAIN, « La protection internationale des travailleurs et la libéralisation du commerce mondial: un lien ou un frein ? », *Revue Générale de Droit International Public*, 1996, p. 61.

<sup>581</sup> Brian LANGILLE, « The ILO and the New Economy: Recent Developments », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 15, n° 3, 1999, pp. 231-233.

<sup>582</sup> Don SMYTH, « Achievements, New Directions from 1994 ILO Conference », *Monthly Labor Review*, vol. 117, n° 9, 1994, pp. 46-51.

<sup>583</sup> William SIMPSON, « Standard Setting and Supervision : A System in Difficulty », Jean-Claude JAVILLIER et Bernard GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir – Mélanges en l'Honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, p. 50.

<sup>584</sup> *Des valeurs à défendre, des changements à entreprendre – La justice sociale dans une économie qui se mondialise : un projet pour l'OIT*, GB.261/WP/SDL/1, 81<sup>ème</sup> session, Genève, 1994, p. 53.

<sup>585</sup> La Déclaration a été adoptée par 273 voix favorables, pour 43 abstentions. *Compte-rendu des travaux*, vol. I, Conférence internationale du Travail, 86<sup>e</sup> session, Genève, 1998, CRP n° 22, pp. 49-52.

<sup>586</sup> Sur cette Déclaration, v. Claire LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail. Origines, statut et impact en droit international*, Paris, P.U.F., 2009 ; Hilary KELLERSON, « La Déclaration de l'OIT sur les principes et droits fondamentaux : un défi pour l'avenir ? », *Revue Internationale du Travail*, vol. 137, n° 2, 1998, pp. 243-248 ; Francis MAUPAIN, « Revitalization Not Retreat: the Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Worker's Rights », *European Journal of International Law*, vol. 16, n° 3, 2005, pp. 439-465.

caractère fondamental des principes et droits fondamentaux qu'elle consacre. Elle présente une originalité certaine qui ressort de la combinaison opérée entre sa forme non contraignante et son contenu, à savoir l'identification des droits et principes fondamentaux au travail que les membres de l'OIT, en raison de leur qualité de membres, ont l'obligation de promouvoir<sup>587</sup>. La liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession sont ainsi considérés comme les droits de l'Homme au travail. Ces droits sont en outre véhiculés par huit conventions que l'OIT qualifie de « fondamentales »<sup>588</sup>.

Le caractère fondamental de ces droits ressort de leur nature constitutionnelle. Ils sont en effet consacrés, explicitement ou non, dans la Constitution de l'OIT en tant que piliers sur lesquels celle-ci repose. La Déclaration, en ce sens, n'a fait que rappeler les obligations constitutionnelles des États membres. Si bien qu'elle ne cherche qu'à promouvoir l'application universelle des principes et des droits inscrits dans la Constitution de l'Organisation, exprimés et développés par la suite dans les huit conventions fondamentales.

L'affirmation de leur universalité se « paie » nécessairement en termes de contenu et justifie, en définitive, la pauvreté relative de celui-ci. Ceci explique que les Membres de l'OIT qui n'ont pas encore ratifié ces conventions, « ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet desdites conventions »<sup>589</sup>. C'est d'ailleurs tout l'intérêt de cette Déclaration qui, se fondant sur la nature constitutionnelle de ces droits, élabore un seuil social commun et évite l'aléa de la ratification des conventions internationales. Bien entendu, l'ordre international recèle de conventions qui consacrent et explicitent ces quatre droits fondamentaux et obligent les États à adopter des mesures pour les rendre effectifs. Dans la majorité des cas, ces instruments contiennent également des mécanismes de destinés à en assurer la mise en œuvre.

---

<sup>587</sup> Francis MAUPAIN, « L'OIT, la justice sociale et la mondialisation », Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 278, 1999, p. 243.

<sup>588</sup> Il s'agit de la convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948 ; de la convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949 ; de la convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930 ; de la convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957 ; de la convention (n° 138) sur l'âge minimum, 1973 ; de la convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants, 1999 ; de la convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 1951 et de la convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958. Sur le caractère fondamental de ces conventions : Jean-Michel SERVAIS, « International Labour Organisation », Roger BLANPAIN (ed.), *International Encyclopedia of Labour Laws*, Kluwer, 1996, pp. 56-57.

<sup>589</sup> Point 2 de la Déclaration.

## **B. Les mécanismes traditionnels de mise en œuvre des droits sociaux fondamentaux**

Les mécanismes instaurés pour assurer l'effectivité des droits fondamentaux des travailleurs dans l'ordre international prennent généralement la forme de mécanismes de suivi (1), de contrôle sur rapports (2) ou sur plaintes (3).

### **1) Les mécanismes de suivi**

Les mécanismes de suivi ont pour objet d'évaluer les efforts déployés par un État en vue d'assurer l'effectivité des droits. La Déclaration de 1998 a par exemple instauré un « mécanisme de suivi promotionnel » spécifiquement dédié aux droits sociaux fondamentaux. Deux rapports annuels doivent être rédigés ; le premier à partir des rapports transmis chaque année par les États membres qui indiquent l'état de leur législation, de leur pratique et les raisons pour lesquelles ils n'ont pas encore ratifiés les conventions fondamentales. Le second rapport, « global », est rédigé tous les ans sur un des quatre droits sociaux fondamentaux et est destiné à offrir une image dynamique relative à chaque catégorie de principes et droits fondamentaux<sup>590</sup>.

Ce mécanisme de suivi spécifiquement établi pour les droits sociaux fondamentaux permet de leur garantir « une certaine effectivité »<sup>591</sup>, mais semble néanmoins limité dans sa portée. Il ne prévoit en effet qu'un suivi promotionnel et non de contrôle de leur mise en œuvre. Il n'est donc point question de parler ici de justiciabilité. Ce mécanisme s'inscrit néanmoins dans une logique propre qui repose sur le dialogue et la persuasion, sans aucune démarche contentieuse, afin de promouvoir, à terme, les droits sociaux fondamentaux.

### **2) Le contrôle sur rapports**

La soumission de rapports destinés à vérifier le respect des obligations conventionnelles est, en quelque sorte, la technique de droit commun du contrôle de l'application des droits de l'Homme et des droits sociaux<sup>592</sup>. Cette « protection par investigation »<sup>593</sup>, consiste, pour les États, à fournir des renseignements sur les mesures législatives, administratives ou judiciaires adoptées pour mettre en

---

<sup>590</sup> Les derniers rapports ont ainsi été successivement intitulés : *La fin du travail des enfants: un objectif à notre portée* (2006), *Egalité au travail : relever les défis* (2007), *Liberté d'association: enseignements tirés de la pratique* (2008), et *Le coût de la coercition, rapport global sur le travail forcé* (2009).

<sup>591</sup> Laurence DUBIN, *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, Thèse Paris I, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 186.

<sup>592</sup> V. les articles 40 § 1 du Pacte international sur les droits civils et politiques, 16 à 22 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, 57 de la CEDH, 21 et 22 de la Charte sociale européenne, ou encore 62 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples.

<sup>593</sup> Jacques MOURGEON, « Les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme », *Annuaire Français de Droit International*, 1977, p. 351.

œuvre les dispositions internationales en la matière. Ces rapports sont ensuite analysés par des organes indépendants, qu'ils soient de nature « administrative » ou « politique ».

Dans le cadre de l'OIT, chaque Membre a ainsi l'obligation de « présenter au Bureau international du Travail un rapport annuel sur les mesures adoptées pour mettre à exécution les conventions auxquelles il a adhéré ». Les huit conventions fondamentales sont bien entendu concernées. L'examen est assuré par une Commission d'experts qui, à l'issue de son examen, rédige un rapport annuel dans lequel elle présente ses conclusions, sous forme d'*observations*, publiées, ou de *requêtes directes*, non publiées mais directement transmises au Membre concerné. Il ne s'agit pas de le condamner fermement<sup>594</sup>, mais simplement de l'inciter, en des termes souvent pesés, à se conformer à ses obligations<sup>595</sup>. Ces *observations* ou *requêtes directes* ne sont d'ailleurs assorties d'aucune autre mesure destinée à faire plier le comportement du Membre visé.

Ce type de procédure présente des avantages de souplesse et de flexibilité indéniables mais demeure tributaire du bon vouloir des États. Ces derniers peuvent ralentir ou omettre la soumission de leurs rapports, sans que cela n'ait de réelles conséquences. L'issue de ces rapports réside également dans de simples condamnations verbales, dénuées de toute portée obligatoire pour les États qui ne respectent pas les droits sociaux fondamentaux, si bien que ce type de mécanisme n'est pas réellement en mesure d'assurer l'application effective et immédiate de ces droits sociaux.

### **3) Le contrôle sur plaintes**

L'introduction de plaintes pour assurer le respect des droits des travailleurs est enfin un troisième mode de contrôle. Outre le Comité européen des droits sociaux<sup>596</sup> et le futur Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU<sup>597</sup>, l'OIT offre une nouvelle fois un excellent exemple de ce type de mécanisme<sup>598</sup>. Outre les réclamations pouvant être introduites par une organisation professionnelle des travailleurs ou des employeurs à l'encontre d'un Membre qui n'aurait pas assuré l'exécution d'une convention à laquelle il a

---

<sup>594</sup> Chloé CHARBONNEAU-JOBIN et Eric GRAVEL, *La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations : dynamique et impact*, publication du BIT, Genève, 2003, p. 8.

<sup>595</sup> Virginia LEARY, « Lessons from the Experience of the International Labour Organisation », Philip ALSTON (ed.), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 598.

<sup>596</sup> Protocole d'amendement de Turin du 22 octobre 1991. Sur ce mécanisme de réclamations collectives : Robin R. CHURCHILL et Urfan KHALIQ, « The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights? », *European Journal of International Law*, vol. 15, n° 3, 2004, p. 455-456.

<sup>597</sup> V. Sophie GROSSEBON, *supra*.

<sup>598</sup> Un Comité de la liberté syndicale est également habilité à examiner les plaintes émanant d'organisations d'employeurs et de travailleurs selon lesquelles des États Membres de l'OIT ne respectent pas les principes fondamentaux de la liberté syndicale.

adhéré<sup>599</sup>, la Constitution de l'OIT instaure un mécanisme de plaintes déposées par un Membre à l'encontre d'un autre Membre<sup>600</sup>. Une Commission d'enquête chargée d'évaluer la matérialité des faits et de formuler des recommandations au Membre mis en cause est alors instaurée<sup>601</sup>. Si les recommandations formulées sont généralement suivies, la procédure prévoit toutefois l'éventualité contraire. L'article 33 de la Constitution permet alors au Conseil d'administration de « recommander à la Conférence telle mesure qui lui paraîtra opportune pour assurer l'exécution de ces recommandations ». Le champ des mesures pouvant être adoptées reste assez vaste, si bien que l'article 33 se présente comme l'« ultime force de frappe » du système contentieux de l'OIT en cas de violations graves et persistantes des droits sociaux fondamentaux par un État Membre<sup>602</sup>. Cet article n'a été mis en œuvre qu'une seule fois dans l'histoire, à l'encontre de la Birmanie.

Le cas de la Birmanie reste d'ailleurs symptomatique des difficultés rencontrées pour assurer la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux<sup>603</sup>. La Birmanie avait en effet eu massivement recours au travail forcé pour la construction de complexes hôteliers et le développement d'infrastructures. A la suite d'un rapport d'enquête, le Conseil d'administration de l'OIT invoqua l'article 33 pour demander aux Membres de l'OIT et aux autres organisations internationales « de prendre les mesures appropriées afin que ces relations ne puissent être mises à profit par ledit Membre pour perpétuer ou développer le système de travail forcé ou obligatoire visé par la commission d'enquête et afin de contribuer dans toute la mesure possible à la mise en œuvre de ses recommandations »<sup>604</sup>. L'OIT a dû surmonter nombre de difficultés pour appliquer cette disposition, mais a toutefois pris ses responsabilités et démontré qu'elle n'était pas une organisation « sans dent »<sup>605</sup>. Une question reste cependant en suspens : l'OIT aurait-elle agité de la sorte pour la violation d'un droit social non fondamental ? Alors que l'interdiction du travail forcé était en cause dans le cas birman, il semble en effet peu probable que l'article 33 soit mis en œuvre pour des violations de conventions plus « techniques », qui feraient

---

<sup>599</sup> Article 24 de la Constitution de l'OIT.

<sup>600</sup> Article 26 de la Constitution de l'OIT.

<sup>601</sup> Nicolas VALTICOS, « Les Commissions d'enquête de l'Organisation Internationale du Travail », *Revue Générale de Droit International Public*, 1987, pp. 858-859.

<sup>602</sup> Francis MAUPAIN, « La valeur ajoutée de la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail pour la cohérence et l'efficacité de l'action normative de l'OIT », Isabelle DAUGAREILH (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 36.

