

Que
sais-je ?

ON
LAISSE
PAS FAIRE



LES DROITS SOCIAUX

Carlos Miguel Herrera

puf

QUE SAIS-JE ?

Les droits sociaux

CARLOS MIGUEL HERRERA



Introduction

La notion de droits sociaux connaît aujourd'hui un certain succès. Si pendant longtemps le sous-titre que Georges Burdeau avait donné à son *Manuel de libertés publiques* à la fin des années 1940 faisait figure d'exception, l'expression a commencé à devenir courante dans la doctrine juridique française depuis une dizaine d'années, et les ouvrages se succèdent désormais pour parler de « droits sociaux », et même de « droits sociaux fondamentaux ». L'intérêt pour la notion n'est pas uniquement juridique : il était déjà perceptible dans les sciences sociales – la sociologie d'abord, l'économie ensuite – qui se sont emparées du terme, notamment pour définir l'État social.

Les sources de ce regain d'attention dans la pensée juridique sont aisément repérables. Nous en avons une première, que l'on peut qualifier de « faible » – tant cette discipline est encore trop séparée du droit public interne dans la tradition française –, dans les développements de la doctrine du droit international autour du Pacte

international de droits économiques, sociaux et culturels (pidesc), notamment à partir des évolutions qu'il a connues dans les années 1990. Il trouve une seconde source – que l'on peut définir comme « forte » sans préjuger de sa valeur théorique – dans la vision du droit constitutionnel qui place le contentieux des droits fondamentaux au centre non seulement de sa discipline propre, mais également des « libertés publiques », matière qui, traditionnellement, s'occupe des droits sociaux en droit français, et qui s'est vue obligée d'emprunter une panoplie de concepts à des traditions juridiques européennes ayant d'importantes juridictions constitutionnelles.

Auparavant, la notion n'avait pas vraiment cours. Sous la III^e République, le juriste spécialiste de droit public qui pousse le plus loin la saisie du social, au point de faire de la solidarité le fondement de tout le droit, Léon Duguit, se montre très méfiant à l'égard même de l'idée de « droits », lui préférant l'énoncé de « devoirs », aussi bien des gouvernants que des gouvernés. Certes, la formule de « droits sociaux » apparaît dans les marges philosophiques et politiques du solidarisme et ce n'est pas un hasard si Maurice Hauriou, l'autre grand publiciste de période,

réfute déjà l'idée que les avantages sociaux que l'on procure aux indigents puissent être interprétés comme un droit à les réclamer, en particulier par l'organisation d'un service public. On trouve dans les années 1930 une première tentative de construire une théorie du droit social, et partant des droits sociaux [\[1\]](#), dans l'œuvre de Georges Gurvitch, mais son entreprise aura peu d'échos chez les juristes, qui la trouvent sans doute trop philosophique – lorsque, au moment du débat constituant de 1945, il rappelle ses idées sous un format plus accessible, il ne connaîtra guère plus de succès.

Avec la promulgation de la Constitution du 27 octobre 1946, et sa proclamation, comme « particulièrement nécessaires à notre temps », d'un ensemble de « principes politiques, économiques et sociaux », une réflexion plus spécifique sur la catégorie de droits sociaux se dessine. G. Burdeau les présente alors comme des prestations de l'État que certains citoyens – avant tout, les travailleurs – peuvent obtenir. Toutefois, leur réalisation dépend d'une décision politique, ce qui explique que les droits sociaux aient davantage la valeur d'un programme pour le législateur, tourné vers l'avenir, que d'une reconnaissance solennelle d'un droit positif. C'est surtout la réflexion d'un

autre grand juriste de l'époque, Jean Rivero, qui marquera durablement les esprits juridiques quant à l'étendue de la notion de « droits sociaux », rendant célèbre, dans un travail pionnier, la catégorie de « droit-créance » pour les appréhender. Par là, Rivero voulait souligner la différence de nature entre les droits de l'homme et ces nouveaux « droits » : tandis que les premiers étaient de droits naturels, les seconds n'existeraient qu'une fois la société constituée (et organisée). D'où sa conclusion, qu'il prolongera dans ses analyses du système juridique sous la V^e République, que les droits sociaux n'ont pas de « valeur universelle et permanente ».

Ce type de droits sera associé alors à un ensemble d'énoncés normatifs qui présentent quelques caractéristiques spéciales, les distinguant des droits de l'homme. En commençant, justement, par l'idée qu'ils touchent uniquement des groupes défavorisés de la population et non pas l'être humain dans son universalité. Les titulaires de ces droits seraient définis à partir de l'identification de collectifs sociaux déterminés (du type « travailleurs », « famille », « chômeurs ») et recouvriraient également un certain type d'activité (travail, éducation, santé, logement) ou de situation (pauvreté, handicap,

maladie) sociales. Leur mise en œuvre comporterait toujours l'attribution d'une prestation matérielle – un logement, une indemnisation, une place en crèche –, qui, comme telle, ne pourrait être assurée que par l'État car, bien entendu, ces prestations entraînent un coût financier considérable. Leur fondement normatif serait à trouver du côté de la solidarité sociale, sans laquelle aucune société ne saurait subsister, et ils répondraient donc à un but éminemment politique, l'intégration sociale, ce qui expliquerait, finalement, leur faible teneur juridique.

On place dans la catégorie de « droits sociaux » ainsi comprise, tout d'abord, des demandes qui touchent aux travailleurs, comme la liberté syndicale, le droit de grève et, *last but not least*, le droit au travail. Dans un stade intermédiaire, on trouverait le droit à la sécurité sociale, bien que sa conception, selon certains sociologues, reste associée au travail comme activité, du moins en France. On recueillerait ensuite dans cette forme juridique un ensemble de besoins qui touche globalement à la société, mais dont les bénéficiaires ne sont pas toujours en condition de se fournir directement et librement sur le marché : le logement, la protection de la santé et même l'éducation. Parfois on fait rentrer aussi les droits de la femme ou de

l'enfant.

L'objet « social » de ces droits explique déjà pourquoi la discussion sur leur caractère est traversée de tensions, d'ambiguïtés et de confusions. Même leur appellation n'est pas fixée dans la pensée juridique, bien que la dénomination « droits sociaux » finisse aujourd'hui par s'imposer. Mais un certain flou conceptuel subsiste sur son extension en droit, qui s'explique peut-être par le fait que l'expression « droits sociaux » a été surajoutée sur le vieux paradigme du « droit-créance », insistant sur l'idée de l'attribution de biens par l'État. Or, les évolutions du droit positif, aussi bien au niveau législatif que jurisprudentiel, tant en France qu'à l'étranger, ont donné aux droits sociaux une étendue normative qui rend moins opérative la catégorie de créance.

Au fond, une bonne partie de la doctrine reste fort circonspecte devant la catégorie de « droits sociaux », trop éloignée de ses outils conceptuels traditionnels. La portée technique de ces droits continue à faire l'objet de discussion, comme nous l'avons pu apprécier récemment à propos de la reconnaissance d'un « droit au logement opposable ». Ils restent encore perçus comme des « droits

» particuliers, exceptionnels, contingents, se confondant souvent avec une politique sociale ou se résumant, en tout cas, à des prestations matérielles de l'État. Plus encore, les caractéristiques de leur mise en œuvre les rendraient incompatibles avec la garantie juridictionnelle propre aux droits de l'homme. Dès lors, il n'est pas rare de conclure que les « droits sociaux » ne sont pas de véritables droits, car ils ne sont pas directement applicables par un juge.

La discussion juridique se déplace alors sur l'étendue réelle de ces énoncés normatifs, devenus pourtant courants dans les constitutions et les traités internationaux. S'agit-il de normes juridiques effectives ou seulement de principes politiques et moraux ? Doit-on les caractériser uniquement par l'accès à des prestations ou ils impliquent parfois aussi une modalité d'abstention de la part des pouvoirs publics ? Renferment-elles alors uniquement des obligations de comportement ou également de résultat ? Leurs demandes s'adressent-elles seulement aux pouvoirs publics ou s'étendent également aux particuliers ?

Mais ces questions sous-tendent toujours la tension politique qui a marqué l'émergence de la catégorie de « droits sociaux ». À la différence de la reconnaissance des

droits de l'homme, qui, dans la doctrine traditionnelle, ne faisait que rétablir une position naturelle, l'explicitation d'un « droit à la subsistance » (puis au travail, puis encore, au logement, à l'éducation, à la santé, etc.) n'est pas apparue comme concevable sans l'assomption d'un certain changement des conditions sociales. Certes, on pouvait rétorquer que les droits sociaux ainsi conçus épousaient une pente propre à *la politique des droits de l'homme*, celle de l'émancipation humaine de toute forme d'oppression, et non une simple réduction des inégalités comme on le dira plus tard. La conscience de cette tension politique des origines est essentielle pour la réflexion juridique, car elle conditionnera le cadre conceptuel utilisé pour définir le caractère des droits sociaux : universel comme les droits de l'homme, ou particulier et conditionné, comme des droits catégoriels.

Or, au moment où les droits sociaux arrivent dans les constitutions modernes avec des prétentions d'efficacité, le régime juridique des droits de l'homme avait déjà acquis des traits caractéristiques et qui semblaient incompatibles avec ces nouveaux venus.

Il est clair que les traits par lesquels on cherche à définir les

droits sociaux ont été déterminés moins à la suite d'une réflexion spécifique que par opposition à une représentation établie des « droits de l'homme », qui seraient donc individuels, auraient pour fondement la liberté et ne demanderaient de l'État qu'une abstention (ne pas pratiquer la torture, par exemple) pour être réalisés. Cette définition par défaut en quelque sorte explique sans doute les limites sur lesquelles a échoué l'entreprise. Car aucun de ces critères n'est faux, mais aucun n'en est exclusif. En matière de droits sociaux, l'obligation de l'État peut consister aussi en une abstention. Les droits sociaux peuvent être des droits collectifs, mais sont aussi des droits individuels – même le droit de grève a pu être interprété par la Cour de cassation comme un droit individuel, propre à chaque salarié, d'exercice collectif. Il n'est pas moins vrai, en outre, que les droits sociaux ont subi de profondes transformations tout au long de leur histoire. Leurs significations, les modalités de protection en droit positif se sont transformées sans que l'on puisse réduire leur étendue à un moment unique de cette évolution.

Le livre que l'on va lire emprunte une perspective théorique, avec tout ce qu'elle comporte de prise de

distance avec le droit *positif*. Ce caractère critique n'enlève rien à l'ambition juridique de son propos : c'est plutôt un choix méthodologique, car cette mise à distance semble nécessaire pour explorer la signification des droits sociaux dans toute son extension. Si le constat qu'il n'y a pas une théorie des droits sociaux revient de plus en plus souvent dans la littérature étrangère, notre intention reste ici modeste : plutôt qu'une théorie, il s'agit de proposer une reconstruction critique de l'idée de droits sociaux, de ses évolutions et de ses impasses, en vue de dégager des éléments pour une conception plus articulée de la catégorie. En ce sens, l'ouvrage tente de relever un double défi : montrer la pertinence juridique de la catégorie de « droits sociaux », par une analyse de sa portée théorique, de son histoire et de ses développements en droit positif [2].

Notes

[1] Il convient de distinguer ces deux notions voisines. Le droit social a fait d'abord référence à une conception générale du droit, qui insistait moins sur les sources étatiques et formelles que sur les productions normatives

des forces sociales, tandis que l'idée de « droits sociaux » apparaît pour désigner un ensemble de revendications dans les domaines sociaux et économiques, sous la forme juridique de « droits ». Plus tard, « Droit social » est devenu le nom d'un champ de la doctrine juridique, qui s'occupe des normes en matière de travail et de sécurité sociale.

[2] Le terme « droits sociaux » est utilisé ici dans le sens ramassé couramment employé par la pensée juridique, ce qui inclut les dénominations de « droits économiques, sociaux et culturels » du droit international, ou celle de « droits-créances » que l'on pratique encore dans la doctrine française. Mais d'autres distinctions théoriques pourraient être faites, notamment quant à la catégorie de « droits économiques », que nous ne pouvons pas traiter dans ce livre.

Chapitre I

L'idée de droits sociaux

Si les droits sociaux ont fait l'objet d'importantes discussions dans la pensée juridique, mettant en cause aussi bien l'étendue de la catégorie que sa force juridique dans les systèmes positifs, et même, jusqu'à une date relativement récente, tout simplement, sa pertinence en droit, le mouvement n'est pas vraiment différent de celui qu'a connu l'idée de « droits de l'homme » ou même celle de « constitution » ; pendant longtemps, les juristes tenaient ces énoncés comme de simples proclamations, à ranger plutôt du côté des programmes politiques, n'ayant pas, en tout cas, de véritables effets juridiques. D'ailleurs, pour ce qui concerne les droits de l'homme, la doctrine juridique a fini par faire émerger d'autres notions, plus « techniques » – comme celle de « droits fondamentaux » en Allemagne ou celle de « libertés publiques » en France – qui viendraient sanctionner leur appartenance à un ordre

juridique positif.

Ce même effort de classification, comme nous le verrons plus tard, a été conduit au sein de la catégorie de « droits sociaux », à l'aide de notions comme « libertés collectives » ou « droits de prestation », parmi d'autres. Bien que ce type d'opération ne soit jamais neutre, il serait très réducteur de ne vouloir y voir qu'une intervention purement politique [\[1\]](#). Cependant, la contestation de l'idée même de droits sociaux reste parfois très présente dans ces élaborations, et c'est par elle que nous devons commencer.

I. La contestation des droits sociaux

Quand on ne les a pas placées du côté des bonnes intentions, ou laissées dans les mains de la « nation » ou de la « société », les représentations de ces droits prennent les traits d'une politique étatique faite d'attribution de biens, ce qui les rend très vite incompatibles avec la vision des « droits de l'homme » que la doctrine juridique avait

construite depuis la fin du XIX^e siècle, et qui était encadrée dans la notion de « droit subjectif », elle-même parée de plus d'un attribut idéologique.

Devant l'émergence de la catégorie de « droits sociaux » dans les systèmes juridiques, deux types de critiques se sont développés. La première est une critique idéologique de signe libéral, la deuxième se place davantage sur un terrain technico-juridique. Si les deux approches finissent par se rejoindre, on peut examiner leurs arguments de manière séparée. D'autant plus que ces deux analyses se présentent de manière diachronique : les attaques idéologiques se déploient à une époque où l'affirmation des droits sociaux est encore faible, ce qui n'empêche pas ces arguments de faire preuve d'une étonnante vitalité.

1. Critique idéologique

La pensée de Friedrich Hayek est restée comme l'illustration la plus classique du rejet de l'idée de « droits sociaux » au nom d'une idéologie libérale. Pour ce juriste devenu prix Nobel d'économie, l'épithète « social » est déjà problématique en soi, car elle renvoie aux intérêts de la

totalité de la société, ce qui est impossible à déterminer. À travers les usages politiques qui se répandent dans la seconde moitié du XIX^e siècle notamment chez les élites gouvernantes européennes, « le concept en vint graduellement à signifier que la “société” devait se considérer comme responsable de la situation matérielle de tous ses membres ». Étant donné qu’un ordre de marché, d’après Hayek, ne peut pas opérer de distribution correspondant à des critères de justice matérielle, l’adoption d’une telle vision aurait pour conséquence d’amener le gouvernement à remplir des tâches « qui ne sont pas nécessaires au maintien du droit et de l’ordre, ni à la fourniture de certains services que le marché ne peut procurer ». Dans la mesure où, pour réaliser le bien-être matériel des individus, il faut au gouvernement des pouvoirs discrétionnaires, la revendication d’une égalité matérielle ne peut être réalisée, en dernière instance, que par des systèmes totalitaires, excluant que les individus agissent librement en fonction de leurs propres objectifs. Et puisque de tels rapports supposent des règles de conduites imposées par des supérieurs aux subordonnés, l’idée de justice sociale finit par devenir incompatible avec l’idée d’État de droit. Nous voyons déjà comment ce raisonnement politique prépare le terrain pour accueillir un

fragment d'argumentation juridique : pour Hayek, un droit « social » comporterait la domination du droit public sur le droit privé, puisqu'il s'établirait à travers « des règles d'organisation pour des fonctionnaires publics » [2]. Dans cette optique, il est impossible d'imaginer des droits « sociaux » abstraitement définis – autrement dit, sans indication des circonstances et de la personne sur lesquelles repose l'obligation – à l'égard d'un ordre spontané. Même en définissant de manière concrète l'institution sur laquelle pèserait cette obligation (par exemple, un organisme social), on se trouverait en contradiction avec le marché, puisque la réalisation des droits sociaux suppose d'entraver la liberté des individus.

Le rejet de la catégorie de « droit social » n'empêchait nullement Hayek, contrairement à ce que l'on dit parfois, de concevoir qu'un État puisse consacrer des ressources en faveur des indigents ou même se soucier de questions de santé publique ou d'éducation, car il existe des besoins communs qui doivent être traités par une action collective « ne serait-ce que dans l'intérêt de ceux qui entendent être protégés contre les réactions de désespoir des nécessiteux ». Mais la différence tient à la méthode : le problème d'un État « social » comme celui qui se généralise en Europe

après la fin de la Seconde Guerre mondiale est que, une fois posée la légitimité du but, à travers l'idée de « droits » notamment, il pourra utiliser n'importe quel moyen, y compris ceux qu'il juge contraires à la liberté (comme la contrainte, la monopolisation, l'universalisation et le caractère obligatoire d'un système), sans parler d'une intervention directe dans l'économie. Du dispositif d'aide aux indigents, on serait passé à un système de redistribution de revenus.

En réalité, certaines de ces thèses avaient été déjà avancées dans la France des années 1930 par Georges Ripert, qui leur donnera un tour plus intégral après la fin de la Seconde Guerre mondiale. Mais l'engagement politique en faveur d'un libéralisme conservateur, qui se présente tout nu chez Hayek, se voit ici doté d'un habillement juridique plus serré. Selon Ripert, l'évolution de la démocratie avait conduit au refus de la vieille idée de « fraternité », trop liée à la notion de « charité », substituant à la notion de « devoir » celle de « droit ». Dans cette configuration, c'est l'État, au nom de tous, qui doit intervenir pour la protection des faibles. Et cette protection des faibles par le droit aboutit à un grand nombre de mesures légales « sans que personne ne veuille y voir un abandon de la liberté ».

En tout cas, la démocratie, contrairement à l'Église, considère « que les malheureux sont les créanciers de la collectivité parce qu'ils sont malheureux et même s'ils le sont par leur faute ». Lorsque la Constitution de 1946 reconnaît des « droits sociaux », Ripert constate que « tout homme est devenu créancier de la société et ne manque pas de réclamer âprement son droit. Il n'est plus question de fraternité et d'assistance ». C'est l'idéologie du « droit social » qui permettrait de « faire accepter la destruction des droits individuels sans autoriser la protestation contre l'injustice de ce sacrifice », car elle aurait pour but la réalisation de l'égalité sociale. Mais pour Ripert, « tout droit est, par sa nature même, égoïste en ce sens qu'il est donné pour satisfaire les fins personnelles de l'homme », tout droit « social » n'aurait donc que l'apparence du droit [3].

L'argument idéologique avait commencé à se teindre de colorations juridiques au moins depuis qu'une première constitution européenne avait fait une réception ample des droits sociaux. C'est la Constitution de Weimar d'août 1919 qui essuiera les feux de la contestation juridico-politique. Particulièrement significative est l'attaque d'un Carl Schmitt : tout en défendant l'importance des « droits

fondamentaux », d’empreinte libérale, reconnus dans le texte, il juge en même temps que les droits sociaux contenus dans la seconde partie sont « limités » sur le plan technique, car il s’agit des prestations de l’État, qui présupposent une organisation spécifique en ce sens. Plus grave encore, par leur « structure logique et juridique », ils viennent en contradiction avec les « vrais droits fondamentaux », ceux, négatifs, de liberté individuelle, ainsi qu’avec l’État de droit bourgeois décidé par la Constitution allemande. En clair, les droits sociaux sont « socialistes par essence ». Mais à l’époque, même les juristes allemands les plus ouverts à la reconnaissance constitutionnelle des droits sociaux, soutenaient qu’il s’agissait de normes programmatiques déterminant les « fins de l’État » et que, par conséquent, elles devaient être développées par le législateur pour atteindre une véritable efficacité juridique.

Ce type de refus sera toujours de mise après 1945, au moment où l’organisation de grands services sociaux se généralise dans les États européens. On peut en trouver une bonne illustration dans la position d’Ernst Forsthoff, un spécialiste allemand du droit public, qui voyait dans cet « État social » une incompatibilité de principe avec l’État constitutionnel – la Loi fondamentale de Bonn, de 1949,

venait de constitutionnaliser un « État social de droit ». Pour cet ancien disciple de Schmitt, les garanties des droits sociaux ne cherchent pas à établir des limites, mais des prestations positives, autrement dit, elles ne regardent pas la liberté mais la participation. Or « la participation en tant que droit et demande » exige un État qui distribue, attribue, divise, autrement dit, l'État social. En revanche, l'État de droit comporte une « constitution de garantie », qui s'étend, en particulier, au statu quo en matière économique et sociale. Certes, on ne nie pas qu'un ordre juridique puisse reconnaître des droits sociaux, seulement, par leur nature, ils ne peuvent être contenus dans une norme abstraite, que le juge pourrait appliquer directement. Pour Forsthoff, le champ d'expansion propre à l'État social serait la législation et l'administration, et ce qu'il appelle « la prévision de l'existence » doit être exclue du domaine du droit constitutionnel, autrement dit, elle ne peut être traduite en termes de droits [4]. Dès lors, comme le soutiendront plus tard d'autres représentants de cette même lignée, dans un État de droit démocratique, les droits sociaux « ne présentent pas le caractère de droits fondamentaux au sens propre ».

