

De l' « impossible justiciabilité » des droits sociaux fondamentaux

Evangelia Georgitsi*

Résumé

L'intitulé de cette contribution peut paraître paradoxal, sinon provoquant. On pourrait se demander, en effet, quel est l'intérêt d'étudier un objet (en l'occurrence la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux) qui, si l'intitulé choisi est exact, n'existe pas, ou, pire encore, il ne peut même pas potentiellement exister. Or, ceci est justement un des deux objectifs de la présente étude (comme le laisse entendre, par ailleurs, l'usage de guillemets), à savoir d'établir ce qui est possible et ce qui ne l'est pas au sujet de la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux et de quelle type d'(im)possibilité il s'agit. L'autre objectif vise la notion même de justiciabilité et la clarification de ses rapports avec des notions plus ou moins voisines comme celle de *normativité*, d'*effets juridiques* et d'*effets directs* des droits fondamentaux.

En ce sens, les deux objectifs posés sont des objectifs théoriques, dont l'accomplissement permettra de mieux appréhender les problèmes qui se posent à propos des droits sociaux fondamentaux. Ils ne concernent pas un ordre juridique donné, comme le droit français ou encore le droit communautaire, mais tout ordre juridique conçu comme un système de normes globalement efficace et sanctionné. En revanche, il sera sans doute utile de recourir aux différentes réglementations adoptées par les divers ordres juridiques, aux leçons du droit comparé conçu comme théorie du droit¹, pour illustrer l'argumentation proposée.

Certaines précisions seront, sans doute, nécessaires au préalable. Tout d'abord le terme « droits sociaux fondamentaux »² n'est pas utilisé de manière uniforme ni par la doctrine du droit constitutionnel ni par le droit positif lui-même³, de sorte qu'il est indispensable d'en proposer une définition avant d'essayer de répondre à la problématique esquissée. Cette définition ne peut qu'être conventionnelle : il ne sera pas question de chercher à saisir la véritable essence métaphysique dénotée par le terme en question, à supposer même qu'une telle essence existe, mais à déterminer de manière non équivoque un ensemble⁴ de phénomènes juridiques qui seront considérés comme l'extension du concept ainsi construit. Autrement dit, loin de toute inspiration « réaliste »⁵, la définition d'un terme constitue ici la construction d'un objet scientifique, qui, en tant que tel, doit satisfaire à certaines exigences strictement épistémologiques : avoir des occurrences empiriquement

* Doctorante à l'Université de Paris I, Panthéon – Sorbonne ; chargée d'enseignement à l'Université de Paris I et de Paris-Nord 13.

¹ Pour reprendre ici l'intitulé, mais aussi et surtout le sens, de l'article d'Otto PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue Internationale de Droit Comparé [RIDC]*, 2001, pp. 275-288.

² Un mot (ou une expression) est mis entre guillemets lorsqu'il dénote lui-même et non pas l'objet auquel il se réfère ou lorsque son usage s'éloigne de l'usage habituel. Cette convention ne sera pas respectée si, dans un contexte donné, la distinction est aisée.

³ Pour plus de détails v. les conclusions comparatives de Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, in : Julia ILIOPOULOS-STRANGAS (sld.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Athènes – Bruxelles – Baden-Baden, Ant. N. Sakkoulas – Bruylant – Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, pp. 803-808.

⁴ Le terme « ensemble » est utilisé ici comme synonyme de celui de « classe », et non conformément à l'usage technique qu'en font les théoriciens des ensembles.

⁵ Allusion est faite ici aux différents courants du réalisme conceptuel.

identifiables dans les ordres juridiques concrets, ne pas être contradictoire ou redondant et, enfin, ne pas être contre intuitif.

Il est courant dans la doctrine de définir les droits sociaux fondamentaux d'une manière matérielle, c'est-à-dire en faisant appel à leur contenu⁶. Cette stratégie présente pourtant plusieurs inconvénients. En fait, la distinction des droits fondamentaux en catégories distinctes n'a d'intérêt que sous l'hypothèse que leurs effets juridiques soient différents : ce qui différencie les droits sociaux, dits aussi en doctrine française de « droits-créances »⁷, ce n'est pas leur prétendue inspiration sociale, puisqu'une inspiration politique différente n'implique pas forcément des effets juridiques différents, mais le fait qu'ils impliquent un ensemble de prestations positives. Plus précisément, tandis que les droits fondamentaux dits de « première génération »⁸ imposent au législateur l'interdiction de restreindre l'espace de liberté accordé aux individus, les droits sociaux semblent lui imposer de surcroît l'obligation de légiférer pour les mettre en œuvre. Autrement dit, tandis que les droits fondamentaux « classiques » impliquent pour le législateur l'interdiction de légiférer dans certains domaines plus ou moins précis, les droits sociaux fondamentaux impliquent en même temps, ou même exclusivement, des obligations de légiférer.