<sup>603</sup> Francis MAUPAIN, « Is the ILO Effective in Upholding Worker's Rights ? : Reflections on the Myanmar Experience », Philip ALSTON (ed.), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 85-142.

<sup>604</sup> Résolution relative aux mesures recommandées par le Conseil d'administration au titre de l'article 33 de la Constitution de l'OIT au sujet du Myanmar, 88<sup>e</sup> Session, Genève, 2000, disponible à l'adresse : <http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/ilc/ilc88.htm>.

<sup>605</sup> Brian LANGILLE, Robert HOWSE, avec Julien BURDA, « The World Trade Organization and Labour Rights: Man Bites Dog », Virginia LEARY et Daniel WARNER (éd.), *Social Issues, Globalisation and International Institutions*, The Hague, Koninklijke Brill NV, 2005, pp. 179-180.

l'objet, de manière d'ailleurs hypothétique, d'une plainte<sup>606</sup>. Il est donc délicat de tirer des conclusions à partir de ce cas, et de déterminer s'il peut constituer un véritable modèle d'intervention pour l'OIT.

En définitive, les mécanismes de suivi et de contrôle en matière de droits sociaux s'inscrivent dans une logique qui reste propre à chaque organisation ou traité qui les institue. Ils demeurent relativement insuffisants pour assurer la justiciabilité des droits fondamentaux des travailleurs, notamment face aux défis nés de la mondialisation. Ceci explique sans doute qu'une approche fondée sur « l'arme économique » est parfois préconisée, soit au moyen de clauses sociales insérées dans les accords commerciaux internationaux, soit au moyen de sanctions commerciales.

## II. Les droits fondamentaux des travailleurs et le droit du commerce mondial

### A. L'absence de clause sociale dans les accords de l'OMC

Une « clause sociale » se définit comme « une disposition insérée dans un accord commercial [international ou régional] faisant obligation aux États signataires de respecter les normes de travail fondamentales définies par l'OIT et susceptibles de leur être opposée en cas de violation »<sup>607</sup>. Elle permet à un État de suspendre l'application de l'accord commercial dès lors qu'un autre État ne respecte pas ses obligations en matière sociale. Cette clause est ainsi présentée comme un moyen permettant d'assurer l'effectivité des droits sociaux fondamentaux<sup>608</sup>. Après l'échec de la Charte de la Havane, dont le texte prévoyait une telle clause<sup>609</sup>, et le refus des États d'adopter dans le cadre du GATT une disposition équivalente<sup>610</sup>, la clause sociale a également été rejetée dans le cadre de l'OMC<sup>611</sup>. Lors du cycle de négociations de l'Uruguay, certains pays ont une nouvelle fois formulé, en vain, une proposition de clause sociale<sup>612</sup>. Mais faute de consensus, la question a finalement été écartée. Alors que les pays

---

<sup>606</sup> Francis MAUPAIN, art. précit., p. 119.

<sup>607</sup> Clotilde GRANGIER et Jean-Marc SIROEN, « La clause sociale dans les traités commerciaux », Isabelle DAUGAREILH (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 182.

<sup>608</sup> Bernard CASSEN, « La "clause sociale", un moyen de mondialiser la justice », « Dossier : Modestes propositions pour sortir de la crise... », *Le Monde Diplomatique*, février 1996, pp. 18-19.

<sup>609</sup> Acte final et documents annexes de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et l'Emploi (Charte de la Havane), 21 novembre 1947 – 24 mars 1948, UN Doc. E/CONF/2/78 (1948); Elissa ALBEN, « GATT and the Fair Wage: An Historical Perspective on the Labor-Trade Link », *Columbia Law Review*, vol. 101, 2001, p. 1431.

<sup>610</sup> Harlan MANDEL, « In Pursuit of the Missing Link: International Worker Rights and International Trade », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 27, n° 2, 1989, pp. 443-482 ; Eric ROBERT, « Enjeux et ambiguïtés du concept de clause sociale ou les rapports entre les normes de travail et le commerce international », *Revue Belge de Droit International*, vol. 29, n° 1, 1996, p. 169.

<sup>611</sup> Kofi ADDO, « The Correlation between Labour Standards and International Trade: Which Way Forward ? », *Journal of World Trade*, vol. 36, n° 2, 2002, pp. 285-303.

<sup>612</sup> La nouvelle série de négociations multilatérales dans le cadre du GATT (J.O.C.E., C 255 du 13 octobre 1986, p. 69).

développés y sont favorables<sup>613</sup>, il s'agirait, pour les pays en voie de développement, d'une nouvelle forme d'« impérialisme politique »<sup>614</sup> et de protectionnisme déguisé, et surtout d'un instrument remettant en question l'avantage comparatif du travail bon marché<sup>615</sup>. La première Déclaration ministérielle à Singapour a ainsi affirmé que ce n'est pas l'OMC mais l'OIT qui constitue le forum adéquat pour *établir et s'occuper* des questions sociales<sup>616</sup>. Cette Déclaration a scellé le sort de la clause sociale à l'OMC, et, par la même occasion, celle de la justiciabilité des droits des travailleurs dans ce cadre. Une telle clause paraît aujourd'hui improbable, d'autant plus que le cycle de négociations lancé à Doha est bloqué. Elle serait toutefois particulièrement efficace et mériterait d'être réhabilitée.

L'insertion d'une clause sociale n'irait pas à l'encontre des objectifs de l'OMC qui font mention du « *relèvement des niveaux de vie* », de la « *réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel* »<sup>617</sup>. Ces objectifs, profondément sociaux<sup>618</sup>, présupposent le respect des droits des travailleurs en tant que « *socle sur lequel peut venir se construire le développement des pays* »<sup>619</sup>. Une telle clause contribuerait surtout à la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre international. Elle permettrait en effet aux Membres de l'OMC de suspendre l'application des accords – et par conséquent les bénéfiques qui en résultent – à l'encontre d'un autre Membre coupable de violations de ces droits afin de l'inciter à les respecter. La clause permettrait par exemple de discriminer, par suspension de la clause de traitement national, les marchandises étrangères fabriquées par des enfants.

La contestation de cette suspension donnerait vraisemblablement naissance à un différend de nature « hybride », social et commercial, déféré à l'Organe de règlement des différends. En définitive, la clause lui donnerait le pouvoir de juger du respect des obligations sociales. La collaboration entre l'OIT et l'OMC s'avèrerait dès lors indispensable<sup>620</sup>. Certains ont plaidé pour un

---

<sup>613</sup> Jean-Michel SERVAIS, « La clause sociale dans les traités de commerce: prétention irréaliste ou instrument de progrès social? », *Revue Internationale du Travail*, vol. 128, n° 4, 1989, pp. 463-473.

<sup>614</sup> David LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du Commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1117.

<sup>615</sup> Gilsbert VAN LIEMT, « Normes minimales du travail et commerce international: une clause sociale serait-elle opérante? », *Revue Internationale du Travail*, vol. 128, n° 4, 1989, p. 477.

<sup>616</sup> Déclaration ministérielle de Singapour adoptée le 13 décembre 1996, WT/MIN(96)/DEC.

<sup>617</sup> Préambule de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du Commerce

<sup>618</sup> David LUFF, « An Overview of the International Law of Sustainable Development and a Confrontation between WTO Rules and Sustainable Development », *Revue Belge de Droit International*, vol. 29, n° 1, 1996, pp. 101-102.

<sup>619</sup> Vincent AUSSILOUX, « Les normes internationales du travail dans les négociations multilatérales : un point de vue économique », Filali OSMAN (dir.), *L'Organisation mondiale du Commerce : vers un droit mondial du commerce ? The World Trade Organisation: Towards a World Trade Law ?*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 115.

<sup>620</sup> Daniel S. EHRENBERG, « From Intervention to Action : An ILO-GATT/WTO Enforcement Regime for International Labor Rights », Lance A. COMPA et Stephen F. DIAMONDS (éd.), *Human Rights, Labor Rights and International Trade*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996, pp. 163-180.

système de renvoi préjudiciel à l'OIT lorsque des questions sociales seraient soulevées dans le cadre de la procédure de règlement des différends à l'OMC. D'autres ont proposé l'établissement d'un mécanisme de plaintes, commun aux deux organisations. Un panel commun serait ainsi chargé d'analyser la réalité des violations des obligations sociales avant d'élaborer un rapport rassemblant ses constatations et ses recommandations. Cette procédure serait similaire dans son fonctionnement à celle instaurée dans le cadre de l'OMC pour les différends commerciaux « classiques ». Les recommandations de ce panel devraient par la suite être adoptées par les deux organisations, avant de faire l'objet d'une mise en œuvre, et le non-respect des recommandations se verrait sanctionné par la possibilité d'imposer des mesures unilatérales, notamment des restrictions ou des interdictions des importations en provenance de cet État<sup>621</sup>.

Les modèles proposés vont donc bien au-delà de la simple insertion d'une clause sociale dans les accords de l'OMC, mais envisagent une profonde coopération entre les deux organisations. Pour l'heure, une telle coopération, comme l'insertion de cette clause, semblent malheureusement lointaines. Et, en l'absence de cette clause, l'hypothèse d'actions unilatérales destinées à promouvoir ces droits mérite d'être envisagée.

## **B. L'efficacité limitée de l'unilatéralisme commercial**

L'imposition de mesures unilatérales est parfois préconisée afin d'exercer une certaine pression à l'encontre d'un État étranger ne respectant pas ses obligations en matière sociale. La principale difficulté réside, outre l'absence de clause sociale, dans le droit de l'OMC lui-même qui interdit, par principe, tout recours à l'unilatéralisme, qu'il s'agisse de contraindre (1) ou au contraire d'inciter (2) un Membre à respecter ses obligations sociales.

### **1) L'efficacité contestée de la contrainte commerciale unilatérale**

De manière générale, plusieurs formes de mesures de contrainte unilatérale peuvent être envisagées, qu'il s'agisse d'interdire ou de limiter les importations de marchandises étrangères, ou simplement d'entraver leur commercialisation. Dans un souci de simplification, trois types de mesures unilatérales méritent d'être envisagées afin d'évaluer la « perméabilité » du droit de l'OMC aux questions sociales. La première mesure concerne la certification obligatoire, préalable à la commercialisation, destinée à vérifier que les marchandises étrangères importées n'ont pas été fabriquées en violation des droits fondamentaux des travailleurs. La deuxième vise le cas où toutes les marchandises fabriquées en violation des droits sociaux fondamentaux seraient interdites sur le territoire national. Enfin, la troisième mesure vise les marchandises dont l'entrée sur le territoire national est entravée (par un

---

<sup>621</sup> Daniel S. EHRENBERG, « The Labor Link : Applying the International Trading System to Enforce Violations of Forced and Child Labor », *Yale Journal of International Law*, vol. 20, 1995, pp. 361-417.

rehaussement des droits de douane par exemple). La première mesure constitue un obstacle à la commercialisation des marchandises étrangères sur le territoire national et relève à ce titre de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord « OTC »). À l'inverse, les deux autres mesures unilatérales portent sur l'accès au marché national, et relèvent, en ce sens du GATT.

*a. Les droits sociaux fondamentaux et les dispositions de l'Accord OTC*

Parmi les différentes restrictions au commerce international, les barrières techniques visent à freiner la commercialisation de marchandises étrangères en imposant le respect de certaines spécifications<sup>622</sup>. L'objet de l'Accord OTC est précisément de garantir que les barrières techniques imposées ne constituent pas une restriction déguisée au commerce international, tout en admettant que celles-ci puissent être justifiées dès lors qu'elles poursuivent certains « *objectifs légitimes* » de sécurité, de santé ou de qualité. Cet accord présente une pertinence indéniable pour les droits sociaux fondamentaux. Serait-il possible d'assurer une certaine effectivité aux droits fondamentaux des travailleurs en imposant une « certification sociale » aux marchandises étrangères, préalable à leur commercialisation?

La validité d'une telle certification au regard de l'accord OTC demeure débattue, puisqu'il s'agit, en définitive d'imposer un obstacle à la commercialisation de marchandises étrangères en raison des conditions (sociales) dans lesquelles elles ont été fabriquées. C'est ainsi la question des « procédés et méthodes de production » (« PMP ») qui doit être discutée<sup>623</sup>. Lorsque les PMP sont sans répercussion sur le produit fabriqué, le bien considéré est physiquement identique à un autre, indépendamment de son mode de production<sup>624</sup>. Le respect des droits fondamentaux des travailleurs dans la production de telle ou telle marchandise relève des PMP non incorporés, puisque ce respect est sans incidences sur les caractéristiques finales du produit fabriqué. La place des PMP non incorporés dans le cadre de l'Accord OTC est débattue et n'a pas été totalement clarifiée<sup>625</sup>. Elle aurait pu l'être au sujet d'une loi belge de 2002, destinée à promouvoir la production socialement

---

<sup>622</sup> Franck VIOLET, « La norme technique, une entrave au commerce international », Filali OSMAN (dir.), *L'Organisation mondiale du Commerce : vers un droit mondial du commerce ? The World Trade Organisation: Towards a World Trade Law ?*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 197.

