



HAL
open science

La doctrine des libertés fondamentales à la recherche des droits sociaux

Tatiana Gründler

► To cite this version:

Tatiana Gründler. La doctrine des libertés fondamentales à la recherche des droits sociaux . Diane Roman Rapport: Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux , 2009. hal-01674380

HAL Id: hal-01674380

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01674380>

Submitted on 2 Jan 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**Paru in <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=40>«
Diane Roman « Droits des pauvres, pauvres droits ?
Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux », recherche
financée par la Mission Recherche Droit & Justice et
l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion de
janvier 2009 à juillet 2010**

La doctrine des libertés fondamentales à la recherche des droits sociaux

Tatiana Gründler

I. Le succès de l'acception dichotomique des droits de l'homme

- A. Les droits sociaux, une catégorie de droits de l'homme
- B. Les droits sociaux, des droits de second rang

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

- A. La pertinence de la catégorie « droits sociaux » interrogée
- B. La spécificité du régime des droits sociaux questionnée

« *Classer, diviser, en groupes, en « types » : quoi de plus naturel dans l'activité intellectuelle ordinaire ?* »¹ L'activité de classification est, comme l'exprime Guy Haarscher, une entreprise communément pratiquée par le juriste, y compris celui spécialisé dans le droit des libertés fondamentales. Confronté à un enrichissement constant des droits, le juriste a pour ambition compréhensible de les classer et de les répertorier, dans un souci louable de clarification. Aussi de nombreuses typologies des droits de l'homme, fondées sur divers critères, ont-elles été proposées. Au-delà des critiques qui peuvent être opposées à ces classifications - toute classification comportant, pour paraphraser Frédéric Sudre², une part d'arbitraire et ne pouvant, dès lors, être pleinement satisfaisante- il convient de garder à l'esprit qu'une telle tâche, bien que courante, n'est jamais anodine. Ainsi, de manière sans doute insidieuse, les classifications opérées entre les droits de l'homme conduisent à hiérarchiser ces

¹ HAARSCHER G., « De l'usage légitime – et de quelques usages pervers – de la typologie des droits de l'homme », in BRIBOSIA E., HENNEBEL L., *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 25.

² SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 8^e éd., 2006, p. 258.

droits, en permettant de distinguer ceux qui seraient essentiels de ceux qui le seraient moins³.

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

I. LE SUCCES DE L'ACCEPTION DICHOTOMIQUE DES DROITS DE L'HOMME

La discipline des libertés publiques a été enseignée dans nos facultés de droit de manière autonome à partir de 1954, d'abord, de façon facultative, puis, très rapidement, en tant que matière obligatoire (1962). Parfois accompagnée de travaux dirigés, elle est aujourd'hui dispensée aux étudiants de troisième année de licence sous le titre de « Droit des libertés fondamentales » et fait donc l'objet d'un nombre conséquent d'ouvrages de type manuels.

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

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

A. Les droits sociaux, une catégorie de droits de l'homme

1. Constatant l'hétérogénéité des droits de l'homme, les auteurs réalisent des classifications. La catégorisation des droits opérée dans les manuels

³ VASAK K., « Les différentes typologies des droits de l'homme », BRIBOSIA E., HENNEBEL L., *op. cit.*, pp.11-12.

révèle que la majeure partie de la doctrine française adhère à la thèse de la dichotomie des droits et libertés. De ce point de vue, Jean-Jacques Sueur et Robert Charvin font figure d'exception en défendant ardemment « une conception unitaire des droits de l'homme »⁴.

Toutefois, au-delà de cet apparent consensus, des différences apparaissent entre les auteurs. D'abord, tous n'adoptent pas la même posture face à cette diversité des droits de l'homme, diversité à laquelle contribue l'émergence des droits sociaux : à la critique portant sur le risque de dilution⁵, de banalisation et donc d'affaiblissement des droits de l'homme s'oppose l'analyse positive qui souligne l'enrichissement des droits de l'homme⁶. Ensuite, tous n'ont pas la même analyse de cette dichotomie. Mis à part les très rares auteurs déjà évoqués qui la rejettent⁷, un certain nombre d'entre eux, tout en conservant une analyse binaire des droits, se montrent critiques à l'égard de certaines catégorisations.

D'aucuns⁸ soulignent ainsi le caractère simplificateur de la distinction générationnelle des droits très largement utilisée dans les manuels étudiés pour relater la stratification progressive des droits de l'homme⁹. Elle est pourtant conservée tout comme la distinction issue de la doctrine internationaliste sur laquelle elle s'adosse opposant les droits civils et politiques aux droits économiques et sociaux¹⁰. Est de ce point de vue, est particulièrement topique

⁴ Les deux auteurs reconnaissent que la présentation traditionnelle de type dichotomique traduit une évolution bien réelle, mais en tempèrent immédiatement la pertinence en relevant qu'il n'est pas exact historiquement d'opposer, terme à terme, les droits civils et politiques, encore appelés droits de la première génération, et les droits économiques et sociaux dits de seconde génération. (CHARVIN R., SUEUR J.-J., *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 1994, p. 24-25).