Ces derniers arguments n'étaient plus liés directement à un

positionnement idéologique, du moins de type néo-libéral, mais c'était bien une certaine conception politique du droit public qui servait de terreau aux notions sur lesquelles se construisait le refus. On retrouve parmi ces dernières une lecture très traditionnelle du principe de séparation des pouvoirs, mais la notion juridique qui est à la base de tous les refus reste celle de droit subjectif, entendu comme droit « absolu » de l'individu, opposable à autrui et à l'État. Une vision quelque peu dépassée, clairement ancrée dans le droit naturel moderne en tout cas, le faisait naître non pas d'un ordre juridique, mais de l'individu lui-même et ses infinies possibilités d'agir – le moule historique de cette représentation étant toujours le droit de propriété privée. En réalité, si l'on conçoit le droit subjectif comme une simple technique, donnant à l'individu la faculté de participer à la création d'une norme individuelle, par le biais d'une action en justice, on commence à se débarrasser des conséquences idéologiques de cette notion, celles qui essentialisent le rapport individuel. Ce faisant, la contestation des droits sociaux se déplace sur un autre terrain, celui de l'exigibilité juridique de ces droits.

2. Critique juridique

Elle présente plusieurs dimensions, toutes intimement liées.

La première met en avant les caractéristiques des normes juridiques et partant le statut des droits sociaux, y compris lorsqu'un texte constitutionnel contient des énoncés en la matière. Pendant longtemps, la doctrine française des libertés publiques a pu soutenir que les énoncés contenant des obligations positives n'étaient pas de « véritables normes juridiques » : il leur manquerait une condition indispensable, l'aptitude à l'effectivité, ce qui les place en dehors du droit [5]. Déjà Hayek, critiquant la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, disait que ce document « ne contient rien qui définisse ces droits de telle façon qu'un tribunal puisse éventuellement spécifier leur contenu dans un cas d'espèce ». Pour ces approches, la terminologie des « droits sociaux » n'a qu'une utilité extra-juridique, compte tenu du fait que ces obligations positives se placent du côté de la morale politique.

L'inclusion de catalogues de droits sociaux dans les constitutions d'après guerre et dans des traités internationaux n'y change rien, car une telle reconnaissance ne signifie pas que ces « droits » seraient d'application

directe. En effet, la reconnaissance constitutionnelle peut être seulement de principe, laissant au législateur le soin de développer ensuite ce « programme ». Si l'on pousse cette idée au fond de sa logique, les droits sociaux ne seraient pas de véritables « droits », du moins au sens de droits justiciables, mais plutôt des directives d'orientation, qui attendent, pour avoir des conséquences sur le plan juridique, l'intervention de la loi.

Pour justifier ce point de vue, on adopte plusieurs types d'arguments. Le plus rudimentaire consiste à affirmer que l'on ne trouve pas de constitution permettant aux justiciables de réclamer un droit devant un juge national au seul vu du texte constitutionnel. Un tel raisonnement semble hasardeux, compte tenu du fait qu'il y a des systèmes juridiques permettant l'application directe des droits sociaux reconnus dans la constitution. Il est non seulement réducteur, mais encore essentialiste du point de vue conceptuel, car il absolutise une caractéristique historique. À vrai dire, l'existence d'un droit passe par sa reconnaissance dans une norme juridique, la question de sa garantie, si elle peut s'avérer centrale, ne se confond pas pour autant avec le problème de son existence juridique (Ferrajoli). C'est pourquoi, dans le cas des droits sociaux,

on ne peut pas réduire leur validité aux techniques juridiques existantes dans un ordre juridique particulier. En ce sens, l'absence de garanties dans un *droit positif* n'est pas un argument *théorique* sur la catégorie, car, tout comme il y a des systèmes qui n'ont pas ce type d'actions, il en existe d'autres qui les prévoient et rien n'empêcherait les premiers d'évoluer dans le sens des seconds.

Si l'on regarde avec attention, le principal obstacle que l'on avance pour déterminer le caractère non justiciable des droits sociaux, est hérité de la critique libérale : les droits sociaux sont posés comme équivalents à l'action matérielle de l'État (économiquement coûteuse). En réalité, l'idée d'obligation étatique en matière de droits sociaux semble plus complexe que celle d'une prestation économique ou de l'attribution d'un bien. En effet, tous les droits dits « sociaux » ne rentrent pas dans le modèle de prestations de l'État. C'est, bien entendu, le cas des « libertés sociales », qui ne fonctionnent pas comme des « créances ». Ainsi, le droit de grève, qui peut être considéré comme un droit social par excellence tant par son origine que par son objet, demande, pour sa réalisation, avant tout une abstention étatique et non pas une action positive. Même des droits sociaux qui ne rentrent pas dans la catégorie des « libertés

sociales » mais dans celle des « prestations » peuvent faire l'objet de cette analyse. En effet, l'obligation de l'État à l'égard des droits sociaux « de prestation » passe souvent, ou passe aussi, par une abstention. Nous pouvons penser que l'interdiction de fumer dans des locaux publics est une « conduite » qui n'entraîne pas pour l'État une dépense économique directe, mais elle agit en faveur de la protection de la santé. De la même manière qu'une fiscalité défavorable aux résidences vides peut opérer comme une mesure en faveur du droit au logement. Bien entendu, il s'agit toujours d'un État interventionniste, mais l'on voit bien que l'idée d'obligation *positive* de l'État ne peut être réduite à la dépense économique, comme le voulaient ses contempteurs libéraux.

On rentre déjà dans la discussion sur la « nature juridique » de ces droits sociaux. Selon une représentation très répandue, ils doivent être conçus comme « contingents, subordonnés aux possibilités matérielles d'une société donnée à un moment donné de son histoire » (Sudre). Ils seraient de nature aléatoire ou incertaine, énoncés en des termes imprécis, dans des règles inapplicables directement, autrement dit ils demeureraient des « principes souhaitables ». En réalité, cette perspective n'est pas

vraiment autonome des premières critiques, mais elle projette sur un plan systématique les difficultés que les systèmes juridiques positifs rencontrent à l'égard de la mise en œuvre des droits sociaux.

Or, l'idée que les droits sociaux constituent des droits justiciables, ne serait-ce que sous un régime particulier de protection, commence à s'étendre de plus en plus dans la doctrine juridique française. Ce qui conduit les tenants de cette position à mieux déterminer les fondements des droits sociaux.

II. Les fondements des droits sociaux

La voie usuellement privilégiée par les juristes qui défendent la validité juridique des droits sociaux est de prendre à cœur la détermination de cette « nature juridique » spécifique que les critiques de la catégorie n'avaient pas manqué de souligner, mais en cherchant à lui donner un tour universel, ou du moins universalisable, qui la rendrait compatible avec les caractéristiques des droits de l'homme. Il s'agirait, en quelque sorte, de substantiver le caractère «

social » des droits sociaux.

Si les penchants spéculatifs ne sont jamais absents dans ce type d'interrogation, la question n'est pas anodine d'un point de vue juridique, car sa réponse conditionne le concept de droits sociaux : la définition que l'on donne dépend de la manière dont ils sont fondés. Débat d'autant moins « philosophique » que cette réponse engage aussi la façon dont on conçoit l'étendue du régime juridique de protection des droits sociaux dans les systèmes positifs.

1. Les conceptions matérielles

Pour les conceptions matérielles, ce social ne peut pas être appréhendé simplement en termes de « fait », mais doit acquérir le caractère d'une valeur ou d'un principe normatif, permettant de dégager ensuite sa portée juridique. Ce faisant, l'opération épouse le mode de raisonnement typique des droits de l'homme, plaçant le social dans une dimension « transcendante ».

Pendant longtemps, on a ainsi essayé de fonder les droits sociaux sur le principe d'égalité, réinterprété en termes d'« égalité matérielle ». Les droits sociaux pouvaient dès lors

justifier un régime juridique différencié, dérogatoire de l'égalité formelle, mais se justifiant devant l'inégalité de fait, qui demandait l'intervention active de l'État dans les rapports interindividuels. Ce sillon avait été tracé par certains commentateurs de la Constitution de Weimar, la première constitution sociale européenne, dont l'article 151 donnait comme fondement de la réglementation de la vie économique qu'elle organisait sa conformité avec « les principes de la justice et le but de garantir une existence digne pour tous », ce qui semblait trop générale.

Devant les critiques portant sur l'impossibilité de déterminer juridiquement les standards matériels de cette nouvelle égalité (du moins en comparaison au principe d'égalité devant la loi) – une faiblesse que les ajouts d'autres qualificatifs, toujours vagues (du type « juste », « équitable », etc.), ne permettaient guère de suppléer –, on a tenté de définir des formes d'égalité matérielle plus concrètes autour de l'idée de satisfaction des nécessités vitales d'un être humain. L'un des moyens adoptés à cette fin sera la notion de « niveau de vie suffisant » que l'on retrouve dans l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans d'autres textes de droit international (comme le PIDESC). On a tenté là de mieux

cerner le contenu par des références à la nourriture, au vêtement et au logement. Mais ces paramètres achoppent toujours sur d'autres questions, non moins « matérielles », comme l'indétermination touchant aux moyens que l'État doit mettre en œuvre pour permettre aux individus d'atteindre ce niveau de vie.

On a essayé alors de compléter l'égalité par d'autres principes moins contraignants, même si la pente axiologique redevenait plus accentuée. Le principe de solidarité offrirait les bases normatives pour doter les droits sociaux d'universalité. La solidarité se plaçait sous un prisme juridique moins contraignant que l'égalité, permettant en tout cas de plus vastes interprétations. Dans certains ordres juridiques, la « solidarité » présente aussi l'avantage de se retrouver proclamée comme fondement des normes en matière de sécurité sociale ou d'aides sociales. En France, on la présente parfois comme l'expression juridique de la valeur « Fraternité » qui intègre la devise républicaine et qui permet de définir la République comme « sociale » (art. 1 de la Constitution de 1958).

Mais le principe présente rapidement ses limites, qui se

révèlent au moment où il s'agit de revenir sur le caractère des droits sociaux en tant que tels. Car on les retrouve comme des droits catégoriels, l'universalité du principe reste sur un plan « métajuridique », et n'aboutit qu'à fonder des « droits de prestation », sinon directement des politiques sociales. C'est peut-être la signification même que véhicule le principe de solidarité qui pose problème. Car la solidarité postule un social harmonisé, où les aspects conflictuels sont toujours minorés. C'est pourquoi ce principe reste structurellement associé aux prestations (d'aide sociale, en particulier), et à l'idée d'intégration, du point de vue politique, ce qui finit par oblitérer sa projection universelle.

C'était le même type de difficulté auquel avait été confronté jadis G. Burdeau. Il avait rendu célèbre l'expression de « droits de l'homme situé » pour déterminer la nature des droits sociaux, qui se fonderaient, comme les droits individuels, dans une exigence de la nature humaine. Mais, en les définissant comme la « consécration juridique du besoin », il les attribuait à une catégorie particulière d'individus (avant tout, les travailleurs) selon une certaine modalité (la prestation). Il s'agissait finalement de droits particuliers qu'une catégorie

d'hommes ont en raison de leur situation, de leur mode de vie – Burdeau parlera même, dans les années 1940, de « droits de classe ». Si, en libérant les titulaires des contraintes économiques, ces droits sociaux revalorisent la liberté de l'individu, « l'exigence d'une intervention positive de l'État, que postule leur réalisation », relativisait leur caractère inhérent à la nature humaine.

Sans abandonner une définition matérielle, mais s'éloignant des entreprises plus spéculatives, d'autres tentatives se font jour. Certaines situations vécues par un être humain justifieraient l'intervention de l'État pour lui garantir un minimum vital. La référence aux droits de la personne, qui deviendraient illusoire devant l'absence de ressources matérielles, cherche un chemin vers l'universalité des droits sociaux, en les faisant coïncider avec un droit subjectif, permettant l'exigibilité devant un tribunal. La difficulté de la détermination des conditions matérielles est quelque peu relativisée par l'appel à la notion de « situation d'urgence ». Toutefois, cette conception ne finit pas d'asseoir fermement le fondement recherché. D'une part, les remèdes à ces situations semblent passer toujours par l'attribution d'un bien par l'État. D'autre part, la justiciabilité dans les systèmes positifs reste cantonnée aux

situations d'exception (l'« extrême indigence », le « danger imminent »), rendant trop fragile l'affirmation de leur caractère universel.

Une variante plus complexe est celle qui mobilise le concept de « dignité de la personne humaine », un principe qui se généralise dans plusieurs textes juridiques, au moins depuis la Déclaration universelle des droits de l'homme, où l'on parle de la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels « indispensables » à sa dignité. Cette notion représenterait un stade intermédiaire à l'intérieur des conceptions matérielles, car son signifiant ne fait pas référence directe à un contenu social spécifique, mais à la qualité de l'homme en général, ce qui facilite la reconnaissance des droits sociaux – même ceux liés traditionnellement aux prestations étatiques – comme des droits universels. Ainsi, l'Observation générale n° 18 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'Onu, adoptée en novembre 2005, considère que « le droit au travail est indispensable à l'exercice d'autres droits de l'homme ; il est inséparable et fait partie intégrante de la dignité humaine [...]. Toute personne a le droit de pouvoir travailler, lui permettant ainsi de vivre dans la dignité ». En ce sens, elle se rapproche des conceptions qui fondaient les

droits sociaux dans une définition intégrale du « droit à la vie ». Se référant à la « personne humaine » en général, la catégorie de « dignité » permettrait ainsi d'appréhender les droits de libertés et les droits sociaux dans leur unité. En outre, la notion présenterait l'avantage de faciliter son adaptation (son extension) à l'évolution historique. La limite, ou plutôt le risque, est que l'argumentation aboutisse à une configuration de droit naturel. L'accent porté sur le processus même de réalisation des droits sociaux a été souligné pour éviter de tomber dans ce piège. C'est l'élément dynamique (et politique) qui est mis en avant, en termes d'égalisation ou de « libération » de formes déterminées de privation, comme la nécessité, le manque de travail, etc.

L'égalité est alors reprise comme son complément nécessaire à la dignité. Il ne s'agit plus là d'une égalité matérielle, mais d'une égalité formelle, qui s'explicite par l'introduction du principe de non-discrimination (une personne qui n'aurait pas d'accès à l'éducation serait discriminée par rapport à une autre qui en a les moyens). Cette voie moins matérielle de l'égalité que véhicule le principe de non-discrimination a été suivie pour garantir les droits sociaux dans une jurisprudence importante aux

États-Unis, après les célèbres arrêts Brown des années 1950 sur le droit à l'éducation. Elle a été promue également par la doctrine internationaliste qui se construit autour des textes de protection des droits sociaux. Ainsi, les « principes de Limburg » concernant l'application du PIDESC – un rapport des experts, convoqués par la Commission internationale de juristes et les facultés de droit de Limburg et Cincinnati en 1986 – explorait les perspectives plus larges qu'ouvraient les interdictions de discriminations en droit pour protéger les droits sociaux dans un ordre juridique positif, permettant de contourner les critiques concernant les coûts financiers de l'action positive de l'État. On n'insisterait que plus tard sur les discriminations de fait, liées à des problèmes d'inégalité de ressources, pour finir, enfin, par promouvoir des mesures spéciales en faveur de certains groupes.

2. Vers une vision structurelle ?

Ce type d'argumentation place déjà la question des fondements normatifs sur un plan plus pragmatique et n'est possible qu'après la reconnaissance des droits sociaux dans les textes juridiques positifs. En définitive,

c'est l'ordre juridique qui constitue leur fondement, qui établit certains principes comme « juridiques ». L'argument devient plus formel lorsqu'il ne se contente pas d'appréhender dans une catégorie unique les droits de l'homme (de type social ou individuel) mais s'efforce de contester aussi l'idée d'une séparation stricte entre droits d'abstention et droits de prestation.

Puisque tout droit de l'homme se place dans un rapport dialectique avec l'État, on s'efforce de déterminer avec plus de précision les différentes conduites étatiques en matière de droits. Le but est de relativiser la thèse que toute protection des droits sociaux comporte une dépense économique. On distingue alors quatre types ou niveaux d'obligation de l'État dans l'implémentation des droits, aussi bien des droits-libertés que des droits sociaux (Van Hoof). Il y aurait ainsi une obligation de respect, une obligation de protection, une obligation de garantir, une obligation de promouvoir.

Les obligations de respect imposent à l'État de s'abstenir, pour ne pas interférer dans la sphère des droits reconnus. Cette dimension, par laquelle on définit traditionnellement les droits de liberté, serait également présente dans des

droits sociaux : par exemple quand l'État ne peut pas entraver l'organisation des syndicats. Les obligations de protection commandent à l'État de prévenir ou d'empêcher, voire d'interdire, la violation par des tiers de droits reconnus. Les obligations de garantir exigent de l'État la création de conditions favorables à une meilleure réalisation des droits sociaux. Là encore, il n'y a pas toujours de dépense financière, car la régulation légale peut être aussi l'instrument privilégié pour la production d'effets. Finalement, il y aurait des obligations de promouvoir, qui contraignent l'État à atteindre un certain résultat avec des ressources propres, par exemple en développant un service public auquel s'attache la réalisation d'un droit social. Seuls les deux derniers types d'obligations rentrent dans le cas des « obligations programmatiques », ce qui n'est pas le cas des deux premières modalités.

Cette vision plus complexe du rôle de l'État a permis d'appliquer aux droits sociaux les trois catégories d'obligation que la doctrine internationaliste reconnaît pour l'ensemble des droits de l'homme, et qui ont été recueillies par les organes d'application des traités de l'ONU. Nous avons ainsi une obligation de respecter, une obligation de

protéger et une obligation de mettre en œuvre. L'« obligation de respecter » dicte à l'État de s'abstenir d'entraver la jouissance des droits sociaux. L'« obligation de protéger », en revanche, exige de prendre des mesures, notamment législatives, pour empêcher des tiers de s'immiscer dans l'exercice de ces droits sociaux. L'« obligation de mettre en œuvre » est la plus complexe, car elle se décompose en trois modalités propres : l'exercice des droits sociaux, en faciliter l'accès et promouvoir leur exercice. C'est ici que l'obligation de l'État devient strictement « positive », qui exige, dans les deux dernières occurrences de la mise en œuvre, des prestations pour atteindre la satisfaction basique de ces droits sociaux. Ceux-ci, dans un texte positif, comporteraient alors différents types d'obligations étatiques, dont une partie, certes, centrale, est positive, mais présentent aussi des obligations de respect et de garantie.

Ce passage par la structure de l'obligation étatique permet de placer la question du fondement des droits sociaux sous un jour moins spécifique. La classification traditionnelle qui distingue deux types de droits apparaît alors comme une marque historique de leurs développements ; autrement dit, les différences entre les droits individuels et

les droits sociaux seraient de degré, mais non pas de nature (Contreras Pelaez). En tout cas, l'ensemble des droits se révèle comme un complexe d'obligations négatives et positives de la part de l'État, de buts programmatiques et d'abstentions [6]. Bien entendu, obtenir le respect des obligations de promotion est toujours plus complexe que de le faire dans le cas des obligations négatives.

On le voit, l'interrogation sur les conceptions des droits sociaux a des conséquences sur le plan pratique, sur l'efficacité de ces droits. Certes, le problème des garanties qu'offre un système juridique pour rendre un droit effectif ne doit pas se confondre avec celui du contenu ou de l'existence des droits sociaux dans ce même système. Mais au fur et à mesure que nous nous plaçons dans la perspective d'examen des textes positifs, ce point devient primordial.

III. L'exigibilité des droits sociaux

Du problème de la « nature juridique » des droits sociaux, nous en arrivons à la question de leur exigibilité, en

particulier de leur opposabilité devant une juridiction. Et nous rentrons peut-être dans le terrain principal de la discussion doctrinale, celui de l'efficacité des droits sociaux dans un ordre concret. L'effectivité d'un droit (non seulement social) passerait par la possibilité, reconnue par le système juridique positif au titulaire du droit, d'exiger sa garantie devant un tribunal en cas de non-respect. L'efficacité devient alors synonyme de mécanisme de contrôle, notamment au travers d'un recours. Cependant l'opposabilité n'est apparue comme la forme dominante de réalisation des droits sociaux qu'à partir d'un certain stade de l'évolution constitutionnelle, ce moment où les constitutions organisent des garanties spécifiques pour la protection des droits et libertés.

En réalité, les droits sociaux ont été attachés à plusieurs formes d'effectivité, dont certaines gardent aujourd'hui toute leur importance, par exemple l'action des syndicats ou les accords entre partenaires sociaux. Sur le plan de l'exigibilité juridique au sens strict, on peut encore distinguer deux problématiques relativement différentes : d'abord, celle qui touche à la réalisation des droits sociaux par le biais de la législation ; ensuite, l'opposabilité juridictionnelle des droits sociaux reconnus dans la

constitution ou des traités.

Avec la généralisation du modèle de l'État de droit social, on peut dire que la première question est devenue moins centrale. Quand on débattait encore si ce type d'énoncé normatif pouvait faire partie d'une constitution – une partie importante de la doctrine soutenait la « nature » réglementaire des règles à contenu social ou économique – les tenants de la constitutionnalisation soulignaient la force contraignante qu'une telle reconnaissance exercerait sur la législation, même si elle ne se développait pas de manière immédiate. Certes, même dans les constitutions qui se montrent aujourd'hui les plus généreuses dans la reconnaissance de droits sociaux, reste toujours le problème de leur effectivité réelle. Mais l'inactivité du législateur a reçu en droit un traitement qui passe aussi par l'activité des juridictions. En effet, le constitutionnalisme d'après guerre a développé des procédés spécifiques, comme l'inconstitutionnalité par omission ou même le mandat d'injonction qui peuvent opérer comme des remèdes spécifiques devant le non-respect par le législateur de l'obligation de développer par des lois les normes constitutionnelles en matière de droits sociaux.