<sup>623</sup> On distingue deux formes de PMP, à savoir les « PMP incorporés » dont on trouve une trace dans le résultat final car la manière dont il est produit a laissé son empreinte sur le produit (par exemple l'utilisation de pesticides), et les « PMP non incorporés », sans répercussions sur le produit final (filets utilisés pour la pêche aux crevettes).

<sup>624</sup> Carlos LOPEZ-HURTADO, « Social Labeling and WTO Law », *Journal of International Economic Law*, vol. 5, n° 3, 2002, pp. 719-746.

<sup>625</sup> Elliot B. STAFFIN, « Trade Barrier or Trade Boon ? A Critical Evaluation of Environmental Labelling and Its Role in the "Greening" of World Trade », *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 25, 1996, p. 237 ; Thomas J. SCHOENBAUM, « International Trade and Protection of the Environment : The Continuing Search for Reconciliation », *American Journal of International Law*, vol. 91, 1997, p. 295.

responsable<sup>626</sup>. Cette loi autorisait les entreprises à apposer un label social sur les produits importés si ceux-ci répondaient à des critères et des normes sociales reconnus notamment par l'OIT. Certes, ce label social était officiellement non obligatoire, reposant sur des PMP non incorporés dans le produit final<sup>627</sup>, mais pouvait constituer, *de facto*, une condition incontournable pour accéder au marché belge. Cette loi n'a malheureusement pas donné lieu à un litige à l'OMC.

Il reste toutefois que, pour être valide au regard de l'Accord OTC, un mécanisme de certification ne doit avoir ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. Ils doivent être élaborés pour « réaliser un objectif légitime » consistant, « entre autres [en] la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement »<sup>628</sup>. L'emploi des termes *entre autres* laisse envisager une portée assez large de cette disposition, au point d'intégrer le respect des droits sociaux fondamentaux en raison de leur caractère universel et des valeurs essentielles qu'ils véhiculent. La protection des droits sociaux fondamentaux pourrait donc constituer un « autre » objectif légitime. L'Accord OTC présume d'ailleurs qu'un tel objectif est légitime dès lors que la certification est adoptée sur le fondement de « normes internationales pertinentes », c'est-à-dire des normes élaborées, dans un objectif d'harmonisation, par des organismes internationaux, ce qui incluse légitimement les normes sociales internationales, notamment les huit conventions fondamentales de l'OIT<sup>629</sup>. Dès lors, une mesure de certification sociale fondée sur ces huit conventions fondamentales pourrait être présumée poursuivre un objectif légitime au sens de l'Accord OTC.

### *b. Les droits sociaux fondamentaux et les dispositions de l'Accord général*

Les deux autres mesures de contrainte unilatérale envisagées précédemment concernent l'interdiction totale des marchandises fabriquées en violation des droits sociaux fondamentaux pour la première ; l'entrave à leur entrée sur le territoire national au moyen d'un rehaussement des droits de douane pour la seconde. Ces deux mesures qui interdisent ou limitent l'entrée des marchandises sur le territoire national, contreviennent aux dispositions relatives à l'accès au marché. Elles pourraient toutefois être rachetées sur le fondement des exceptions générales.

- Droits sociaux fondamentaux et dispositions relatives à l'accès au marché

---

<sup>626</sup> Loi belge du 27 février 2002 visant à promouvoir la production socialement responsable, Le Moniteur belge, 26 mars 2002, 2<sup>e</sup> édition, n° 12428.

<sup>627</sup> Arne VANDAELE, *International Labour Rights and the Social Clause: Friends or Foes ?*, Londres, Cameron May, 2005, pp. 563-574.

<sup>628</sup> Article 2.2 de l'Accord OTC.

<sup>629</sup> V. la page « Caractéristiques des normes internationales du travail » sur le site de l'OIT, à l'adresse : <http://www.ilo.org/public/french/standards/norm/whatare/character/index.htm>.

La première mesure portant interdiction totale des marchandises étrangères viole incontestablement l'article XI prohibant les restrictions quantitatives, la seconde enfreint le principe de la consolidation des droits de douane et le principe de non-discrimination incarnée par les clauses de traitement national et de la nation la plus favorisée. Ces deux « piliers » du GATT imposent en effet que des « produits similaires » soient traités de manière non discriminatoire. Une fois encore, l'examen des PMP est au cœur du concept de similarité. Deux marchandises sont-elles similaires quand bien même l'une d'elles aurait été fabriquée en violation des droits sociaux ? Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel qui se sont penchés sur cette question ont abordé la similarité comme un concept essentiellement commercial<sup>630</sup>, puisqu'il s'agit « essentiellement [d']une détermination sur la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits<sup>631</sup> ». La jurisprudence a finalement rejeté les PMP *dans* la détermination de la similarité<sup>632</sup>, tant et si bien qu'il n'est pas possible d'invoquer les conditions sociales dans lesquelles une marchandise a été fabriquée pour la discriminer<sup>633</sup>.

La justiciabilité des droits sociaux fondamentaux ne pourrait dès lors être recherchée qu'à travers les exceptions prévues par l'article XX du GATT.

- Droits sociaux fondamentaux et exceptions générales du GATT

Depuis l'affaire des *Crevettes*, l'Organe d'appel a en effet « *détruit le mythe de l'illicéité des PMP* »<sup>634</sup> en estimant qu'une mesure discriminatoire fondée sur les PMP qui viole les dispositions relatives à l'accès au marché, peut, malgré tout, être examinée sous l'angle des exceptions générales et être « rachetée » si différentes conditions sont remplies. Ces exceptions générales, listées à l'article XX, sont destinées à assurer la protection d'intérêts supérieurs tels que la moralité publique, la santé et la vie des personnes et des animaux ou encore l'environnement. Les « mesures nécessaires à la protection de la moralité publique » de l'alinéa a) paraissent les plus pertinentes dans la perspective des droits sociaux, en particulier lorsque les travailleurs sont soumis à conditions de travail déplorables comme le travail forcé ou travail des enfants dans ses pires formes.

---

<sup>630</sup> Robert HUDEC, « Like Product: The Differences in Meaning in GATT Articles I and III », Thomas COTTIER et Petros MAVROIDIS (éd.), *Regulatory Barriers and the Principle of Non-discrimination in World Trade Law*, Chicago, University of Michigan Press, 2000, p. 104.

<sup>631</sup> Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport de l'Organe d'appel, 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R, § 99.

<sup>632</sup> Affaire États-Unis – Restrictions aux importations de thon mexicain, (Mexique contre États-Unis), rapport du Groupe spécial (non adopté), 3 septembre 1991, DS21/R, 39S/155, 30 I.L.M. (1991), p. 1594.

<sup>633</sup> Il paraît également difficile de se retrancher derrière les règles relatives à la défense commerciale. Julien BURDA, *Le droit international économique et les droits sociaux fondamentaux : pour une dimension sociale de la libéralisation des échanges*, Thèse Paris II, Paris, 2009, pp. 299-302.

<sup>634</sup> Steve CHARNOVITZ, « The Law of Environmental PPMs in the WTO: Debunking the Myth of Illegality », *Yale Journal of International Law*, vol. 27, 2002, p. 110.

La moralité publique est un concept évolutif qui varie dans le temps et dans l'espace, en fonction d'une série de facteurs, y compris les valeurs sociales, culturelles, éthiques et religieuses dominantes. Le concept de « moralité publique » désigne en effet « les normes de bonne ou mauvaise conduite appliquées par une collectivité ou une nation ou en son nom », et laisse aux Membres « une certaine latitude pour [le] définir et [l']appliquer pour eux-mêmes »<sup>635</sup>, sous le contrôle des organes en charge du règlement des différends de l'OMC<sup>636</sup>. Les droits fondamentaux des travailleurs s'inscrivent indéniablement dans cette définition<sup>637</sup>. Ils constituent aujourd'hui des « standards moraux »<sup>638</sup>, et dépassent en ce sens le strict cadre étatique ; ils expriment surtout, comme cela ressort de la Déclaration de l'OIT de 1998<sup>639</sup>, les « valeurs partagées » par la communauté internationale dans son ensemble<sup>640</sup>. En ce sens, il paraît légitime qu'un Membre de l'OMC puisse adopter des mesures destinées à en promouvoir le respect, même sur le territoire d'un autre État. L'Organe d'appel a d'ailleurs confirmé qu'un Membre pouvait avoir un « intérêt légitime » à adopter une mesure discriminatoire, d'effet extraterritorial, dès lors que l'objectif consiste à protéger une valeur partagée<sup>641</sup>.

L'article XX a) laisse ainsi apparaître une éventuelle « perméabilité » du droit de l'OMC aux droits sociaux fondamentaux. Différentes conditions, strictes, sont toutefois posées, puisque la nécessité des restrictions imposées afin de protéger la valeur en cause doit être démontrée. Il s'agit en effet d'établir son importance, la pertinence de la mesure pour atteindre l'objectif de protection poursuivi, et enfin son incidence sur le commerce<sup>642</sup>. Le Membre doit ensuite prouver sa bonne foi en démontrant que la mesure n'est pas appliquée de façon à

---

<sup>635</sup> Affaire États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris (affaire Services de jeux et paris, rapport du Groupe spécial, 10 novembre 2004, WT/DS285/R, § 4.461 et § 6.465 ; et rapport de l'Organe d'appel, 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R, § 296.

<sup>636</sup> Anne-Marie de BROUWER, « GATT Article XX's Environmental Exceptions Explored: Is There Room for National Policies ? », Anton VEDDER (ed.), *The WTO and concerns regarding animals and nature*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2003, p. 23.

<sup>637</sup> Steve CHARNOVITZ, « The Moral Exception in Trade Policy », *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, 1998, pp. 689-745 ; Robert HOWSE, « The World Trade Organization and the Protection of Worker's rights », *Journal of Small and Emerging Business Law*, vol. 3, n° 1, 1999, pp. 131-172.

<sup>638</sup> Virginia LEARY, « Worker's Rights and International Trade : the Social Clause (GATT, ILO; NAFTA; US Law », Jagdish N. BHAGWATI et Robert HUDEC (éd.), *Fair trade and Harmonization: Legal Analysis* (vol. 2), Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1996, p. 221.

<sup>639</sup> Benjamin James STEVENSON, « Pursuing an End to Foreign Child Labor through U.S. Trade Law: WTO Challenges and Doctrinal Solutions », *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 7, 2002, p. 160.

<sup>640</sup> Francis MAUPAIN, art. 2005, précit., p. 38.

<sup>641</sup> Gabrielle MARCEAU, « WTO Dispute Settlement and Human Rights », *European Journal of International Law*, vol. 13, n° 4, 2002, p. 809.

<sup>642</sup> Affaire Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, rapport de l'Organe d'appel, 11 décembre 2000, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R. § 162.

constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable ou une restriction déguisée au commerce international<sup>643</sup>.

L'article XX n'autorise donc pas tout recours à l'unilatéralisme, mais permet, ponctuellement, que certaines valeurs justifient la suspension des avantages de la libéralisation des échanges. En ce sens, le recours à des mesures unilatérales pourrait constituer un moyen pour assurer la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux ; il conduirait ainsi à reconnaître la supériorité des droits fondamentaux des travailleurs sur les considérations commerciales. Au demeurant, aucun Membre n'a, pour l'heure, osé « franchir le Rubicon » et recourir à l'unilatéralisme pour imposer le respect des normes sociales internationales. Les Membres sont sans nul doute conscients des risques politiques et systémiques que cela engendrerait. Les Membres se montrent en effet extrêmement prudents et même réticents face à un risque d'instrumentalisation de l'Organisation dans une direction qui n'était pas celle voulue à son origine. Certaines affaires ont certes soulevé des questions en matière d'environnement ou de santé publique, et ont ainsi renforcé l'illusion selon laquelle les « juges OMC » avaient une compétence générale. Or, à défaut d'une modification substantielle – semble-t-il impossible actuellement – des accords de l'OMC, il paraît inopportun de vouloir détourner l'OMC et son mécanisme de règlement des différends pour « forcer » la justiciabilité des droits des travailleurs à l'OMC. C'est en ce sens qu'une alternative reposant sur une dérogation au principe de la clause de la nation paraît attrayante.