⁵ Rivero dénonce la tendance consistant à créer « un droit à tous les besoins et à toutes les aspirations de l'homme (...) Si généreuse soit cette inflation, elle est dangereuse, comme toute inflation, car elle risque d'ôter à la notion de droits de l'homme son caractère opérationnel » (RIVERO J., *Les libertés publiques*, Tome 1, Les droits de l'homme, PUF, Thémis, 1991, p. 135). Cette critique est pérenne puisqu'elle figure dans des écrits plus récents (PRELOT P.-H., *Droit des libertés fondamentales*, Hachette Supérieur, 2007 p. 18).

⁶ L'auteur évoque « l'enrichissement du contenu des droits de l'homme par leur évolution historique » (ISRAËL Jean-Jacques, *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, 1999, p. 21).

⁷ Sur la critique des catégorisations simplificatrices et la défense de l'unité des droits de l'homme, voir CHARVIN R., SUEUR J.-J., *op. cit.*, p. 24.

⁸ « Toute simplification est nécessairement erronée. C'est donc uniquement pour une plus grande clarté de présentation que l'on reprendra ici la distinction désormais classique entre les trois générations de droits » (MORANGE J., *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, 2007, p. 55).

⁹ Les auteurs parlent de stratifications successives pour évoquer le fait que chaque courant de pensée a enrichi l'édifice sans faire disparaître l'influence du précédent. Voir en particulier COLLIARD C.-A., LETTERON R., *Libertés publiques*, Dalloz, 2005 et BREILLAT D., *Libertés publiques et droits de la personne humaine*, Gualino, Mementos, 2003.

¹⁰ Les deux catégories sont généralement considérées par la doctrine comme correspondantes. Pour preuve voir L. Favoreu : « on passe de la notion de droits individuels civils et politiques de la première génération, datant de la Révolution française, aux droits économiques et sociaux de la deuxième génération, de l'après Seconde Guerre mondiale (...) » (FAVOREU L. et alii, *Droit des libertés fondamentales*,

l'analyse de Frédéric Sudre qui, après avoir qualifié de trompeuse la classification générationnelle ternaire des droits de l'homme et de mystificateur le discours qui la véhicule¹¹, utilise la catégorie de droits civils et politiques pour désigner des droits « inhérents à la personne ou permettant la participation de l'individu à la Cité » et celle de droits économiques, sociaux et culturels qui recouvre des « droits intéressant la situation matérielle de l'individu »¹².

D'autres émettent des réserves concernant les classifications, elles aussi très répandues dans la doctrine de libertés, fondées sur le critère du rapport à l'Etat ou du rôle de celui-ci. Le rapport à l'Etat confirmerait la bipartition des droits de l'homme entre droits civils et politiques opposables à l'Etat, c'est-à-dire destinés à préserver l'individu de l'arbitraire étatique et les droits économiques, sociaux et culturels exigibles de l'Etat, donc supposant de celui-ci une intervention destinée à garantir l'éducation ou la sécurité sociale¹³. Le rôle de l'Etat ou plus généralement le rôle des pouvoirs publics sert également d'assise à la division des droits. Issue des travaux de Jellinek relatifs aux rapports entre l'Etat et les individus, cette opposition entre les droits imposant une abstention de l'Etat (statut négatif chez Jellinek) et ceux exigeant des prestations de l'Etat (statut positif), se reflète plus ou moins clairement dans des formules aussi diverses que « droits d'être »/« droits d'obtenir » ; « libertés négatives/libertés positives » ; « droits-libertés/droits-créances » ; « droits de »/« droits à ». A l'encontre de cette classification est soulevé son caractère non opératoire qui tient, selon Claude-Albert Colliard et Roseline Letteron, au fait que « les libertés négatives ne se traduisent jamais par une totale abstention de l'Etat qui doit au moins définir les conditions de leur exercice »¹⁴. Cette catégorisation est cependant largement conservée, la plupart des auteurs se ralliant à la position de Gilles Lebreton selon qui, s'il est vrai que l'intervention publique est toujours nécessaire, elle ne serait pas du même ordre dans les deux hypothèses : alors qu'elle serait simplement destinée à faciliter l'exercice des droits-libertés qualifiés par l'auteur de « pouvoirs d'autodétermination », elle serait exigée pour l'existence même des droits-créances¹⁵. Comme le soulignait déjà l'instigateur de cette distinction, Jean Rivero, l'objet des droits-créances reste indéfini tant que l'Etat n'est pas intervenu¹⁶.