La deuxième problématique touche à la reconnaissance des droits sociaux en tant que « droits fondamentaux ». Selon un critère doctrinal très répandu, le caractère « fondamental » d'un droit réside dans la possibilité d'être invoqué directement devant le juge, sans attendre une loi pour le rendre justiciable. L'inscription des droits sociaux dans une constitution, qui se généralise en Europe après la fin de la Seconde Guerre mondiale, n'impliquerait donc pas, d'après la doctrine dominante, qu'ils puissent être invoqués devant des tribunaux comme des droits fondamentaux. L'argument revient ici sur la « nature juridique » de ces droits : on soutient que leur sanction par un tribunal conduirait à transférer des questions de politique sociale du Parlement à la Justice. En outre, les droits sociaux supposeraient une dépense publique, le type même de décision qui relève exclusivement du Parlement. Selon une jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande qui aura une vaste influence ailleurs, les droits sociaux ne peuvent être appliqués directement par les juges sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, et même le fondement de la démocratie, qui veut que ce soit l'organe élu par le peuple qui décide et de l'engagement des dépenses publiques et des orientations de la politique sociale. En effet, dès lors que l'on conçoit les droits sociaux comme des prestations

coûteuses, ce n'est pas à la juridiction d'opérer les choix politiques qu'entraînerait leur réalisation, mais au Parlement et aux pouvoirs publics.

Outre ce problème de légitimité, il y aurait aussi une difficulté propre à la configuration des « droits sociaux » : ils auraient un objet trop imprécis du point de vue de l'interprétation. C'est pourquoi, on l'a vu, on préfère qualifier ces « normes » de principes, adressés avant tout aux organes politiques de décision, qui, en tant que « buts » ne sont pas concrets. L'argument est cependant différent de celui qui voit dans les droits sociaux, réduits toujours à des droits à des prestations, des droits incompatibles avec les droits de liberté.

En réalité, tout un courant de la pensée juridique rejette actuellement l'idée de séparation des pouvoirs dans une démocratie constitutionnelle, du moins dans l'interprétation qui voudrait exclure le juge de la détermination des conditions de vie d'une société. D'un point de vue structurel, on notera aussi que les contraintes du langage normatif du juge, qui ne peut généraliser que par la négative ses décisions (et encore, dans le cas du contrôle de constitutionnalité des lois), empêchent qu'il s'engage

trop loin dans le terrain créateur ample du législateur.

L'argument qui verrait le spectre du « gouvernement des juges » derrière les décisions de la justice sur les questions sociales se relativise par le fait que, dans une procédure cherchant à garantir des droits sociaux, les sujets de droit ne demandent pas au pouvoir judiciaire de créer *ex nihilo* un droit social de prestation ou un service public *ad hoc*, mais de garantir le bon fonctionnement de structures existantes ou son universalité. Souvent, il s'agit, comme le signale une doctrine étrangère très importante, de corriger une réalisation partielle ou discriminatoire d'un droit social (Abramovich et Courtis).

Les droits sociaux, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'onu l'a rappelé, présentent toujours au moins un aspect qui peut être exigible par la voie judiciaire. Notamment les droits sociaux qui demandent, de la part de l'État, une position avant tout négative et pour lesquels s'applique le même type de recours que dans les droits dits « de liberté ». Le problème apparaît, bien entendu, dans le cas des obligations positives, lorsque l'État n'exécute pas les « créances », qui se transformeraient des lors en simples « promesses ».

Cependant les moyens de remédier à cette inaction sont importants et un tribunal a plusieurs possibilités pour contraindre l'État : le simple constat de la violation constitutionnelle, qui est toujours significatif dans les démocraties dotées d'une véritable opinion publique, la fixation d'un délai pour lequel le législateur doit développer la norme constitutionnelle, et même la formulation juridictionnelle directe du droit reconnu dans la Constitution (Alexy). Et il ne s'agit pas seulement d'un point de vue théorique : des juridictions constitutionnelles européennes ont distingué deux composantes dans tout droit social : une composante négative, qui permet aux individus d'exiger que personne (aussi bien un particulier que l'État) ne prenne des mesures qui violent un droit social reconnu, et un versant positif, qui consiste, pour les titulaires, à pouvoir exiger de l'État les activités ou les prestations nécessaires pour mettre en œuvre ce droit social.

Notes

[1] La classification entre « droits sociaux inconditionnés »

et « droits sociaux conditionnés », par exemple, que nous retrouvons dans certaines doctrines étrangères, peut se révéler utile ou, en tout cas, exprime bien un souci pour assurer la protection des droits sociaux. Les premiers seraient reconnus par la Constitution et, en même temps, garantis par ses normes, tandis que les seconds seraient seulement reconnus, leur garantie dépendant d'un présupposé de fait pour les réaliser, notamment l'organisation d'une structure (du type service public) ou l'assignation d'un budget.

[2] La formulation canonique, se trouve dans F. Hayek, *Droit, législation et liberté*, t. 2, *Le mirage de la justice sociale*, trad. franç., Paris, 1995. (1976), mais on peut trouver l'argument déjà dans ses précédents ouvrages

[3] G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955.

[4] E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, Munich, 1971.

[5] P. Braud, *La notion de liberté publique en droit français*, Paris, 1968.

[6] En ce sens, un juriste italien, A. Baldassarre, a avancé l'idée d'une « définition articulée » des droits sociaux, qu'il oppose aux « définitions unitaires », qui mettent toujours

l'accent sur l'idée d'un droit des citoyens à une prestation de l'État.

Chapitre II

L'évolution des droits sociaux

La dimension historique des droits sociaux est souvent mise en avant. On souligne ce caractère, notamment par opposition à la nature « abstraite » des droits de l'homme – le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui introduit en droit constitutionnel français les droits sociaux, parle de principes « particulièrement nécessaires à notre temps ».

Il est incontestable que les demandes sociales prennent la forme juridique de « droits » à partir d'un moment déterminé, postérieur à la codification des revendications de libertés, encore que l'espace entre ces deux moments soit moins important que ce que l'on dit d'habitude. Le problème surgit lorsqu'on prétend faire de l'antériorité des

uns par rapport aux autres un argument, et théorique et juridique, pour établir une hiérarchie entre les deux types de droits. Ainsi, certains juristes ont prétendu – s'appuyant, il est vrai, sur la rédaction de certains textes légaux – que, du fait que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen date de 1789, tandis que le Préambule de la Constitution de la IV^e République ne surgit qu'en 1946, on doit établir une prééminence des premiers par rapport aux seconds.

Il convient donc de revenir sur l'histoire des droits sociaux, et ceci à un double titre. D'abord, pour comprendre que si les droits sociaux ne sont pas développés dans les premières déclarations des droits, ils appartiennent néanmoins au même mouvement et s'inscrivent dans la même logique. Ensuite, pour relativiser une supposée essence « historique », donc datable, des droits sociaux. Si le type de besoin social auquel un droit peut répondre évolue dans le temps, il n'est pas plus sujet aux situations historiques que les demandes liées à la liberté individuelle.

I. Droits de l'homme et

droits sociaux

La question des droits sociaux, ou ce que l'on devrait appeler plus exactement des projections matérielles des droits de l'homme, est contemporaine à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, au sein même des débats de la Constituante. C'est à ce moment, en effet, que l'on commence à parler des « droits de l'homme pauvre » à faire valoir sur la société. Une telle formulation comportait déjà une rupture explicite avec l'idée de charité qui avait fondé jusqu'alors les modes d'intervention sociale en matière de pauvreté, même si la logique du devoir de la société s'impose sur celle des droits au sens propre.

Un Comité pour l'extinction de la mendicité est mis en place par un décret de janvier 1790 pour s'occuper des « moyens de détruire la mendicité », mais l'élaboration prend promptement un tournant constitutionnel. En effet, le duc de La Rochefoucauld-Liancourt, l'acteur principal de ce Comité, soutient que cette législation doit non seulement s'attaquer aux causes de la misère, mais encore faire partie intégrante de la Constitution. Il fait émerger alors une réflexion sur la valeur sociale des droits de l'homme. Ainsi,

dans son « Plan de travail » d'avril 1790, le Comité affirme le principe de base de toute institution sociale doit être l'axiome : « Tout homme a droit à sa subsistance », une vérité qui doit trouver sa place dans la Déclaration des droits de l'homme. Une série de conséquences naît de ce principe. La première est que la société « doit pourvoir à la subsistance de tous ceux de ses membres qui pourront en manquer ». Et il ne s'agit pas d'un bienfait, mais d'une « dette inviolable et sacrée », fondée sur le principe de l'égalité des droits reconnu dans la Constitution. Comme l'écrit dans son exposé La Rochefoucauld-Liancourt, « le soulagement de la pauvreté est le devoir d'une constitution qui a posé ses fondements sur les droits imprescriptibles de l'homme ». Prévoyant la difficulté que soulèvera une telle reconnaissance, il affirme que le culte de l'humanité « est plus sacré encore » que la propriété. Car le Comité affirme aussi que le moyen de subsistance pour les pauvres valides est le travail. « Du travail en abondance à tous ceux qui peuvent travailler, voilà ce que doit la société. »

On note toutefois que ces droits de la pauvreté ne sont pas le fondement de la constitution : leur reconnaissance est une manière d'assurer l'équilibre social là où il est rompu. En effet, comme l'indique le Comité dans plusieurs de ses

textes, il y a aussi un intérêt politique dans le soulagement de la pauvreté : c'est « le besoin d'une constitution sage qui veut assurer sa durée sur la tranquillité et le bonheur de tous les individus qu'elle gouverne » [1]. En ce sens, le caractère constitutionnel d'un « droit au secours », première occurrence juridique des droits sociaux, acquiert la forme d'un « devoir de la nation », et non pas d'un droit au sens strict, c'est-à-dire placé dans les mains des sujets, et qui pourrait être exercé par eux de manière autonome. Du coup, on projette que « l'assistance des pauvres dans tous les âges et dans toutes les circonstances de la vie », ainsi que les « dépenses pour l'extinction de la mendicité », seraient assurées par les revenus publics. La formulation d'un droit social est absorbée immédiatement par une politique, que les travaux du Comité détaillent avec précision, signalant l'importance de l'encouragement de l'agriculture et la répartition de la terre, d'une part, et les activités (défrichements, plantation des bois, assèchement des marais, travaux routiers) par lesquelles l'État pourra fournir directement un salaire suffisant, d'autre part.

On remarquera aussi que, dès ces premiers débats, l'assistance par des secours est séparée du « travail », qui apparaît comme le moyen de subsistance spécifique pour

aider les « pauvres valides ». Cette séparation entre « travail » et « secours » (devenu plus tard « assistance ») sous-tend déjà une tension qui marquera dès lors toute l'histoire des droits sociaux. Certes, le travail apparaît comme un devoir social et même comme un secours, mais il permet à l'individu de conserver « encore toute la dignité de son être », comme l'affirme plus tard Bernard.

Ces élaborations doctrinales se traduisent dans la Constitution de 1791 par l'annonce, parmi les « dispositions fondamentales garanties » réunies dans le titre premier, de la création et l'organisation d'un « établissement général de Secours publics, pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes et fournir du travail aux pauvres valides qui n'auraient pu s'en procurer », proposition séparée des « droits naturels et civils » qui y sont assurés. S'il n'y a guère d'avancées institutionnelles, la discussion sur la nature de ces droits n'est pas épuisée pour autant. Sous la Convention – où le Comité de mendicité se transforme en Comité de secours publics –, une vision plus universaliste des droits sociaux, appuyée notamment sur l'idée d'égalité, s'exprimera de manière très nette. On finira par associer ce tournant à l'action de Maximilien Robespierre et ses amis de la

Montagne, mais en réalité, ils ne sont pas les seuls à épouser cette vision. Ainsi, lorsque Robespierre propose dans le point X de son projet de Déclaration des droits d'avril 1793 : « La société est obligée de pourvoir à la subsistance de tous ses membres, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler », il renoue avec une ligne déjà présente sous la Constituante et qui va dès lors s'approfondir.

En présentant le système général d'organisation des secours publics – « une imposition que la Constitution vous a imposée, et que vous allez remplir » –, en juin 1792, Bernard, au nom du Comité, constate qu'il manque à la Déclaration de 1789 un axiome, à placer en tête du « code de l'humanité » : « Tout homme a droit à sa subsistance. » Et pour préciser le sens de ce droit, il souligne ses deux facettes : « L'homme jouit-il de la santé, ses bras peuvent-ils se mouvoir à son gré ; il a droit au travail ; la société le lui offre de toutes parts. N'a-t-il pas encore atteint ou a-t-il passé l'âge de s'y livrer ; les maladies et les infirmités viennent-elles lui ôter l'usage de ses forces ; des secours gratuits lui sont offerts ; tous les asiles de la bienfaisance nationale s'ouvrent à la fois pour

le recueillir. » [2] « L'universalité des malheureux » est ainsi posée, et la « bienfaisance publique » n'est pas un palliatif, car elle s'attaque aux causes de la misère, même si elle ne cherche pas à extirper l'indigence. Les jacobins approfondissent cette tendance universaliste et dans son célèbre rapport, Barère insiste sur le fait que les citoyens malheureux ont « leurs *droits* à la bienfaisance nationale ». On voit apparaître alors un dessein politique plus complet, où l'assistance n'occupe qu'une place secondaire : « Oui, je parle ici de leurs droits parce que dans une démocratie qui s'organise tout doit tendre à élever chaque citoyen au-dessus du premier besoin, par le travail s'il est valide, par l'éducation s'il est enfant et par le secours s'il est invalide ou dans la vieillesse. »

C'est par la radicalisation de cette vision que Robespierre fera œuvre originale. Et cette radicalisation ne se réduit pas à une volonté politique : elle comporte la prétention à fonder la valeur universelle de ces droits qui s'exprime dans le célèbre « Discours des subsistances » qu'il prononce en décembre 1792. C'est la radicalité sur le plan des fondements (le caractère universel, et non particulier, de ces droits) qui commande en quelque sorte la radicalité politique qui s'ensuit. Pour Robespierre, « le droit

d'exister » est le « premier » des droits imprescriptibles de l'homme et cette affirmation implique la subordination des autres droits et induit explicitement la limitation du droit de propriété privée. En effet, « si la première loi sociale est donc celle qui garantit à tous les membres de la société les moyens d'exister », la propriété privée « n'a été instituée ou garantie que pour la cimenter ; c'est pour vivre d'abord qu'on a des propriétés ». Et la face pratique de la subsistance oblige à « assurer à tous les membres de la société la jouissance de la portion des fruits de la terre qui est nécessaire à leur existence ». Du coup, la propriété privée apparaît comme « une institution sociale », ainsi que Robespierre l'affirme en présentant son projet de Déclaration des droits. Dans ce texte, les principaux droits qui « appartiennent également à tous les hommes », sont réduits à deux : « Celui de pourvoir à la conservation de l'existence, et la liberté » (art. 2).

La célèbre Constitution du 24 juin 1793 avait donc plusieurs sources d'inspiration, non seulement jacobines – d'ailleurs, la propriété figure toujours comme un « droit naturel et imprescriptible », à côté de l'égalité, la liberté et la sûreté. Mais sa Déclaration des droits est restée dans l'histoire pour avoir proclamé dans l'article 21 que « les

secours publics sont une dette sacrée ». Si la subsistance est due seulement aux « citoyens malheureux », elle comprend comme premier moyen le « travail », les « moyens d'exister » ne venant qu'ensuite, pour ceux qui étaient hors d'état de travailler. La Constitution républicaine restera lettre morte – comme le décret du 11 mai 1794 qui fixait les montants des subventions pour différentes catégories (les paysans sans ressources âgés de plus de 60 ans, les artisans indigents, les veuves, etc.) –, mais l'absence de disposition équivalente dans les autres textes révolutionnaires amplifia son importance symbolique.

Même si l'on ne retenait de cette histoire qu'une vision associant le paradigme de droits sociaux à une catégorie sociale défavorisée, l'importance de l'approche *par* les droits de l'homme reste essentielle, car elle tranchait avec une autre tradition, anglaise, qui voyait en ces « droits » sociaux de purs et simples « droits des pauvres ». Ici, l'idée d'assistance était surdéterminée par la culture religieuse de la charité, ce qui affaiblissait la valeur de ces dispositifs en termes de « droits ». Non que ces interventions n'aient pas d'effets juridiques : les *Poor Laws* remontent au xvi^e siècle et vont se prolonger

jusqu'au début du xx^e. Dans un premier temps, ces lois organisent le secours des pauvres, en distinguant deux grands statuts : les hommes valides, que l'on tâchait d'occuper, et les invalides et les enfants, que l'on assistait par l'octroi de petites sommes d'argent ou des biens. L'inspiration caritative se doublait d'une logique de contrôle social qui, très rapidement, notamment pour les pauvres valides, aura une visée clairement répressive, avec l'organisation des *Workhouses*, censées éviter les vagabondages des miséreux sur les routes du royaume. La libéralisation de ce dispositif n'intervient qu'à la fin du xviii^e siècle, qui voit même la proclamation d'un « droit de vivre », lequel ne doit pas se confondre cependant avec la reconnaissance d'un « droit de l'homme », bien que l'idée de secours spécifiques, via des allocations financées par des taxes, commence à se faire jour – un complément de salaire apparaît même, comme mesure exceptionnelle.

L'essor de la révolution industrielle introduit d'autres éléments, et la loi des pauvres de 1834 abolit définitivement la loi de domicile (qui faisait obligation à chaque paroisse de certifier qu'elle prendrait en charge les frais de rapatriement de ses résidents désirant s'établir dans une autre paroisse, si ces derniers devenaient

nécessiteux, ce qui, de fait, empêchait la libre circulation) et, en même temps, centralise davantage l'octroi des aides. Elles devaient, de toute façon, ne pas empêcher les travailleurs de se faire embaucher sur le marché « libre ». Le bénéficiaire reste donc cantonné à un statut d'assisté, marqué par l'absence d'autonomie des sujets pour réclamer des « droits », qui n'ont pas de valeur universelle.

Lorsque le marché se généralise, un autre type de norme sociale apparaîtra, les *Factory Laws*, qui ne traitent plus des pauvres, mais des travailleurs en usine. Karl Marx, qui avait trouvé dans les Déclarations des droits de l'homme l'intérêt de l'individu égoïste opposé à la vie sociale, les qualifiera de « première réaction consciente et méthodique de la société à la configuration naturelle prise par son procès de production »...

II. Les droits des travailleurs

L'industrialisation voit naître également l'organisation des travailleurs autour d'un ensemble de revendications propres, liées aussi bien à l'activité qui leur donne une

identité sociale, puis politique, qu'à leur situation économique (la pauvreté). La « question sociale » surgit alors et occupera le centre des préoccupations politiques de la seconde moitié du XIX^e siècle, s'exprimant par plusieurs biais, depuis les actions des premiers groupements socialistes jusqu'aux préoccupations des élites de la bourgeoisie européenne pour le paupérisme, en passant par les premières réalisations d'un État social.

D'autres revendications sociales, plus concrètes peut-être, plus pacifiques aussi, commenceront à être codifiées en termes de droits. On s'accorde pour voir dans le « droit à l'instruction publique » le premier des « droits sociaux » à être consacré constitutionnellement, puisqu'on le retrouve dans des chartes européennes de la première moitié du XIX^e siècle, notamment la Constitution néerlandaise de 1814 (art. 226), sanctionnant un important développement en matière d'organisation de l'enseignement public – dans le même chapitre, ladite Constitution plaçait « l'administration de bienfaisance et l'éducation des pauvres » comme un objet des soins du gouvernement (art. 228). Cependant, les droits sociaux semblent greffés sur les revendications économiques les plus immédiates des individus. Et pas seulement des individus, fussent-ils

indigents : on identifie de plus en plus un « quatrième état » qui se fait porteur de ces droits sociaux.

Si, comme nous venons de le voir, la discussion sur la reconnaissance des droits sociaux et l'idée que « tout homme a droit à sa subsistance » émergent nettement sous la Révolution française, c'est avec la révolution de février 1848 que l'on trouve la principale tentative de réalisation intégrale. Déjà dans l'un de ses premiers actes juridiques, son décret du 25 février, le gouvernement provisoire déclare « garantir l'existence de l'ouvrier par le travail [...] il s'engage à garantir du travail à tous les citoyens ; il reconnaît que les ouvriers doivent s'associer entre eux pour jouir du bénéfice du travail ». Le « droit au travail » fait alors irruption dans la discussion constitutionnelle, et, à travers cette formulation caractéristique qui dépasse en réalité la référence aux travailleurs, nous allons retrouver la question de l'enjeu des droits sociaux dans un système juridique positif.

Ce « droit au travail » présente ici un double intérêt. Le premier réside dans l'institution avec laquelle, par un étrange jeu de circonstances, il sera associé en 1848 : des ateliers nationaux, censés traduire par un dispositif social

spécifique ce droit. Le second aspect, plus important pour nous, est la discussion juridico-politique dont il fait l'objet dans les débats constitutants de septembre-octobre.

Les ateliers nationaux que le gouvernement provisoire met en place sous la pression des ouvriers parisiens étaient loin des systèmes auxquels on associait l'« organisation du travail », comme les « ateliers sociaux » théorisés par L. Blanc, ou même la « constitution sociale » revendiquée par Proudhon. Cet organisme, créé dans la foulée des décrets de février, se contentait de garantir un salaire minimum uniforme aux ouvriers chômeurs, toutes professions confondues, pour des activités se rapprochant des « travaux publics » comme le terrassement – les ouvriers étaient rémunérés aussi en cas d'inactivité des ateliers. S'il y avait eu d'autres expériences institutionnelles plus riches au sein de la Commission du Luxembourg que présidait Blanc – outre la rédaction d'un projet de loi, elle arrive à fixer la limite de la journée légale de travail à dix heures, à faciliter des accords collectifs, etc. –, c'est néanmoins l'institution qui ressort comme l'expression du « principe sacré de la garantie de travail ». Avec ses défauts aussi : notamment un poids considérable sur le trésor public et l'idée que le système pénalisait les métiers pour favoriser

la paresse des ouvriers, deux arguments que l'on entendra bien plus tard...