## **2) L'efficacité relative des préférences commerciales socialement conditionnées**

A la suite de la clause d'habilitation adoptée en 1979<sup>644</sup>, divers pays développés instaurèrent des « systèmes généralisés de préférences » afin de faciliter l'intégration des pays en voie de développement dans le commerce international. Ces préférences – essentiellement des avantages tarifaires supplémentaires – ne sont en général accordées que si le bénéficiaire remplit certaines conditions. Bien que les pays développés jouissent d'une certaine latitude pour préciser les modalités d'octroi<sup>645</sup>, le respect des conventions fondamentales de l'OIT a été érigé de manière récurrente comme condition indispensable pour bénéficier de ces préférences supplémentaires. Cette « conditionnalité sociale » offre ainsi des perspectives intéressantes pour assurer l'effectivité des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre international.

---

<sup>643</sup> Affaire États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes – Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, rapport de l'Organe d'appel, 22 octobre 2001, WT/DS58/AB/RW§ 150.

<sup>644</sup> Décision concernant le traitement différencié et plus favorable, la réciprocité et la participation plus complète des pays en voie de développement, 28 novembre 1979, L/4903.

<sup>645</sup> Joël RIDEAU, « La mise en œuvre du droit international économique – Rapport introductif », Colloque de la Société française pour le Droit International – Colloque de Nice sur Les Nations Unies et le droit international économique, Paris, Pedone, 1986, p. 284.

Le dernier schéma de préférences élaboré par l'Union européenne conditionne par exemple son « régime spécial d'encouragement en faveur du développement durable et de la bonne gouvernance » à l'application effective, entre autres, des huit conventions fondamentales de l'OIT<sup>646</sup>. L'éligibilité est donc conditionnée positivement et est soumise à une obligation générale de ratification et de mise en œuvre effective de ces conventions<sup>647</sup>. À cette fin, la Commission européenne effectue un examen approfondi, prenant en considération les constatations qui ont pu être faites par les organisations et les agences internationales compétentes, avant d'accepter ou de rejeter la candidature du pays en développement.

Les préférences accordées peuvent par ailleurs être retirées lorsque les conditions requises ne sont plus respectées. Le Comité des préférences généralisées peut ainsi lancer une enquête et inviter le Conseil à retirer le bénéfice des préférences. Sous l'empire du schéma de 1994, le bénéfice des préférences a été retiré une seule fois à la Birmanie à la suite du recours au travail forcé<sup>648</sup>. Plus récemment, la Commission a lancé une enquête sur des violations des droits sociaux commises au Bélarus<sup>649</sup>. Cette action avait été lancée à l'initiative de l'International Confederation of Free Trade Unions (ICFTU), l'European Trade Union Confederation (ETUC) et la World Confederation of Labour (WCL) qui estimaient que le Belarus était coupable de violations graves et systématiques de la liberté syndicale telle que définie par les conventions n°87 et 98 de l'OIT<sup>650</sup>. L'ancien schéma communautaire permettait en effet à toute personne faisant état d'un intérêt de présenter des requêtes afin que des consultations soient ouvertes<sup>651</sup>. Cette possibilité n'a malheureusement pas été reconduite, alors même qu'elle renforçait la justiciabilité des droits des travailleurs.

Au surplus, la pratique récente du schéma de préférence démontre que des dissonances demeurent malheureusement possibles entre l'Union européenne et l'OIT. En effet, le Pakistan, soupçonné d'avoir recours au travail

---

<sup>646</sup> Règlement (CE) n° 732/2008 du Conseil du 22 juillet 2008 appliquant un schéma de préférences tarifaires généralisées pour la période du 1er janvier 2009 au 31 décembre 2011, J.O.C.E., L 211/1, 6 août 2008, pp. 1-39.

<sup>647</sup> Michel DISPERSYN, « Un nouveau cadre pour la dimension sociale dans le Système de Préférences généralisé de la communauté », Isabelle DAUGAREILH (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 153-181.

<sup>648</sup> Règlement (CE) n° 552/97 du Conseil du 24 mars 1997 retirant provisoirement le bénéfice des préférences tarifaires généralisées à l'Union du Myanmar, J.O.C.E., L 85/8 du 27 mars 1997, pp. 8-9.

<sup>649</sup> Avis d'ouverture d'une enquête sur la violation de la liberté syndicale au Belarus en vue du retrait temporaire du bénéfice du système des préférences tarifaires généralisées (SPG), J.O.C.E., C 40/4, 14 février 2004, p. 4.

<sup>650</sup> Cette enquête a abouti au retrait des préférences pour le Belarus en 2006. Règlement (CE) n° 1933/2006 du Conseil du 21 décembre 2006 portant retrait temporaire de l'accès de la République du Belarus aux préférences tarifaires généralisées, J.O.C.E., L 405 du 30 décembre 2006, pp. 31-36.

<sup>651</sup> Règlement (CE) n° 2501/2001 du Conseil du 10 décembre 2001 portant application d'un schéma de préférences tarifaires généralisées pour la période du 1er janvier 2002 au 31 décembre 2004, J.O.C.E., L 346/60 du 31 décembre 2001, pp. 1-60.

des enfants, a été l'objet une enquête par Comité des préférences généralisées. L'OIT s'était également saisie du problème, mais avait choisi de mettre en œuvre le Programme international pour l'éradication du travail des enfants (International Programme for the Eradication of Child Labour – IPEC). Devant l'incompatibilité d'un retrait des bénéficiaires du système généralisé de préférences avec la démarche non coercitive adoptée par l'OIT, la Commission européenne décida finalement de ne pas suspendre le Pakistan<sup>652</sup>. Cette décision, prise alors même qu'il existait des indices forts de recours au travail des enfants, illustre les discordances qui résultent de la diversité des instances capables d'agir et la nécessité de coordonner leurs actions afin d'en assurer l'efficacité<sup>653</sup>.

En dépit de ces dissonances, l'octroi de préférences commerciales conditionnées est, malgré son caractère dérogoire à la clause de la nation la plus favorisée, licite au regard de l'OMC. Dans l'affaire Communautés Européennes – *Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement* (affaire SGP)<sup>654</sup>, l'Organe d'appel admis qu'il était possible d'établir des différences de traitement entre pays en voie de développement sur le fondement de la clause d'habilitation. La seule condition demeure toutefois d'octroyer des préférences tarifaires identiques à tous les bénéficiaires se trouvant dans une situation semblable<sup>655</sup>. La difficulté est alors d'apprécier l'identité de situation de deux pays en développement. Cette appréciation doit s'effectuer, d'après l'Organe d'appel, sur la base de « critères objectifs ». En matière sociale, ces critères objectifs reposent sur l'examen de l'application des conventions fondamentales listées dans les schémas de préférences<sup>656</sup>. Or, la référence explicite à ces huit conventions permet sans nul doute de renforcer cette objectivité dans la mesure où l'identité des situations peut s'apprécier à partir des constatations effectuées par l'OIT elle-même.

L'octroi de préférences tarifaires conditionnées au respect des droits sociaux fondamentaux se présente donc comme une alternative aux mesures unilatérales de contrainte. Il est vrai que la portée de cette conditionnalité demeure limitée car les avantages ne sont que tarifaires. Or les différents *rounds* de négociations ont précisément pour objet de réduire, de manière successive, les droits de douane. Les systèmes généralisés de préférences sont donc inéluctablement victimes de cette érosion progressive. Mais la

---

<sup>652</sup> Andrew CLAPHAM et Maria MARTIGNONI, « Are We There Yet? In Search of A Coherence EU Strategy on Labor Rights and External Trade », Virginia LEARY et Daniel WARNER (éd.), *Social Issues, Globalisation and International Institutions*, The Hague, Koninklijke Brill NV, 2005, pp. 283-284.

<sup>653</sup> Marie-Ange MOREAU, art. précit., p. 211.

<sup>654</sup> Communautés Européennes – *Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, rapport de l'Organe d'appel, 7 avril 2004, WT/DS246/AB/R, § 154.

<sup>655</sup> Gene M. GROSSMAN and Alan O. SYKES, « A Preference for Development: the Law and Economics of GSP », *World Trade Review*, vol. 4, n° 1, 2005, pp. 41-67.

<sup>656</sup> Marie-Pierre LANFRANCHI, « Les droits sociaux fondamentaux dans le droit applicable au commerce international », in Jean-Yves CHEROT et Tobias VAN REENEN (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*, Presse universitaires d'Aix-Marseille, 2005, pp. 71-72.

conditionnalité sociale participe surtout, à sa façon, à la réflexion sur la nécessité de renforcer la justiciabilité des droits fondamentaux dans le contexte de la libéralisation des échanges.

### **Conclusion**

En guise de conclusion, il importe de souligner la faiblesse des mécanismes internationaux permettant d'assurer la justiciabilité des droits fondamentaux. Les mécanismes de suivi, de contrôle sur rapport ou sur plaintes s'inscrivent dans des logiques qui restent malheureusement propres à chaque organisation ou traité, et qui, au demeurant, ne semblent pas adaptés au contexte de mondialisation.

Dans ce mauvais contexte pour les droits des travailleurs, une timide lueur d'espoir mérite toutefois d'être relevée. La crise mondiale qui a débuté il y a maintenant deux ans a sans doute mis en exergue les limites de la mondialisation – notamment dans sa dimension financière – qui a été jusqu'ici mal ou non maîtrisée. Peut-être fera-t-elle prendre conscience qu'il est plus que jamais nécessaire de donner une dimension sociale à ce processus, et, par conséquent, d'instaurer des mécanismes permettant de la réaliser ? Cette amélioration passera nécessairement par un renforcement de la collaboration entre l'OIT et l'OMC, quasi inexistante actuellement. Certains dirigeants l'ont d'ailleurs récemment appelé de leurs vœux<sup>657</sup>. La prise en compte des droits des travailleurs dans ce nouveau contexte est une impérieuse nécessité ; il en va de la stabilité de nombre de pays, et surtout, comme à l'époque ayant justifié l'établissement de l'OIT, de la paix sociale.

#### *Pour citer cet article*

Julien Burda, « La justiciabilité des droits sociaux fondamentaux au travail »,

*La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012

<http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/la-justiciabilite3a9-des-droits-sociaux-fondamentaux-au-travail.pdf>

---

<sup>657</sup> V. le discours prononcé par le Président français Nicolas SARKOZY lors de la 98<sup>e</sup> session de la Conférence internationale du travail à Genève, le 15 juin 2009.

## SECTION 5

### LA JUSTICIABILITE DU DROIT AU LOGEMENT

### ET DU DROIT A LA SECURITE SOCIALE :

### LES DROITS SOCIAUX AU-DELA DES DROITS CREANCES

DIANE ROMAN

Le droit au logement et le droit à la sécurité sociale sont volontiers présentés comme des droits emblématiques des droits sociaux. Tous deux proclamés par le PIDESC<sup>658</sup> et la Charte sociale européenne révisée<sup>659</sup> ainsi que par bon nombre de constitutions nationales<sup>660</sup>, ils symboliseraient la particularité de droits qui nécessiteraient, pour leur réalisation, une action positive des pouvoirs publics et relèveraient davantage d'une politique globale que de l'invocation d'un droit subjectif. A la limite consent-on à reconnaître à ceux que l'on qualifie de « droit-créances » le caractère de droits « programmatiques », sans toutefois que cette reconnaissance déplace la question de leur mise en œuvre du Parlement vers les prétoires. L'idée domine que le droit au logement est avant tout la conséquence de politiques d'incitation à la construction, d'aide à l'accèsion à la propriété et de lutte contre l'habitat insalubre ou précaire, voire, en guise de pis-aller, de programmes d'hébergement d'urgence. Quant au droit à la sécurité sociale, il serait le résultat d'un long et coûteux processus bureaucratique de gestion et d'indemnisation des risques sociaux et professionnels, que la crise économique rendrait à la fois plus nécessaire et complexe<sup>661</sup>. En tout état de cause, prédomine l'idée que logement et sécurité sociale sont davantage des bénéfices déduits de l'existence de politiques publiques et dispositifs légaux que des droits au fondement de cette intervention publique.

---

<sup>658</sup> PIDESC, article 9 (sécurité sociale) et 11 (logement).

<sup>659</sup> Charte sociale européenne, art. 12 (sécurité sociale) ; Charte sociale européenne révisée, art. 12 (sécurité sociale) et 31 (logement).

<sup>660</sup> V., pour le droit au logement, la recension faite par le GRIDAUH, [www.gridauh.fr/sites/fr/fichier/40293ff9ae054.pdf](http://www.gridauh.fr/sites/fr/fichier/40293ff9ae054.pdf) et, pour le droit à la sécurité sociale, v. Diane ROMAN, « L'universalité du droit à la protection sociale, au regard des articles 22 et 25 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme » in L. FONTAINE (dir.), *L'universalité de la Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Presses Université Caen, Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux n° 7, p. 117.