Un droit social fondamental sera alors défini comme un ensemble de permissions reconnues par une norme de valeur constitutionnelle à une classe d'individus C1 et qui implique pour une autre classe d'individus C2, dont le législateur national, un ensemble d'obligations (et ce qui n'exclut, bien évidemment, l'imposition simultanée d'interdictions au législateur, mais cet élément n'est pas indispensable pour la définition des droits sociaux fondamentaux).

C'est sous l'angle de cette définition que les questions induites par notre intitulé seront posées, car c'est sous cet angle que la problématique sous-jacente est distincte de celle des autres droits fondamentaux (et dispose alors d'un intérêt scientifique propre). En d'autres mots, les droits sociaux fondamentaux ainsi définis, peuvent-ils être justiciables ? Peut-on imposer au législateur national l'obligation d'agir pour les mettre en œuvre et de quelle façon ? Ou encore, si ceci est impossible, cette impossibilité est-elle une impossibilité logique, c'est-à-dire nécessaire et insurmontable, ou découle-t-elle tout simplement des réglementations du droit positif ? Il faudra sans doute étudier de plus près ce qu'on attend par « justiciabilité » des droits sociaux fondamentaux (I), pour pouvoir ensuite examiner en quel sens et dans quelle mesure elle est (im)possible (II).

⁶ Ainsi Laurence GAY, *Les droits-créances constitutionnels*, thèse dactylographiée, Aix-en-Provence, 2001, p. 16 : « [Les « droits-créances »] sont consacrés par les dispositions constitutionnelles qui mettent à la charge de l'Etat une obligation d'intervention positive en vue de répondre à un certain nombre de besoins fondamentaux de la vie humaine, besoins matériels (droit à l'emploi, droit à la protection contre les risques ordinaires ou 'exceptionnels' de l'existence) et intellectuels (droit à l'éducation, droit à la culture...) ». Malgré la référence à l'intervention positive de l'Etat, le développement qui suit cette définition ne prend pratiquement pas en compte ce critère ; ce que l'auteur analyse est en réalité les occurrences des dispositions du bloc de constitutionnalité français d'inspiration sociale au sens le plus large (mais pas le plus clair) dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. De même, Constance GREWE, « Les droits sociaux constitutionnels », in : Constance GREWE et Florence BENOIT-ROHMER, *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 67 s. (notamment p. 70).

⁷ V. Laurence GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, op. cit. (note 6).

⁸ La classification des droits en générations, issue de la doctrine du droit international et utilisée ici seulement pour simplifier l'argument, est d'ailleurs fort problématique : v. parmi beaucoup d'autres, Frédéric SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2006 (8^{ème} édition revue et augmentée), § 66 (« La classification trompeuse des droits de l'Homme en trois générations »), pp. 101-102.

I. Une « justiciabilité » mal définie

La justiciabilité des droits fondamentaux constitue une des notions les plus confuses dans la doctrine constitutionnelle⁹. Cette confusion se reflète naturellement à l'étude de la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux. Ainsi, la question de la justiciabilité des droits sociaux se mélange avec celle des effets juridiques des dispositions constitutionnelles en général ou encore avec celle des effets directs des droits fondamentaux. Par conséquent, il serait utile d'étudier dans un premier temps les différentes formes de « justiciabilité » que la doctrine reconnaît traditionnellement aux droits sociaux fondamentaux (A), avant d'essayer d'en extraire¹⁰ un concept de justiciabilité cohérent et surtout opératoire (B).

A. La prétendue « justiciabilité » des droits sociaux fondamentaux

La doctrine reconnaît traditionnellement que les droits sociaux fondamentaux peuvent être « justiciables » au moins sous deux formes différentes : soit en tant que droits de valeur législative, soit en tant que normes permettant de déroger au principe d'égalité.