Le premier projet de constitution républicaine avait placé le « droit au travail » parmi les droits garantis. Il était défini dans son article 7 comme « celui qu'a tout homme de vivre en travaillant ». Plus important encore, cette reconnaissance était assortie d'une politique particulière : « La société doit, par les moyens productifs et généraux dont elle dispose, et qui seront organisés ultérieurement, fournir du travail aux hommes valides qui ne pourraient se procurer de l'ouvrage. » Le droit au travail apparaît comme un véritable droit social dans une série de garanties énumérées dans l'article 132 dudit projet. Et, en sa qualité de droit de l'homme, il se distingue du « droit à l'assistance », prévu dans l'article 9 du même texte, appartenant « aux enfants abandonnés, aux infirmes, aux vieillards ». Les socialistes ont été les principaux porteurs de cette revendication – Victor Considérant, fouriériste, a fait partie de la commission qui rédige le projet de mai. Comme l'affirme à l'époque François Vidal, secrétaire de la Commission du Luxembourg, « le droit au travail [...] implique nécessairement l'organisation du travail, et l'organisation du travail implique la transformation

économique de la société ». D'une certaine manière, ce « droit au travail » se veut la formulation d'un nouveau modèle de société.

Les deux revendications (matérielle et juridique) vont se conjuguer lorsque la fermeture des ateliers nationaux parisiens, en juin, entraîne le soulèvement des ouvriers qui réclament du travail « sérieux et productif » ; la sanglante répression entraîne à son tour la suppression de toute référence au « droit au travail » par la Commission de la Constitution qui se charge d'étudier le projet après les événements de juin. C'est au moment de la discussion dans l'Assemblée de ce projet retouché que le rapport antinomique entre droit au travail et droit de propriété, ou, sous une forme positive, entre droits sociaux et transformation sociale apparaît dans toute son étendue.

Les socialistes ne sont pas les seuls à établir cette corrélation. « Si on l'écrit dans la constitution, dit Duvergier de Hauranne, on prend à l'instant même l'engagement de changer radicalement toutes les conditions sociales. » La portée politique de la reconnaissance juridique du « droit au travail » apparaît clairement exprimée dans les réflexions de Tocqueville, qui tâche de

briser toute continuité entre la révolution des droits de l'homme et « la sociale », par la distinction entre la charité et un droit des travailleurs sur l'État. Ou, mieux encore, dans la position faussement paradoxale de Thiers, qui est contraire à la reconnaissance constitutionnelle du « droit au travail », tout en promouvant une politique active de l'État en la matière. Car, pour Thiers, un droit ne se confond pas avec une politique sociale : un droit s'applique à tous, sans exception, tandis que le droit au travail ferait référence à une catégorie spécifique. Plus tard, il reconnaît que pour les « maux généraux affectant des classes entières », il faut « appliquer la bienfaisance collective et puissante de tous, c'est-à-dire la bienfaisance de la Société elle-même, l'assistance publique en un mot » [3]. Mais il n'y a pas de droit à l'assistance, il n'y a pas d'obligation de l'État. C'est une vertu, car, comme il l'écrit à la même époque, « si, en effet, une classe entière, au lieu de recevoir pouvait exiger, elle prendrait le rôle du mendiant qui demande le fusil à la main ».

Ce n'est donc pas par hasard que ceux qui nient la valeur juridique d'un droit au travail englobent ce dernier dans le « droit à l'assistance ». Si le « droit au travail » n'est pas formellement consacré comme tel dans la Constitution

républicaine adoptée en octobre 1848, l'article VIII de son Préambule déclare que la République doit, « par une assistance fraternelle », assurer l'existence des citoyens nécessiteux « en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources ». Ce droit à l'existence perd son caractère universel, mais il ne reste pas moins séparé « des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler ». L'article 13 de la Constitution rend compte de son caractère intégral, en établissant que « la société favorise et encourage le développement du travail par l'enseignement primaire gratuit, l'éducation professionnelle, l'égalité de rapports entre le patron et l'ouvrier, les institutions de prévoyance et de crédit [...] et l'établissement, par l'État, les départements et les communes, des travaux publics propres à employer les bras inoccupés ». D'autre part, toujours dans le même article, le texte prévoit « l'assistance aux enfants abandonnés, aux infirmes et aux vieillards sans ressources, et que leurs familles ne peuvent secourir ».

C'est à partir de ces débats que l'idée de « droits sociaux » va devenir presque synonyme de « droits des travailleurs », bien que la revendication d'un « droit au travail » ait déjà, en 1848, une extension plus vaste, qui portait la

matrice des droits sociaux. En tout cas, la protection du travail montre une étonnante capacité de production normative et c'est à partir d'elle que vont se déployer différentes composantes des droits sociaux en matière de santé, de bien-être, de salaire, de logement dans les systèmes juridiques du début du xx^e siècle. Il va permettre l'émergence d'une nouvelle branche juridique, issue du droit commercial, cette « législation industrielle » qui deviendra bientôt le « droit du travail ». Et l'on peut considérer que c'est ce droit du travail qui a été, à son tour, à l'origine du premier développement international des droits sociaux après la fin de la Première Guerre mondiale, avec la création, prévue dans le traité de Versailles, du Bureau international du travail (bit), l'embryon de l'Organisation internationale du travail (oit). Dès ses premières années, cette institution produira un ensemble de textes normatifs à vocation contraignante sur la durée du travail, le chômage, la protection de la maternité, le travail de nuit, etc. Mais c'est avec la « Convention sur le travail forcé », adoptée en 1930 et entrée en vigueur deux ans plus tard qu'elle instaure sa première norme efficace.

La Constitution mexicaine de 1917 réalise quant à elle pour la première fois la transposition des droits des travailleurs

dans un cadre normatif supralégal. Dans un très long article sont ainsi constitutionnalisés, le droit à un salaire minimum, le droit aux congés, la limitation de la journée de travail, le droit de grève, le droit d'association, la participation des travailleurs aux bénéfices de l'entreprise, la responsabilité patronale en cas d'accident du travail, l'établissement des instances de conciliation et arbitrage tripartites (travailleurs, entrepreneurs, gouvernement) pour régler les conflits entre capital et travail, l'indemnisation en cas de licenciement, etc. Ce qui permet de dire à l'un des constituants qui vote le texte : « Ainsi comme la France, après la Révolution, a eu l'insigne honneur de consacrer dans la première de ses constitutions les immortels droits de l'homme, ainsi, la révolution mexicaine aura l'orgueil légitime de montrer au monde qu'elle est la première à inclure dans une constitution les droits sacrés des ouvriers. »

Le lien entre « droits sociaux » et « droits des travailleurs » va s'exprimer par d'autres formes constitutionnelles : la reconnaissance d'un champ d'action spécifique pour les syndicats et les autres acteurs sociaux dans le domaine de la production industrielle, comme les conseils ouvriers et les conseils économiques. À côté de l'État, donc, considéré

comme l'acteur essentiel en matière d'égalité sociale, la Constitution allemande de 1919 reconnaît, quant à elle, pour la première fois, les pouvoirs normatifs des acteurs du monde du travail, tout en donnant des garanties particulières aux syndicats.

Ces origines historiques expliquent pourquoi une partie de la doctrine juridique considère que le travail constitue l'axe, et même le noyau à partir duquel se développent les autres droits sociaux. À coup sûr, le « droit au travail », même si sa portée reste encore l'objet des critiques acerbes de la part de la doctrine juridique traditionnelle, a trouvé, tant bien que mal, sa place dans la plupart des textes constitutionnels comportant un chapitre sur les droits sociaux. Dans sa forme de reconnaissance la plus générale, il est conçu comme « le droit pour une personne de gagner sa vie par un travail librement consenti », mais sa proclamation sert surtout de base normative pour des politiques économiques actives et, la crise aidant, pour l'érection des systèmes d'assurance chômage.

Cependant, cette convergence n'épuise pas, d'un point de vue conceptuel, le référent des droits sociaux – d'ailleurs, la centralité de la référence au travail ne date pas de l'essor

de l'industrialisme du xix^e siècle. Déjà la Constitution allemande de 1917 a reconnu d'autres droits sociaux, comme le droit au logement, ou les droits de la famille. Surtout, cette généalogie ne doit pas conduire à envisager les droits sociaux comme des « droits statutaires », appartenant à une catégorie sociale spécifique, ou encore comme des « droits collectifs ».

III. Droits sociaux et État-providence

L'approche de la fin de la Seconde Guerre mondiale laisse pressentir que le monde ne va plus être le même. Les bases du nouveau modèle social relèveront moins des desseins constitutionnels que de politiques économiques en faveur du plein-emploi, inaugurées aux États-Unis pendant le *New Deal*. Le processus voit, certes, sa traduction en termes de droits ; le président Franklin D. Roosevelt a proclamé en 1941 les « quatre libertés » : la « libération de la nécessité » (*Freedom from want*) et la « libération de l'oppression de la peur » (*Freedom from fear*). Ces nouvelles libertés faisaient référence principalement à la sécurité économique

et à l'indépendance, mais Roosevelt inclut également le droit d'obtenir des possibilités économiques égales, le droit au travail et le droit à l'élévation constante du niveau de vie. Le *National Resources Planning Board* publie même une « nouvelle déclaration des droits » reconnaissant notamment le « droit au travail utile et productif », le « droit à l'alimentation », le « droit au vêtement et à la culture », le « droit à un logement », le « droit à une couverture maladie adéquate », le « droit à une bonne éducation ». Elle est présentée par le président Roosevelt en 1944, mais l'opposition du Congrès non seulement empêche l'adoption du texte, mais conduit même à la dissolution de l'organisme qui l'avait élaboré (Sunstein).

La reconnaissance des droits sociaux se voit maintenant liée à la naissance d'un nouveau type d'État, que l'on appellera le *Welfare State*. Ce modèle rompt avec le mode d'interventionnisme étatique en matière sociale et économique tel qu'il s'était développé en Europe depuis la fin du xix^e siècle.

L'Allemagne bismarckienne avait inauguré un premier système d'assurances sociales à l'aide de trois grandes lois – l'assurance maladie en 1883, l'assurance accident l'année

suivante, et l'assurance invalidité vieillesse en 1889 –, dans lequel l'idée de « droits sociaux » était absente. Et cette idée peinait d'autant plus à émerger que les ouvriers que le système cherchait à intégrer à l'État par la *Sozialpolitik* étaient déjà l'objet d'autres attentions, sur le plan idéologique et sur le plan organisationnel, de la part d'un parti politique social-démocrate, le spd. En ce sens, rappeler que l'élaboration des premières lois du système d'assurance sociale coïncide chronologiquement avec le vote des lois antisocialistes est loin de constituer un paradoxe, d'autant que le parti social-démocrate allemand faisait de la revendication d'un « État social » l'un des piliers de son programme, à côté d'un État républicain.

Mais le modèle bismarckien d'assurances ne peut être conçu dans une logique de droits sociaux pour une autre raison, peut-être plus importante encore : le système, encore trop redevable sur le plan culturel de la tradition philanthropique, est construit sous le signe de la particularité. Et bien que le passage du « pauvre » au « travailleur » soit déjà engagé par ces réformes, la particularité du statut des bénéficiaires n'était pas pour autant supprimée, encore moins lorsque le système de financement direct par l'État est abandonné devant

l'opposition libérale du Reichstag à l'instauration d'une nouvelle taxe. En effet, le système s'appuie sur une logique professionnelle, statutaire même, par laquelle la protection sociale est liée au type d'activité et au type de cotisation.

Par rapport à cette première matrice, le *Welfare State* de la seconde moitié du xx^e siècle comporte une différence centrale : il vise à universaliser l'idée de « besoin ». C'est en Angleterre que ce nouveau dessein trouve sa formulation théorico-politique dans les célèbres rapports de William Beveridge de 1942 et 1944. Issu de l'expérience de l'entre-deux-guerres, le modèle insiste sur l'importance des politiques sociales pour atteindre puis garder un système de plein-emploi. L'originalité de ce point de vue passe justement par l'universalisation de l'idée de « besoins sociaux », qui n'est plus rattachée aux seuls secteurs défavorisés de la société (les « pauvres », puis les « travailleurs »), mais étendue, du moins en théorie, à toutes les couches de la population, qui pourraient dès lors bénéficier des prestations sociales au titre de « citoyens ». L'assistance sociale devient sécurité sociale. Beveridge préconise l'établissement d'un système de protection sociale généralisée, ainsi qu'un service de santé gratuit et ouvert à tous. Et c'est l'impôt, plutôt que les cotisations

professionnelles, qui servirait à financer le système, géré par l'État de manière centralisée. Le rapport ne restera pas lettre morte, et, avec la victoire du Labour Party en 1945, le gouvernement Attlee met rapidement en place des institutions spécifiques d'assurance sociale, avec l'adoption du *National Insurance Act*, en 1946, puis du *National Health Service*, en 1948.

Un sociologue anglais, T. H. Marshall, forge alors la notion de « citoyenneté sociale » pour rendre compte de ces transformations. Venant après la citoyenneté civile (propre au xviii^e siècle) et la citoyenneté politique (caractéristique du xix^e), et en les prolongeant, elle reconnaît aux individus, à travers un *Welfare State*, des conditions minimales de santé, d'éducation, de bien-être matériel et de sécurité, permettant, du même coup, de rendre effectif l'exercice des anciens droits. La « citoyenneté sociale » correspond selon Marshall à toute une gamme des droits qui vont « du droit à une parcelle de bien-être et de sécurité économiques jusqu'au droit à partager entièrement l'héritage social et à vivre la vie d'une existence civilisée selon les standards régnant dans la société ». Ces droits se voient rattachés à deux institutions spécifiques, le système éducatif et les services sociaux. Si les *Poor Laws* avaient établi

historiquement un divorce entre les « droits sociaux » et la citoyenneté, le développement des services sociaux leur donnent le même statut qu'aux autres droits, créant ainsi un droit universel à un revenu réel qui n'est pas proportionné à la valeur marchande du demandeur. On parle, depuis, des droits sociaux comme des mécanismes de « démarchandisation du statut des individus ».

L'universalisation promue par le *Welfare State* favorise la traduction des politiques sociales en termes de prétentions légales des individus. On est déjà dans l'idée d'une protection sociale, non pas d'une simple assurance. Les droits sociaux sont désormais associés à une institution, la Sécurité sociale. Elle incarne à sa manière cette universalisation des droits sociaux, laissant à l'« aide sociale » le particularisme des « droits des pauvres ». Les droits d'assistance deviennent dès lors complémentaires, exceptionnels, par rapport à la protection sociale généralisée qui devient la règle dans les pays développés d'Europe occidentale.

Toutefois, en dépit de cette universalisation, les droits sociaux du *Welfare State* restent nettement rattachés à un groupe social spécifique, lié au travail. Autrement dit, ils

gardent un socle de particularité, visant à assurer des protections spécifiques aux non-propriétaires. Ils sont liés à un modèle d'État qui se propose moins la distribution des ressources que la protection des salariés, ces sociétés gardant leurs caractéristiques d'inégalité sociale [4].

Ce développement des droits sociaux à l'intérieur du *Welfare State* favorise leur identification avec des prestations matérielles de l'État. Les obligations étatiques apparaîtront aux yeux des juristes comme des créances, mais non comme la contrepartie d'un droit reconnu à l'homme. Et puisque l'allocation des moyens de l'État dépend de contraintes autres que constitutionnelles, notamment financières ou d'opportunité, ces « droits » relèvent du domaine discrétionnaire de l'État, sous la « réserve du possible », selon une formule rendue célèbre par la Cour constitutionnelle allemande dans les années 1970. Les conséquences, en termes de garanties de droit positif, sont très concrètes : comme l'affirme J. Rivero, « tant que le service n'est pas créé, tant que l'État n'a pas réuni les moyens nécessaires pour s'acquitter de la dette, le droit du créancier ne peut s'exercer ». Autrement dit, d'un point de vue technique, ils ne seraient pas des droits « absolus », mais plutôt des directives, des mandats constitutionnels,

adressés avant tout au Parlement et aux pouvoirs publics. La réalisation de ces « droits » sociaux dépendrait finalement d'une décision politique. Ce qui permet de penser que, dans des circonstances économiques précises (récession, crise fiscale, déséquilibre budgétaire, etc.), ils peuvent être écartés au bénéfice d'autres choix.

Dans la mesure où le problème de la concrétisation des droits sociaux se pose de manière aussi restrictive, tant par rapport à la forme constitutionnelle que par rapport à la démocratie politique, la limite de l'universalisation des modèles de *Welfare State* (même les plus avancés) se trouve atteinte. Si dans le modèle autoritaire d'État social, la non-reconnaissance de droits sociaux était le corollaire d'une vision en termes de contrôle social, le modèle du *Welfare State*, malgré une ample reconnaissance des « droits », n'opère sa réalisation que dans une direction précise, d'intégration sociale.

Notes

[1] Cf. C. Bloch, A. Tuetey (dir.), *Procès-verbaux et*

rapports du Comité de mendicité de la Constituante, 1790-1791, Paris, 1911.

[2] *Archives parlementaires*, t. 45, p. 155.

[3] Cité par Henri Hatzfeld, *Du paupérisme à la sécurité sociale : essai sur les origines de la Sécurité sociale en France, 1850-1940*, Nancy, 1989, p. 66.

[4] La construction d'une propriété sociale instaure la base d'une protection pour les non-propriétaires, . Cf. R. Castel, *L'insécurité sociale*, Paris, 2003, p. 33-34.

Chapitre III

Les droits sociaux en France

Au moment où un large consensus se dessine en Europe pour élargir les domaines d'intervention étatique, l'impulsion du social se traduit dans les nouvelles Constitutions sanctionnant la fin des régimes dictatoriaux. C'est aussi le cas en France, avec la Constitution de 1946, bien que les ordonnances d'octobre 1945 posent déjà, « dans un souci élémentaire de justice sociale », les bases d'un régime général de Sécurité sociale destiné à garantir les travailleurs et leurs familles contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gagner leur vie.

I. Le Préambule de 1946

La reconnaissance des droits sociaux au sens propre est avant tout l'affaire du dessein constitutionnel. Les débats qu'ils suscitent illustrent bien les tensions politiques qui surgissent dans ce monde d'après guerre, en pleine mutation. Toutefois, dans les plans et projets qui s'ébauchent au sein de la Résistance, on retrouve une certaine convergence de vues pour élargir les contenus traditionnels des droits de l'homme, y compris par l'adoption d'une déclaration actualisée.

Le projet de constitution que l'Assemblée constituante approuve en avril 1946 inclut, après de vifs débats, une nouvelle Déclaration des droits de l'homme, dont la seconde partie est explicitement consacrée aux « droits sociaux et économiques ». L'article 22 proclame : « Tout être humain possède, à l'égard de la société, les droits qui garantissent, dans l'intégrité et la dignité de sa personne, son plein développement physique, intellectuel et moral. » En dépit de cette formulation généreuse, la ligne suivante affirme que « la loi organise l'exercice de ces droits », ce qui en réduit leur force comme normes juridiques applicables directement.

Après le rejet de ce texte par le référendum du 5 mai, une

nouvelle Constituante, puis une nouvelle Constitution voient le jour. Le nouveau texte de la Constitution de la IV^e République ne reprend la formulation de droits sociaux que sous la forme de « principes politiques économiques et sociaux ». Qui plus est, il n'y a point de nouvelle déclaration mais un simple « Préambule », qui ratifie la vieille Déclaration de 1789.

Même si l'on a beaucoup discuté sur sa portée normative, obligatoire ou purement déclarative, le texte du Préambule de 1946 reste le cadre (ouvert) des décisions constitutionnelles sur les droits sociaux jusqu'à nos jours. Dans un premier temps, les commentateurs ont pointé un « amalgame » de droits et de principes non juridiques ; une telle lecture coïncide avec l'idée, majoritaire dans la doctrine juridique de l'époque, que les énoncés contenant des droits sociaux sont des « droits programmatiques ». On en conclut de manière logique que les particuliers ne peuvent s'en prévaloir directement devant les tribunaux avant la mise en œuvre de ces droits par la loi. Il n'en demeure pas moins que l'idée d'une « certaine valeur juridique » du Préambule se voit bientôt affirmée. Et pour certaines de ses dispositions ayant « assez de précision juridique », on prévoit même une application

juridictionnelle directe, ne serait-ce que par voie d'exception (Pelloux).

La jurisprudence ne suivra pas cette voie tout de suite. Certes, le Conseil d'État fait une application directe du texte du Préambule dans sa décision Dehaene (ce Ass., 7 juillet 1950) qui reconnaît la grève dans le secteur public. Mais l'inapplicabilité directe reste longtemps sa règle. Le Conseil d'État précise aussi, à l'instar de sa décision Tallagrand (ce, 29 novembre 1968), à propos du principe de solidarité contenu dans l'alinéa 12 du Préambule, que « en [l']absence de disposition législative précise », il ne peut « servir de base à une action contentieuse en indemnité », limitant davantage la justiciabilité des droits sociaux reconnus dans ce texte. Le Conseil d'État préfère s'approprier de manière indirecte le contenu du Préambule sous la forme de « principes généraux du droit », ce que n'avancait pas l'idée de « droits » autonomes – bien que parfois cette interprétation aille dans un sens très large, comme dans le célèbre arrêt gisti (ce Ass., 8 décembre 1978) où le Conseil d'État dégage un « droit à mener une vie familiale normale » de l'alinéa 10, qui ne l'énonçait pas explicitement. La Cour de cassation, pour sa part, utilisera également certaines dispositions du Préambule de 1946

pour fonder ses décisions en matière de droits des travailleurs, et notamment « l'affirmation solennelle du droit de grève », qui, en tant que « modalité de la défense des intérêts professionnels », ne comporte plus la rupture du contrat de travail (Soc., 28 juin 1951) – une loi de 1950 avait déjà énoncé le principe.