<sup>661</sup> V. l'Initiative conjointe en faveur d'un socle de protection sociale (SPF) lancée en 2009 par l'OIT :

[http://www.ilo.org/global/About the ILO/Media and public information/Feature stories/lang--fr/WCMS 141819/index.htm](http://www.ilo.org/global/About%20the%20ILO/Media%20and%20public%20information/Feature%20stories/lang--fr/WCMS_141819/index.htm)

Or, pour peu que l'on se penche sur l'interprétation des dispositions du PIDESC et de la charte sociale par leur interprètes authentiques, le Comité des droits de sociaux, économiques et culturels des Nations Unies et le Comité des droits sociaux du Conseil de l'Europe, ainsi que sur l'abondante jurisprudence internationale et nationale suscitée par l'invocation de ces droits, le constat change. En effet, un regard comparatiste permet tout d'abord de relativiser fortement la pertinence de la distinction entre « droits-libertés » et « droits créances » et de révéler, *a contrario*, l'intérêt de la distinction tripartite entre obligation de respecter, de protéger et de réaliser<sup>662</sup> (I). Les solutions jurisprudentielles aboutissent également à nuancer le clivage traditionnellement opéré entre droits immédiatement exigibles, auxquels seuls pourraient se rapporter les droits civils, et droits à réalisation progressive qu'incarneraient les droits sociaux. En sort sérieusement écornée l'idée d'objectifs programmatiques dont la définition et l'étendue seraient laissées au bon vouloir des autorités publiques et dont la réalisation dépendrait de l'état des finances publiques (II).

## I. Des droits irréductibles à une créance sur l'État

C'est certainement la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples qui l'affirme avec le plus de netteté ; les droits sociaux n'ont pas pour seul débiteurs les pouvoirs publics et pour seule modalité de mise en œuvre une obligation positive d'intervention de ces derniers. « L'obligation de respect exige que l'État se garde d'intervenir dans la jouissance de tous les droits fondamentaux ; il devrait respecter ceux qui doivent jouir de leurs droits, respecter leurs libertés, indépendance, ressources et liberté d'action. Eu égard aux droits socio-économiques, cela signifie que l'État est obligé de respecter la libre utilisation des ressources qui appartiennent ou sont à la disposition d'un individu seul ou en une quelconque forme d'association avec d'autres personnes, notamment le ménage ou la famille »<sup>663</sup>. Une obligation négative d'abstention pèse ainsi sur les pouvoirs publics. La précision est d'importance, car elle vient nuancer l'idée selon laquelle les droits sociaux ne se réaliseraient que par une intervention active des pouvoirs publics (fourniture d'un logement, mise en place d'un système de protection sociale, etc). Elle suppose aussi, voire avant tout, une obligation de respecter (A) et de protéger (B).

### A. Contrôle de l'obligation de respecter

1) En matière de **droit au logement**, l'obligation de respecter entraîne en premier lieu pour l'État l'interdiction de pratiquer des expulsions forcées illégales. Ainsi, la Cour européenne a sanctionné à différentes reprises la mise à

---

<sup>662</sup> V. Diane ROMAN, introduction, *supra* et Sophie GROSCHON, *supra*

<sup>663</sup> CADHP, Social and Economic Action Rights Centre (SERAC) c. Nigéria, 27 mai 2002, ACHPR/COMM/A044/1, précit., § 45.

la rue de locataires par les pouvoirs publics<sup>664</sup>. *A fortiori* l'interdiction vaut-elle pour les expulsions forcées collectives. La Cour a ainsi condamné la Roumanie pour violation des articles 3 et 8 de la Convention, en raison de l'implication des forces de l'ordre dans la participation de pogroms contre des Roms<sup>665</sup>. De la même manière, la Commission africaine des droits des peuples a stigmatisé la brutalité des forces armées spéciales dans des opérations de destruction d'habitats : « au strict minimum, le droit au logement oblige le gouvernement nigérian à ne pas détruire les maisons de ses citoyens et de ne pas faire obstruction aux efforts des individus ou des communautés pour reconstruire les maisons détruites.(...) Or, la participation de l'armée nigériane à des opérations massives et brutales de destruction de villages du peuple ogoni, afin de sanctionner sa résistance non violente aux projets de compagnie pétrolières, constitue une violation évidente de cette obligation »<sup>666</sup>. Mais l'obligation de respecter le droit au logement ne se limite pas à la prohibition des expulsions forcées, et inclut également l'interdiction de toute discrimination dans l'accès au logement<sup>667</sup>. Par ailleurs, en ce qui concerne le cas particulier des enfants, le Comité européen des droits sociaux a estimé que, dans la mesure où aucune solution de relogement ne peut être exigée des États pour les personnes en situation irrégulière, l'expulsion d'un abri doit être interdite car elle place les intéressés, en particulier les enfants, dans une situation d'extrême détresse, contraire au respect de la dignité humaine<sup>668</sup>.

---

<sup>664</sup> CEDH, Prokopovich c. Russie, 18 novembre 2004, 58255/00 : concubine d'un locataire décédé évincée de leur logement. L'éviction du logement par les autorités publiques constitue une interférence dans son droit au respect de la vie privée. CEDH pointe du doigt la procédure utilisée par les autorités et notamment la rapidité de l'attribution du logement à de nouveaux locataires (moins de 7 jours après le décès). Novoseletskiy c. Ukraine, 22 février 2005, 47148/99 : violation de l'article 8 et A1P1 du fait de la résiliation extrajudiciaire d'un bail locatif, l'organisme public propriétaire ayant profité de l'absence temporaire du locataire pour installer à sa place un nouvel occupant. Le déménagement forcé et la disparition des affaires personnelles du requérant sont à l'origine de la condamnation, la Cour stigmatisant au passage l'attitude des juridictions nationales.

<sup>665</sup> CEDH, Moldovan et autres c. Roumanie (n° 2), 12 juillet 2005, requêtes nos 41138/98 et 64320/01, § 93 : « il ressort clairement des éléments de preuve fournis par les requérants et des décisions rendues en matière civile que des policiers étaient impliqués dans l'incendie des habitations des Roms et ont tenté de dissimuler ce qui s'était passé. Chassés de leur village et de leurs maisons, les requérants furent contraints de vivre – et certains continuent de vivre – très à l'étroit et dans des conditions déplorables (dans des caves, des poulaillers, des écuries, etc.) ; ils changèrent souvent d'adresse, hébergés par des parents ou des amis, dans une extrême promiscuité. Compte tenu des répercussions directes des actes commis par des agents de l'État sur les droits des requérants, la Cour estime que la responsabilité du Gouvernement est engagée en ce qui concerne les conditions de vie que les requérants connaissent depuis (...) La Cour estime de surcroît que les conditions dans lesquelles les requérants ont vécu ces dix dernières années, et les effets délétères de cette situation sur leur santé et leur bien-être, associés à la durée pendant laquelle ils ont été contraints de vivre dans ces conditions et à l'attitude générale des autorités, ont nécessairement dû leur causer des souffrances mentales considérables, et donc porter atteinte à leur dignité et susciter chez eux des sentiments d'humiliation et d'avilissement

<sup>666</sup> CADHP, aff. SERAC, précitée, § 61.

<sup>667</sup> CEDH, 24 juillet 2003, Karner c. Autriche, rec. 2003-IX, n° 40016/98 : caractère discriminatoire de la législation autrichienne sur le droit au bail (orientation sexuelle).

<sup>668</sup> CEDS, Défense des Enfants International (DEI) c. Pays-Bas, 20 oct. 2009, Réclamation n° 47/2008, § 63.

2) Autre exemple, le **droit à la sécurité sociale**<sup>669</sup> : sa garantie nécessite également une protection par abstention<sup>670</sup>. Comme l'a souligné dans une décision de principe la Commission africaine, « l'État partie est notamment tenu de s'abstenir de se livrer à une quelconque pratique ou activité consistant, par exemple : à refuser ou restreindre l'accès sur un pied d'égalité à un régime de sécurité sociale adéquat ; à s'immiscer arbitrairement ou déraisonnablement dans des dispositifs personnels, coutumiers ou traditionnels de sécurité sociale; à s'immiscer de manière arbitraire ou déraisonnable dans les activités d'institutions mises en place par des particuliers ou des entreprises pour fournir des prestations de sécurité sociale »<sup>671</sup>. Ceci entraîne notamment l'interdiction des dispositions discriminatoires dans la mise en œuvre des législations sociales, rappelée de façon unanime par la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>672</sup>, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme<sup>673</sup>, le Comité des droits civils et politiques<sup>674</sup> ou les jurisprudences constitutionnelles nationales<sup>675</sup>.

## B. Contrôle de l'obligation de protéger

Autre obligation immédiatement mise à la charge des autorités publiques, l'obligation de protéger qui implique que « l'État est tenu de protéger les détenteurs de droits contre d'autres individus, par la législation et la mise à disposition de recours effectifs. Cette obligation requiert de l'État de prendre des mesures pour protéger les bénéficiaires des droits protégés contre les ingérences politiques, économiques et sociales. La protection exige généralement la création et le maintien d'un climat ou d'un cadre par une interaction effective des lois et

<sup>669</sup> Diane ROMAN, « Les droits sociaux, entre « injusticiabilité » et « conditionnalité » : éléments pour une comparaison », RIDC, 2009, n° 2, pp. 285-314.

<sup>670</sup> Art. 9 du Pacte, CODESC, Observation générale n° 19 sur le droit à la sécurité sociale, E/C.12/GC/19, 4 février 2008.

<sup>671</sup> CADHP, aff. SERAC, précitée, § 44.

<sup>672</sup> V. Carole NIVARD, La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen, thèse de doctorat en droit public de l'Université de Montpellier 1, dir. F. Sudre, 2009, § 404 et s.; Diane ROMAN, *infra*.

<sup>673</sup> La Cour interaméricaine a rattaché le droit à une pension de retraite au droit de propriété conventionnellement garanti et a considéré que l'État débiteur, en changeant arbitrairement le montant de pensions correspondant aux cotisations versées, avait méconnu l'article 20 de la Convention interaméricaine (CIADH, aff. des 5 retraités c. Pérou, 28 février 2003 ; aff. Acevedo Buendia et al., 1<sup>er</sup> juillet 2009).

<sup>674</sup> aff. CoDCP, 9 avril 1987, Zwaan de Vries v. Pays Bas, comm. 182/1984, art. 26 PIDCP : inconstitutionnalité d'une disposition excluant les femmes mariées du bénéfice d'une prestation sociale. Discrimination fondée sur le sexe et le statut marital.

<sup>675</sup> V. par exemple l'inconstitutionnalité des dispositions discriminatoires à l'égard de tribus bédouines dans l'accès aux services sociaux: Israël, cour suprême, HC, 7115/97, Adalah et al. v. Ministry of Health et la jurisprudence citée par Yoram RABIN et Yuval SHANY, « The Case for Judicial Review over Social Rights: Israeli Perspectives », Israel Affairs, (2008), 14:4, pp. 681-703. V. aussi Afrique du sud, Cour Constitutionnelle, Khosa, 2004 (6) SA 505 CC, 4 mars 2004 : inconstitutionnalité des dispositions excluant du droit à la protection sociale des ressortissants du Mozambique régulièrement installés sur le territoire sud-africain. Le gouvernement invoquait la charge pour les finances publiques qu'une telle ouverture des droits à pension entraînerait, ainsi que le risque de flux migratoire qui pourrait s'ensuivre. La Cour a balayé de tels arguments en invoquant la prééminence de la disposition constitutionnelle garantissant le droit à la sécurité sociale. Add. République Tchèque, Cour Constitutionnelle, décision Pl US, 42/04, 6 juin 2006 : censure d'une disposition législative modulant l'ouverture de droits à prestation en fonction du genre (consultable en anglais : [http://angl.concourt.cz/angl\\_verze/doc/p-42-04.php](http://angl.concourt.cz/angl_verze/doc/p-42-04.php)) .

règlements, de manière à ce que les individus puissent exercer librement leurs droits et libertés »<sup>676</sup>. La portée de l'obligation de protéger, ainsi définie par la Commission africaine, est assez large. Elle souligne que les débiteurs des droits sociaux ne sont pas exclusivement les pouvoirs publics, mais aussi les personnes privées (employeurs, bailleurs, famille et communauté)<sup>677</sup>. L'effet horizontal des droits de l'Homme est ainsi rappelé.