Les autres classifications reposant sur l'objet des droits (corps ou esprit), leur mode d'exercice (individuel ou collectif) ou encore leur fonction (vis-à-vis de l'individu appréhendé en tant que personne physique, membre de la

Dalloz, 2000, p. 21). Voir également CHARVIN R. et SUEUR J.-J., *op.cit.*, p. 24 et MORANGE J., *op.cit.*, p. 55.

¹¹ SUDRE F., *op. cit.*, p. 101.

¹² SUDRE F., *op. cit.*, p. 129.

¹³ MEYER-BISCH P. *Le corps des droits de l'homme*, Editions universitaires Fribourg-Suisse, 1992, p. 129.

¹⁴ COLLIARD C.-A., LETTERON R., *op. cit.*, p. 159. Voir aussi A. Roux qui souligne que « pour la plupart de ces droits fondamentaux [droits classiques] l'on trouve une articulation entre les interdictions d'agir et des obligations de prestations parfois très importantes. A l'inverse, la concrétisation de droits considérés comme de purs droits à des prestations peut fort bien comprendre des interdictions » (in L. Favoreu, *op. cit.*, p. 137). Voir encore Mourgeon pour qui la classification droits de/droits à ignore que les droits dérivent tous du Pouvoir (MOURGEON J., *Les droits de l'homme*, Que sais-je ?, 1728, 1998).

¹⁵ LEBRETON Gilles, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 2008, p. 16.

¹⁶ RIVERO J., *op. cit.*, p. 121.

société ou encore acteur économique) souffrent également de critiques ne serait-ce qu'en raison de la grande porosité entre les différentes catégories ainsi établies¹⁷.

Comment expliquer que, malgré leurs limites et insuffisances, ces diverses classifications - première/deuxième génération ; droits civils et politiques/droits économiques, sociaux et culturels ; droits-libertés/droits-créances ; obligations d'abstention/obligations positives, droits de/droits à, etc. - soient retenues dans les manuels sans d'ailleurs y être véritablement discutées ? L'explication réside certainement dans l'objectif pédagogique assigné à de tels ouvrages. L'approche générationnelle des droits, de ce point de vue, a le mérite de permettre « à la fois de les différencier dans la forme et de rendre compte de la succession historique de phases complémentaires tant dans la revendication que dans la reconnaissance »¹⁸. Le choix de ces classifications n'est donc pas exclusif d'une prise de distance à leur endroit. On peut aussi penser que participe de ce conservatisme la volonté de ne pas exposer les étudiants à un risque en leur proposant une présentation plus audacieuse des droits de l'homme se détachant de ce que la majorité de la doctrine tient pour acquis.

2. Les différentes classifications des droits de l'homme établies renseignent en creux sur les principales caractéristiques des droits sociaux. En effet, de ces présentations livresques, un certain nombre de conclusions sur les droits sociaux peuvent être tirées. Il en ressort plus ou moins explicitement que ces droits sont d'abord situés d'un point de vue temporel : ils sont présentés dans le discours comme des droits de la deuxième génération, c'est-à-dire consacrés lors d'une deuxième vague d'affirmation des droits de l'homme, à une période où la préoccupation de l'égalité concrète¹⁹ émerge et s'ajoute à celle de la liberté. Ce souci d'égalité conduit à l'identification d'un autre trait caractéristique, tenant cette fois à leur objet social (travail, éducation, santé, logement), les droits sociaux étant vus comme des droits destinés à répondre à un besoin²⁰. Il en résulte que le titulaire du droit n'est pas tout homme mais l'individu concerné par le besoin évoqué, ce que traduit l'expression chère à Burdeau de droits de « l'homme situé », notamment les groupes de personnes défavorisées²¹. Enfin, et surtout, c'est une caractéristique concernant leur régime qui est utilisée à des fins de définition – ce qui traduit l'ambivalence des rapports entre définition et régime, les catégorisations fondant un régime différent, mais le régime justifiant aussi certaines catégorisations -, et qui est aussi la caractéristique privilégiée dans le discours : les obligations positives que de tels droits imposent à l'Etat et plus largement aux pouvoirs publics et qui se concrétisent par des prestations matérielles, économiquement coûteuses.

¹⁷ ISRAËL J.-J., *op.cit.*, p. 51.

¹⁸ PINI, in FAVOREU et alii, *op. cit.*

¹⁹ D. Breillat parle d'une « égalité repensée » pour les droits économiques sociaux et culturels de la deuxième génération tout comme C.-A. Colliard et R. Letteron qui insistent sur l'objet des droits sociaux qui est de « rétablir une certaine égalité sociale » (*op. cit.*, p. 35).

