



HAL
open science

L'application du droit international social par les juges d'autres Etats

Alina Miron

► **To cite this version:**

Alina Miron. L'application du droit international social par les juges d'autres Etats. J.M. Thouvenin; A. Trebilcock. Droit international social: droits économiques, sociaux et culturels, Bruylant, pp.557-589, 2013, 978-2-8027-3846-6. hal-01783340

HAL Id: hal-01783340

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01783340v1>

Submitted on 28 Aug 2024

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.

Droit international social

**Droits économiques, sociaux et
culturels**

Sous la direction de
Jean-Marc Thouvenin et Anne Trebilcock


BRUYLANT

CEDIN

- Cass., Crim., n° 78-93709, 7 juin 1979, *Bull.* n° 197, p. 542
- Cass., Crim., n° 86-92785, 13 janvier 1987, *Bull.* n° 13, p. 35
- Cass., Crim., *Pompes funèbres*, n° 89-80673, 1^{er} février 1990, *Bull.* n° 56, p. 153
- Cass., Crim., n° 89-86715, 22 janvier 1991, *Bull.* n° 38, p. 97
- Cass., Crim., n° 90-82403, 27 février 1991, *Bull.* n° 100, p. 252
- Cass., Crim., n° 90-86791, 15 octobre 1991
- Cass., Crim., n° 91-85710, 8 février 1993
- Cass., Crim., n° 94-85791, 22 février 1995, *Bull.* n° 78, p. 186
- Cass., Crim., n° 95-85940, 29 janvier 1997, *Bull.* n° 40, p. 115
- Cass., Crim., n° 00-82341, 30 janvier 2001
- Cass., Com., n° 03-10068, 25 janvier 2005
- Cass., Crim., n° 07-80162, 7 février 2007, *Bull.* n° 39, p. 248

e. *Chambre commerciale*

- Cass., Com., 26 mai 1998, n°96-10582, *Bull.* n° 168, p. 136

f. *Chambre mixte*

- Cass., Ch. Mixte, *Jacques Vabre*, n° 73-13556, 24 mai 1975, *Bull.* n° 4, p. 6

g. *Assemblée plénière*

- Cass., Ass., n° 09-69052, 3 juin 2011

Sous-Section 2 – L'application par les juges d'autres États
(Alina MIRON)

1. Le thème de l'application des droits sociaux par les juges d'États autres que la France impose à l'analyste de faire du droit comparé, au sens premier de ce terme, celui de « comparaison entre les droits nationaux ». Le parti pris de ce Manuel, qui porte sur le droit *international* social, l'invite toutefois à un écart des méthodes traditionnelles de la discipline comparatiste et le dispense d'utiliser la boussole de l'internationaliste publiciste pour l'exploration du sujet. La présente étude relève donc d'une approche hybride : la méthode comparatiste permet de faire ressortir le commun des solutions dégagées par les divers juges nationaux saisis d'un recours en violation des droits sociaux. Mais la méthode comparatiste incite aussi à jouer sur la diversité : on tente

alors d'identifier les singularités dont chaque ordre juridique se pare et on s'autorise à proposer l'importation des objets juridiques ainsi identifiés comme étant propres à l'ordre d'origine dans l'ordre juridique d'accueil. Cette analyse entend jouer ce jeu comparatiste, mais en se limitant à l'analyse des décisions qui au moins mentionnent les sources internationales. Il en résulte une exclusion délibérée de nombre d'arrêts qui appliquent matériellement du droit social, mais qui sont muets sur les textes internationaux.

2. Le centre d'intérêt de cette étude ne porte toutefois pas sur le contenu matériel des divers droits sociaux dont la jurisprudence a eu à connaître, tant la mission de les dégager relève de l'impossible, mais se tourne vers les techniques qui permettent aux sources internationales de droits sociaux de pénétrer dans les ordres juridiques internes, étant entendu que, par hypothèse, le juge est le vecteur de cette circulation. En vue des différences importantes quant aux compétences *in rem* et *in personam* des tribunaux du travail dans divers pays, cette contribution part d'ailleurs d'une étude de la jurisprudence des tribunaux dotés d'une juridiction générale.