1) La confusion des niveaux de protection

La question de la justiciabilité des droits sociaux est souvent traitée de la même manière, qu'il s'agisse des droits de valeur constitutionnelle ou des droits de valeur législative¹¹. Pourtant, cette assimilation est fortement problématique sur le plan théorique.

2) Les dérogations au principe d'égalité

Au-delà de cette confusion de base entre les différents niveaux de protection des droits reconnus à l'individu par le droit positif et les procédures de justiciabilité propres à chacun de ces niveaux, la doctrine semble reconnaître que les droits sociaux, même s'ils ne sont pas justiciables de la même manière que les autres droits fondamentaux, justifient au moins des limitations au principe d'égalité (formelle)¹². Or, le fait que certaines dispositions constitutionnelles permettent au législateur de déroger au principe d'égalité ou de limiter

⁹ Il est à préciser que la question de la justiciabilité ne se limite pas aux dispositions constitutionnelles mais peut aussi se poser à propos de litiges. V. sur ladite distinction (justiciabilité des dispositions/justiciabilité des litiges) et sur la notion même de justiciabilité Geoffrey MARSHALL, « Justiciability » in : Antony Gordon GUEST (sld.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 265 s. Cf. également la critique de Robert SUMMERS, « Justiciability », *The Modern Law Review*, vol. 26, n° 5 (1963), p. 530 s. Pour une présentation très détaillée de la question de la justiciabilité des dispositions constitutionnelles en droit constitutionnel américain v. Matthew D. ADLER et Michael C. DORF, « Constitutional Existence Conditions and Judicial Review », *Virginia Law Review*, Vol. 89, No. 6, *Marbury v. Madison: A Bicentennial Symposium* (Octobre 2003), pp. 1105-1202.

¹⁰ « Extraire » dans le sens où la définition posée ne doit pas être contre intuitive ; pour le reste, notre démarche demeure constructiviste et non lexicologique.

¹¹ V., à titre indicatif, Franz MATSCHER (sld.), *Die Durchsetzung wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte : Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme*, Kehl – Strasbourg – Arlington, N. P. Engel Verlag, 1991, où les différents niveaux de protection (national et international, constitutionnel et législatif) sont présentés de manière indifférenciée.

¹² Ainsi, la doctrine dominante en Grèce ; v. pour plus des détails : Julia ILIOPOULOS-STRANGAS et Georges LEVENTIS, « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Grèce » in : Julia ILIOPOULOS-STRANGAS (sld.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, op. cit. (note 3), p. 395 s. (notamment pp. 439-440). Ces limitations au principe d'égalité peuvent être considérées des discriminations positives constitutionnellement permises ; ainsi, pour les discriminations établies en fonction du critère de l'âge et de l'existence d'un handicap par la loi ordinaire en France (sans faire référence aux dispositions du Préambule de la Constitution de 1946), Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris – Aix-en-Provence, Economica – PUAM, 1997, pp. 220-221.

certaines droits fondamentaux ne suffit pas pour affirmer que l'ordre juridique qui contient de telles dispositions reconnaît des *droits sociaux*, au sens retenu ici.

B. La justiciabilité proprement dite

Il s'ensuit que les droits sociaux fondamentaux au sens propre, comme, par ailleurs, n'importe quel droit fondamental, peuvent constituer des normes de référence du contrôle soit de l'inertie, soit de l'action du législateur.

1) Le contrôle de l'inertie du législateur

Plus précisément, il est tout d'abord intelligible de parler de justiciabilité des droits sociaux fondamentaux dans le cas où le juge de constitutionnalité est compétent pour constater non seulement l'inconstitutionnalité des actes du législateur, mais aussi de ses omissions. Bien évidemment, cette justiciabilité « concentrée » des droits sociaux fondamentaux est conditionnée par l'existence d'un juge spécifique de constitutionnalité. A défaut, aucune autre forme de justiciabilité n'est concevable que celle devant le(s) juge(s) ordinaire(s)¹³.

2) Le contrôle du respect de l'acquis social par l'action du législateur

Les droits sociaux peuvent également garantir le respect de l'acquis social¹⁴ : ce qui est ici sanctionné n'est plus la carence du législateur dans leur mise œuvre, mais son action dans l'hypothèse où elle diminue la protection accordée aux droits sociaux fondamentaux. Cet acquis peut être soit absolu, soit restreint.