²⁰ Voir en particulier BURDEAU G., *Libertés publiques*, 1972, p. 375 et LOCHAK D., *Les droits de l'homme*, PUF, La découverte, Repères, 2002, p. 45.

²¹ BURDEAU G. *op. cit.*

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

B. Les droits sociaux, des droits de second rang²²

Les auteurs déduisent de cette structure binaire des droits et libertés des différences de valeur et/ou de régime. Par exemple, Jacques Fialaire établit une hiérarchie au sein des droits constitutionnellement consacrés entre ceux, de premier rang, pour lesquels la liberté est la règle et ceux de second rang n'ayant un caractère ni général ni absolu, d'application non uniforme, cédant devant une norme de premier rang et qui recouvrent principalement les libertés économiques et les droits économiques et sociaux²³. Rarement explicitée, l'idée de hiérarchie entre les droits de l'homme irrigue nombre de manuels. Et c'est sans doute le danger essentiel de cette entreprise de classification.

1. Cette hiérarchie apparaît d'abord de manière latente dans le silence gardé par les ouvrages sur le régime des droits sociaux. En ne traitant pas des droits sociaux²⁴ ou, du moins, en excluant les droits sociaux de type droits-créances²⁵ de la partie de l'ouvrage consacrée au régime des libertés, la majorité de la doctrine semble estimer que les droits de la deuxième catégorie ne bénéficient pas, si ce n'est du même régime juridique, du même intérêt scientifique. L'ensemble des manuels de libertés comporte une partie relative à la théorie générale des droits et libertés, partie dans laquelle les différentes typologies sont présentées et une autre, consacrée au régime juridique de ces mêmes libertés. Or, force est de constater que les droits sociaux en sont absents. Une exception notable mérite d'être relevée : les droits qualifiés de sociaux en raison de leur objet (droits répondant à un besoin social), mais proches du modèle des libertés dites classiques s'agissant de leur régime juridique dans la mesure où ils n'impliquent pas une prestation de la part des pouvoirs publics²⁶, Jean-Jacques Israël étudie ainsi dans la seconde partie de son manuel le droit de grève et la liberté syndicale.

Soulignons encore que les auteurs justifient davantage la nécessité de faire un choix dans les libertés et droits étudiés que le choix réalisé, autrement que par l'idée d'une hiérarchie quelque peu subjective, se référant aux « principales libertés », aux libertés d'une « particulière importance dans la vie quotidienne des individus » ou encore à celles qui « paraissent

²² Sueur et Charvin évoquent des « droits de seconde zone », (SUEUR J.-J., CHARVIN R. *op. cit.*, 5^e éd., 2007, p. 99).

²³ FIALAIRE J., MONDIELLI E., *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Ellipses, 2005, pp.88- 89.

²⁴ Voir, notamment COLLIARD C.-A., LETTERON R., *op. cit.*, MORANGE J., *op. cit.*, ROBERT J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 1994 Robert, LEBRETON G., *op. cit.*

²⁵ ISRAËL J.-J., *Op. Cit.*

²⁶ Dans le manuel d'Israël, comme dans celui de Colliard et Letteron, seuls les droits du travailleur sont évoqués dans la partie consacrée au régime des libertés fondamentales.

fondamentales au citoyen »²⁷. Une telle classification hiérarchisante est toujours réalisée au détriment des droits sociaux.

Émerge donc l'idée qu'il y aurait de « vrais droits de l'homme » et de « faux droits », parmi lesquels figureraient les droits dits sociaux. Cette idée est renforcée par leur présentation, non comme de véritables droits dont l'individu est titulaire²⁸, mais sous la forme de devoirs de la société²⁹ voire de simples programmes reprenant une analyse classique de la doctrine constitutionnaliste³⁰.

Même un auteur comme Israël, qui réfute, malgré son quasi silence sur le régime des droits sociaux, la thèse de la hiérarchie des droits estimant qu'il ne peut exister de différence de valeur juridique entre eux, admet l'existence d'une différence de traitement des droits de l'homme³¹.

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

Les différences de régime mises en exergue, selon la catégorie d'appartenance des droits, concernent les techniques de garantie : principalement juridiques pour les droits civils et politiques - avec la hiérarchie des normes et le contrôle juridictionnel - elles sont davantage matérielles s'agissant des droits sociaux (on pense à la mise en place de services publics), ce qui constitue pour certains auteurs une véritable infirmité pour ces droits³².

Une des différences majeures attribuées à la nature des droits est l'accès possible ou non au juge. Pour Michel Levinet, les droits civils et politiques seraient plus clairement justiciables que les droits sociaux qui ne bénéficieraient, pour leur part, que d'une « justiciabilité relative »³³ du fait notamment des

²⁷ Voir respectivement ISRAËL J.-J. et ROBERT J., *op. cit.* On peut ajouter Favoreu évoquant s'agissant des droits de la première génération les « droits et libertés les plus fondamentaux » (FAVOREU et alii, *op. cit.*, p. 62).