Le Préambule de 1946 conditionne doublement la discussion sur le statut de ces droits sociaux : d'un côté, en les définissant comme *principes* politiques, économiques et sociaux, et non pas comme des droits, il semble vouloir imposer une certaine conception, qui les distinguerait des véritables « droits » de l'homme, de nature avant tout « négative ». De l'autre, en affirmant leur empreinte historique, il laisse ouverte la possibilité de les interpréter comme des droits conditionnés, toujours sujets à des évolutions, y compris de signe contradictoire, ce qui tranche encore avec la valeur « absolue » des droits de l'homme.

La rédaction du Préambule montre toutefois qu'il s'agit bien de *droits* : on détaille ainsi un « droit d'obtenir un emploi », un « droit de grève », un « droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence » ou

même une « garantie de protection de la santé » – certaines dispositions reprennent d'ailleurs les formulations de la Déclaration du projet d'avril. Bien plus, le constituant semblait avoir innové sur certains aspects des droits sociaux, et tout particulièrement par rapport aux vieux débats sur les contours du « droit au travail ». Sous la forme d'un « droit d'obtenir un emploi » reconnu dans l'alinéa 5 (« chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi »), il est clairement dissocié du « droit à l'assistance », énoncé dans la deuxième partie de l'alinéa 11 (« tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler, a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence »), bien que l'interprétation tende ensuite à les réunir.

Le cadre juridique du Préambule de 1946 survivra à la IV^e République. En effet, son incorporation dans ce que la doctrine constitutionnelle appellera le « bloc de constitutionnalité » a été décidée par le Conseil constitutionnel, sous la V^e République, après 1971, plaçant son texte au centre de la normativité constitutionnelle des droits sociaux. Et ce sont avant tout les alinéas du texte de 1946 qui vont servir de normes de

référence pour la constitutionnalisation des droits sociaux, d'autant que le Conseil constitutionnel, à la différence du Conseil d'État, a considéré que tous les énoncés du Préambule peuvent produire des effets normatifs.

Et lors des premières décisions du Conseil constitutionnel en matière sociale, certains auteurs n'ont pas hésité à parler de « hardiesse ». En tout cas, cette jurisprudence est parvenue à dessiner, ne serait-ce que timidement, une perspective plus ample des droits sociaux, du moins par rapport à celle qui avait traditionnellement prévalu dans la tradition juridique française.

II. La reconnaissance constitutionnelle

À la différence de la plupart des constitutions, la Constitution de la V^e République ne contient pas de catalogue systématique ou de partie spécifiquement consacré aux droits sociaux, pas plus qu'aux autres droits et libertés. C'est donc au travers de la jurisprudence constitutionnelle que l'existence des droits sociaux est

déterminée.

Cette constitutionnalisation débute dans les années 1970. Après avoir intégré les principes du Préambule de 1946 comme normes de référence pour le contrôle de constitutionnalité des lois dans la décision « ivg » en 1975, la valeur constitutionnelle des droits sociaux a été reconnue explicitement par la décision du 20 juillet 1977 (77-83 dc) sur le principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail, contenu dans l’alinéa 8 du Préambule de 1946.

Dans la décision du 25 juillet 1979 (79-105 dc), le droit de grève est défini comme « un principe de valeur constitutionnelle », bien qu’il autorise le législateur à tracer des limites au nom de l’intérêt général – puis il est classé parmi « les droits et libertés [...] ayant valeur constitutionnelle » (82-144 dc, 22 octobre 1982). Dans cette décision, le droit syndical est aussi reconnu comme droit constitutionnel. Il est enrichi plus tard par le Conseil, en accordant au syndicat l’exercice en lieu et place d’un salarié de certains recours contentieux (89-257 dc, 25 juillet 1989), dans la mesure où il a la « vocation naturelle à assurer [...] la défense des droits et intérêts des travailleurs

», sans en avoir pour autant le monopole (96-383 dc, 6 novembre 1996).

Le premier des droits sociaux de prestations constitutionnalisés est le « droit à la protection de la santé », prévu dans l'alinéa 11 du Préambule, reconnu d'abord pour l'enfant, dans la décision « ivg » (74-54 dc, 15 janvier 1975), puis selon une formulation plus générale, dans la décision du 18 janvier 1978 (77-92 dc). De même, le Conseil a reconnu aussi un « droit à obtenir des moyens convenables d'existence », dans une décision du 23 janvier 1987 (86-225 dc).

En dehors de la référence au Préambule de 1946, il faudra ajouter les droits sociaux « découverts » par l'interprétation du Conseil constitutionnel, comme le « droit au logement décent » sanctionné en 1995 en absence de tout référent explicite dans les textes constitutionnels (94-359 dc, 19 janvier 1995 ; 95-371 dc 29 décembre 1995).

En absence d'un catalogue systématisé des droits sociaux comme il existe dans d'autres constitutions, une partie de la doctrine a cherché à reconstruire la problématique des droits sociaux à travers les catégories de « droits et libertés

constitutionnels » et « objectifs de valeur constitutionnelle », utilisées par le Conseil constitutionnel. Les droits sociaux des travailleurs énoncés dans les alinéas 6, 7 et 8 du Préambule de 1946 (liberté syndicale, droit de grève, droit de participation des travailleurs), rentreraient dans la première catégorie, ce qui ferait d'eux de véritables droits (autrement dit, invocables directement devant les juridictions).

Les droits sociaux comportant des prestations seraient en revanche des « objectifs de valeur constitutionnelle ». Sous cette modalité, on pourrait se référer aux droits reconnus dans les alinéas 5, 10, 11, 13 du Préambule de 1946, autrement dit le « droit au travail et à l'emploi », le « droit à la santé » (du moins dans une de ses modalités), le « droit à la protection sociale », le « droit d'aide et assistance sociales » et d'autres droits (protection de la famille, éducation) constituant des prestations de la communauté.

Pour ce type de droits sociaux, le Conseil a souligné qu'« il incombe au législateur comme à l'autorité réglementaire, selon leurs compétences respectives, de déterminer [...] leurs modalités concrètes d'application ; il leur appartient en particulier de fixer des règles appropriées tendant à la

réalisation de l'objectif défini par le Préambule » (89-269 dc, 22 janvier 1990). La même affirmation se trouvait dans la décision du 28 mai 1983 (83-156 dc), où le Conseil constitutionnel reconnaît la valeur constitutionnelle du « droit à obtenir un emploi », où il affirme qu'il appartient au législateur « de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés » (83-156 dc, 28 mai 1983). Il ne s'agirait pas d'un « droit subjectif directement justiciable », mais « un intérêt collectif opposable au législateur ».

Si l'on reconnaît des effets juridiques aux droits sociaux de prestations, ils seraient donc plus limités : il s'agirait avant tout de normes programmatiques, qui laissent au législateur le loisir de déterminer les modalités appropriées pour leur application. Dès lors, on considère que ces « droits » présentent une teneur juridique plus restreinte, car leur reconnaissance ne donnerait pas lieu à une justiciabilité directe – autrement dit, seul le développement par la loi peut les rendre effectifs. Et le Conseil constitutionnel s'interdit de rechercher « si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies », tant que les modalités retenues ne sont pas manifestement

inappropriées à la finalité poursuivie (2006-535 dc, 30 mars 2006), ce qui pourrait autoriser un contrôle *a minima* des droits sociaux comportant des « créances ».

Mais appréhender les droits sociaux de prestations sous la catégorie prétorienne d'« objectif » peut s'avérer réducteur. À vrai dire, le Conseil constitutionnel ne relie pas systématiquement les droits sociaux de prestation à la catégorie d'objectif. Il a parlé aussi, pour certains droits sociaux de ce type, d'« exigences constitutionnelles », sans que, au demeurant, l'expression soit plus précise en droit. Le droit à la protection de la santé a pu être qualifié ainsi de « principe de valeur constitutionnelle » (80-117 dc, 22 juillet 1980 ; 90-283 dc, 8 janvier 1991) et le droit au travail a pu être inclus parmi les « principes et règles de valeur constitutionnelle » (98-401 dc, 10 juin 1998).

Surtout après avoir qualifié un droit social d'« objectif », le Conseil ne lui donne pas de fondement normatif différent des autres droits. Ainsi, le « droit au logement décent » a pour fondement le principe de dignité de la personne humaine, un « principe de valeur constitutionnelle » que le Conseil constitutionnel avait consacré à partir de la décision « Bioéthique » (93-343-344 dc, 27 juillet 1994).

Par ce biais, qui avait déjà une assez longue histoire dans le droit international des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel fait un apport important à la relativisation de la séparation entre droits sociaux et droits individuels sur le plan des fondements, ce qui peut entraîner à la longue des avancées au niveau de la justiciabilité des droits sociaux.

L'un des corollaires de cette relativisation est l'absence de hiérarchie à l'intérieur des droits reconnus dans la Constitution. Certains auteurs ont défendu la thèse d'une suprématie, en cas de conflit, des droits de libertés, arguant que la Déclaration de 1789 reconnaît des droits à l'homme en tant qu'homme, sans considérations de statut social ou économique, tandis que les droits du Préambule de 1946 sont particulièrement nécessaires à un temps historique. Cette position a pu être parfois alimentée par les décisions du Conseil constitutionnel qui, contrôlant la loi des nationalisations (81-132 dc, 16 janvier 1982), a dit que le Préambule de 1946 « tend seulement à compléter » la Déclaration de 1789, une formule que l'on ne retrouve pas dans ce texte (qui proclame « en outre »), mais dans le Préambule de 1958, qui place au demeurant le verbe « compléter » dans un sens horizontal et complexe – la

Déclaration de 1789 est « confirmée et complétée » par le Préambule de la Constitution de 1946.

D'une manière générale, une partie importante de la doctrine juridique, aussi bien en matière constitutionnelle qu'en matière administrative, considère que, dans la mesure où nous vivons sous un régime libéral, les droits sociaux occupent une place mineure dans l'édifice constitutionnel, donnant lieu à une protection atténuée. Plus encore, le juge constitutionnel, de ce fait, aurait un plus grand pouvoir de contrôle sur l'appréciation du législateur en matière sociale, puisque ce régime libéral constitue une limite forte « à l'ampleur des droits sociaux » (Prétot). Toutefois, le Conseil constitutionnel s'est refusé à toute hiérarchisation formelle entre les droits, ce qui revient à dire que les droits sociaux contenus dans le Préambule de 1946 ont la même force juridique que ceux reconnus de la Déclaration de 1789.

En réalité, même en présence d'une loi ou d'une décision constitutionnelle, la doctrine peut se montrer dubitative sur la portée des droits sociaux de prestation. Certains auteurs, qui proviennent avant tout du droit administratif, considèrent peu envisageable l'existence d'un « droit à la

santé » ou d'un « droit au travail », au sens juridique strict. Déjà dans ses conclusions de l'arrêt *gisti* (ce Ass., 8 décembre 1978), le Commissaire du gouvernement soutenait qu'« on doit admettre sûrement que la proclamation par le constituant d'un “droit-créance” n'a pas pour effet d'obliger les pouvoirs publics à mettre en œuvre ce droit, et, dès lors, les intéressés ne peuvent pas se prévaloir pour obtenir un avantage particulier ». Après l'émergence d'un « droit au logement décent » dans la jurisprudence constitutionnelle, le Conseil d'État refusa qu'il s'agisse d'une « liberté fondamentale », qui pourrait être appliquée en absence de loi (ce, 3 mai 2002, « Association de réinsertion sociale du Limousin et autres »).

Mais la jurisprudence du Conseil constitutionnel peut susciter aussi des réactions doctrinales inverses. Une série d'évolutions récentes dans l'interprétation des droits sociaux, notamment en cas de conflit entre plusieurs droits, a pu alimenter une certaine méfiance chez les tenants de la doctrine la plus progressiste. Ces derniers avaient salué la constitutionnalisation des droits des travailleurs opérée par le Conseil à partir des alinéas 6, 7 et 8 du Préambule de 1946, puisque ces droits recevaient dès lors une consécration en tant que libertés publiques d'exercice

collectif. Mais on soulignera les limites de l'interprétation constitutionnelle concernant l'alinéa 5. Dans une ligne interprétative récente, que l'on situe à partir de la décision du 12 janvier 2002 (2001-455 dc), la « liberté d'entreprendre » (elle-même constitutionnalisée par le Conseil constitutionnel dans une décision de 1982, à partir d'une interprétation ample de l'article 4 de la Déclaration de 1789) est apparue comme un principe servant à encadrer strictement les décisions du législateur par rapport au « droit d'obtenir un emploi ». Dans une jurisprudence plus ancienne concernant ce même alinéa 5, qui date de 1983, le pouvoir du législateur en la matière a été amplement affirmé ; désormais, les alternatives du gouvernement pour développer ce « droit de prestation » seraient contrôlées par rapport à cette « liberté », qui aurait même une certaine prééminence dans la mesure où elle est constitutionnalisée comme un principe issu de la Déclaration de 1789. La conciliation de ces deux normes à statut différent – libertés constitutionnellement garanties d'une part, et principes économiques et sociaux d'autre part – serait donc favorable à celui d'essence libérale. Certains commentateurs ont voulu y voir un premier pas vers la hiérarchisation des droits que réclamaient les secteurs les plus conservateurs de la doctrine. La méfiance

s'est même étendue jusqu'à la catégorie de « droits fondamentaux » qui favoriserait la constitutionnalisation des libertés économiques au détriment des droits à contenu social – la catégorie de « droits de l'homme » se prêterait moins à ce type d'opération d'après cette optique.

L'importance de la constitutionnalisation du social développée par le Conseil constitutionnel n'est pas moins significative. En commençant par ce « droit d'obtenir un emploi », qui, contrairement aux positions qui n'y voyaient qu'un principe politique, est apparu comme une « exigence constitutionnelle », autrement dit, une norme juridique effective, produisant des effets et garanties concrètes, qui permettaient de l'utiliser pour contrôler des normes légales, en particulier en matière de licenciement (2004-509 dc, 13 janvier 2005).

Et lorsque le Conseil constitutionnel établit, ne serait-ce que comme « objectif », des droits sociaux à partir du principe de dignité de la personne humaine, la doctrine traditionnelle ne se prive pas de dénoncer une anomalie, dans la mesure où ledit principe appartiendrait aux droits fondamentaux d'essence libérale. Étant donné que, toujours dans cette vision réductrice, les « droits sociaux » ont une

nature contingente, l'établissement de leur fondement à travers un principe absolu, inhérent à la qualité de l'homme, comme la « dignité », serait problématique, car il ignorerait la séparation entre les deux types de droits. Comme on peut le voir, on érige un barrage pour éviter la connexion directe entre le principe de valeur constitutionnelle et une demande sociale. Pour une telle conception, les exigences sociales ne pourraient se traduire, juridiquement, que sous la forme d'un objectif, aucunement placé sur le même plan que les droits fondamentaux (où l'on retrouverait, en revanche, le droit de propriété privée). Certains auteurs sont allés encore plus loin, en dénonçant même l'ambiguïté de l'expression « droit-créance », qui pouvait laisser entendre qu'un individu aurait la possibilité d'exiger la réalisation de son crédit devant un juge, comme on le fait des créances privées. Toute argumentation qui œuvrerait à une primauté des droits sociaux sur les droits d'essence libérale serait, bien entendu, source de totalitarisme. Il y a quelque chose de paradoxal dans le fait que ce soit la juridiction, et non la doctrine, qui puisse se monter parfois plus avancée dans sa vision des concepts juridiques et l'étendue des droits sociaux.

III. Les évolutions législatives

Si l'on peut considérer que le rayonnement constitutionnel des droits sociaux en France est plus restreint que dans d'autres constitutions européennes, leur place dans l'ordre juridique, en revanche, n'est pas moins importante, du fait d'un vaste développement au niveau législatif. Ce dessein se retrouve renforcé par la croyance qu'il revient à la loi d'appréhender ce type de demande sociale.

Nous pouvons distinguer ainsi des groupes spécifiques de normes à contenu social, qui font ensuite l'objet d'une codification plus ou moins systématique. Le domaine le plus ancien, mais aussi un peu à part, est celui du « droit à l'éducation ». Même si on le considère comme faisant partie des « droits sociaux », ce droit a suivi un cheminement parallèle à la constitutionnalisation sociale, y compris en France, où il forme, dès la fin du xix^e siècle, l'une des bases du système républicain. L'alinéa 13 du Préambule de 1946 l'inclut donc parmi ses principes, mais il lie ce « droit à l'instruction » (réuni avec le « droit à la

culture » et « à la formation professionnelle ») au devoir spécifique de l'État d'organiser l'enseignement public, laïque et gratuit à tous les niveaux. C'est pourquoi la doctrine considère qu'il s'agit d'un domaine social où les obligations de l'État – et non pas de la « société » – sont clairement établies. Le code de l'éducation le postule comme « priorité nationale ».

Deux grands ensembles de normes sociales s'inscrivent plus étroitement dans le développement de l'État social – elles vont permettre d'ailleurs un traitement commun par une nouvelle discipline juridique née en France à cette époque, le « droit social ». Plus spécifiques à ce moment historique sont les normes correspondant au « droit à la sécurité sociale », qui inclut des dispositions touchant à la protection de la santé. S'il y avait eu un précédent dans les lois de 1928 et de 1930 qui cherchaient à organiser un régime plus systématique d'assurances sociales, la logique générale animant le nouveau système de Sécurité sociale est différente. Elle visait à développer un ensemble d'institutions spécifiques, liée à ce que l'on appelait à l'époque la protection « contre les risques de la vie » pouvant réduire ou supprimer la capacité de gain des travailleurs et de leurs familles, comme la maladie, la

maternité, la vieillesse, le chômage, les accidents de travail ou encore les charges de famille, un dessein qui s'inscrivait dans le cadre des nouveaux modèles d'État. Dans le cas de la France, il s'agissait d'un système qui, selon les critères de modélisation proposés par Gosta Esping-Andersen, présentait un certain accent corporatif, puisqu'il est organisé moins sur une base universelle que sur un statut professionnel, du travail salarié, qui lie un ensemble de prestations et cotisations.

Le système de la Sécurité sociale fut structuré comme un service public à partir de l'ordonnance du 4 octobre 1945, complétée rapidement par deux lois ultérieures. L'organisation du système confiait l'administration aux organisations syndicales et patronales au sein des caisses organisées sur trois niveaux. Il était financé par les cotisations professionnelles, abondant l'idée, née avec la tradition républicaine (et très présente encore aujourd'hui dans la doctrine de droit public) que la « solidarité », cette dette sociale qui donnait son fondement au système, était dans les mains de la nation ou de la collectivité, puis des acteurs sociaux, et non dans celles de l'État proprement dit. L'argument se relativise un peu aujourd'hui quand une part importante du financement du système passe par

l'impôt, de manière directe ou indirecte.

En même temps, le modèle a évolué jusqu'à privilégier un régime général obligatoire, divisé en un ensemble de grandes branches qui couvrent les principaux risques, comme famille et maternité, maladie, accidents du travail, vieillesse – le chômage correspondant à un autre système, qui verrait le jour plus tard. La perspective d'un développement d'un « cinquième risque de protection sociale », produit par l'allongement de la durée de vie, autour de la dépendance et la perte d'autonomie qu'entraîne le vieillissement des populations, devient actuellement l'objet de discussions, compte tenu des transformations importantes que les changements démographiques entraînent dans le vieux modèle du *Welfare State*.

L'autre grand domaine historique est formé par les normes correspondantes au droit du travail, qui connaît un grand développement dès les années 1930, avec l'arrivée au pouvoir du Front populaire, et ses mesures sur la limitation de la journée de travail à 40 heures, les congés payés, la reconnaissance des délégués du personnel, etc. On considère que le système des garanties du travail salarié s'engage à partir de cette époque (avec la parenthèse

vichyste) dans une phase ascendante qui s'étend jusqu'au milieu des années 1970. Un cadre constitutionnel plus favorable donne une forte impulsion au système, tant au niveau législatif, avec des normes, comme la loi du 11 février 1950, qui garantissent les conventions collectives ou un salaire minimum, qu'au niveau jurisprudentiel, avec la fin de la jurisprudence de la Cour de cassation qui considérait la grève comme une cause de rupture du contrat de travail (Soc., 28 juin 1951, Maïseries de la Méditerranée c/ Mme Roth). Une autre composante du système de protection du travail se met en place à la fin de ces années 1950, avec le développement d'un système d'assurance chômage, toujours administré de manière paritaire par les acteurs du monde du travail, au sein de l'Unedic. Au moment où la crise économique des années 1970 commence à installer le problème du chômage de masse, deux lois vont encadrer la procédure de licenciement des travailleurs, dont la légitimité est limitée aux causes réelles et sérieuses.

L'arrivée de la gauche au pouvoir, au début des années 1980, donne une nouvelle impulsion aux normes sociales : les lois Auroux proposent, en effet, de renforcer la place des travailleurs dans la société, à travers une nouvelle

réduction de la durée légale de la journée de travail, une cinquième semaine de congés payés, la limitation du contrat de travail à durée déterminée, des nouvelles garanties au droit syndical et au droit à la négociation collective, etc. Depuis, et en dehors de la nouvelle tentative de réduire la durée légale de travail à 35 heures hebdomadaires, remise en cause aujourd'hui, on considère que nous vivons une période d'affaiblissement de la protection des droits des travailleurs, au nom de la modernisation du marché de l'emploi. On discute même de la légitimité de normes ou principes spécifiques pour une activité sociale comme le travail (notamment le type de rapport contractuel ou le principe de faveur), et même de la pertinence scientifique d'une discipline juridique comme le « droit du travail ». Le Conseil constitutionnel a validé d'ailleurs des déclassements de la partie législative du Code de travail de certaines dispositions portant sur l'inspection du travail et les conseils de prud'hommes (2007-561 dc, 17 janvier 2008).

