

## Le mot de l'Observatoire

L'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion social, la Mission de la recherche de la DREES et la Mission de recherche Droit et justice se sont associés en 2008 pour proposer un appel à recherches sur les relations entre droit et pauvreté, aussi bien dans une dimension de principe que d'effectivité.

Cet appel d'offre avait été précédé d'un séminaire dont l'objectif était de s'interroger sur la manière dont le droit, en tant que discipline, pense la pauvreté. Ces travaux peuvent être consultés sur le site de l'ONPES ([www.onpes.gouv.fr](http://www.onpes.gouv.fr))

La présente Lettre de l'Observatoire propose une synthèse d'une des quatre recherches qui ont été retenues dans ce cadre. La particularité de ce travail est de croiser les regards de spécialistes de droit public, de droit international et européen ainsi que de droit privé, en s'attachant à étudier les enjeux de la justiciabilité, de l'effectivité et de l'opposabilité des droits sociaux.

Cette recherche entend ainsi contribuer à la conceptualisation d'un État social de droit.

## « Droits des pauvres, pauvres droits ? » Les droits économiques et sociaux seraient-ils de pauvres droits ?

Diane ROMAN

**C**OMBATTE la pauvreté par le droit ? Ces dernières années, les travaux se sont succédé pour affirmer que la lutte contre la misère est non seulement une question juridique, mais aussi un enjeu pour les droits fondamentaux. Droit à l'alimentation, droit à un revenu minimum, droit à la sécurité sociale, droit au logement, droit au travail, etc. La notion de droits sociaux est en vogue, ce qu'atteste l'abondante littérature anglo-saxonne consacrée, depuis quelques années, au régime juridique des droits sociaux et à la possibilité de garantir en justice leur effectivité.

*A contrario*, la doctrine juridique francophone est moins audible. Ce relatif silence doctrinal a contribué à maintenir une certaine ambiguïté sur la notion de « droits sociaux ». Sous un seul vocable, plusieurs catégories s'entremêlent (encadré).

Un point commun caractérise toutefois les droits sociaux : le sort doctrinal qui leur est historiquement réservé. Présentés comme des droits de la deuxième génération, ils sont généralement opposés, dans la doctrine française spécialiste du droit des libertés, aux droits « historiques » de la Déclaration française de 1789. Une conceptualisation doctrinale a érigé les droits sociaux en catégorie spécifique, frappée d'une certaine vulnérabilité normative (les droits sociaux seraient davantage des programmes, des objectifs, des guides d'action des pouvoirs publics que des droits des individus) et contentieuse (faiblement déterminés et sans titulaires précis, les droits sociaux ne pourraient bénéficier d'une protection juridictionnelle). Le ressort d'une telle systématisation intellectuelle tient la plupart du temps en une opposition entre droits civils et politiques, souvent qualifiés de « droits libertés », et droits sociaux, « droits créances » : les premiers ne requerraient, pour leur garantie, qu'une abstention des pouvoirs publics, les autres exigeraient une intervention active de l'État providence. L'idée généralement admise est que les droits sociaux seraient davantage des objectifs à atteindre que des droits susceptibles d'être défendus en justice. L'unité des droits sociaux viendrait ainsi de leur régime, davantage que de leur contenu, et de la relation que le juge entretiendrait avec leur mise en œuvre. D'où l'intérêt d'une recherche consacrée moins au contenu des droits sociaux qu'à leur justiciabilité et orientée vers une confrontation du discours doctrinal aux pratiques et politiques judiciaires.

## Une recherche ouverte à la comparaison internationale

Deux choix majeurs ont été faits. Tout d'abord, celui d'une large ouverture au droit comparé, spécialement européen, et d'une attention particulière portée aux systèmes juridiques des pays émergents. Les pays du Sud peuvent constituer des références importantes, en raison de leur système juridique. Des démocraties constitutionnelles innovantes telles que l'Inde, l'Afrique du Sud, l'Argentine ou le Brésil sont confrontées de longue date à la réalité sociale de la misère et des inégalités. Le traitement juridique de la pauvreté est ancré dans les usages sociaux du droit. Il semble dès lors que les modes de raisonnement juridiques construits à l'échelle nationale ou régionale, en Afrique par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples ou en Amérique latine par la Cour inter-américaine, offrent autant d'enseignements dont le droit français a à apprendre.