²⁸ Sudre écrit ainsi que l'individu en [des droits économiques sociaux et culturels] est le bénéficiaire virtuel », (SUDRE F., *op. cit.*, p. 257). Il s'agirait selon l'auteur de « principes souhaitables qui font partie de la nébuleuse des droits de l'homme mais qui ne s'inscrivent pas dans le champ du droit.

²⁹ LEBRETON G., *op. cit.*, p. 95.

³⁰ Burdeau affirme que les droits sociaux visent à « tracer, pour l'avenir, un programme au législateur » (BURDEAU G., *op. cit.*, p. 372). D'autres auteurs estiment que « le réalisme veut que l'on considère les droits-créances comme des droits plus programmatiques que prescriptifs » (MARLIAC C., *L'essentiel des droits politiques, économiques et sociaux*, Gualino, Les Carrés, 2003, p. 52).

³¹ ISRAËL J.-J., *op. cit.*, p. 53.

³² Sudre souligne que la « réalisation de ces droits suppose la mise en œuvre de moyens économiques, financiers et sociaux, faisant défaut pour nombre d'Etats » de sorte que les droits sociaux sont des droits contingents, subordonnés aux possibilités matérielles d'une société donnée, à un moment donné de son histoire (SUDRE F., *op. cit.*, p. 256).

³³ Les « droits [de 2^e génération] qui seraient caractérisés par une justiciabilité relative puisque leur mise en œuvre appellerait l'adoption de mesures complémentaires, par exemple, par voie législative, et dépendrait des ressources économiques et financières publiques » (LEVINET M., *Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant, Nemesis, Droit et justice, n° 82, 2008, 2^e éd, p. 75).

ressources économiques nécessaires à leur effectivité. L'auteur prend toutefois la précaution de souligner l'hétérogénéité de la catégorie des droits sociaux réduisant implicitement la pertinence de son analyse aux seuls droits sociaux de type droits-créances quand il souligne la pleine justiciabilité du droit de grève, de la liberté syndicale et de la non discrimination dans l'emploi.

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

II. UNE CRITIQUE DE LA VISION DUALE DES DROITS DE L'HOMME

Un certain nombre d'auteurs (une petite vingtaine d'articles répertoriés) menant leur activité de recherche dans le domaine des droits de l'homme s'interrogent sur la pertinence et, en réalité, sur les limites des typologies traditionnelles, sur lesquelles la catégorie de droits sociaux se fonde. C'est donc *in fine* le dualisme des droits de l'homme qu'ils discutent.

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

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

L'ensemble des classifications traditionnelles se retrouve dans les articles de doctrine. Mais c'est sur la thématique générationnelle des droits de l'homme que les auteurs concentrent l'essentiel de leur réflexion, certainement en raison du succès doctrinal dont elle a fait l'objet³⁴ (1). Les réserves émises plus globalement sur les différentes typologies rejaillissent sur la délimitation de la catégorie des droits sociaux (2).

1- La présentation générationnelle des droits, empruntée au droit international³⁵, est encore majoritairement conservée³⁶. Elle n'est pas pour

³⁴ SUEUR J.-J., « Régénération des droits de l'homme et/ou consécration de droits nouveaux », KOUBI Geneviève et alii, *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 129.

³⁵ VASAK K., « Le droit international des droits de l'homme », *RCDAI*, 1974, t. 140, pp. 344-345.

³⁶ Pour un certain nombre d'auteurs, parmi lesquels, Peloux (« Vrais et faux droits de l'homme. Problème de définition et de classification », *RDP*, 1981, p. 53), Morange

autant exempte de critiques soulignant ici encore son simplisme³⁷ et le fait qu'elle n'emporterait pas d'effets juridiques, alors même que c'est l'objet généralement assigné à tout effort de catégorisation juridique³⁸. Elle est parfois revisitée. Ainsi, Akandji-Kombe offre une conception renouvelée de la question, affirmant que les générations qui, traditionnellement, opposent les droits civils et politiques aux droits économiques, sociaux et culturels traverseraient en fait la catégorie des droits économiques sociaux et culturels. Les droits dits économiques appartiendraient à la première, tandis que les droits sociaux relèveraient de la deuxième. De façon plus singulière, l'analyse générationnelle est réfutée avec virulence par Marie-Joëlle Redor. Instrumentalisée, selon l'auteur, par les tenants de la dichotomie des droits, cette présentation servirait la thèse de la hiérarchie des droits en partant du postulat que les droits les plus importants ont été proclamés les premiers. Or, pour Redor, deux critiques doivent être adressées à une telle analyse : d'une part, le fait que l'on trouve trace de consécutions anciennes des droits économiques et sociaux³⁹ et, d'autre part, le fait que cette relative antériorité des droits dits civils et politiques est le résultat d'un rapport de force donné⁴⁰. Une voie médiane entre ceux qui conservent la thèse générationnelle et ceux qui la nient, tracée par Rangeon, consiste à souligner que, s'il est juste d'un point de vue historique, de faire remonter les prémisses des « nouveaux droits » bien avant le milieu du 20^e siècle⁴¹, l'absence de concomitance entre ce qu'il est convenu de nommer les deux générations de droits reste indéniable. Si concomitance il y a, c'est,