1) Ainsi, par exemple, l'obligation de protéger le **droit au logement** implique la garantie d'une sécurité légale de l'occupation<sup>678</sup>. Elle impose aux pouvoirs publics la mise en place de procédures judiciaires permettant de protéger les individus contre les expulsions locatives. Le CoDESC, soulignant la gravité des atteintes causées par de telles pratiques, insiste sur la nécessité pour les États de mettre en place des procédures permettant de protéger les victimes et de s'assurer de la légalité et de la proportionnalité de telles opérations<sup>679</sup>. Le Comité européen des droits sociaux, de son côté, considère que, si l'occupation illégale de sites ou de logements est de nature à justifier l'expulsion des occupants illégaux, « les critères de l'occupation illégale ne doivent cependant pas être compris de façon exagérément extensive. De plus, l'expulsion doit être prévue par des règles suffisamment protectrices des droits des personnes concernées et opérée conformément à ces règles »<sup>680</sup>. Le comité rappelle également que « les États Parties doivent s'assurer que les procédures d'expulsion soient d'une part justifiées, d'autre part exécutées dans des conditions respectant la dignité des personnes concernées, enfin assorties de solutions de relogement »<sup>681</sup>. La loi doit également préciser les modalités de procéder à l'expulsion, indiquer les moments dans lesquels elles ne peuvent pas avoir lieu (nuit ou hiver), définir des voies de recours juridiques, offrir une assistance juridique à ceux qui en ont besoin pour demander réparation en justice, et assurer une indemnisation en cas d'expulsion illégale<sup>682 683</sup>.

Bon nombre de juridictions nationales ont mis à la charge des autorités publiques des obligations similaires. En Inde, la Cour suprême indienne a souligné que l'expulsion d'occupants sans titre du domaine public ne pouvait avoir lieu qu'après la mise en œuvre de mesure de concertation avec les

<sup>676</sup> CADHP, affaire Serac, précitée, § 46.

<sup>677</sup> V. en ce sens les articles de Virginie DONIER, Claire MARZO et Marc PICHARD, *infra*.

<sup>678</sup> CoDESC, Observation générale n° 4 sur le droit à un logement suffisant, 13 décembre 1991, § 8.

<sup>679</sup> CoDESC, Observation générale n° 7, Le droit à un logement adéquat, art. 11-1 : les expulsions forcées, 20 mai 1997.

<sup>680</sup> CEDS, CEDR c. Bulgarie, réclamation n° 31/2005, décision sur le bien-fondé du 18 octobre 2006, § 51.

<sup>681</sup> CEDS, FEANTSA c. France, réclamation n° 39/2006, décision sur le bien-fondé du 5 décembre 2007, § 163.

<sup>682</sup> CEDS, Centre européen des droits des Roms c. Italie, réclamation n° 27/2004, décision sur le bien-fondé du 7 décembre 2005, § 41.

<sup>683</sup> La politique française d'expulsions de Roms de leurs campements a été particulièrement épinglée par le Comité, et cela bien avant l'escalade policière de l'été 2010 : le Comité européen a ainsi considéré que les expulsions pratiquées par les forces de l'ordre françaises sont effectuées dans des conditions ne respectant pas la dignité des personnes concernées, qui ont été victimes de violences injustifiées (Centre européen des droits des Roms (CEDR) c. France, Réclamation n° 51/2008, 19 oct. 2009, § 30 et 70).

intéressés<sup>684</sup> ; en Afrique du Sud, la Cour constitutionnelle a relevé la nécessité d'un contrôle juridictionnel de la procédure et la recherche d'alternatives raisonnables<sup>685</sup>. Les juridictions internationales, pourtant enclines à souligner la marge nationale d'appréciation laissée aux autorités étatiques dans la mise en œuvre de politiques économiques et sociales contrôlent plus strictement le respect par l'État d'obligations procédurales. Ainsi, la Cour européenne a pu considérer, à propos de l'expulsion de gens du voyage d'une aire d'accueil, que « l'expulsion du requérant et de la famille de celui-ci de l'aire d'accueil municipale ne s'est pas accompagnée des garanties procédurales requises »<sup>686</sup>. De même, la Commission africaine des droits des peuples a sévèrement condamné l'incurie des pouvoirs publics nigériens, rappelant que l'obligation de protéger oblige l'État « à empêcher la violation du droit de tout individu au logement par tout autre individu ou des acteurs non étatiques tels que les propriétaires, les promoteurs immobiliers et les propriétaires fonciers, et lorsque ces violations se produisent, il devrait agir de sorte à empêcher davantage de privations et garantir l'accès aux voies de recours »<sup>687</sup>.

2) En matière de **droit à la sécurité sociale**, une obligation de protéger s'impose également aux autorités publiques. Ainsi, selon le CODESC<sup>688</sup>, « l'obligation de protéger requiert des États parties qu'ils empêchent des tiers (individus, groupes ou entreprises) d'entraver de quelque manière que ce soit l'exercice du droit à la sécurité sociale : par exemple, lutte contre le travail clandestin ou protection contre des conditions d'affiliations déraisonnables »<sup>689</sup>. Ceci met à la charge de l'État différentes obligations. Certaines sont essentiellement procédurales, et visent à garantir un contrôle juridictionnel des décisions portant atteinte au droit à prestations. Par exemple, la Cour suprême américaine considère que le droit au *due process of law* peut être invoqué par le bénéficiaire de prestations sociales dont les pensions viendraient à être supprimées<sup>690</sup>. De même, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits

---

<sup>684</sup> Inde, Cour Suprême, *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation* (1985) 3 SCC 545: « Procedural safeguards have their historical origins in the notion that conditions of personal freedom can be preserved only when there is some instinctual check on arbitrary action on the part of the public authorities. The right to be heard has two facets, intrinsic and instrumental. The intrinsic value of that right consists in the opportunity which it gives to individuals or groups, against whom decision taken by public authorities operate, to participate in the processes by which those decisions are made, an opportunity that expresses their dignity as persons ».

<sup>685</sup> Afrique du Sud, Cour Constitutionnelle, *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*, (1) 2005 SA 217 (CC) § 18, 28.

<sup>686</sup> CEDH, 27 mai 2004, *Connors c. Royaume-Uni*, req. 66746/01, § 95.

<sup>687</sup> CADHP, aff. SERAC, précit., § 61.

<sup>688</sup> Art. 9 du Pacte, CODESC, Observation générale n° 19, E/C.12/GC/19, 4 février 2008.

<sup>689</sup> Id., § 45-46 : spéc. § 46 : « Lorsque les régimes de sécurité sociale, contributifs ou non, sont gérés ou contrôlés par des tiers, l'État partie conserve la responsabilité d'administrer le système national de sécurité sociale et de veiller à ce que les acteurs privés ne compromettent pas l'accès dans des conditions d'égalité à un système de sécurité sociale adéquat et abordable. Pour prévenir ce type de violation, il faut mettre en place un système d'encadrement efficace comprenant une législation cadre, un contrôle indépendant, une participation véritable de la population et l'imposition de sanctions en cas d'infraction ».

<sup>690</sup> États Unis, C.S., *Goldberg v. Kelly* 397 U.S. 254 (1970).

de l'Homme<sup>691</sup>, tout comme dans celle de la Cour interaméricaine<sup>692</sup>, le droit à un procès équitable a vocation à s'appliquer en matière de prestations sociales, de façon à éviter des mesures arbitraires. D'autres obligations sont substantielles, et imposent aux États de prendre les mesures requises pour protéger les droits sociaux d'atteintes commises par des tiers. Ainsi, la Cour interaméricaine, soulignant la vulnérabilité particulière des travailleurs clandestins, met à la charge des États une obligation de mettre en place une législation du travail qui leur assure une protection contre les discriminations, indépendamment de leur nationalité ou origine sociale, ethnique ou raciale ou leur statut de migrant<sup>693</sup>. A ce titre, elle insiste sur la faculté de saisir la justice pour protéger leurs droits contre des employeurs qui abuseraient de leur précarité sociale<sup>694</sup>. Le droit français ne se démarque pas, l'égal accès aux institutions de protection sociale faisant l'objet d'un contrôle judiciaire croissant depuis une vingtaine d'années<sup>695</sup>, même si le contrôle du juge est limité à la rupture « caractérisée » d'égalité<sup>696</sup>.

L'obligation de protéger, dans sa double dimension de droit à la non discrimination et de droit à des garanties procédurales, constitue de la sorte une « voie privilégiée de la justiciabilité des droits sociaux »<sup>697</sup>, étroitement contrôlée par les juges. Jointe à l'obligation de respecter, elle répond à ce standard de l'État de droit libéral, transparent et équitable, qui s'abstient de toute ingérence et de toute discrimination et assure aux individus les conditions d'accès à la justice. Le contrôle est plus lâche toutefois lorsqu'il porte sur le respect de l'obligation de réaliser.

## II. Une créance dont l'exigibilité est susceptible de contrôle juridictionnel

Dans la mesure où l'obligation de réaliser des droits sociaux met à la charge des autorités publiques une obligation positive d'action, le contrôle juridictionnel de sa mise en œuvre est parfois refusé. Il symbolise cette crainte

---

<sup>691</sup> CEDH, 29 mai 1986, *Feldbrugge c. Pays-Bas*, A 99 ; 29 mai 1986, *Deumeland c. Allemagne*, A 100 ; V. Carole NIVARD, thèse précitée, p. 562 et s.

<sup>692</sup> CIADH, aff. des cinq retraités c. Pérou, 28 février 2003 ; aff. *Acevedo Buendia et al.*, 1<sup>er</sup> juillet 2009 ; v. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du Sud », *supra*.

<sup>693</sup> CIADH, Avis relatif au statut juridique et droits des migrants en situation irrégulière, OC-18/03, v. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, précit., *supra*.

<sup>694</sup> Pour une analyse autorisée des standards adoptés par la Cour interaméricaine relatifs à l'accès à la justice et au droit en matière de droits sociaux, v. Victor ABRAMOVICH, « Acces to justice as a guarantee of economic, social and cultural rights : a review of the standards adopted by the inter-american system of Human Rights », OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 septembre 2007, <http://www.cidh.oas.org/countryrep/AccessoDESC07eng/Accessodescindice.eng.htm>

<sup>695</sup> Laure CAMAJI, *La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales*, Dalloz, 2008, pp. 25 et 143 s.

<sup>696</sup> Pour une analyse critique, v. Michel BORGETTO, « Le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité et les droits sociaux », précit. ; Laure CAMAJI, « La justiciabilité du droit à la sécurité sociale. Éléments de droit français », RDSS n° 5, 2010, à paraître.

<sup>697</sup> Carole NIVARD, précit., p. 470 et s.

du juge d'empiéter sur le domaine de compétence du législateur et est souvent justifié par le caractère « vague » des droits sociaux. La jurisprudence de la Cour européenne en témoigne, lorsqu'elle affirme qu'il ne peut être dégagé de la Convention un droit à une pension sociale<sup>698</sup>, la Cour refusant de se substituer aux autorités nationales pour fixer ou modifier le montant des prestations prévues par un système de sécurité sociale<sup>699</sup>. Pour autant, l'obligation de mettre en œuvre constitue-t-elle un angle mort de la justiciabilité des droits sociaux ? On peut en douter, à l'examen de la jurisprudence – abondante – rendue en la matière. Si les juges, dans leur ensemble, font preuve d'une certaine retenue, deux lignes directrices apparaissent avec une constance remarquable : d'une part, l'idée que l'obligation de mettre en œuvre est une obligation de moyens nécessitant un engagement effectif des pouvoirs publics (A) ; d'autre part, l'existence d'un noyau dur d'obligations minimales (B).

### **A. Une obligation de moyens.**

Le CoDESC le souligne : il « n'ignore pas que des facteurs extérieurs peuvent influencer sur le droit à une amélioration constante des conditions de vie et que la situation générale dans ce domaine s'est détériorée dans un grand nombre d'États parties au cours des années 80. Toutefois, (...) malgré les problèmes dus à des facteurs extérieurs, les obligations découlant du Pacte gardent la même force et sont peut être encore plus pertinentes en période de difficultés économiques. Le Comité estime donc qu'une détérioration générale des conditions de vie et de logement, qui serait directement imputable aux décisions de politique générale et aux mesures législatives prises par des États parties, en l'absence de toute mesure parallèle de compensation, serait en contradiction avec les obligations découlant du Pacte ».

Certes, souligne-t-il, « les moyens à mettre en œuvre pour garantir la pleine réalisation du droit à un logement suffisant varieront largement d'un État partie à l'autre, mais il reste que le Pacte fait clairement obligation à chaque État partie de prendre toutes les mesures nécessaires à cette fin. Il s'agira, dans la plupart des cas, d'adopter une stratégie nationale en matière de logement qui (...) définit les objectifs des activités à entreprendre pour améliorer les conditions d'habitation, identifie les ressources disponibles pour atteindre ces objectifs et les moyens les plus rentables de les utiliser et définit les agents chargés de l'exécution des mesures nécessaires ainsi que le calendrier dans lequel elles s'inscrivent »<sup>700</sup>. Par ailleurs, « la surveillance régulière de la situation du logement est une autre obligation à effet immédiat. Pour que les États parties s'acquittent de leurs obligations (...), ils doivent prouver, notamment, qu'ils ont pris toutes les mesures nécessaires, soit sur le plan national, soit dans le cadre de la coopération internationale, pour évaluer

<sup>698</sup> ComEDH, 17 déc. 1966, X c. R.F.A., Rec. Déc. 23, p. 10.