La crise d'un modèle de *Welfare State* fondé sur le plein-emploi va impliquer non seulement une réduction de la protection du travail, mais encore une ampliation des « droits de l'aide sociale », c'est-à-dire des prestations

sociales données sans conditions de cotisation, en prenant en compte les ressources du bénéficiaire (ou plutôt leur absence), qui s'amplifient dès la fin des années 1980. Cette garantie des minima sociaux, financée directement (à quelques exceptions près) par les budgets publics, est constituée par l'allocation d'un bien du type rmi (le revenu minimum d'insertion, créé en 1988), ou des prestations spécifiques censées assurer des conditions minimales d'existence aux individus qui n'ont pas de revenus stables ou suffisants, en matière de santé, logement ou même d'accès à la justice. Nous avons plusieurs types d'allocations, notamment l'aah (allocation adulte handicapé, la plus ancienne, car elle date de 1975), l'api (l'allocation de parent isolé), l'ass (allocation de solidarité spécifique), la psd (la prestation spécifique dépendance, de 1997), la cmu (la couverture maladie universelle, de 1999), l'apa (l'allocation personnelle autonomie, créée en 2001). Le nombre grandissant de dispositifs de lutte contre les « exclusions », proche de la dizaine, a fait réapparaître la vieille catégorie de « droit des pauvres » pour tenter une systématisation. Le fondement de ces droits d'aide sociale, où la catégorie de « personne en difficulté » est complétée par d'autres critères de statut social (comme famille, enfant, invalide, chômeur, etc.), est le principe de solidarité

nationale.

Mais la crise de l'État social a touché également l'organisation de ces droits. En effet, une bonne partie de ces prestations a été transférée aux collectivités locales, notamment les départements, ce qui les singularise encore à l'intérieur des frontières nationales. Le Conseil constitutionnel a validé ces transferts, qui ne comporteraient pas une violation du principe de solidarité nationale si la loi prévient les ruptures caractérisées de l'égalité dans l'attribution de la prestation (96-387 dc, 21 janvier 1997). D'une manière générale, le Conseil constitutionnel a soutenu que le principe d'égalité n'impose pas au législateur, lorsqu'il se propose de réduire des disparités de traitement en matière de protection sociale, de pallier de manière uniforme les disparités existantes (99-416 dc, 23 juillet 1999).

La multiplication des régimes particuliers a conduit à la création d'un cadre normatif global, avec la loi du 29 juillet 1998. On cherche même à concentrer les dispositifs, avec la récente création d'un « Revenu de solidarité active », le rsa, qui doit entrer en fonctionnement en juillet 2009. Le rsa ne se propose pas seulement de remplacer le rmi et

autres dispositifs d'aide sociale (comme l'api), mais a pour ambition déclarée de substituer la logique de l'assistance à travers l'érection d'un dispositif de « solidarité active » impliquant droits et devoirs, aussi bien pour les bénéficiaires que pour les pouvoirs publics et les entreprises. L'idée de base est de permettre le cumul des rémunérations et des allocations afin d'inciter leurs bénéficiaires des minima sociaux à retourner dans le marché de l'emploi. Il s'adresse davantage aux « travailleurs pauvres », même s'il reste dans le périmètre des droits d'aide sociale.

Ces mutations dans les domaines du travail ou de la sécurité sociale ne sont pas les seules lignes d'évolution que connaissent actuellement les droits sociaux. D'autres changements juridiques, dans d'autres champs « sociaux » par excellence, comme la santé et le logement, ont vu le jour ces dernières années. Ils touchent à la logique et au type de mécanisme de protection que l'on avait prévu jusqu'alors pour ce type de droits, du moins dans l'Hexagone.

La dernière grande loi en matière de santé adoptée en France, celle du 4 mars 2002, illustre bien le fait qu'un

droit social peut subir des évolutions qui le rapprochent des garanties négatives traditionnellement associées aux libertés. Le droit à la protection de la santé avait donné lieu à plusieurs décisions du Conseil constitutionnel, s'appuyant avant tout sur l'alinéa 11 du Préambule de 1946. Ainsi, on considère qu'il recouvre le droit à la vie, mais surtout, l'accès aux soins et à la prévention de la santé, constituant davantage un « objectif » qu'un « droit fondamental », tel que le proclame la Charte de l'Organisation mondiale de la santé (oms) et le recueille la loi de 2002. Dans des circonstances exceptionnelles, cependant, le droit à la protection de la santé avait pris les caractéristiques d'un droit subjectif, s'appuyant alors sur le principe de dignité de la personne, qui permettait, par exemple, d'interdire la reconduction d'un étranger en situation irrégulière devant le danger qu'elle signifiait pour sa santé (comme l'avait décidé le Conseil d'État dans une décision du 13 mai 1996).

La nouvelle loi, insistant sur les « droits de la personne », permet l'émergence des droits des malades, réunis dans une sorte de catalogue. Et ces droits semblent épouser la logique défensive des droits de l'homme, cherchant à réduire ici un autre « pouvoir absolu », le pouvoir médical.

D'ailleurs, le fondement de ces droits est issu directement de la liberté des individus, qui s'exprime par l'obligation de recueillir son consentement libre et éclairé pour les traitements, ainsi que le respect de la dignité de la personne. Le dispositif est complété par des droits de participation des usagers au fonctionnement du système de santé, établissant les règles de fonctionnement d'une « démocratie sanitaire ».

En ce qui concerne le « droit au logement », la jurisprudence constitutionnelle le concevait comme un « objectif », laissant aux pouvoirs publics une large marge d'appréciation quant à leur mise en œuvre. Même si la Cour d'appel de Paris a pu, dans la foulée de sa constitutionnalisation, le qualifier de « droit fondamental » dans un arrêt du 15 septembre 1995, le Conseil d'État, dans une ordonnance de mai 2002, précise clairement les effets (et les limites) de la consécration constitutionnelle, laquelle ne permet pas d'affirmer l'existence d'un « droit au logement ayant rang de principe constitutionnel », qui puisse être invoqué directement devant une juridiction.

Mais la loi du 5 mars 2007 relative au « droit au logement opposable », après avoir confirmé que « le droit à un

logement décent et indépendant est garanti par l'État », ébauche un dispositif juridictionnel bien plus important que la loi du 31 mai 1990. Ce droit s'adresse à des catégories défavorisées, en multipliant les précautions, de manière à particulariser les cas dans un sens d'urgence et d'exceptionnalité. D'ailleurs, les dispositions sont ordonnées dans le Code de la construction et d'habitation sous l'intitulé « politique de l'habitat ». Le texte présente un intérêt certain : sans abandonner les accents politiques, la loi fait émerger des formes d'exigibilité devant le juge, ne serait-ce qu'administratif, qui peut ordonner une conduite à l'État, qui plus est, dans le sens matériel.

La procédure inclut déjà une commission de médiation dans chaque département, composée de représentants de l'État, du département, des associations de bailleurs et de locataires, qui peut être saisie pour toute personne rentrant dans les critères d'octroi d'un logement social locatif, après que sa demande n'a pas obtenu de réponse dans un certain délai. La saisine n'a pas de conditions pour certaines catégories de demandeurs, dans des situations marquées par l'urgence, l'insalubrité, la dangerosité, la suroccupation, la charge des enfants mineurs ou des handicapés, etc. Le recours devant une juridiction

administrative peut être introduit lorsque, après le délai prévu par la norme, le demandeur reconnu par la commission comme « prioritaire » et devant être logé d'urgence, n'a pas reçu satisfaction. Le juge, qui statue en urgence, peut alors ordonner le logement ou le relogement de requérant à l'État et peut assortir son injonction d'une astreinte, qui servira à alimenter un fond destiné à la construction des logements sociaux. L'importance de ce dispositif est peut-être culturelle, et réside dans le fait d'écorner encore un peu le mythe que les droits sociaux de prestations, par leurs caractéristiques, ne seraient pas opposables.

Chapitre IV

Les droits sociaux par-delà l'État

Il est habituel d'associer les droits sociaux à l'activité matérielle de l'État-nation – d'ailleurs, la crise des mécanismes d'intervention sociale et économique est souvent imputée à la mondialisation des échanges, qui rendrait moins efficace l'action étatique à l'intérieur des frontières. Cela n'a pas empêché pourtant une consécration très importante des droits sociaux sur un plan supra-étatique.

L'essor des droits sociaux sur le plan international coïncide chronologiquement avec l'impulsion des bases du *Welfare State* au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Ce n'est pas un hasard si la Charte des Nations Unies, adoptée en 1945, place, parmi les fins de l'organisation énoncées dans

son article premier, celle de « réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion ». Ici, à nouveau, les questions sociales et économiques apparaissent associées à une politique fondée sur la reconnaissance des droits de l'homme.

Ce développement international n'a pas remis en cause les mécanismes étatiques de protection des droits sociaux, loin s'en faut, mais il a permis l'élaboration d'une vision moins biaisée par leurs logiques, et partant, il a approfondi la réflexion sur certaines stratégies de contrôle. Si, dans le contexte international actuel, il est toujours de bon ton de douter de l'efficacité de ses règles, l'élaboration doctrinale qui l'accompagne a pu échapper à certaines pesanteurs des traditions juridiques nationales.

I. La formation d'un droit international

La Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée en 1948 se voulait la pierre angulaire d'un nouveau système international de protection des droits. Elle donnait une force juridique centrale à la problématique sociale, dès son Préambule, qui inclut la libération de la misère parmi les conditions permettant d'exercer les droits de liberté, en même temps qu'elle se propose de « favoriser le progrès social et [d']instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande ». Dans sa partie plus spécifiquement consacrée aux droits sociaux, qui s'ouvrait à l'article 22, le texte reconnaissait que toute personne, en tant que membre de la société, « est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité ». Les droits reconnus dans la Déclaration comprenaient notamment un « droit à la sécurité sociale » (art. 22), un « droit au travail » et à la « protection contre le chômage », le droit à une rémunération « équitable et satisfaisante », le droit à l'association syndicale (art. 23), le droit au repos et à la limitation de la journée de travail (art. 24), le droit à un niveau de vie suffisant (art. 25), et le droit à l'éducation gratuite (art. 26).

La Déclaration lie l'ensemble des droits à une « existence

conforme à la dignité humaine », et présente un effort particulier pour définir les droits sociaux, s'éloignant des déclamations de principes trop idéalistes. Ainsi, le « niveau de vie suffisant » dont parle l'article 25 est mis en rapport avec la santé et le bien-être de l'individu et sa famille, et doit être assuré « notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires », de même que le droit à la sécurité « en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté », autrement dit, un ensemble d'institutions très concrètes et relativement mesurables. Toutefois, l'effort s'estompait quelque peu quand la Déclaration introduisait comme critère, à propos des systèmes de sécurité sociale, la prise en compte « de l'organisation et des ressources de chaque pays », ce qui relativisait l'étendue de ces droits et donc leur effectivité.

L'article 28 de la Déclaration allait jusqu'à proclamer un droit à l'établissement d'un ordre social et international dans lequel les droits et libertés proclamés dans le texte seraient pleinement effectifs. Mais à l'optimisme qui prévalait encore après la chute des régimes totalitaires

succèdent rapidement les tensions et affrontements de la guerre froide, sonnait le glas de ces espoirs. L'élaboration d'un texte de référence en matière de droits se révèle extrêmement longue, les deux blocs qui s'affrontaient désormais entrant même en concurrence pour définir la priorité qui revenait aux droits civils et politiques ou aux droits sociaux. La revendication de ces derniers devient la bannière des pays qui se définissaient comme socialistes – tout un discours idéologique se construisait sur l'opposition entre droits individuels fictifs et droits sociaux réels, qui aboutissait à donner une prééminence à ces derniers.

C'est ainsi que l'Assemblée générale de l'onu a décidé en 1952 d'établir des textes différents. Finalement, deux traités séparés, l'un portant sur les droits civils et politiques, l'autre sur les droits économiques, sociaux et culturels, sont adoptés en décembre 1966, avec des différences importantes quant au régime de garanties. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels entre en vigueur près d'une décennie plus tard, en janvier 1976, à la suite de la ratification de 35 États (aujourd'hui, le pidesc compte plus de 150 États parties).

Le PIDESC reconnaît dans ses normes les droits sociaux tels que le droit au travail (art. 6), le droit à jouir des conditions de travail justes et favorables (art. 7), la liberté syndicale (art. 8), le droit à la sécurité sociale (art. 9), le droit à la protection de la famille (art. 10), le droit à un niveau de vie suffisant, ce qui inclut le droit à l'alimentation et le droit au logement (art. 11), le droit à la santé physique et mentale (art. 12), le droit à l'éducation (art. 13) et le droit à la culture (art. 14). Du point de vue de la technique, la rédaction semble plus défectueuse – conséquence des affrontements à l'intérieur des commissions, puis des compromis atteints – et renonce à énoncer des critères plus serrés pour distinguer les divers niveaux de protection.

Après avoir recueilli de la Déclaration universelle le « principe de dignité de la personne humaine » comme fondement des droits sociaux, et le standard du « niveau de vie suffisant » (art. 11) pour juger de leur efficacité, le traité dégage une série de notions propres pour structurer le système, notamment dans son article 2, qui dessine, en creux, une certaine conception des droits sociaux – en introduisant l'idée que la réalisation de ces droits n'est pas absolue, en particulier, on risquait de les considérer avant tout comme programmatiques.

La première notion est celle de réalisation progressive dans l'application de ces normes, conditionnée par les ressources disponibles dans chaque État. Dans le cas de pays dits « en voie de développement » la disposition était encore plus particularisée, car « compte dûment tenu des droits de l'homme et de leur économie nationale, [ils] peuvent déterminer dans quelle mesure ils garantiront les droits économiques reconnus dans le présent Pacte à des non-ressortissants ». Mais c'est surtout le principe de « maximum de ressources disponibles » qui pouvait laisser ouverte la porte à une mise en œuvre réduite des droits sociaux, du moins par comparaison avec les droits civils et politiques. La critique n'implique pas, bien entendu, de nier le caractère dynamique des droits, qui peuvent toujours receler des nouvelles formes et des nouveaux contenus sous leurs énoncés ; mais l'idée d'une réalisation progressive et selon les ressources renforçait la maîtrise de l'État sur les mécanismes internationaux de contrôle.

Ce dispositif passait par le Conseil économique et social des Nations Unies (ecosoc) chargé de son application. Les États sont « obligés » d'envoyer au Secrétaire général de l'Onu des rapports réguliers, que cet organisme étudie. En cas de violation grave des normes du PIDESC, l'affaire

pouvait être portée devant la Commission des droits de l'homme de l'onu. Dans un premier temps, l'ecosoc limitait l'obligation de l'État partie « d'œuvrer aussi rapidement et aussi efficacement que possible pour atteindre l'objectif », distinguant ces obligations de celles du pidcp, qui prévoit « une obligation immédiate de respecter et garantir tous les droits pertinents ».

1. Le devenir du pidesc

La décision de l'ecosoc, lors de sa 22^e séance plénière de mai 1985, de créer un Comité des droits économiques, sociaux et culturels, à partir d'un groupe de travail existant, va permettre une dynamisation des mécanismes d'efficacité du pidesc [\[1\]](#). Le Comité commence à produire des Observations générales (og) à partir de 1989 – près d'une vingtaine jusqu'à aujourd'hui, la dernière sur le « droit à la sécurité sociale » – dans lesquelles le Comité tente de préciser les contenus et des droits reconnus par le traité et des obligations des États. Si le dispositif général reste inchangé, les suggestions et recommandations générales adressées par le Comité permettront de faire naître un ensemble de propositions plus détaillées sur la

mise en œuvre du traité. En commençant par un suivi plus étroit du rapport que doivent établir les États parties : le Comité a systématisé les règles de présentation ainsi que leur périodicité (quinquennale), tout en permettant désormais la rédaction de « contre-rapports » de la part des ong et organismes de défense des droits de l'homme locaux.

Au début de la décennie 1990, dans sa troisième og, le Comité a précisé la nature juridique des obligations des États signataires, et notamment l'idée que l'engagement de prendre des mesures est une obligation « qui, en elle-même, n'est pas nuancée ou limitée par d'autres considérations ». Par ce biais, le Comité s'attache à montrer que le Pacte contient également des obligations de résultats, et non pas seulement de comportement. Tout en prenant acte de la différence entre « obligations de comportement » et « obligations de résultats », il prône une interprétation dynamique, soulignant les analogies avec le pidcp. Ainsi, les obligations d'agir doivent être remplies dans un délai « raisonnablement bref à compter de l'entrée en vigueur du Pacte pour les États concernés » et « doivent avoir un caractère délibéré, concret et viser aussi clairement que possible à la réalisation des obligations reconnues dans le

Pacte ».

Les obligations de résultats – les plus importantes, selon le Comité – doivent être interprétées à la lumière de l'objectif global d'établir des règles claires pour assurer le plein exercice de ces droits. Pour le Comité, la réalisation « progressive » des obligations « ne saurait être interprétée d'une manière qui priverait l'obligation en question de tout contenu effectif ». Dans cette optique, la clause du pidesc qui précise que l'État est tenu d'agir « au maximum des ressources disponibles » ne peut être invoquée qu'après avoir prouvé qu'« aucun effort n'a pas été épargné pour utiliser toutes les ressources » qui sont à la disposition de l'État. Autrement dit, même en cas de ressources économiques insuffisantes, « l'obligation demeure, pour un État partie, de s'efforcer d'assurer la jouissance la plus large possible des droits pertinents dans les circonstances qui lui sont propres ». En effet, « chaque État partie a l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits ».

L'observation établit aussi que l'adoption de mesures législatives, « n'épuise nullement les obligations des États parties ». En effet, si chaque État reste maître de

déterminer les moyens qui sont les plus appropriés, le Comité attire l'attention sur ceux « qui prévoient des recours judiciaires au sujet de droits qui, selon le système juridique national, sont considérés comme pouvant être invoqués devant les tribunaux », car « la jouissance des droits reconnus, sans discrimination, est souvent réalisée de manière appropriée, en partie grâce au fait qu'il existe des recours judiciaires ou d'autres recours utiles ». Plus encore, le Comité souligne qu'il y a dans le PIDESC un certain nombre de dispositions qui « sont susceptibles d'être immédiatement appliquées par des organes à caractère judiciaire ». Et pour compléter le contenu des rapports que les États doivent fournir, le Comité souhaite voir précisé si les lois visant directement à assurer l'exercice des droits reconnus dans le traité « créent ou non, pour les individus ou les groupes qui estiment que leurs droits ne sont pas pleinement respectés, le droit d'intenter une action ». De même « dans les cas où des droits économiques, sociaux ou culturels spécifiques sont reconnus par la constitution, ou lorsque les dispositions du Pacte ont été incorporées directement à la loi nationale, le Comité souhaitera qu'on lui dise dans quelle mesure ces droits sont considérés comme pouvant être invoqués devant les tribunaux ».

Dans une og postérieure, le Comité rappelle que les droits sociaux ont toujours au moins quelques aspects qui peuvent être opposables devant des tribunaux. À commencer par ceux qui exigent, de la part de l'État, une activité avant tout négative. Mais le Comité prévoit comme obligation fondamentale minimum d'assurer la non-discrimination et la non-régressivité des droits déjà reconnus par les États.

2. Une efficacité limitée

Comme on peut l'apprécier, le travail de cet organe est très significatif pour clarifier le sens des obligations étatiques en matière de droits sociaux. Depuis que les juridictions françaises ont décidé d'écarter l'application d'une loi nationale contraire à un traité signé par la France – par l'arrêt « Société Jacques Vabre », dans le cas de la Cour de cassation, en 1975, par l'arrêt « Nicolo », dans le cas du Conseil d'État (ce Ass., 20 octobre 1989) –, les normes internationales conventionnelles peuvent être efficaces en droit français. Mais les effets directs sont soumis à une condition : un contenu suffisamment précis pour qu'elles n'aient pas besoin d'une transposition en droit interne, ce

qui rend le juge français particulièrement réticent lorsqu'il s'agit des droits de prestations, du type de ceux reconnus par le pidesc. Lors de sa décision d'assemblée du 5 mars 1999 (Rouquette et autres), le Conseil d'État considère qu'un requérant ne peut pas invoquer directement les normes du pidesc concernant le droit aux allocations familiales pour attaquer un décret. La position a été ratifiée récemment par le Conseil dans une ordonnance touchant le droit au logement : « les stipulations [...] contenues dans certaines conventions internationales ratifiées par la France ne créent d'obligations qu'entre les États parties à ces conventions et ne produisent pas d'effet direct à l'égard des personnes privées » (ce, 3 mai 2002). En clair, les individus ne peuvent pas se prévaloir de l'existence d'une norme internationale pour invoquer un droit sur le territoire national. Les spécialistes concluent dès lors que seul le pidcp est d'application directe « certaine », les droits sociaux ne bénéficiant pas d'un régime juridique organisé (Sudre).