(« Droits civils et politiques », ALLAND D., RIALS S. (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 536-538) ou encore Pizzorusso (« Les générations de droits », in GREWE G., BENOIT-ROHMER F. (Dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, PUStrasbourg, 2003, p. 17.), bien que la présentation en générations de droits ne soit pas imposée par la structure même des droits fondamentaux, elle s'avère utile pour comprendre le développement historique de ces droits.

³⁷ De la simplicité, seul mérite de la prétendue typologie des trois générations, selon Decaux (« La question de la typologie des droits de l'homme dans le système universel », in BRIBOSIA E., HENNEBEL L.), au simplisme critiqué par Ponthoreau (« Le principe de l'indivisibilité des droits. L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux », *RFDA*, 2003, p. 929), il n'y a qu'un pas, celui de la simplification, précisément recherchée par Georgisti (« De « l'impossible justiciabilité » des droits sociaux fondamentaux »).

³⁸ Pour Akandji-Kombe, c'est d'ailleurs précisément la finalité de cette catégorisation générationnelle : « Derrière la théorisation des droits de l'homme en termes de génération, il y avait et il y a précisément le postulat d'une cohérence interne de chaque « âge » de droits, une cohérence forte susceptible de produire des conséquences juridiques » (« Droits économiques, sociaux et culturels », in ANDRIANTSIMBAZOVINA J. et alii (Dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 255).

³⁹ Les revendications des droits économiques et sociaux sont anciennes et datent, en Angleterre, du 17^e siècle, en France du 18^e siècle ; quant à leur reconnaissance, elle remonte à la déclaration des droits figurant dans la Constitution de 1793, au plan national et, au niveau international, à la première charte de l'OIT de 1919.

⁴⁰ Les déclarations de droits sont l'œuvre de ceux ayant conquis le pouvoir et consacrent donc les droits dont ils ont besoin.

⁴¹ On pense au projet de Siéyès, lors de la Révolution française, à la déclaration des droits de 1793 ainsi qu'à la Constitution de 1848.

souligne-t-il, seulement entre deux éléments de nature bien distincte : entre l'idée des droits-créances et la consécration des droits-libertés⁴².

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

2- Rares sont ceux qui rejettent purement et simplement la catégorie⁴³, mais tout aussi rares sont ceux qui s'accordent sur les contours de ladite catégorie.

A titre liminaire, évoquons deux points terminologiques qui sont le signe de cette incertitude. Le fait, tout d'abord, que l'expression « droits sociaux » ne soit pas unanimement employée. D'aucuns, souvent issus de la doctrine internationaliste, lui préfèrent des expressions plus compréhensives, telles que droits économiques, sociaux et culturels⁴⁴, ou droits économiques et sociaux⁴⁵. Le fait, ensuite, que l'expression « droits sociaux » est diversement comprise. Alors que certains relèvent, à l'instar de Michel Borgetto, que tout droit est par essence social, d'autres, comme Marie-Pauline Deswarte, insistent au contraire sur la pertinence de l'adjectif social parce qu'il souligne, d'une part, que le titulaire de ces droits est l'« homme situé », victime d'une injustice sociale et, d'autre part, que le sujet passif du droit est la société, devenue débitrice. De cette appréciation ressortent les deux critères de définition des droits sociaux rencontrés dans la doctrine, à savoir, le besoin et l'intervention des pouvoirs publics. Si la doctrine ne s'accorde pas sur les contours de la catégorie des droits sociaux, c'est en réalité parce qu'elle ne s'accorde pas sur le critère d'appartenance à la catégorie. A l'instar des conceptions anglo-saxonne et nordique, les droits sociaux peuvent être définis comme des droits d'inspiration sociale visant le « bien-être » des membres de la société⁴⁶,

⁴² RANGEON F., « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du préambule de la Constitution de 1946 », KOUBI G. et alii, *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 173.