3. L'analyse repose ainsi sur des concepts des plus familiers à l'internationaliste publiciste, notamment les méthodes d'incorporation de la norme sociale internationale dans les ordres juridiques internes, les obstacles érigés à son application et leur dépassement, par l'ingéniosité des juges. Or il en va des droits sociaux comme de certains autres domaines du droit international : l'effectivité de la norme repose sur son application interne, sinon la seule affirmation sur le plan international tient du déclamatoire. Le juge occupe dans ce système une place de choix.

4. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels ne s'est d'ailleurs pas trompé en consacrant une Observation générale à l'application interne du Pacte de 1966 (v. Observation générale n° 9, 28 décembre 1998, doc. E/C.12/1998/24). Il s'y penche sur les modalités d'intégration normative du Pacte (bien qu'elles ne lui soient pas propres) et souligne que l'incorporation des textes doit s'accompagner de la mise en place de voies pour défendre ces droits, et ce alors même que le droit au recours n'est pas inscrit dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : « [L]es normes du Pacte doivent être dûment reconnues dans le cadre de l'ordre juridique national, toute personne ou groupe lésé doit disposer de moyens de réparation, ou de recours, appropriés et les moyens nécessaires pour faire en sorte que

les pouvoirs publics rendent compte de leurs actes doivent être mis en place » (Observation générale n° 9, *op. cit.*, par. 2).

5. Le droit au juge reçoit ainsi une consécration internationale dont l'écho interne ne s'est point éteint ; tout au contraire, il tend à s'amplifier, au fur et à mesure que la justiciabilité des droits sociaux gagne du terrain (§1). Diverses motivations poussent à l'usage des textes internationaux, dans l'offensive des juges internes pour l'affirmation du caractère positif, voire ordinaire des droits sociaux. L'internationaliste voudrait peut-être y voir la preuve que le juge veille à l'observance par l'exécutif, voire par le législateur, des obligations internationales de son État. L'étude de la jurisprudence révèle toutefois que cette préoccupation n'est que subsidiaire (ce qui ne signifie pas pour autant absente). Le juge national se veut surtout un agent de l'ordre qui l'institue, dont il ambitionne à étirer la couverture axiologique pour qu'elle couvre les droits sociaux. Dans cette perspective, le droit international est successivement source normative (à un degré très variable) et source de légitimation de la démarche judiciaire (§2). Pour consolider la justiciabilité à peine affirmée, le juge mobilise les recours disponibles dans son arsenal juridique ; force est toutefois de reconnaître que les droits sociaux ont de spécifique une dimension essentiellement collective. Les ordres juridiques nationaux sont toutefois diversement armés pour la défense des droits collectifs. La méthode comparatiste classique rentre alors à nouveau dans le jeu pour suggérer aux ordres nationaux qui en sont démunis des solutions venues d'ailleurs (§3).

§ 1. Interrogations et réponses sur la nature des droits sociaux

6. Les interrogations relatives à la nature des droits sociaux mettent en évidence un réflexe de comparaison avec les droits civils et politiques. Cette comparaison fournirait à elle seule les réponses relatives aux doutes (largement dépassés) sur la justiciabilité des droits sociaux (A), le but de l'exégète étant de démontrer que les deux catégories sont en tous points comparables, et qu'aux mêmes maux il convient d'apporter les mêmes remèdes. C'est toutefois moins la conviction des similarités irréductibles entre les deux catégories, dans leurs caractéristiques essentielles, que la bonne fortune des droits civils, transparente à la fois dans la dominance du discours « droit de l'hommiste » et dans la mise en place de mécanismes de protection, qui justifie les attraits de cette comparaison. Mais lorsque l'on regarde de plus près on constate

qu'une confusion des régimes des deux catégories n'est peut-être ni pleinement réalisable ni d'ailleurs forcément souhaitable (B).