En comparaison, l'Organisation internationale du travail reste l'institution la plus efficace sur le plan de la protection internationale des droits sociaux des travailleurs, ou, comme on le dit parfois, des droits

humains au travail. Première organisation spécialisée des Nations Unies, elle compte aujourd'hui 178 États membres et présente une structure tripartite, réunissant des représentants des employeurs, des travailleurs et des gouvernements (deux sur quatre). Elle élabore des conventions – 188 à ce jour – qui suivent un long cheminement avant ratification. En effet, elles sont négociées au niveau national, puis international. Une fois adoptées par la Conférence internationale du travail, avec une majorité des deux tiers, celles-ci doivent être ratifiées par les États. Par le biais de ces conventions, dont la plus ancienne ratifiée par la France remonte à 1930 (C29 sur le travail forcé), un système de protection est construit. La France en a ratifié huit à ce jour, qui sont donc devenues obligatoires, notamment celles portant sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (C87, 1948), la négociation collective (C98, 1949), l'égalité de rémunération (C100, 1951), l'interdiction de discrimination dans l'emploi et la profession (C111, 1958), l'âge minimum d'admission à l'emploi (C138, 1973), ou encore l'interdiction des formes d'exploitation du travail des enfants (C182, 1999).

Toutefois, le contrôle de l'efficacité de ces normes souffre

des mêmes difficultés que pour la plupart des organismes internationaux. Dans le cas de l'OIT, après les informations et rapports de l'État, elles sont contrôlées par un groupe d'experts indépendants, puis examinées par une commission tripartite *ad hoc*. C'est elle qui élabore un rapport adressé à la Conférence internationale du travail. Le système a été plus efficace en matière de violations des droits syndicaux, où une procédure spéciale est prévue.

Malgré ses limites, c'est bien dans le domaine du droit international que l'interdépendance et l'indivisibilité des deux séries de droits, civils et sociaux, ont reçu les affirmations les plus fortes. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme de Vienne, qui a réuni 171 États en 1993, proclame dans son article 5 : « Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés » (un A/Conf/157/23), ce qui rend plus plausible la vieille Déclaration de Téhéran de mai 1968 selon laquelle « la jouissance des droits civils et politiques est impossible sans celle des droits sociaux, économiques et fondamentaux », elle-même débitrice des déclarations de l'Assemblée générale de l'ONU du début des années 1950 qui soutenait que « la jouissance de la liberté civile politique et celle des droits économiques, sociaux et

culturels sont interconnectées et interdépendantes ». Si, sur le plan des effets juridiques, ces documents n'ont qu'une force déclarative, ces affirmations montrent bien qu'il n'y a pas d'incompatibilité de nature.

C'est tout naturellement que l'Assemblée générale de l'ONU vient d'adopter, en décembre 2008, un « Protocole facultatif » au PIDESC, qui sera proposé à l'adhésion des États parties. Il prévoit notamment de donner au Comité des droits économiques, sociaux et culturels, la capacité de recevoir et d'examiner des « communications » des particuliers d'un État signataire du protocole en cas de violation des droits reconnus par le pacte, après épuisement des recours de droit interne. Après examen de la recevabilité et du fond, le Comité peut adresser des recommandations aux parties. Le Comité peut même faire des enquêtes dans l'État partie en cas des renseignements crédibles sur des atteintes graves ou systématiques des droits reconnus.

II. Les tendances du droit européen

Dès lors que les pays d'Europe occidentale construisaient leurs sociétés sur les bases d'un État social, la question des droits sociaux allait se poser aussi à échelle continentale. Ce n'est pas un hasard si le texte le plus articulé au sein de l'Europe en matière sociale est le Code européen de sécurité sociale. Toutefois, les traditions juridiques diverses, les différents systèmes mis en place par les États, rendent toujours difficile l'émergence d'institutions communes. Plus encore, bien que l'espace européen, du moins celui formé par ses États les plus développés, consacre plus de ressources aux politiques sociales que n'importe quelle autre zone économique de la planète, la construction juridique de ce social peine à aboutir dans des formes supérieures aux prémisses nationales.

On peut penser que les ordres supra-étatiques européens en matière de droits sociaux se retrouvent au cœur de plusieurs logiques, parfois opposées : logiques des droits de l'homme et logiques politiques de cohésion sociale, logiques juridictionnelles et logiques revendicatives syndicales, logique communautaire et logique étatique.

1. La construction

communautaire

Pendant longtemps, les droits sociaux n'ont pas connu de développement juridique particulier. D'une manière générale, les droits et libertés reconnus dans les traités communautaires mettaient l'accent sur l'efficacité économique du marché, ce qui conditionnait l'essor des droits sociaux. Les « quatre libertés fondamentales » consacrées par le traité de Rome de 1957 montraient peu de traces d'une vision sociale spécifique. En dépit de quelques tentatives avortées dans les années 1970, il faudra attendre la mise en place d'un système économique plus complet, libéral, avec l'Acte unique européen de 1986, pour voir apparaître, comme pendant à ce marché unique (mais autrement moins riche du point de vue juridique), une structure normative communautaire plus systématique en matière sociale. La première expression en est la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée en 1989, à Strasbourg. Il s'agit, dans la logique du texte, de parfaire en quelque sorte le modèle économique de l'Union européenne, puisque « la réalisation du marché intérieur doit conduire à une amélioration des conditions de vie et de travail des

travailleurs », comme l'explique l'article 7. La reconnaissance d'une série de droits sociaux fondamentaux commence par « le droit à la libre circulation des travailleurs », la liberté de travail, une rémunération équitable (suffisant pour un « niveau de vie décent »), le droit au repos hebdomadaire, la protection sociale, la liberté d'association, etc. La mise en œuvre de la Charte relève de la responsabilité des États membres « conformément aux pratiques nationales, notamment par voie de législation et par voie de conventions collectives », puisque le domaine social, dans le cadre de l'application du principe de subsidiarité, reste toujours de compétence nationale. Mais d'un point de vue strictement juridique, le texte n'est pas un traité, seulement une déclaration dont les effets sont donc très limités.

Un changement dans l'efficacité des normes s'opère avec l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'UE lors du sommet de Nice de décembre 2000, et surtout, après les modifications et la ratification de décembre 2007. Si pendant un certain temps on avait discuté sur sa force normative, elle aura désormais la même valeur juridique que les traités, selon le traité de Lisbonne, en cours de (difficile) ratification, et sera donc contraignante. Du point

de vue de l'étendue de la reconnaissance des droits sociaux, elle semble en deçà de certaines normes nationales et même des énoncés de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. On a cru voir, dans un premier temps, la reconnaissance des droits « sociaux » en qualité de « droits fondamentaux » – d'ailleurs, on les reconnaît en nombre dans les chapitres consacrés à l'« égalité » (le droit des personnes âgées) et aux « libertés » (comme la liberté syndicale, le droit à l'éducation, et ce particulier « droit de travailler »). Mais c'est dans la partie correspondant à la « solidarité » qu'ils se déploient majoritairement : nous y retrouvons le « droit à l'information et à la consultation des travailleurs » dans l'entreprise, les « droits à la négociation et à l'action collectives », y compris la grève, le « droit d'accès au service de placement », le « droit à la protection contre des licenciements injustifiés », le « droit à des conditions de travail justes et équitables », notamment concernant la dignité, la santé et la sécurité du travailleur. C'est également le cas de la protection de la famille et d'autres droits sociaux de prestation, comme le droit à la Sécurité sociale, à l'aide sociale (incluant une aide au logement plutôt qu'un « droit à »), à la protection de la santé. Le chapitre « Justice » prévoit aussi une aide juridictionnelle

pour les personnes de faibles ressources.

Toutefois, le Conseil constitutionnel, contrôlant la constitutionnalité du « traité établissant une constitution pour l'Europe », n'a pas manqué de souligner que tous ces droits n'étaient pas opposables, puisque les droits « sociaux » sont des principes constituant « des objectifs ne pouvant être invoqués qu'à l'encontre des actes de portée générale relatifs à leur mise en œuvre » (2004-505 dc, 19 novembre 2004). Dans sa version modifiée, l'article 52 de la Charte introduit clairement la distinction entre droits et principes, ces derniers sont mis en œuvre par des actes législatifs et exécutifs et ne peuvent être invoqués devant le juge que pour « l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ». Les droits « fondamentaux » ainsi reconnus s'adressent soit aux institutions et organes de l'Union, qui doivent les promouvoir et les respecter, soit aux États membres « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union », et non pas aux individus directement. De plus, la reconnaissance de ces droits ne crée « aucune compétence ni aucune tâche nouvelles » pour l'Union. On retrouve l'ambiguïté de ce système supra-étatique en matière de droits sociaux.

Si l'Union et ses États sont « conscients des droits sociaux fondamentaux », en même temps, ils ne sont conçus que comme « objectifs » au sein du traité constitutionnel européen (tce). En matière de droits sociaux (droits des travailleurs, mais également lutte contre l'exclusion sociale ou la « modernisation » des systèmes de Sécurité sociale), l'Union « soutient et complète l'action des États », bien que, selon le traité de Lisbonne, elle doit prendre en compte, dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques, des « 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 d'éducation, de formation et de protection de la santé humaine ». Bien sûr, l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres reste de mise. Les principales limites de la construction communautaire en matière sociale ne viennent peut-être pas de la technique, mais du fait que le développement et la protection des droits sociaux en son sein demeurent en deçà des normes des États nationaux.

Dans ce cadre communautaire, les possibilités d'action juridictionnelle pour la protection des droits sociaux

devant la Cour de justice des Communautés européennes (cjce) restent limitées. D'ailleurs, la cjce n'a même pas consacré les droits sociaux comme des « principes généraux du droit », à l'instar de ce qu'elle avait fait avec la Convention européenne des droits de l'homme. Et dans les conflits entre liberté économique et droits sociaux, l'évolution très récente de sa jurisprudence, dans les décisions « Viking » (11 décembre 2007), « Laval » (17 décembre 2007) et « Rüffert » (3 avril 2008), montre une tendance à privilégier la première... On reconnaît à trois entreprises le droit d'appliquer les normes sociales du pays d'origine, moins protectrices, à leurs salariés détachés. Surtout, dans le cas Laval, la cjce juge que les normes européennes « s'opposent à ce que [...] une organisation syndicale puisse tenter de contraindre, par une action collective » – un blocus de chantiers – l'entreprise « à engager une négociation sur les taux de salaire devant être versés aux travailleurs détachés ainsi qu'à adhérer à une convention collective [...] ».

Bien entendu, il reste d'autres manières de promouvoir les droits sociaux dans le cadre communautaire. Les mécanismes du « dialogue social européen » reconnus désormais par le traité de l'ue, donnent une place

importante aux partenaires sociaux, et donc aux syndicats, qui se voient intégrés dans le processus décisionnel communautaire. En matière sociale, en effet, la Commission est désormais obligée de saisir les syndicats des employés et des employeurs, qui peuvent décider de conduire directement une négociation collective pour aboutir à un accord. Toutefois, ce dernier est transmis au Conseil pour validation. Le mécanisme est peut-être porteur de promesses – du moins permet-il d’associer des acteurs sociaux à la prise de décision –, mais n’a pas encore fait ses preuves ; on a même signalé la forte instrumentalisation des syndicats qui peut en résulter, légitimant le repli communautaire en matière de droits sociaux, une politique toujours marquée par un minimalisme régulateur (Vigneau).

2. Le système du Conseil de l’Europe

À l’intérieur des frontières de l’Europe, nous retrouvons un autre texte de garantie des droits sociaux, adopté en 1961, à Turin, sous l’égide du Conseil de l’Europe, la Charte sociale européenne. Entrée en vigueur quatre ans

après sa signature, elle rassemble un ensemble de normes plus articulées qui, en tant que convention internationale, a des effets plus étendus que les textes sur les droits sociaux adoptés au sein de l'UE. La CSE sera modifiée en 1996, par l'ajout de douze nouveaux droits (comme le droit à la dignité dans le travail, le droit à la protection contre la pauvreté, le droit au logement) et, deux ans plus tard, quatre nouveaux droits seront adjoints dans un protocole additionnel [2]. Les droits sociaux, ou plus exactement leur exercice effectif, apparaissent comme l'objectif d'une politique visant à améliorer le niveau de vie et à promouvoir le bien-être de toutes les catégories de la population. Cette dépendance entre l'existence des droits et des conditions objectives crée un hiatus entre la reconnaissance du droit et son efficacité. C'est « la réalisation de conditions propres » qui laisse dans les mains de l'État le problème. De plus, le système permet aux États membres du Conseil de l'Europe d'adhérer à un nombre déterminé de normes (un minimum de 10 articles ou de 27 alinéas) et non pas à l'ensemble. Le caractère « fondamental » des droits est en quelque sorte écorné, ce qui apparaît clairement lorsqu'on examine les mécanismes de contrôle, qui obéissent toujours aux règles internationales. L'essentiel du mécanisme se concrétise à

travers des rapports des gouvernements portant sur l'application des normes (acceptées) de la Charte. Ces rapports thématiques, avec les observations émises par les partenaires sociaux, sont ensuite examinés par le Comité européen des droits sociaux, formé d'experts indépendants, qui contrôle la législation et les pratiques nationales au regard de la Charte. Ses conclusions sont rendues publiques.

Depuis 1998, une deuxième procédure est organisée, prévoyant des réclamations collectives pour non-conformité. Ce droit de réclamation est reconnu à un ensemble d'organismes (organisations, internationales ou nationales, de travailleurs et d'employeurs, ong reconnues par le Conseil de l'Europe). Les réclamations doivent avoir un objet général, autrement dit, la conformité de la législation nationale incriminée par rapport à la cse et non pas la violation d'un droit individuel, et sont directement examinées par le Comité européen des droits sociaux. Sa décision est définitive en ce qui concerne la recevabilité. Mais seul le Comité des ministres, à propos du Comité gouvernemental, peut adopter une recommandation mettant en cause un État et demandant la mise en conformité de sa législation en cas d'application

insatisfaisante de la Charte, toujours décidée aux deux tiers des voix. L'œuvre interprétative du Comité a néanmoins gagné ces dernières années en autorité, prenant une valeur quasi jurisprudentielle selon les observateurs.

Le Code européen de sécurité sociale et son protocole, adoptés en 1964, puis le Code européen de sécurité sociale révisé, de 1990, constituent, sur le plan institutionnel, la tentative la plus systématique pour harmoniser le contenu minimal des normes de la sécurité sociale, et notamment leur niveau de protection. La procédure de contrôle passe encore par la présentation des rapports des États sur l'observation des obligations prévues dans le texte. Après l'analyse par des experts, ils sont soumis au Comité des ministres du Conseil de l'Europe, qui détermine si l'État partie a respecté les normes. En cas de réponse négative, le Comité peut formuler des recommandations.

Le Comité des ministres a souligné par ailleurs l'indivisibilité et l'interdépendance des droits de l'homme. Dans une recommandation importante adressée aux gouvernements en septembre 2003, il propose même de concrétiser la portée des droits sociaux dans un cadre juridique plus strict, incluant des systèmes de recours et

d'appel accessibles et transparents, y compris des procédures gratuites pour les personnes aux ressources économiques modestes, notamment une assistance judiciaire gratuite ; la représentation, par des organisations de citoyens, des personnes lésées, dans le cadre des procédures de recours et d'appel ; la mise en place de services de médiation (*Rec.*, 2003, 19).

Bien que la Convention européenne des droits de l'homme, adoptée par le Conseil de l'Europe en 1950, n'ait pas consacré de chapitre spécifique aux droits sociaux, nous retrouvons des dispositions qui se rapportent aux « libertés sociales », comme la « liberté syndicale » ou encore l'« interdiction du travail forcé ». Indépendamment de sa compétence pour contrôler les ordres juridiques nationaux en matière de droit syndical, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a développé toute une argumentation qui met en cause la séparation étanche entre des droits. Le point de départ de cette vision fut l'importante décision « Airey c/ Irlande », du 9 octobre 1979, où la Cour de Strasbourg conteste la séparation entre droits civils et droits économiques et sociaux, dès lors que les droits énoncés dans la cedh « ont des prolongements d'ordre économique et social ». On a vu ainsi la Cour

estimer qu'une requête relative au montant insuffisant d'une pension peut soulever une question relevant de l'article 3 de la cedh qui prohibe les traitements inhumains et dégradants, si l'on prouve que cette insuffisance entraîne des dommages graves pour la santé du requérant (« Larioshina c/ Russie », 23 avril 2002). Devant l'absence de cloison étanche, la Cour applique la notion d'obligation positive de l'État, autrement dit, l'obligation d'adopter les mesures adéquates pour garantir l'exercice des droits reconnus dans la Convention. Plus encore, la Cour a pu interpréter la Convention en se référant à la Charte sociale européenne ainsi qu'aux conventions de l'oit (Demir et Baykara c/ Turquie, 21 novembre 2006), non sans susciter des critiques. Dans une affaire de non-reconnaissance d'un syndicat et d'une convention collective, la Cour a conclu à la violation de la liberté de réunion reconnue par l'article 11. Le système donne à l'État le choix des moyens pour exécuter la décision, ce que la doctrine interprète comme une obligation faite au législateur, avant tout ; mais la Cour considère que les mesures adoptées par l'État doivent inclure « les éléments considérés comme essentiels » par sa propre jurisprudence.

Au fond, les systèmes supra-étatiques de protection des

droits sociaux conservent à l'État une place prédominante, privilégiant « le contrôle sur rapport » en dépit du développement des garanties juridictionnelles. Cette persistance de la souveraineté nous invite peut-être à revenir à l'examen des droits sociaux dans un cadre étatique, mais, cette fois-ci, étranger. Nous y trouverons, en particulier, une approche juridictionnelle plus ample de l'exigibilité, notamment dans des pays qui se sont dotés de nouvelles constitutions dans les années 1990.

III. Les apports du droit étranger

Vues de France, nombre de constitutions étrangères présentent des catalogues plus étoffés en matière de droits sociaux. Dans le contexte européen qui suit la Seconde Guerre mondiale, c'est le cas, en particulier, de la Constitution italienne de 1948. Son texte faisait une très large place aux droits sociaux, en commençant par le « droit au travail », placé parmi les principes fondamentaux. Surtout, la Constitution vise, à travers un principe d'égalité dynamique, à opérer une jonction entre droits

civils d'une part et droits sociaux d'autre part. En ce sens, l'article 3, dont le deuxième alinéa établissait qu'il appartient à la République « d'enlever les obstacles d'ordre économique et social qui, limitant effectivement la liberté et l'égalité des citoyens, s'opposent au plein épanouissement de la personne humaine et à la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays », est placé au centre du modèle.

Dans la nouvelle vague de constitutionnalisation que connaît l'Europe dans les années 1970, nous retrouvons deux importants catalogues en matière de droits sociaux dans la Constitution portugaise de 1976 et dans la Constitution espagnole de 1978. Cependant, ces deux textes organisent un système de garanties différentes entre les droits-libertés et les droits sociaux de prestation : en gros, seuls les premiers sont d'application directe, et bénéficient d'un recours spécifique de protection, dans lequel sont inclus, cependant, les droits fondamentaux des travailleurs comme le droit de grève, la liberté syndicale, etc. C'est l'Espagne qui va le plus loin dans la systématisation de cette séparation, en classant la plupart des droits sociaux de prestation dans la catégorie «

principes directeurs de la politique économique et sociale », ce qui leur enlèverait l'attribut juridique strict, pour conserver celui de directives informant la politique de l'État, bien que la doctrine considère également que l'interprétation de l'ordre juridique par les juridictions doit prendre en compte ces énoncés.

En réalité, à l'intérieur de systèmes étatiques de protection des droits sociaux, on peut distinguer le modèle du *Welfare State*, toujours en vigueur en Europe, d'un autre type d'expérience qui est apparue dans le contexte de la mondialisation économique. Ces systèmes offrent un cadre moins conditionné par les interprétations classiques du rôle du juge dans la garantie de ces droits.

1. Droits sociaux et cours constitutionnelles

Les constitutions adoptées dans les années 1990 reviennent notamment sur cette séparation tranchée entre « droits » et « directives » – une perspective qui est doublée de l'érection des tribunaux constitutionnels très actifs en matière de droits sociaux. Certaines de leurs décisions

dépassent les visions étiquées sur le rôle des juges dans la réalisation des droits sociaux.

Deux jurisprudences étrangères retiendront notre attention, celles des cours constitutionnelles colombienne et sud-africaine. Elles ont la particularité de produire un ensemble de décisions significatives, à partir de constitutions récentes (de 1991 et de 1996 pour la Constitution définitive du pays africain), dans des États que le pidesc qualifierait certainement de pays en voie de développement. Nonobstant, les juridictions montrent bien le rôle des garanties juridictionnelles dans la protection des droits sociaux.

Dans sa doctrine, la Cour constitutionnelle colombienne soutient le caractère normatif de l'État social de droit, reconnu à l'article 1 de la Constitution de 1991. Elle détermine alors une nouvelle stratégie, appelée à rendre efficaces les droits, qui implique de donner au juge, plus qu'au législateur ou à l'administration, « la responsabilité dans l'efficacité des droits fondamentaux » (T-406 de 1992). Le texte constitutionnel avait non seulement développé des droits sociaux, mais également un système de protection de droits et libertés très puissant, à travers la

création d'un recours appelé « de tutelle ». Ce procédé, qui s'applique à tous les droits reconnus dans le texte, y compris certains droits sociaux, a permis de considérer que le droit à la santé, dans le cadre d'une économie sociale de marché, peut produire « un droit public subjectif, d'application immédiate » (T-533 de 1992). Dans les fondements juridiques donnés à sa décision, la Cour constitutionnelle colombienne distingue deux formes d'intervention devant les situations d'indigence. Devant les « causes structurelles », on doit le faire à travers des politiques législatives et macroéconomiques. Face aux « effets », il faut, en revanche « une intervention étatique directe et immédiate », bien qu'exceptionnelle, comme l'ordonnait, dans ce cas, la Cour (un individu qui n'a pas de ressources pour suivre un traitement médical doit être, et est effectivement pris en charge par l'État).