⁴³ Pizzorusso s'interroge sur le poncif selon lequel les droits sociaux seraient une catégorie juridique spécifique. Selon les terminologies employées, les auteurs ne classent pas nécessairement les droits en rapport avec la relation de travail au sein des mêmes sous-catégories des droits économiques et sociaux. Ils peuvent être inclus tantôt dans la catégorie des droits économiques (ORIANNE P., « Mythe ou réalité des droits économiques, sociaux et culturels », Mélanges offerts à Jacques Velu, Tome 3, *Présence du droit public et des droits de l'homme*, 1992, Bruylant), tantôt dans celle des droits sociaux (SAUVIAT A., « Les droits sociaux dans le bloc de constitutionnalité français », *Juger les droits sociaux*, Actes du colloque organisé par ADEAGE, 19 octobre 2001, PULIM, Les Chroniques de l'OMIJ, n° 2, 2004, p. 49).

⁴⁴ Voir Akandji-Kombe (*Op. cit.*) et Bossuyt (*Op. cit.*). Ce dernier distingue les droits économiques (liés au travail), les droits sociaux (qui recouvrent la sécurité sociale, l'assistance et le logement) et les droits culturels (dans lesquels on trouve principalement l'éducation et la culture). Après avoir réalisé cette répartition, il en souligne les limites constatant qu'il n'existe aucun critère juridique permettant de distinguer les droits entre eux. Néanmoins, cette différence entre droits civils et politiques et droits sociaux existe selon lui, le critère, non juridique, donc, étant l'exigence ou non d'un apport financier de l'Etat, ce qui renvoie peu ou prou à la question des obligations positives et négatives de l'Etat.

⁴⁵ PELLOUX R., *op. cit.*

⁴⁶ C'est la définition retenue par Aliprantis (*op. cit.*). Une telle vision semble partagée par Bossuyt qui, sans procéder à un effort de définition, énumère, au titre des droits dits sociaux, des droits portant effectivement sur les conditions d'existence : sécurité sociale, logement, assistance, etc.

répondant à un besoin, avec une idée de protection qui peut s'appliquer tant aux travailleurs qu'aux plus démunis⁴⁷. A ce critère matériel parfois critiqué en ce qu'il n'emporterait pas d'effet juridique, peut être préféré celui reposant sur la nature positive des obligations que les droits sociaux feraient peser sur les pouvoirs publics⁴⁸. Dans ce schéma-là, à l'inverse de l'hypothèse précédente, les droits en rapport avec la relation de travail (droit de grève, liberté syndicale) sont exclus de la catégorie des droits sociaux pour rejoindre éventuellement la catégorie des droits économiques⁴⁹. Le sort réservé aux droits du travailleur est révélateur de l'étendue des divergences entre les auteurs selon que ces droits sont considérés simplement comme faisant partie des droits sociaux et constituant, du fait de leur régime juridique distinct⁵⁰, une sous-catégorie spécifique ou encore comme étant exclus des droits sociaux⁵¹.

La majeure partie des auteurs se rejoint néanmoins sur l'existence d'une différence entre les droits-libertés et les droits-créances⁵², catégorisation qui peut recouper⁵³ celle opposant droits civils et politiques et droits sociaux, quand ceux-ci sont entendus structurellement ou, au contraire, constituer une sous catégorie des droits sociaux définis à partir de leur seule inspiration sociale, c'est-à-dire appréhendés d'un point de vue matériel⁵⁴.

Une telle hétérogénéité dans la définition donnée des droits sociaux fait apparaître la dualité des liens entre catégorisation et régime puisque la construction d'une catégorie « droits sociaux » définie matériellement permet de justifier que ces droits soient soumis à un régime distinct⁵⁵, tandis que, pour une autre partie de la doctrine, c'est l'existence d'un régime différent - caractérisé pour l'essentiel par une intervention positive de l'Etat - de certains droits qui fonde l'instauration d'une catégorie, celle des droits sociaux, catégorie qui, à son tour, justifie un régime particulier, caractérisé cette fois par une justiciabilité moindre.

B. La spécificité du régime des droits sociaux questionnée

⁴⁷ AKANDJI-KOMBE J.-F., (*op. cit.*).

⁴⁸ Pour Pelloux, qui admet la difficulté de définir les droits sociaux, il s'agit de « droits d'exiger de l'individu » ; quant à Georgisti, il estime que ce qui les caractérise, ce sont les obligations positives pesant sur l'Etat.

⁴⁹ Selon Orianne, les droits sociaux des droits économiques sont ceux du travailleur tandis que la sécurité sociale et l'assurance sociale relèvent des droits sociaux. Cette idée est également présente dans les écrits de Bossuyt.