**L'autre choix est celui** d'une définition large des droits étudiés. Les droits sociaux, dans cette recherche, regroupent un ensemble de droits, tels que le droit au logement, les droits des travailleurs, le droit à la protection de la santé, le droit à la scolarisation ou le droit à des moyens convenables d'existence. Ils se caractérisent par la réunion de trois critères d'ordre formel (sources et textes proclamatoires), matériel (champ d'application) et téléologique (objet et finalités de leurs proclamations). Les droits sociaux, dans l'acceptation qui a été retenue, sont des droits garantis par les textes constitutionnels et internationaux dans le champ social (droits des travailleurs, droit à des prestations, droit aux services publics), afin de réduire les inégalités économiques et dans une perspective de justice sociale: « Droits des victimes de l'ordre existant » (selon le mot célèbre de l'universitaire français Georges Burdeau), les droits sociaux sont, si ce n'est des instruments de transformation sociale, du moins des correctifs au libéralisme économique, et ont pour objectif de réaliser la fraternité. Étudier le régime juridique des droits sociaux, revient à analyser les voies de droit permettant de garantir leur effectivité, parmi lesquelles leur justiciabilité.

Se dessine ainsi une nouvelle configuration du social, dans laquelle le juge est institué garant de l'effectivité des droits sociaux et le droit devient une arme. Le recours au droit, et à la rhétorique des droits de l'homme, devient un instrument privilégié des revendications sociales. L'appropriation de la thématique des droits sociaux comme instrument militant a différentes répercussions: le débat sur la justiciabilité des droits sociaux et économiques est désormais investi avec force, y compris au sein de l'entreprise. Il bouleverse ainsi certaines certitudes juridiques sur la répartition des rôles entre l'État et le secteur privé, en entraînant l'identification de nouveaux débiteurs (à l'instar de la responsabilité sociale des entreprises). La généralisation de l'invocation de droits sociaux se manifeste jusqu'au sein d'associations classiquement attachées à la défense des droits civils: Amnesty International ou les Ligues des droits de l'homme ont ainsi inclus dans leurs plateformes la protection des droits sociaux.

## Quelle justiciabilité pour les droits sociaux ?

Les voies de la justiciabilité des droits sociaux sont diverses et s'élargiront encore avec l'entrée en vigueur du protocole facultatif additionnel au PIDESC, adopté en 2008 et qui permettra aux particuliers de saisir le Comité des droits sociaux des Nations Unies.

Ces procédures témoignent cependant d'une hésitation permanente des juges dans l'exercice de leur contrôle. Partagés entre le souci de respecter la compétence du pouvoir législatif, au nom d'un argument à la fois démocratique et technique, et celui de garantir le respect de droits inscrits au plus haut niveau de l'ordonnement juridique, les juges construisent une jurisprudence qui est, si ce n'est universalisable, du moins comparable: interdiction des discriminations dans l'attribution et la jouissance de droits sociaux, sanction du caractère déraisonnable de décisions administratives restreignant le bénéfice de droits, garantie d'un seuil minimal de services et de prestations protégeant le droit à la vie et au respect de la dignité.

### Encadré

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

Les droits sociaux bénéficient d'une reconnaissance grandissante dans chacun des ordres juridiques (droit international des droits de l'homme, du droit international économique et des droits constitutionnels) qui s'hybrident mutuellement.