A – La justiciabilité des droits économiques et sociaux dans la jurisprudence comparée

7. Vrai serpent de mer des écrits sur les droits sociaux, la question de leur justiciabilité prend tout son sens lorsqu'elle est adressée à un juge : une réponse résolument négative marquerait à n'en point douter la fin de la mission du juge dans ce domaine. Or le sujet même de cette contribution et la possibilité réaliste d'en traiter suggèrent assez clairement que, posée en termes aussi absolus et généraux, cette question n'a plus lieu d'être dans bien des ordres juridiques étudiés : l'existence même d'un *corpus* jurisprudentiel en la matière présuppose en effet la justiciabilité des droits sociaux. Bien que la réponse soit connue d'avance, la question n'en vaut pas moins le détour, puisque les juges eux-mêmes y apportent des éléments de réponse.

8. La justiciabilité désigne la possibilité pour une personne d'invoquer ces droits devant un juge et le pouvoir du juge d'en décider sur la base des droits invoqués. Ainsi posée, cette question a toutefois des prolongations ontologiques : nombre d'auteurs, plus ou moins adeptes du réalisme juridique, considèrent que l'injusticiabilité des droits sociaux infirme leur positivité : ils constitueraient plutôt des incitations à l'adresse des États que de véritables obligations juridiques, qui leur seraient opposables.

9. Il importe toutefois de souligner que le cours du raisonnement est ainsi inversé : dans la plupart des systèmes juridiques les juges se refusent à être ouvertement à l'origine de droits subjectifs. Il ne convient donc pas de conclure à la positivité ou non des droits sociaux à partir de la reconnaissance de leur justiciabilité. Tout au contraire, la justiciabilité n'est qu'une conséquence de la positivité, conséquence par ailleurs contingente dans l'espace (elle dépend de l'incorporation de ces droits dans l'ordonnement juridique interne) et dans le temps (elle dépend de l'activisme judiciaire dans un État donné).

10. Telle est l'approche retenue par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud dans un arrêt d'un grand retentissement, rayonnant bien au-delà de son ordre juridique, l'arrêt *Grootboom* : l'inscription des droits sociaux dans une source positive (de nature constitutionnelle ou législative) justifie, d'une manière définitive, leur justiciabilité :

« Bien que la justiciabilité des droits économiques et sociaux ait fait l'objet de multiples débats en doctrine et jurisprudence, la question de savoir s'ils sont réellement justiciables en Afrique du sud a été définitivement résolue par le texte de notre Constitution (...). Les droits économiques et sociaux sont expressément inclus dans la Charte des droits ; on ne saurait considérer qu'ils existent sur papier seulement. La section 7(2) de la Constitution précise qu'il incombe à l'État de 'respecter, protéger, promouvoir et assurer les droits prévus dans la Charte des droits'. La question n'est donc pas si ces droits sont justiciables en vertu de la Constitution, mais comment les faire appliquer dans un cas donné. » (Cour constitutionnelle (Afrique du Sud), *Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors* 2000, 4 octobre 2000, par. 20, notre traduction ; dans le même sens, v. Cour constitutionnelle (Afrique du Sud), *Minister of Health v Treatment Action Campaign (TAC), Treatment Action Campaign (TAC)*, 5 juillet 2002, pars. 25 et 99).

11. Consacrés par la Constitution, les droits sociaux sont du même coup marqués du sceau de la positivité. Leur justiciabilité n'en reste pas moins suspendue aux aléas du contrôle de constitutionnalité dans l'ordre juridique en question : plus ce contrôle est consolidé, plus les droits sociaux ont des chances d'en bénéficier. La problématique se déplace ainsi de la justiciabilité vers la détermination des standards de contrôle permis par la Constitution lorsque les droits sociaux sont en jeu :

« La question n'est donc pas de savoir si les droits sociaux-économiques sont justiciables. Ils le sont clairement. Elle est de savoir si les demandeurs ont démontré que les mesures prises par le gouvernement pour assurer l'accès aux services de santé aux mères infectées par le VIH et à leurs bébés ne répondent pas aux obligations prévues dans la Constitution » (Cour constitutionnelle (Afrique du Sud), *Treatment Action Campaign (TAC)*, 2002, *op. cit.*, par. 25, notre traduction).