Or, le débat doctrinal autour de la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux a un intérêt scientifique propre lorsque ce qui est en jeu est l'inertie du législateur. C'est sous cet angle que doit se poser la question de la « possibilité » (ou, bien évidemment, de l'« impossibilité ») de justiciabilité des droits sociaux fondamentaux.

¹³ On songe ici au modèle dit américain du contrôle de constitutionnalité des lois, sauf que la Constitution américaine ne garantit pas des droits sociaux.

¹⁴ Ce qui est appelé également par la doctrine française « effet cliquet », selon une terminologie de paternité controversée ; v. sur ce point Ariane VIDAL-NAQUET, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse dactylographiée, Paris, 2004, tome I, p. 219, note 10.

II. L'« impossibilité » mal cernée

Que la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux telle que définie ici soit un phénomène marginal dans les ordres juridiques concrets est incontestable, de sorte que dans la doctrine elle est souvent considérée comme impossible¹⁵. Or, loin d'être plus claire que celle de justiciabilité, la notion de la possibilité, comme celle de toute modalité aléthique¹⁶ par ailleurs, soulève aussi des nombreuses interrogations. A supposer même que la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux soit impossible, sous le prétexte qu'il est impossible de sanctionner l'inertie du législateur, cette impossibilité ne semble pas être une impossibilité logique, c'est-à-dire nécessaire et insurmontable (A) mais découle plutôt des réglementations du droit positif en vigueur (B).

A. Une justiciabilité logiquement possible

Il paraît, en effet, que la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux soit considérée impossible, car il serait impossible de sanctionner l'inertie du législateur. Comment, au juste, peut-on obliger la volonté générale¹⁷ de s'exprimer, sans la priver de son essence ? Aussi séduisant qu'il soit, cet argument n'est pas moins infondé. Pour le démontrer, il faut et il suffit de trouver des contre-exemples.

1) Les contre-exemples du droit international

L'organisation des rapports entre les différents ordres juridiques offre une multiplicité de tels contre-exemples. Ainsi, le droit international impose souvent des obligations non seulement à l'exécutif mais aussi au législateur national et le non respect de ces obligations entraîne toutes les sanctions que le droit international prévoit contre l'Etat pour manquement à ces obligations.

2) Les contre-exemples du droit interne

Sur le plan du droit interne, l'exemple le plus célèbre, et peut être le moins connu, est sans doute celui de l'article 283 de la Constitution portugaise. A cet égard, la jurisprudence du Conseil constitutionnel français sur l'« incompétence négative » du législateur peut aussi être instructive¹⁸, de même la *Wesentlichkeitstheorie*¹⁹ de la jurisprudence constitutionnelle allemande.

¹⁵ Contre la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux est traditionnellement une grande partie de la doctrine germanophone ; v. Jörg-Paul MÜLLER, *Soziale Grundrechte in der Verfassung ?*, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 1981 (2^{ème} édition), p. 5 s. ; Theodor TOMANLD, *Der Einbau sozialer Grundrechte in das Positive Rechte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1967, p 17 s. ; Karl KORINEK « Betrachtungen zur juristischen Problematik sozialer Grundrechte », in : KATHOLISCHE SOZIALAKADEMIE ÖSTERREICHS (éd. scientifique), *Die sozialen Grundrechte*, Wien, 1971, p. 12. Selon Josef ISENSEE « Der Verfassungsstaat... beschränkt sich auf Normen, die sich juristisch durchsetzen, ökonomisch erfüllen und politisch verantworten lassen. Diesen Bedingungen genügen die sozialen Grundrechte nicht, solange sie in ihrer rhetorisch-utopischen Urgestalt verbleiben. (...) Wenn die sozialen Grundrechte dagegen... pragmatisch reduziert werden, bleibt nicht viel mehr übrig als katalogisierte Selbstverständlichkeiten » (Joseph ISENSEE, « Verfassung ohne soziale Grundrechte », *Der Staat*, vol. 19, n° 3, (1980), p. 367 s. – notamment p. 382).

¹⁶ Les modalités aléthiques sont le nécessaire, l'impossible, le possible et le contingent. V. Jean-Louis GARDIES, *Essai sur la logique des modalités*, Paris, PUF, 1979.

¹⁷ Allusion est faite, bien sûr, à la théorie qui trouve sa source dans les écrits de Raymond CARRÉ DE MALBERG et surtout à son œuvre classique *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931 ; nouvelle édition préfacée par Georges BURDEAU, Paris, Economica, 1984. Pour une analyse critique de cette théorie v. Otto PFERSMANN, « Carré de Malberg et la 'hiérarchie des normes' », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 31 (1997), pp. 481-509.