L'analyse de la jurisprudence rendue par différentes Cours suprêmes (Afrique du Sud, Argentine, Italie, Inde, par exemple) montre un certain décalage des juridictions françaises dans la garantie qu'elles offrent aux droits sociaux. Si les sources constitutionnelles existent, elles sont encore peu utilisées par les juges français. Peut-être la procédure de question prioritaire de constitutionnalité permettra-t-elle de changer la donne. En l'état actuel de la jurisprudence, les juges se tournent plus volontiers vers le droit européen ou les conventions internationales, n'hésitant plus à leur reconnaître un effet direct qui leur fut un temps nié. Ainsi, le Conseil d'État a admis l'applicabilité de la Convention internationale des droits de l'enfant pour protéger l'accès aux soins des mineurs étrangers. De même, saisie de contentieux relatifs au Contrat nouvel embauche (CNE), et alors même que ce dispositif dérogatoire au code du travail avait été validé par le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation, appliquant une convention de l'OIT, a pu censurer l'économie de ce contrat. Plus remarquable, la Cour de cassation admet désormais l'effet direct du PIDESC et a consacré dans des litiges de droit du travail la liberté du travail et le droit d'obtenir un emploi. Les sources européennes peuvent également être à l'origine de revirements jurisprudentiels.

Ce mouvement jurisprudentiel vers une plus grande reconnaissance de l'effet direct des traités internationaux relatifs aux droits sociaux n'est certainement pas encore achevé. Le juge administratif refuse ainsi toujours de reconnaître l'applicabilité de la Charte sociale européenne ou du PIDESC. Mais différentes évolutions sur la scène internationale pourraient pousser en faveur d'un élargissement, qu'il s'agisse de l'adoption du protocole facultatif au PIDESC instaurant un droit de recours individuel devant le Comité des droits sociaux onusien, de l'évolution des juges européens ou encore de l'influence des cours européennes. La Cour de justice de l'Union européenne vient ainsi d'admettre l'applicabilité du PIDESC dans un litige mettant en cause le droit d'accès à l'enseignement supérieur des étudiants européens; quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle n'hésite pas à étendre son champ de compétence en procédant à une interprétation de la Convention au regard des stipulations du droit international social et de la Charte sociale européenne.

L'existence d'une inadéquation de la grille de lecture utilisée à propos des droits sociaux, tendant à distinguer entre obligation pour l'État de faire et de ne pas faire. Les droits sociaux exigibles de l'État n'impose-

raient aux pouvoirs publics qu'une obligation de moyens, par opposition aux droits civils et politiques n'exigeant qu'une abstention publique. La doctrine internationaliste a proposé de dépasser la distinction entre la réalisation des droits civils, qui nécessiterait une abstention des pouvoirs publics, et celles des droits sociaux, qui supposerait une intervention active de ces derniers. En réalité, tous les droits, quels qu'ils soient, imposent aux États une triple obligation de respecter, de protéger et de réaliser.

L'obligation de respecter les droits impose aux États une interdiction de porter atteinte aux droits des individus. Cette obligation interdit ainsi toute discrimination dans l'application des droits sociaux (notamment de sexe, de handicap ou d'extranéité de l'individu) tout comme elle entraîne une interdiction générale de porter atteinte activement aux droits énoncés dans les pactes internationaux. Mais ces obligations négatives ne suffisent pas à elles-mêmes pour assurer le respect des droits sociaux. Tout l'enjeu réside dans la définition d'obligations positives, immédiatement applicables, afin d'éviter que les États ne s'abritent derrière le caractère programmatique des droits sociaux ou l'insuffisance des moyens disponibles.

L'obligation positive de protéger les bénéficiaires de ces droits contre toute violation perpétrée par des tiers, notamment grâce à l'édiction d'une législation protectrice et l'instauration de recours juridictionnels adéquats engendre, par exemple, l'obligation de protéger les personnes contre toute atteinte au droit à un logement suffisant perpétrée par des tiers, ou encore l'obligation de mise en place d'une législation protectrice en matière de travail des enfants ou de mutilations génitales... Tout l'intérêt de la doctrine du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, dans son examen du respect du PIDESC, est de démontrer que la mise en œuvre de lois reconnaissant et protégeant les droits économiques et sociaux est une obligation d'application immédiate en ce que son effectivité réside davantage dans la volonté des gouvernants de prendre en compte ces droits que dans la disponibilité de ressources suffisantes. En somme, le Comité établit que le Pacte ne contient pas de vagues objectifs, intraduisibles en droit interne et non susceptibles de recours, mais bien de véritables droits subjectifs dont les individus doivent pouvoir se prévaloir à l'égard des tiers.