Et même si un droit « social » n'est pas déclaré comme « fondamental » par le texte constitutionnel, sa connexion avec un droit ayant explicitement cette valeur peut transmettre sa qualité au premier. Dans d'autres décisions prises à la suite de recours pour inconstitutionnalité, la Cour a relativisé l'idée que la protection des droits sociaux comporte toujours une dépense publique, y compris pour

la garantie des droits de prestations. Ainsi, le tribunal colombien a soutenu que l'obtention d'un minimum vital « s'étend à toutes les mesures positives ou négatives » qui ont pour but « d'éviter que la personne voie réduite sa valeur en tant qu'être humain, puisqu'elle n'a pas les conditions matérielles qui lui permettent de mener une existence digne » (C-776 de 2003). Dans cette optique, elle a considéré que la limitation du montant des taux d'intérêts bancaires de prêts immobiliers par l'intervention de l'État œuvre en faveur du droit au logement. Dans cette décision (C-955 de 2000), la Cour justifie son intervention « étant donné que l'accès au logement est un droit de rang constitutionnel, que l'État doit rendre effectif [...] » et vu que les banques ont une position dominante face à leurs clients, pouvant leur imposer des taux trop élevés, qui rendent illusoire le droit constitutionnel au logement et au crédit. On voit clairement ici une protection des droits sociaux qui se réalise face à des tiers.

En Afrique du Sud, la Constitution de 1996 établit une déclaration des droits très étendue, notamment en ce qui concerne des droits sociaux, qui voyaient même leur catalogue habituel s'enrichir d'une série de droits spécifiques à la réalité africaine, comme le droit à l'accès à

l'eau et à d'autres ressources naturelles. La Constitution leur donne surtout un caractère justiciable. La Cour constitutionnelle interprétera ces droits sociaux non seulement dans le cadre de la réalisation de la justice sociale et l'amélioration de la qualité de la vie, mais aussi de la dignité humaine. Concernant le droit au logement décent, reconnu dans l'article 26, la Cour, dans sa décision « Grootboom » de 2001, établit que l'État a violé le « droit au logement pour les populations les plus démunies », dans la mesure où les dispositions prises ne sont pas susceptibles d'apporter une solution à une certaine catégorie de personnes, qui se trouvent dans un état désespéré (en l'occurrence, il s'agit de familles, avec des enfants, qui occupent des terrains publics après des expulsions successives). De cette décision est issue l'idée d'un « test de rationalité » des mesures que l'État prend pour la mise en œuvre des droits sociaux, selon les termes de l'article 26 de la Constitution. Ledit test permet d'ajuster l'idée de mesures « progressives » « dans le cadre des ressources disponibles ». Par ce biais, la Cour détermine avec précision les obligations étatiques : ainsi, elle oblige le gouvernement à agir dans les situations les plus graves, par des moyens d'urgence, comme la fourniture de tentes et d'eau potable à des personnes

expulsées d'un bidonville, puis par l'obligation d'un programme de construction de logements sociaux. Selon la doctrine de la Cour sud-africaine, la question n'est plus de savoir si ces droits sont justiciables, mais comment on les met en œuvre, selon les termes du § 20 de la décision.

Après sa décision « Soobramoney », la Cour produira une importante décision concernant le droit à la santé, dans « *Minister of Health and Others vs Treatment Action Campaign and Others* », de 2002, où elle ordonne aux pouvoirs publics de distribuer aux futures mères séropositives les médicaments rétroviraux nécessaires à leurs traitements. Dans le cas d'espèce, la Cour a écarté l'argument du manque de moyens mis en avant par l'État, au motif qu'il est devant une obligation constitutionnelle (§ 23 sq.). La Cour constitutionnelle réaffirme aussi que des droits sociaux et économiques « sont clairement justiciables », citant en particulier l'og n° 3 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, que nous avons étudié dans ce chapitre. La décision identifie quelques politiques inconsistantes dans le programme gouvernemental de lutte contre le sida, et finit par lui adresser des injonctions en la matière.

2. La non-régressivité en matière sociale

D'autres mécanismes de protection constitutionnelle des droits sociaux ont été développés par des juridictions, notamment en ce qui concerne le principe de non-régressivité en matière de droits et libertés. Pendant longtemps, la doctrine française majoritaire considérait que le principe ne s'appliquait qu'aux droits et libertés individuels, s'appuyant sur cette prétendue différence de « nature » entre droits de l'homme et droits sociaux, ces derniers renfermant par définition un caractère évolutif. En réalité, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de souligner, à propos des droits sociaux présentés comme « objectifs » – du type droit au logement ou droit aux allocations familiales –, que l'ample pouvoir du législateur pour modifier, abroger, compléter, ou substituer des dispositions législatives, en appréciant l'opportunité de telles décisions, « ne saurait aboutir à priver de garanties légales » des principes ou des exigences de caractère constitutionnel que les nouvelles normes avaient pour objet de mettre en œuvre, comme ceux contenus dans les alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946 (94-359 dc, 19

janvier 1995 ; 97-393 dc, 18 décembre 1997).

Dans d'autres systèmes juridiques européens, le principe a été d'emblée plus explicite. Dans un arrêt concernant le droit à la santé (n° 39/84, 11 avril 1984), le Tribunal constitutionnel du Portugal a soutenu qu'« à partir du moment où l'État accomplit (totalement ou partiellement) les tâches constitutionnelles imposées pour réaliser un droit social », le respect constitutionnel d'un tel droit « ne consiste plus en une obligation positive, mais en une obligation négative ». Autrement dit, « l'État, qui était obligé d'agir pour satisfaire un droit social, est désormais obligé de s'abstenir d'agir contre la réalisation donnée à ce droit social ».

Dans le cas du Portugal, le système est complété en quelque sorte par l'existence d'un recours d'« inconstitutionnalité par omission » du législateur, qui peut s'avérer de grande importance pour assurer l'effectivité des droits sociaux. Le recours a pour but de sanctionner la violation de la Constitution qui naît de l'absence des mesures législatives nécessaires pour doter d'effets des règles constitutionnelles, le Tribunal constitutionnel pouvant recommander aux organes législatifs compétents

d'adopter, dans un délai raisonnable, les règles en question.

Une variante plus approfondie de ce type de mécanisme est le mandat d'injonction que nous retrouvons dans la Constitution du Brésil de 1988. Il permet à sa juridiction suprême (le *Supremo Tribunal Federal*) d'adresser une injonction au Parlement pour qu'il s'acquitte d'un mandat constitutionnel, dont l'omission empêche l'exercice d'un droit. Ce qui est intéressant ici est que le Tribunal ne se contente pas de constater le manque, mais produit la norme « supplétive » pour réglementer le droit reconnu par la Constitution. Il ne s'agirait pas d'une norme de création, puisque le droit existe déjà dans le texte constitutionnel. Dans une décision récente (MI/712, octobre 2007), le Tribunal a ainsi réglementé la grève dans les services publics. Dans les cultures juridiques où l'on tient les normes en matière de droits sociaux comme des directives adressées au législateur, cette institution peut avoir des effets encore plus importants.

Comme on peut l'apprécier, un ensemble d'institutions liées au développement du contrôle d'inconstitutionnalité peut avoir d'importantes conséquences pour l'exigibilité des droits sociaux, dépassant l'idée qu'il s'agirait de

simples « objectifs » dont le Parlement resterait maître absolu en matière de concrétisation.

Le lecteur (non juriste en particulier) peut se poser alors une question : tout le social est-il soluble dans des « droits » ? Certaines évolutions du constitutionnalisme, inspirées d'une philosophie morale normative, peuvent alimenter ce point de vue. Toutefois, le constat de l'importance du rôle du juge dans la réalisation des droits sociaux ne prétend pas fonder un modèle idéal de société, construit entièrement à partir de la multiplication des droits, mais cherche à déterminer la structure des droits sociaux dans les ordres juridiques positifs, tels qu'ils existent, y compris dans des conditions socio-économiques données. En définitive, mettre l'accent sur les « droits » sociaux ne signifie pas que l'on donne au juge les clés du système de protection sociale mais vise à identifier une contrainte normative spécifique dans la politique sociale, qui vient de la constitution et de son système de droits. Le juge opère dans ce cadre normatif, non pas comme une instance « objective », mais politique. D'ailleurs, l'effectivité des droits sociaux ne se résume pas à l'existence des garanties juridiques...

Notes

[1] Composé de 18 experts indépendants, nommés par l'ecosoc, sur des listes présentées par les États, pour quatre ans (renouvelables), il est devenu le principal organe de suivi du pidesc. Il siège à Genève et a deux sessions annuelles.

[2] La « cse révisée », c'est-à-dire le texte de 1961 plus les changements opérés, est entrée en vigueur en juillet 1999 (la France l'a ratifiée cette année-là).

Conclusion

Les droits sociaux sont au cœur de plusieurs évolutions historiques. S'ils surgissent comme les projections matérielles des droits de l'homme, ils seront rapidement associés aux revendications des travailleurs devant l'extension du paupérisme qui se généralise avec le premier capitalisme industriel. La signification des droits sociaux sera ensuite façonnée à partir du principe de solidarité, dans l'idée que l'État-providence constituait la modalité propre de leur mise en œuvre. La réapparition du principe de dignité de la personne humaine comme fondement des droits sociaux semble ouvrir les portes à une ampliation de la catégorie, et partant, du régime de protection de ces droits, une perspective que l'on retrouve déjà en droit international et dans certains droits constitutionnels étrangers.

Si la catégorie de « droits sociaux » paraît contestable d'un point de vue strictement conceptuel – en ce qu'elle pourrait induire à imaginer une « nature juridique »

différente de celle des autres droits de l'homme – sa signification politique, produit de cette histoire, est incontournable, car l'expression a servi à véhiculer, et organiser même, un ensemble de demandes des travailleurs, puis des dominés. Sans doute, la pauvreté et l'exclusion sociale sont-elles des *facteurs* qui portent atteinte à la jouissance des droits et libertés, mais la revendication des *droits* sociaux comme droits de l'homme implique aussi d'assumer la dimension de liberté, d'émancipation qu'ils impliquent.

Entre ces extrêmes, c'est peut-être à la réflexion juridique d'articuler les deux dimensions – théorique et politique. Mais, parvenus à la fin de cet ouvrage, on ne pourra qu'esquisser une topographie servant à discerner les frontières du concept, ce qui explique la forme négative que prendront les propositions qui suivent.

Les droits sociaux ne se résument pas aux obligations positives de l'État :

Nous savons déjà qu'il y a des droits dits « sociaux », comme les « libertés syndicales », qui ne rentrent pas dans le modèle de la prestation matérielle de l'État. Mais l'idée même d'obligation étatique positive ne peut être réduite à

la dépense économique qui entraîne l'attribution d'un bien. Certaines formes d'interventions, comme la fixation d'un taux d'impôt, ou l'interdiction de certaines conduites, œuvrent aussi à la réalisation des droits sociaux de prestations. Autrement dit, aucun droit social n'est composé uniquement de prestations positives.

Parallèlement, des droits qui ont été compris par la tradition libérale comme des droits-libertés négatifs, comme la « liberté de la presse », un exemple qui revient souvent dans la doctrine (mais l'on pourrait dire autant de l'interdiction de la torture ou la propriété privée), n'impliquent pas seulement l'absence de censure, mais également la garantie du pluralisme, ce qui peut entraîner à son tour des dépenses importantes.

Ainsi, on peut affirmer que les droits sociaux ne sont pas plus dépendants d'une décision politique que les droits de l'homme d'origine libérale en ce qui concerne la signification, les limitations, la mise en œuvre, etc.

Les droits sociaux ne se réduisent pas aux politiques sociales :

À partir d'une certaine étape du développement de l'État

occidental, les politiques sociales ont pu être formulées sous la forme de « droits sociaux ». Mais la différence entre ces deux catégories n'est pas moins réelle, car cette même histoire nous montre qu'une politique sociale peut se développer sans reconnaissance constitutionnelle de droits. Une différence qui passe, bien entendu, par l'excigibilité juridique que comportent les droits, et notamment le type de garantie que l'on y attache.

Cette thèse se double d'une autre négation, plus spécifique : les droits sociaux n'épuisent pas leur modalité de mise en œuvre dans le moule de l'État social qui se développe en Europe après la fin de la Seconde Guerre mondiale, le *Welfare State*. Si les spécialistes s'accordent pour situer la spécificité de ce modèle dans la généralisation de la protection sociale – au point que l'on a pu parler de « citoyenneté sociale » –, les « droits » issus de ce dessein portaient la marque de leur particularité, se construisant autour du rapport salarial. Et pour cause, ce type d'État était calé sur un programme économique-social, c'est-à-dire politique, précis : la société de plein-emploi. Mais les droits sociaux incluent et en même temps débordent le travail salarié. En fait, la notion de « droits sociaux » non seulement précède l'émergence de cet État social, mais elle

opère avec une logique de droits de l'homme, ce qui fait que sa signification peut être séparée du type de prestation sociale caractéristique de ce modèle.

Les droits sociaux ne se résument pas aux droits de l'aide sociale :

Le modèle de l'assistance publique a été le premier paradigme pour expliquer les droits sociaux chez les juristes. Et pour ce type de droits, l'État joue incontestablement un rôle central, puisque la modalité des prestations matérielles y est dominante.

Mais même si l'on admettrait que la « prestation » est la modalité dominante de réalisation des droits sociaux, les droits d'aide sociale n'expriment qu'un sous-ensemble à l'intérieur de la catégorie, car il s'agit de droits concernant un groupe particulier d'individus, se trouvant dans une situation exceptionnelle, et qui acquièrent la forme d'attribution d'un bien ou une prestation, sans contrepartie.

Les règles procédurales d'un système juridique n'épuisent pas la question de la justiciabilité des droits sociaux :

La question théorique de la justiciabilité des droits sociaux est souvent conditionnée par les traditions nationales en matière d'organisation de la fonction juridictionnelle. Dans un pays comme la France, où la justice n'a pas le statut d'un pouvoir judiciaire et où le contentieux constitutionnel des droits reste pour l'instant limité, le rôle du juge dans l'application des droits sociaux peut s'obscurcir encore davantage.

Mais il ne faut pas confondre l'étendue de deux arguments, théorique dans un cas – la justiciabilité des droits sociaux – de droit positif, dans un autre – la justiciabilité des droits sociaux en droit français. Des systèmes juridiques étrangers permettent d'apercevoir d'autres possibilités quant au rôle des tribunaux en matière de droits sociaux. Dès lors que les politiques sociales sont traduites juridiquement en termes de « droits », et que la constitution devient une norme applicable, le juge est conduit à jouer un rôle (politique) de plus en plus important dans la protection et même dans la promotion des droits sociaux, qui, comme il a été dit, présentent au moins un aspect susceptible d'être justiciable.

L'existence des droits sociaux ne se confond pas avec le

problème de leur mise en œuvre :

La doctrine juridique a souvent mélangé la question des modalités de réalisation des droits sociaux avec la discussion concernant la validité de ces droits, deux questions qui doivent rester séparées d'un point de vue théorique. La thèse des deux « natures juridiques » différentes est alimentée aussi par la confusion entre le caractère « universel » et le caractère « abstrait » d'un droit. Le caractère universel attaché à un droit signifie qu'il appartient à l'homme, autrement dit que tout être humain est susceptible d'en bénéficier. Le caractère abstrait impliquerait qu'il serait bénéficiaire en toutes circonstances, abstraction faite de sa situation. Bien entendu, les droits sociaux prennent en compte les circonstances de vie de chaque individu, mais ce n'est pas une caractéristique exclusive de leurs normes : la « liberté de chaire » ne s'applique qu'aux individus qui sont professeurs.

Comme produit de l'évolution de nos sociétés, les droits sociaux peuvent sembler d'une réalisation plus difficile que les droits individuels. Non que cette caractéristique les sépare à nouveau des droits-libertés, mais les marques

historiques de leur mise en place étant encore très présentes, ils butent parfois contre les systèmes de garanties plus simples. Leur caractère complexe implique que les droits sociaux renferment des modalités de mise en œuvre incluant des garanties des libertés (abstentions et interdictions) et des prestations proprement matérielles, qui restent très importantes. Toutefois, on ne doit pas oublier que certains droits sociaux demandent exclusivement des garanties négatives. Les droits de l'homme, individuels ou sociaux, peuvent donc être approchés à partir d'une structure commune, composée d'obligations positives et négatives, qui varie selon le droit dans une modalité concrète.

En outre, et à côté des garanties juridictionnelles, il existe d'autres voies pour la garantie des droits sociaux, qui peuvent être très effectives. Les droits sociaux – les droits de l'homme – ne sont pas l'horizon indépassable de la société, mais un élément – central – dans la construction de l'ordre social. En ce sens, ils se placent à l'intérieur d'une conflictualité sociale que leur reconnaissance n'épuise pas. On peut même les concevoir comme un vecteur de cette conflictualité dans nos sociétés contemporaines.

Les droits « sociaux » n'ont pas une nature propre :

Finalement, l'émergence d'un ensemble de droits dits « sociaux » tient moins à une substance sociale spécifique qu'à l'histoire du développement des droits de l'homme. Autrement dit, on n'est pas condamné à leur trouver une essence sociale, différente – et même opposée – des autres droits. Nous avons vu que l'objet « social » du droit de grève ne fait pas de ce droit une créance, au sens juridique du terme. La plupart des droits définis comme « sociaux », du droit au travail au droit à la protection de la santé, du droit au logement décent au droit à un revenu minimum, peuvent être reliés au respect de la personne humaine, à sa « dignité » et, partant, à sa liberté. En définitive, rien n'empêche qu'ils soient considérés comme des « droits de liberté », pour garder la catégorie traditionnelle, étant donné qu'ils cherchent la maximisation de l'autonomie de la personne et la réduction de l'arbitraire.

Les transformations historiques qui ont conduit à la distinction entre droits civils et droits sociaux sont également à l'œuvre à l'intérieur des droits sociaux. Ainsi, le droit à la protection de la santé a pu être conçu dans un premier temps comme un droit de pure prestation, qui

avait pour bénéficiaires les indigents, mais l'évolution de nos sociétés a rendu ce droit plus complexe, et l'interdiction de publicité pour les boissons alcoolisées, outre le fait qu'elle ne suppose pas une dépense directe de l'État, est une mesure qui bénéficie à l'universalité des individus.

C'est pourquoi on devrait pouvoir parler de droits de l'homme de contenu social et économique. En tout cas, si cet ouvrage contribue à une vision des droits sociaux qui ne les limite pas à des prestations, il aura épuisé son ambition.

Bibliographie

Ouvrages en langue française

- Borgetto M., *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, 1993.
- Borgetto M. et Lafore R., *La République sociale*, Paris, 2000.
- Burdeau G., *Manuel de droit public. Les libertés publiques. Les droits sociaux*, Paris, 1948.
- Chérot J.-Y. et Reenen T. van (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*, Aix-en-Provence, 2005.
- Conac G., Prétot X. et Tébooul G., *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, 2001.
- Esping-Andersen G., *Les trois mondes de l'État-providence* (1990), Paris, 2000.
- Flauss J.-F., *Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *Droit*

social, 1982.

- Gay L., Mazuyer E. et Nazet-Allouche D. (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruxelles, 2006.
- Gay L., *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- Grewe C. et Benoît-Rohmer F. (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, 2003.
- Herrera C. M., Sur le statut des droits sociaux. La constitutionnalisation du social, *RUDH*, 2004.
- Herrera C. M., L'engagement de la doctrine : l'exemple de la discussion de la catégorie de « droits sociaux », dans E. Dockès (dir.), *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Paris, 2007.
- Iliopoulos-Strangas J. (dir.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne*, Athènes, Bruxelles, Baden-Baden, 2000.
- Ogier-Bernaud V., *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Paris, 2003.
- Pelloux R., Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, *RDP*, 1947.

- Prétot X., Les bases constitutionnelles du droit social, *Droit social*, 1991/3.
- Rivero J., *Les libertés publiques* (1974), t. 1, *Les droits de l'homme*, Paris, 1995.
- Rivero J. et Vedel G., *Les problèmes économiques et sociaux et la Constitution du 27 octobre 1946*, coll. « Droit social », XXXI, 1947.
- Sudre F., *Droit européen international et des droits de l'homme*, Paris, 2006.
- Vigneau V., Étude critique du rôle des syndicats dans la gouvernance de l'Union européenne, dans E. Dockès (dir.), *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Paris, 2007.
- Wachsmann P., *Libertés publiques*, Paris, 2006.

Ouvrages en langues étrangères

- Abramovich V. et Courtis C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2002.
- Alexy R., *Theorie der Grundrechte* (1985), Baden-Baden, 1994.
- Arango R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogota, 2005.

- Baldassarre A., Diritti Sociali, *Enciclopedia Giuridica*, t. XI, Rome, 1989.
- Böckenförde E. W., Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, dans E. W. Böckenförde, J. Jekewitz et T. Ramm (dir.), *Soziale Grundrechte. Vor der bürgerlichen zur sozialen Rechtsordnung*, Heidelberg, 1981.
- Craven M., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Developments*, Londres, 1998.
- Eide A., Krause C. et Rosas A. (dir.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook* (1995), La Haye, 2001.
- Fabre C., *Social Rights under the Constitution. Government and the Decent Life*, , Oxford, 2000.
- Ferrajoli L., *Diritti fondamentali, un dibattito teorico*, Roma, 2002.
- Marshall T. H., *Citizenship and Social Class*, Cambridge, 1950.
- Nino C. S., On social rights, dans A. Aarnio, S. Paulson, O. Weiberger, H. v. Wright et D. Wyduckel (dir.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, Berlin, 1993.

- Ritter G., *Der Sozialstaat. Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich*, Munich, 1989.
- Sunstein C., *The Second Bill of Rights : fdr's unfinished Revolution and why we need it more than ever*, New York, 2004.
- Tomasevski K., Justiciability of economic, social and cultural rights, *International Commission of Jurists - The Review*, 12/1995.
- Van Hoof G. J. H., The legal nature of economic, social and cultural rights : A rebuttal of some traditional views, dans P. Alston et K. Tomasevski (dir.), *The Right to Food*, Nijhoff, 1984.