<sup>699</sup> CEDH, déc., 23 avr. 2002, Larioshina c. Russie, req. 56869/00.

<sup>700</sup> CODESC, Observation générale No 4 sur le droit à un logement suffisant, 13 décembre 1991, § 12.

l'ampleur du phénomène des sans abri et de l'insuffisance du logement sur leur propre territoire »<sup>701</sup>.

L'interprétation du CoDESC n'est pas différente de celle du CEDS : le Comité européen rappelle que, si les États n'ont pas d'obligation de résultat, pèse sur eux une obligation de prendre les mesures effectives pour que des résultats soient qualitativement et quantitativement atteints<sup>702</sup>. L'index de jurisprudence du Comité détaille ainsi précisément les engagements auxquels doivent souscrire les États : l'obligation incombant aux États parties est non seulement de prendre des initiatives juridiques mais encore de dégager les ressources et d'organiser les procédures nécessaires pour, entre autres obligations, protéger les sans-abri, mettre en place des aides au logement, éradiquer l'habitat insalubre<sup>703</sup>... Ainsi, dans une réclamation contre la France, le Comité a relevé l'insuffisance de la mise en œuvre de la législation relative aux aires d'accueil pour les gens du voyage, constitutive une violation de l'article 31 § 1 de la Charte révisée. La mise en œuvre des droits sociaux est donc une obligation de moyens qui nécessite un engagement effectif des pouvoirs public.

Or, une telle analyse a pu être reprise par des juridictions internes. La plus célèbre est la décision *Grootboom*, prononcée par la Cour constitutionnelle sud-africaine, selon qui « la question n'est pas de savoir si les droits sociaux sont justiciables en vertu de la Constitution, mais comment les garantir dans un cas donné »<sup>704</sup>. L'affaire, relative à des habitants d'un township de la banlieue du Cap expulsés, a permis à la Cour de concrétiser le droit au logement et le droit de l'enfant à un développement harmonieux, tous deux énoncés dans la Constitution en imposant aux pouvoirs publics une obligation d'agir dans des situations d'urgence vitale, en s'appuyant sur plusieurs considérations. D'abord, la réalisation progressive des droits économiques et sociaux est pour l'État une obligation indérogeable : « La Constitution oblige l'État à agir positivement pour améliorer les conditions de vie (des habitants de townships). L'obligation est de fournir un accès au logement, aux soins de santé, à une nourriture et une eau suffisante, et à la sécurité sociale pour ceux qui ne parviennent pas à assurer leurs conditions d'existence et celles des personnes qui dépendent d'eux ». Si les juges soulignent la difficulté pour l'État de remplir ces obligations au regard du niveau de développement sud-africain, ils relèvent néanmoins que cette

---

<sup>701</sup> Id., § 13.

<sup>702</sup> CEDS, Mouvement international ATD Quart monde c. France, réclamation n° 33/2006, décision sur le bien-fondé du 5 décembre 2007, §§ 58 à 67, Fédération européenne des Associations nationales de travail avec les sans-abris (FEANTSA) c. Slovénie, réclamation n° 53/2008, décision sur le bien-fondé du 8 septembre 2009, § 28 à 31 ; Centre européen des droits des Roms (CEDR) c. France, Réclamation n° 51/2008, 19 oct. 2009, § 30.

<sup>703</sup> CEDS, Index de jurisprudence, septembre 2008, p. 171 et s., consultable en ligne : [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestIndex\\_fr.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestIndex_fr.asp)

<sup>704</sup> Afrique du Sud, Cour const., *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and others* 2001 (1) SA 46 (CC), § 20 : « The question is therefore not whether socio-economic rights are justiciable under our Constitution, but how to enforce them in a given case ». traduit en français et commenté <http://www.rinoceros.org/article1129.html> ; *Lindiwe Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others* [2009] ZACC 28, Case No CCT 39/09, 8 octobre 2009.

particularité est reconnue par la Constitution qui dispose expressément que l'État n'est pas obligé d'aller au-delà de ses ressources disponibles ni de réaliser ces droits immédiatement. La cour insiste toutefois, nonobstant ces réserves, sur le fait que « ce sont là des droits, et que la Constitution oblige à leur donner effet. Ceci est une obligation que les tribunaux peuvent, et dans les circonstances adéquates, doivent exécuter ». Or, la réalisation progressive des droits économiques et sociaux ne signifie pas qu'il y ait des bénéfices minimum immédiatement exigibles mais impose en revanche à l'État d'avoir, au minimum, mis en place « un programme cohérent et adapté aux obligations qui lui incombent ». Examinant les programmes publics de logement destinés aux plus défavorisés au regard de cette obligation, la Cour constate que la politique de logement mise en œuvre par l'État ne répond pas à l'obligation de prendre « toutes les mesures raisonnables dans la limite des ressources disponibles ». Elle a ordonné aux administrations provinciale et nationale de « concevoir, financer, mettre en œuvre et superviser des mesures pour fournir un secours à ceux qui en ont désespérément besoin ». Elle a également disposé de mesures intérimaires pour améliorer le sort de la communauté (fourniture de draps, de toilettes et de points d'eau, etc.).

Cet examen attentif de la qualité et de l'adaptation des programmes publics de relogement des sans abri se retrouve dans la jurisprudence de la Cour suprême indienne<sup>705</sup>. A propos de l'éviction d'habitants de *shums*, la Cour souligne que « bien qu'aucun individu n'ait le droit d'occuper illégalement et d'ériger des abris ou autres infrastructures sur les trottoirs ou la voie publique ou en tout autre lieu réservé à un usage public et prévu à une telle fin, la Constitution impose à l'État de créer des infrastructures et opportunités adéquates en redistribuant ses ressources afin de garantir la vie et la construction d'abris pour donner un sens au droit à la vie ». A cette fin, la Cour examine les programmes municipaux de relogement et, tout en gardant à l'esprit les contraintes financières pesant sur les autorités locales, considère que certains d'entre eux devraient être révisés<sup>706</sup>.

Quant au droit à la protection sociale, l'obligation de le mettre en œuvre requiert, selon le CoDESC, que l'État partie prenne des mesures positives, notamment en veillant à ce que le système de sécurité sociale soit adéquat et accessible à tous, et qu'il couvre les risques et aléas sociaux. Elle requiert également de l'État partie qu'il prenne des dispositions pour veiller à ce que l'accès aux régimes de sécurité sociale fasse l'objet d'une information et d'une sensibilisation appropriées en particulier en direction des groupes vulnérables<sup>707</sup>. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande est

---

<sup>705</sup> Inde, C.S., Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulab Khan & Others (1997) 11 SCC 123.

<sup>706</sup> Id : « the financial condition of the Corporation may also be kept in view but that would not be a constraint on the Corporation to avoid its duty of providing residence/plot to the urban weaker sections. It would, therefore, be the duty of the Corporation to evolve the schemes ».

<sup>707</sup> V. notamment les travaux de la Commission de démarginalisation par le droit, précités.

particulièrement révélatrice, lorsque, dans une décision dite Hartz IV, la Cour allemande vient à conclure que les modes de calcul prévus par le législateur dans le versement de prestations sociales (indemnité chômage) ne respectent ni la dignité de la personne humaine ni le principe constitutionnel de l'État social (art. 20 al. 1 LF). En effet, la loi adoptée ne satisfait pas à l'objectif de transparence qu'elle est censée viser et ne prend pas suffisamment en compte les besoins réels de l'individu. Aussi les juges constitutionnels, sans se prononcer sur le montant des aides accordées, imposent-ils au législateur une nouvelle méthode de détermination de cette aide fondées sur des critères rationnels<sup>708</sup>. La Cour constitutionnelle tchèque s'est placée dans une perspective analogue<sup>709</sup>, tout comme la Cour constitutionnelle lituanienne, laquelle a sanctionné, pour violation du droit constitutionnel à la sécurité sociale, une exonération de cotisations à un fonds de retraite dont bénéficiaient certains employeurs. Pour ce faire, la Cour a considéré que si le choix des moyens à mettre en œuvre pour la réalisation du droit à la sécurité sociale relève de la discrétion des États, en revanche l'État a l'obligation de développer des mécanismes pour garantir effectivement le droit énoncé. Or, dans le schéma adopté, les manquements de l'État dans le prélèvement des impôts ou des cotisations sociales ne lui permettaient pas une utilisation satisfaisante de toutes ses ressources pour la réalisation des droits sociaux<sup>710</sup>. La décision lituanienne présente un intérêt manifeste en tant qu'illustration de la capacité des cours constitutionnelles à appliquer les standards internationaux et constitutionnels aux droits sociaux et à contrôler la mise en œuvre de ces droits par les autorités publiques.

## **B. Des obligations *a minima*.**

Outre le contrôle de l'existence d'un engagement effectif en faveur de la réalisation des droits sociaux, la seconde ligne directrice qui sous tend la jurisprudence relative à l'obligation de mise en œuvre des droits sociaux est relative à l'existence d'un noyau dur, constitué d'obligations minimales auxquelles les autorités publiques ne sauraient déroger. Une obligation d'agir *a minima* est ainsi imposée aux autorités publiques, quelle que soit par ailleurs la latitude laissée par un contrôle juridictionnel soucieux du respect des prérogatives des pouvoirs publics. Ainsi, pour le droit au logement, droit dont la réalisation est particulièrement complexe et suppose choix politiques, arbitrages budgétaires et programmes échelonnés dans le temps, le CoDESC donne une orientation générale : « les États parties doivent donner la priorité voulue aux groupes sociaux vivant dans des conditions défavorables en leur accordant une attention particulière. Les politiques et la législation ne devraient pas, en l'occurrence, être conçus de façon à bénéficier aux groupes sociaux déjà favorisés, au détriment des autres couches sociales »<sup>711</sup>. Parallèlement, le Comité européen

<sup>708</sup> Allemagne, C. Const., 9 février 2010, RDSS, 2010, p. 653, note Céline FERCOT.

<sup>709</sup> Rép. tchèque, C. Const., Pl. US 42/04, 6 juin 2006, précit.

<sup>710</sup> Lituanie, C. Const., aff. n° 2000-08-0109, 13 mars 2001, [http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw\\_show.htm?doc\\_id=400782&focus=14014](http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=400782&focus=14014).

<sup>711</sup> CoDESC, Observation générale n° 4 (1991), Le droit à un logement suffisant, § 11.

des droits sociaux a souligné la nécessité de protéger tout particulièrement l'accès au logement de différentes catégories de personnes vulnérables, à savoir les personnes aux revenus modestes, les chômeurs, les familles monoparentales, les jeunes, les personnes handicapées et de porter une attention particulière aux sans-abri. Il a mis à la charge des États une obligation de définir précisément le contenu de la notion de « logement décent », en lien avec les notions de salubrité, de non surpeuplement<sup>712</sup>.

Une interprétation identique inspire la jurisprudence même la plus réticente à mettre à la charge des pouvoirs publics une obligation de réaliser les droits sociaux. La Cour européenne des droits de l'Homme – qui refuse par ailleurs d'interpréter le droit à la vie privée et au respect du logement comme fondant un droit « à » un logement<sup>713</sup> – a pu, dans certaines affaires, sanctionner le défaut d'attribution d'un logement à des requérants en raison des répercussions de ce refus sur les droits des mal-logés. Ainsi, le placement d'enfants d'une famille mal-logée du fait de l'indigence des autorités de protection sociale et du défaut d'attribution d'un logement social<sup>714</sup> ou encore l'obligation d'assister des personnes handicapées dans leur recherche d'un logement adapté<sup>715</sup> ont-ils été relevés par la Cour. Dans une veine similaire, la Cour suprême sud-africaine souligne que les mesures prises par l'État en matière de logement ne peuvent pas être considérées comme adéquates ou raisonnables si elles ne bénéficient pas aux plus démunis : « le programme (d'habitat) qui a été adopté et qui était en vigueur dans la zone métropolitaine du Cap au moment du dépôt de cette plainte ne répondait pas pleinement (aux obligations découlant de l'art. 26) (...) il échouait en effet à fournir quelque sorte

---

<sup>712</sup> CEDS, Digest, obs. Sous l'article 31, sept. 2008, précit.

<sup>713</sup> ComEDH, 29 sept. 1956, X c. R.F.A., Ann. Conv., vol. 1, p. 202 ; 15 juil. 1980, E.A. Arrondelle c. Royaume-Uni, D.R. 19, p. 186 ; CEDH, GC, 18 janv. 2001, Chapman c. Royaume-Uni, Rec. 2001-I, § 99 ; Pour une analyse d'ensemble : Institut des droits de l'Homme du Barreau de Bruxelles, Le droit au logement : vers la reconnaissance d'un droit fondamental de l'être humain, Bruylant 2008.