L'obligation de réaliser ces droits correspond à une obligation d'intervention de l'État. Loin de caractériser par nature la protection des droits sociaux, elle vaut aussi pour les droits civils et politiques, dont la réalisation peut avoir un coût pour les finances publiques. Elle constitue toutefois un aspect essentiel de la réalisation des droits sociaux. Cet aspect économique étant indéniable, il serait irréaliste de demander à

chaque État d'assurer immédiatement la réalisation de l'ensemble des droits garantis. Ceci n'empêche toutefois pas un contrôle de l'adéquation des mesures adoptées. Ce contrôle est ainsi exercé par le CoDESC, qui de façon pragmatique, a dégagé une double ligne directrice: d'une part, l'interdiction de toute mesure régressive, notamment lorsqu'elle n'est pas justifiée par des considérations économiques. Ceci conduit le Comité à suivre de près les conséquences sociales des plans d'ajustements structurels mis en place par les États à la demande du FMI ou de la Banque Mondiale et leur adéquation aux objectifs de développement pour le Millénaire, supposés devoir être réalisés à l'horizon 2015; d'autre part, l'affirmation d'une « obligation fondamentale minimum » de tout État de réaliser l'ensemble des droits contenus dans le Pacte. Le contrôle effectué conduit ainsi à dépasser très nettement le postulat initial de droits « virtuels », de pseudo-droits, dont le degré de réalisation n'est pas susceptible de vérification, voire de sanction... Un tel contrôle se retrouve dans la formulation, par les juges nationaux, de standards juridictionnels tendant à vérifier le caractère raisonnable, adéquat et adapté des mesures prises par les autorités publiques.

## **Quelle effectivité des droits sociaux ?**

Une interrogation demeure néanmoins: une fois sa compétence reconnue, l'intervention du juge permet-elle de garantir le respect des droits sociaux? La réponse est nuancée. La justiciabilité des droits n'est pas toujours synonyme d'effectivité, pour au moins deux raisons. D'une part, les décisions des juges, encadrées certes par les règles de droit applicables, le sont tout autant par le contexte politique et social dans lequel elles sont rendues. Celui-ci contribue largement à influencer et façonner la décision de justice. Un lien existe entre l'activisme de la société civile à un moment donné et l'orientation du contrôle juridictionnel des droits sociaux. En Afrique du Sud spécialement, ou en Inde également, c'est la pression politique qui a autorisé les juges à prendre les décisions marquantes. En d'autres termes, la protection des droits sociaux n'est garantie que dans un contexte de mobilisation militante ou de configuration politique exceptionnelle. Car quand bien même le juge accepterait d'intégrer la protection des droits sociaux à son raisonnement, les résultats ne conduisent pas pour autant à un nécessaire renforcement des droits sociaux.

D'autre part, si la justiciabilité des droits sociaux permet, en théorie, d'en améliorer l'effectivité, l'appréciation de l'impact du recours aux tribunaux est malaisée, pour au moins deux raisons. D'abord, la question du recours à la justice pour garantir les droits sociaux mobilise davantage les sociologues que les juristes,