12. Il en va de même de l'inscription d'un droit social dans la loi d'un État. Elle atteste de sa justiciabilité, d'une manière d'ailleurs moins dramatique, en ce que l'une des réticences majeures pour la reconnaissance de la justiciabilité, qui provenait de l'embarras du juge de se subs-

tituer au législateur en reconnaissant des droits n'ayant pas fait l'objet d'un débat démocratique, n'a plus lieu d'être dans cette hypothèse.

13. L'on peut dès lors constater que la consécration des droits sociaux, par un texte constitutionnel ou législatif, engendre une présomption en faveur de leur justiciabilité. Leur seule déclaration par des conventions internationales ou résolutions des organisations internationales ne paraît *a priori* pas suffisante pour fonder une décision judiciaire. L'on touche là à la problématique plus large de la réception des sources internationales dans l'ordre national, à laquelle est consacrée la deuxième partie de cette contribution.

14. La légitimité de l'intervention du juge pour la défense des droits sociaux repose ainsi sur le lien consubstantiel entre la positivité d'un droit social, liée à la positivité de la source dont il découle, et sa justiciabilité. Elle est renforcée par la gnose doctrinale de l'indivisibilité des droits politiques et des droits sociaux, que les juges semblent d'ailleurs accueillir assez favorablement.

B – Le principe de l'indivisibilité des droits, levier imparfait de la justiciabilité

15. La doctrine met en avant le principe de l'indivisibilité des droits politiques et économiques pour dépasser la scission idéologique reflétée dans l'adoption de deux Pactes distincts en 1966, scission d'ailleurs perpétuée par l'instauration d'un régime dual de protection. L'attitude des juges repose sur une observation d'un phénomène indéniable : l'indifférence à l'égard des droits sociaux aboutit ultimement à mettre en péril les droits politiques. Elle révèle ainsi une certaine dose de pragmatisme : ils y puisent à la fois une justification supplémentaire de la justiciabilité et une source d'inspiration pour dénicher les modalités de mise en pratique. Le dogme de l'indivisibilité des droits trouve ainsi un prolongement certain dans le concept jurisprudentiel d'interdépendance (ou connexité) des droits de l'homme.

16. C'est en partant du constat très réaliste que le respect de droits civils, qualifiés comme fondamentaux, impose et présuppose la réalisation des droits sociaux, que la Cour constitutionnelle d'Afrique du sud a initié sa politique volontariste de juger du respect des droits sociaux :

« Notre Constitution comprend à la fois des droits civils et politiques et des droits sociaux et économiques. Tous les droits dans notre Charte sont liés et se soutiennent réciproquement.

Il n'y a pas de doute, la dignité humaine, la liberté et l'égalité sont des valeurs fondatrices de notre société et qu'elles sont déniées à ceux qui n'ont pas de nourriture, de vêtements ou d'abri. La reconnaissance des droits socio-économiques à toutes les personnes leur permet de jouir des autres droits établis dans le Chapitre 2 » (Cour constitutionnelle (Afrique du sud), *Grootboom*, 2000, *op. cit.*, par. 23, notre traduction ; dans le même sens, v. Colombie, Cour constitutionnelle, Décision T-760, 2008 par. 3.2.5 ; toujours en Amérique latine et dans le même sens, v. Argentine, Cour fédérale administrative d'appel, *Viceconte, Mariela c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de Economía de la Nación) s/ Acción de Amparo*, 2 juin 1998, par. 5 et Cour suprême, *Reyes Aguilera, Daniela v. Argentina*, 4 septembre 2007, pars. 6 et 7 ; le même lien entre les droits à la santé et à l'alimentation et le droit à la vie apparaît, en Asie, dans la jurisprudence indienne, v. en ce sens : High Court de Delhi, *Laxmi Mandal v. Deen Dayal Harinagar Hospital & Ors*, 4 juin 2010, par. 26).

17. Le plus souvent, le principe d'interdépendance permet aux juges de mobiliser pour la protection des droits sociaux les ressources normatives consacrées aux droits civils. Mais le contraire peut arriver dans les systèmes où certains droits sociaux sont mieux protégés (notamment par le développement d'une jurisprudence consistante) que certains droits civils. Ainsi, en Inde, la High Court de New Delhi a pu estimer que la pénalisation des relations homosexuelles (une violation du droit à la vie privée dans nombre d'ordres juridiques) constituait une violation du droit à la santé et devait être condamnée à ce titre (v. High Court de New Delhi, *Naz Foundation v. Government of NCT of New Delhi and Others*, 2 juillet 2009,).