<sup>714</sup> CEDH, Wallova et Walla c. République Tchèque, 26 octobre 2006, req. 23848/04, § 73. Dans la présente affaire, les capacités éducatives et affectives des requérants n'ont jamais été mises en cause et les tribunaux ont reconnu leurs efforts déployés afin de surmonter leurs difficultés. Dès lors, la prise en charge des enfants des requérants a été ordonnée pour la seule raison que la famille occupait à l'époque un logement inadéquat. De l'avis de la Cour, il s'agissait donc d'une carence matérielle que les autorités nationales auraient pu compenser à l'aide des moyens autres que la séparation totale de la famille, laquelle semble être la mesure la plus radicale ne pouvant s'appliquer qu'aux cas les plus graves. 74. La Cour estime que, pour respecter en l'espèce l'exigence de proportionnalité, les autorités tchèques auraient dû envisager d'autres mesures moins radicales que la prise en charge des enfants. En effet, la Cour considère que le rôle des autorités de la protection sociale est précisément d'aider les personnes en difficultés qui n'ont pas les connaissances nécessaires du système, de les guider dans leurs démarches et de les conseiller, entre autres, quant aux différents types d'allocations sociales, aux possibilités d'obtenir un logement social ou quant aux autres moyens de surmonter leurs difficultés.

<sup>715</sup> Jurisprudence minimaliste, car la Cour rappelle que si l'État n'a pas l'obligation positive de fournir un appartement spécifique au requérant, le refus d'assister un individu souffrant d'une maladie grave dans sa recherche de logement peut poser un problème sous l'angle de l'article 8 (CEDH, 4 mai 1999, Marzari c. Italie, req. 36448/97). Dans une affaire proche, la Cour exonère l'État de sa responsabilité, la situation de la requérante handicapée n'était pas due à l'inertie des autorités, mais au propre comportement de celle-ci (CEDH, 13 janv. 2000, Maggolini c. Italie, req. 35800/97).

de secours que ce soit à ceux qui avaient désespérément besoin d'accès au logement ».

Le droit à la sécurité sociale s'inscrit dans une perspective similaire. Ainsi, selon le CODESC, les États sont tenus d'assurer l'exercice du droit à la sécurité sociale quand des individus ou groupes sont particulièrement exposés, en instituant des régimes non contributifs ou d'autres mesures d'assistance sociale pour aider les individus et les groupes incapables de verser des cotisations suffisantes pour assurer leur propre protection (par exemple en cas de situations d'urgence, de catastrophes naturelles, de conflit armé...) <sup>716</sup>. Le comité prend soin de délimiter le contenu du noyau dur du droit à la sécurité sociale, auquel les États ne sauraient déroger, quel que soit leur niveau de ressources <sup>717</sup>. Il rappelle que, « pour qu'un État partie puisse imputer au manque de ressources le fait qu'il ne s'acquitte même pas de ses obligations fondamentales minimum, il doit démontrer qu'aucun effort n'a été épargné pour utiliser toutes les ressources à sa disposition aux fins de remplir, à titre prioritaire, ces obligations minimales » <sup>718</sup>. Enfin, pour déterminer si les États Parties se sont acquittés de l'obligation de prendre des mesures, le Comité examine si l'application est raisonnable ou proportionnée au regard de la réalisation des droits, si elle est conforme aux droits de l'Homme et aux principes démocratiques, et si elle est soumise à un mécanisme approprié de surveillance et de responsabilité <sup>719</sup>. L'idée d'un contenu minimal ou essentiel en matière de sécurité sociale a été utilisée par différentes cours constitutionnelle <sup>720</sup>. L'exemple français est connu : la jurisprudence du Conseil

---

<sup>716</sup> CODESC, Observations générales n° 19, Droit à la sécurité sociale, précit., § 47-51 ; le comité ajoute : « Il importe que les régimes de sécurité sociale couvrent les groupes défavorisés et marginalisés, même si les moyens de financement de la sécurité sociale sont limités – qu'ils proviennent de recettes fiscales ou des cotisations des bénéficiaires. Des régimes parallèles et des régimes à faibles coûts pourraient être mis au point en vue de couvrir immédiatement ceux qui n'ont pas accès à la sécurité sociale, même si l'objectif devrait être d'intégrer ces personnes dans les systèmes ordinaires de sécurité sociale. Des politiques et un cadre législatif pourraient être adoptés en vue de la couverture progressive de personnes travaillant dans le secteur informel ou des personnes qui sont privées de l'accès à la sécurité sociale pour d'autres raisons ».

<sup>717</sup> Id. : « Art. 59- a) D'assurer l'accès à un régime de sécurité sociale qui garantisse, au minimum, à l'ensemble des personnes et des familles un niveau essentiel de prestations, qui leur permette de bénéficier au moins des soins de santé essentiels, d'un hébergement et d'un logement de base, de l'approvisionnement en eau et de l'assainissement, de denrées alimentaires et des formes les plus élémentaires d'enseignement. Si un État partie ne peut, au maximum de ses ressources disponibles, assurer ce niveau minimum contre tous les risques et aléas, le Comité lui recommande de sélectionner, après avoir procédé à des consultations élargies, un ensemble fondamental de risques et d'aléas sociaux; b) De garantir le droit d'accès aux systèmes ou régimes de sécurité sociale sans discrimination, notamment pour les individus et les groupes défavorisés et marginalisés ; c) De respecter les régimes de sécurité sociale existants et de les préserver de toute interférence déraisonnable ; d) D'adopter et d'appliquer, au niveau national, une stratégie et un plan d'action pour la sécurité sociale ; e) De prendre des mesures ciblées en vue de la mise en œuvre des régimes de sécurité sociale, en particulier de ceux destinés à protéger les individus et les groupes défavorisés et marginalisés ; f) De contrôler dans quelle mesure le droit à la sécurité sociale est réalisé ou ne l'est pas ».

<sup>718</sup> Id., § 60 ; v. également CODESC, Observations générales n° 3, précit., § 10.

<sup>719</sup> Id., § 63.

<sup>720</sup> On doit également mentionner l'arrêt de la Cour constitutionnelle moldave, qui effectue un contrôle sur la base de différents principes aboutissant à mettre en œuvre une sorte de « clapet anti retour ». Ainsi, par exemple, elle a considéré, en se référant au principe de l'État de droit,

constitutionnel a défini un noyau minimal des droits sociaux<sup>721</sup> : si le Conseil souligne la marge d'appréciation du législateur, il émet néanmoins des réserves d'interprétation quant aux durées, montants et plafonds qui restreignent l'accès à certaines prestations ou limitent la prise en charge des soins de santé par l'assurance maladie afin que ses modalités n'aboutissent pas à « remettre en cause » les exigences des alinéas 10 et 11 du Préambule<sup>722</sup>. Mais des juridictions étrangères vont plus loin : ainsi, la Cour constitutionnelle italienne<sup>723</sup> a pu déclarer inconstitutionnelle une disposition législative qui ne prévoyait pas le remboursement par le service national de santé des frais coûteux de diagnostic spécialisé effectué par des laboratoires privés non conventionnés mais qui étaient les seuls à disposer du matériel nécessaire à la réalisation des examens qui étaient indispensables pour le patient. La cour sanctionne une atteinte au droit à la santé (article 32 de la constitution italienne) en considérant que la santé « ce droit *premier et fondamental* (...) impose une protection entière et exhaustive », « l'exclusion absolue de tout remboursement dans la législation attaquée alors que l'accès à certaines prestations est indispensable et qu'il est impossible d'y accéder autrement met donc en cause la garantie de ce droit ». Autre exemple, la Cour constitutionnelle colombienne<sup>724</sup> a considéré que lorsqu'une personne se trouve dans une situation de faiblesse manifeste, due à sa condition économique, physique ou mentale, sans qu'elle même ou sa famille puissent lui venir en aide, il incombe à l'État de lui fournir une assistance minimale. Les droits à la santé, à la sécurité sociale, à la protection et l'assistance aux personnes âgées revêtent certes en principe un caractère programmatique, admet la Cour. Mais ils peuvent faire naître un droit public subjectif d'application immédiate, dès lors que la personne intéressée prouve son état de faiblesse manifeste, ainsi que l'impossibilité matérielle de sa famille à l'assister. Ainsi restreint à une aide minimale versée aux plus démunis, le droit à la protection sociale devient exigible. Autre exemple, dans une décision rendue

---

qu'en obligeant l'État à prendre les mesures nécessaires pour garantir à tout homme un niveau de vie digne, le constituant avait inscrit le droit de tout citoyen à des conditions de vie normales, lui garantissant à lui et à sa famille une existence civilisée et digne. Un tel droit incluant une amélioration constante de ces conditions, y compris la garantie d'un droit à se nourrir, à se vêtir et se loger, un arrêté gouvernemental se refusant à indexer les pensions sur la hausse des prix est contraire à la Constitution (Moldavie, C. const., 18 mai 1999, citée in Jean-Pierre MASSIAS et al., « Chr. Constitutionnelle des États d'Europe de l'Est », RDP 2001, p. 1076) ; de même, la Cour constitutionnelle ukrainienne a sanctionné un arrêté établissant une liste de services médicaux payants. Se fondant sur les dispositions de la Constitution proclamant le droit à la protection de la santé et à l'assistance médicale ainsi que la gratuité des soins prodigués dans les établissements étatiques et communaux, la Cour a déclaré que l'issue à la situation critique du financement du budget de la santé ne résidait pas dans l'établissement d'une liste de soins payants mais dans un changement d'approche conceptuelle des problèmes liés à la protection médicale (Ukraine, C. const., 25 novembre 1998, citée in Jean-Pierre MASSIAS et al., RDP, Chr. 2001 précit., p. 1076).

<sup>721</sup> Laurence GAY, Les « droits-créances » constitutionnels, Bruylant, 2007, pp. 646-744.

<sup>722</sup> CC, 23 janv. 1987, n° 86-225 DC (durée de résidence pour l'accès à l'aide sociale) ; CC, 12 août 2004, n° 2004-504 DC, précit. ; CC, 13 déc. 2007, n° 2007-558, précit. (montant des participations financières imposées aux patients) ; CC, 18 déc. 1997, n° 97-393 DC, précit. ; CC, 23 juil. 1999, n° 99-416 DC (montant des plafonds de ressources pour bénéficier des allocations familiales et de la CMUC résultant de la mise sous condition de ressources de ces prestations).

<sup>723</sup> Italie, Cour const., 12-27 octobre 1988, sentence 992/ 1988.

<sup>724</sup> Colombie, Cour Constitutionnelle, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz Arrêt T-533/1992, 23 sept. 1992, § 5.

par la Cour suprême norvégienne<sup>725</sup>, un contrôle du montant des prestations d'aide sociale et médicale a été effectué. Tout en soulignant la marge d'appréciation des autorités locales dans la mise en œuvre de ce programme médico-social, et en concédant que le législateur n'avait pas entendu conférer un droit susceptible d'être garanti par les tribunaux, la Cour a souligné qu'un niveau minimal de soins devait être garanti et que les juridictions étaient fondées à vérifier ce montant. En d'autres termes, la Cour a accepté d'évaluer le bien fondé de la décision administrative à l'aune d'un noyau dur de droit à prestations sanitaires et sociales. Au cas d'espèce, la décision a été jugée déraisonnable, dans la mesure où les prestations versées étaient inférieures à ce degré minimal.

### **Conclusion**

Le nombre et la diversité des décisions de justice, rendues ici ou ailleurs à propos du droit au logement ou à la sécurité sociale, conduisent ainsi à remettre en question le dogme de leur injusticiabilité, qui relève davantage du « poncif »<sup>726</sup> que de la réalité tangible. Différentes juridictions ou organes quasi judiciaires les reconnaissent comme étant des « droits » et donc du Droit : leurs débiteurs, publics ou privés, sont précisément identifiés, confirmant au passage le caractère horizontal de ces droits. Leur exigibilité est précisée par des juridictions qui ne considèrent pas la condition de réalisation progressive comme de nature à remettre en cause leur caractère obligatoire. En d'autres termes, la conditionnalité de ces droits ne signifie pas leur « optionnalité » et la jurisprudence peut ainsi révéler le souci du juge de contrôler le caractère raisonnable et adapté des efforts entrepris par les pouvoirs publics pour que ces droits deviennent effectifs.

#### *Pour citer cet article*

Diane Roman, « La justiciabilité du droit au logement et du droit à la sécurité sociale : les droits sociaux au-delà des droits créances », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012  
<http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/la-justiciabilitc3a9-du-droit-au-logement.pdf>

---

<sup>725</sup> Norvège, C.S., Fusa, Rt. 1990: 874, citée par Thor Inge HARBO, « Les droits sociaux en Scandinavie, à la recherche d'un équilibre optimal entre droit et politique, droits et devoirs », à paraître.

<sup>726</sup> Constance GREEWE et Florence BENOIT-ROHMER, *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, PU Strasbourg, 2003.