¹⁸ Pour une présentation sommaire de cette jurisprudence v. Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2006 (7^{ème} édition), p. 139-141.

Ces exemples nous permettent de constater qu'aucune raison logique au sens propre du mot n'empêche la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux de se produire, même sous forme de sanction de l'omission législative. Ce qui ne veut pas dire pour autant qu'il soit possible d'étendre automatiquement le contrôle de constitutionnalité aux omissions du législateur par voie d'une simple révision constitutionnelle. Bien au contraire, des principes constitutionnels communs dans la plupart des droits positifs y font obstacle.

B. Des droits constitutionnels positifs hostiles

La possibilité logique de la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux conditionne mais n'implique pas forcément la possibilité juridique. En effet, certains principes constitutionnels positifs semblent empêcher la reconnaissance d'une telle justiciabilité.

1) Les principes inoffensifs

Le principe constitutionnel évoqué le plus souvent contre la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux est celui de la séparation des pouvoirs. Plus précisément, il est soutenu que la reconnaissance de la compétence du juge de constitutionnalité pour sanctionner les omissions du législateur porterait atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, puisque le judiciaire empièterait ainsi sur le pouvoir législatif. Pourtant cette objection n'est pas insurmontable. Il en va de même de l'objection tirée de la souveraineté du Parlement²⁰.

2) Les principes faisant obstacle

En revanche, d'autres principes constitutionnels, semble être beaucoup plus pertinents en la matière, comme, par exemple, le « mandat libre » reconnu aux parlementaires dans un nombre considérable des pays²¹. Dans cette même catégorie des principes qui sont susceptibles à poser un obstacle à la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux propres à des ordres juridiques concrets, on peut aussi classer la disposition de l'article 80 de la Constitution hellénique ou encore la garantie constitutionnelle du pouvoir budgétaire du Parlement²², à savoir du pouvoir de décider des recettes et des dépenses de l'Etat.

* * *
* *

¹⁹ V. Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 1999 (20^{ème} édition), p. 220, n° 509. Cf. également Ernest-Wölgang BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, Dunker und Humblot, 1981 (2^{ème} édition), p. 375 s. V., à titre d'exemple, Cour constitutionnelle fédérale, arrêt *Sexualkundeunterricht* du 21 février 1977, BVerfGE [Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale] vol. 47, p. 46 (notamment p. 56) et arrêt *Kalkar I* du 8 août 1978, BVerfGE vol. 49, p. 89 (notamment p. 127).

²⁰ Ainsi, Theo ÖHLINGER, « Soziale Grundrechte », in : Oswin MARTINEK, Erwin MIGSCH, Kurt RINGHOFER, Walter SCHWARZ et Michael SCHIMANN (sld.), *Arbeitsrecht und soziale Grundrechte. Festschrift Hans Floretta*, Vienne, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1983, p. 271 s. (notamment p. 280).

²¹ Cf. article 27, alinéa 1, de la Constitution française du 4 octobre 1958, article 38, alinéa 1, de la Loi fondamentale allemande, article 60 § 1 de la Constitution hellénique, article 67 de la Constitution italienne, article 67 § 2 de la Constitution espagnole.

²² V. l'article 110, alinéa 2, de la Loi fondamentale allemande ou l'article 34 de la Constitution française de 1958.

En guise de conclusion, certaines précisions globales seront, semble-t-il, les bienvenues : tout d'abord, ce rapport ne milite pas en faveur de la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux. Une telle décision est politique et n'appartient qu'aux organes chargés de conduire la politique de l'Etat. L'objet de cette contribution est tout simplement de démontrer que la reconnaissance de la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux n'est pas logiquement impossible, quoiqu'elle puisse heurter certains principes de valeur constitutionnelle. Ensuite, l'absence de justiciabilité des droits sociaux fondamentaux, au sens préconisé, ne signifie pas pour autant que les dispositions constitutionnelles qui semblent garantir des droits sociaux sont dépourvues de tout effet juridique. Celle-ci est une question à laquelle seulement l'étude du droit positif puisse offrir une réponse. Elle signifie pourtant que dans ce cas, la doctrine ne peut parler des *droits* que par un abus du langage prêtant à confusion.