⁵⁰ SAUVIAT A., *op. cit.*

⁵¹ ALIPRANTIS N., *op. cit.*

⁵² Y compris A. Pizzorusso et L. Gay qui n'en déduisent pas directement de conséquences sur l'objet « droits sociaux » (PIZZORUSSO A., *op. cit.*, GAY L., « La notion de « droits-créances » à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, p. 245). Voir toutefois la position contraire de Ponthoreau qui souligne que tous les droits imposent des actions positives de l'Etat (*op. cit.*). Voir aussi Akondji-Kombé qui distingue, au sein des droits économiques et sociaux, les « droits de » et les « droits à », comme Morange qui, dans la catégorie des droits économiques et sociaux, oppose les droits-libertés aux droits-créances (*op. cit.*).

⁵³ BOSSUYT M., « La distinction entre DCP et DESC », *Revue des droits de l'homme*, 1975, p. 783.

⁵⁴ Elle constitue alors une sous catégorie des droits sociaux (Borgetto, Morange, Pelloux).

⁵⁵ Voir cependant la position différente de Georgisti qui estime que, si la catégorie « droits sociaux » est fondée sur leur inspiration sociale, elle est alors sans effet juridique.

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

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

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

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

Certains réfutent donc encore toute justiciabilité des droits sociaux, mais d'autres auteurs leur reconnaissent une justiciabilité spécifique. Partant du lien ténu qui existe entre les droits de ce type et la loi, la seule justiciabilité envisageable est la « justiciabilité normative », pour reprendre l'expression de Guy Braibant, au sens où le contrôle du juge ne pourrait porter que sur les modalités de leur concrétisation par le législateur. Quelques auteurs, tel Aliprantis, encore minoritaires dans les écrits, soutiennent même la thèse d'une justiciabilité totale des droits sociaux, réfutant l'ensemble des arguments souvent avancés à l'encontre de l'accès au juge.

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

D'ailleurs, à ce sujet, un colloque qui s'est tenu en 2009 à l'Université de Caen mérite d'être mentionné⁵⁶. La doctrine de libertés publiques y était présente dans une belle diversité. S'y est formée une sorte d'union sacrée autour de l'indivisibilité des droits, insistant sur la stérilité que présentait, d'un point de vue scientifique, la distinction traditionnelle en catégories. Cette rencontre révèle, qu'au-delà de ce qui constitue encore la ligne majoritaire, des inflexions, voire des renversements de tendance, sont en cours. De sorte que l'on peut s'interroger sur l'écart croissant entre l'état de la réflexion de la doctrine contemporaine et la réception de ses travaux dans les manuels.

*

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

Les divergences entre les auteurs sur les contours de la catégorie des droits sociaux - que révèle, à titre principal, l'attitude d'inclusion ou, à l'inverse, d'exclusion des droits du travailleur, et que souligne également, à titre subsidiaire, l'hétérogénéité des listes données de droits sociaux - témoignent de l'incapacité de la doctrine à trouver un critère juridique unificateur. Les principes d'égalité, de fraternité, de solidarité ou de dignité sociale ont tour à tour été convoqués par la doctrine des libertés fondamentales sans, toutefois, constituer le critère objectif de détermination des droits pouvant être considérés comme sociaux⁵⁷.

Une telle insuffisance conceptuelle, qui s'explique pour partie par un certain désintérêt de la doctrine spécialisée dans les libertés fondamentales pour la question sociale⁵⁸, ne serait pas gênante si les tentatives de classification n'avaient d'autres prétentions que celle de souligner la multitude, la diversité et le caractère évolutif des droits de l'homme. Mais, les conséquences attachées aux classifications des droits de l'homme et, en particulier, à celles qui, sous des formes variées, distinguent les droits dits sociaux des autres droits de l'homme,

⁵⁶ « L'universalisme des droits en question(s) », Caen, 15 mai 2009, *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n° 7, à paraître.

⁵⁷ L'existence de droits qualifiés de mixtes par la doctrine – tels la liberté syndicale rattachée aux droits sociaux par le biais du travailleur, mais tout aussi indiscutablement dérivée du droit civil et politique que constitue la liberté de réunion – témoigne des difficultés de l'entreprise de classification en l'absence de critère pertinent (SUDRE F., *op. cit.*, p. 238, MEYER-BISCH P., *op. cit.*, p. 141).

⁵⁸ Témoignent de ce désintérêt les très rares références par les membres de la doctrine à la pauvreté (ROBERT J., *op. cit.*, CHARVIN R., SUEUR J.-J., *op. cit.*) et la timidité qu'ils manifestent à l'égard du thème de dignité sociale (FIALAIRE J., MONDIELLI E., *op. cit.*)

sont plus fondamentales puisqu'elles participent de la construction, puis, de la pérennisation d'une vision hiérarchisée des droits de l'homme qui tend notamment à légitimer, en le tenant pour donné, le régime moins protecteur des droits sociaux.

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

*