dont les caractéristiques sont globalement tenues pour acquises. Les violations les plus graves des droits sociaux ne donnent pas lieu à des actions en justice, la saisine du juge étant statistiquement l'apanage des classes moyennes et supérieures. Il a fallu l'invention des *Public Interest litigations* indiennes ou des *ação civil publica* brésiliennes pour que la voix des plus pauvres soit portée en justice. Ensuite, l'appréciation de l'impact concret de l'intervention judiciaire est épistémologiquement complexe. Il est frappant de constater que la plupart des études portant sur la justiciabilité des droits sociaux se terminent avec celle-ci, sans chercher à mesurer l'impact effectif du recours au juge sur la mise en œuvre des droits. Il est fréquent que le juriste relève l'audace du juge sud-africain pour exiger la distribution de rétroviraux aux mères et jeunes enfants séropositifs (aff. *TAC Campaign*), du juge sud-américain pour ordonner la protection des enfants des rues (aff. *Villagran Morales c. Guatemala*), ou du juge français pour invalider le Contrat nouvel embauche. Il est plus rare de trouver des analyses sur les effets concrets des jugements (à l'égard des requérants individuellement comme à l'égard des tiers aux procès), sur leur impact sur la législation et les programmes politiques mis en œuvre et, plus difficilement quantifiable encore, sur la force persuasive de la rhétorique judiciaire à l'égard d'autres litiges (phénomène boule de neige qui permet une protection en cascade de nouveaux droits). Or, ces impacts peuvent être nuancés: soit la décision est restée lettre morte, soit elle n'a que peu de répercussion hormis le cercle des requérants, soit elle a un effet négatif pour d'autres groupes restés en dehors du prétoire en raison d'un processus de réaffectation des ressources, soit enfin elle a suscité une contre-réaction du législateur. Il importerait dès lors que des outils précis soient élaborés pour évaluer la portée du recours au juge en matière sociale. Lorsqu'elles sont menées, ces études insistent sur l'importance du contexte politique et social dans lequel s'exerce l'action en justice. Une décision individuelle négative peut en effet avoir, paradoxalement, des répercussions sociales très favorables à une amélioration de la protection des droits sociaux en ce qu'elle aura révélé une faille dans le système juridique et souligné, par son impuissance, l'urgence d'une modification normative. L'attention des médias au sort des laissés-pour-compte d'un procès peut susciter la mobilisation politique et aboutir à des résultats bien supérieurs à ceux auxquels serait parvenus une Cour.

Cette discussion sur les effets de la judiciarisation des mouvements sociaux, bien connue des débats nord-américains, n'a pas encore pris en Europe continentale, où prédomine une « vision enchantée » du rôle judiciaire. Elle pourrait offrir le sujet d'une nouvelle recherche, axée sur l'effectivité des droits sociaux.

Cette recherche a été dirigée par **Diane ROMAN**, Professeure de droit public à l'École des hautes études en santé publique (EHESP), pour le Centre de recherches sur les droits fondamentaux (CREDOF), Université Paris-Ouest-Nanterre-La Défense et a regroupé plusieurs pays (dont notamment l'Afrique du Sud, l'Argentine, le Brésil, le Canada, la Colombie, les États-Unis, le Japon, l'Inde, le Mexique et en Europe, l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie, la Norvège, la Pologne, le Royaume-Uni, la Suisse, la Turquie).

### Glossaire

**Justiciabilité** : ce terme, d'un usage encore incertain, a une origine anglo-saxonne. Il désigne la qualité

de ce qui est propre à être examiné par des juges. La justiciabilité des droits sociaux renvoie ainsi à une soumission potentielle à l'examen et au contrôle d'une juridiction. Si, pour les juristes, la justiciabilité renvoie à une procédure et l'exigibilité à la propriété d'un droit, elles renvoient également à la qualité d'une chose susceptible d'être réclamée que seuls certains contentieux peuvent garantir. La clarté de ces notions a semblé cependant obscurcie par l'apparition de celle d'opposabilité, qui a rencontré, spécialement à propos du droit au logement, un certain succès. Ont, depuis, été tour à tour évoquées la possibilité de mettre en place un droit opposable à la solidarité locale, un autre à la garde d'enfants en bas âge ou un autre au travail... L'idée de recours à un juge pour garantir le respect des droits sociaux devient ainsi étrangement

1 Jacques Commaille et Laurence Dumoulin, « Heurts et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la "judiciarisation" », *L'Année sociologique*, 59, n° 1, 2009, p. 87.

### À LIRE

■ Rapport de recherche, Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherche sur la justiciabilité des droits sociaux, 2010, <http://www.gip-recherche-justice.fr/spip.php?article696>

■ Dossier « Le juge et les droits sociaux », *Revue de droit sanitaire et social*, n° 5, 2010.

■ Dossier « Les droits sociaux en Europe », *Revue internationale de droit comparé*, n° 2, 2011.

### COLLOQUE

■ « La justiciabilité des droits sociaux, vecteurs et résistance ? », Collège de France, 25-26 mai 2011, renseignements, [celine.lefebvre@ehesp.fr](mailto:celine.lefebvre@ehesp.fr)