18. L'affirmation de l'interdépendance des droits permet aux juges d'explorer des potentialités insoupçonnées à l'époque de l'adoption des textes protégeant les droits civils en question. La technique de l'interprétation dynamique des normes de protection trouve ainsi un champ d'application inattendu. Mais le phénomène n'est pas sans inconvénient : il présente d'abord le risque d'une dilution, à force d'étirements successifs, de la signification des textes protégeant les droits civils. Il existe aussi l'effet secondaire nocif de voir assurée une protection *a minima* des droits sociaux, qui deviendraient justiciables seulement dans les

cas extrêmes où le lien de causalité entre la violation d'un droit social et l'atteinte à un droit civil est établi.

19. Mais lorsque le droit national ne contient pas dans son arsenal des sources appropriées de protection des droits sociaux et que les juges nationaux s'abstiennent de fonder leurs décisions sur les normes internationales, bien que ces dernières soient plus précises, le principe d'interdépendance demeure une voie à explorer. Certes, les juges ont la conscience des distinctions qui séparent ces corpus de droits et en réfèrent extensivement aux dispositions internationales plus précises pour faire valoir l'autonomie conceptuelle des droits sociaux. Ainsi, la Cour d'appel de British Columbia, tout en reconnaissant que la référence par le juge inférieur aux textes internationaux relatifs au droit au logement était pertinente pour l'interprétation des normes internes de droit social, choisit de s'appuyer sur une interprétation circonstanciée du droit à la vie, inscrit dans la Charte canadienne des droits et libertés (Canada, Cour d'appel de British Columbia, *Victoria (City)*, 8 septembre 2009, pars. 33 – 35 ; la même démarche est décelable dans un arrêt de la Cour suprême argentine, *Reyes Aguilera*, 2007, *op. cit.*, pars. 6 et 7).

§ 2. Du bon usage des textes internationaux relatifs aux droits sociaux

20. Les traditions nationales sur la réception et l'application des normes internationales dans l'ordre interne, notamment l'attachement de tel ou tel ordre national aux pratiques du monisme ou dualisme, devraient *a priori* être décisives pour l'invocation des textes internationaux de protection des droits sociaux devant un juge interne. L'étude de la jurisprudence démontre toutefois que cette dualité conceptuelle est dépassée en pratique : les systèmes dits monistes ne sont pas forcément plus favorables à cette invocabilité que les systèmes dits dualistes. Certes, l'invocabilité sans truchement de la norme internationale n'est *a priori* envisageable que dans les systèmes dits monistes, mais elle est alors qualifiée et pondérée par la reconnaissance de son effet direct. Inversement, les juges dualistes utilisent extensivement la théorie de l'interprétation conforme pour faire rentrer les sources internationales dans le patrimoine normatif interne.

21. Le principe de l'interprétation conforme est ainsi érigé en principe d'interaction normative entre sources internes et internationales

de protection des droits sociaux. Le Comité des droits économiques est allé jusqu'à le considérer comme un principe du droit international :

« Il est généralement reconnu que le droit interne doit être interprété autant que faire se peut d'une manière conforme aux obligations juridiques internationales de l'État. Ainsi, lorsqu'un organe de décision interne doit choisir entre une interprétation du droit interne qui mettrait l'État en conflit avec les dispositions du Pacte et une autre qui lui permettrait de se conformer à ces dispositions, le droit international requiert que l'on choisisse la deuxième » (Observation générale n° 9, *op. cit.*, par.15).

22. Bien que cette consécration s'apparente plus à un postulat qu'à une démonstration, elle n'est pas sans fondement et l'on peut y voir au moins un corolaire de l'obligation de bonne foi. L'essentiel est toutefois que les juges internes appliquent, d'une manière nuancée, cette doctrine : ainsi, il apparaît qu'elle ne remplit pas les mêmes fonctions lorsqu'il s'agit d'interpréter des normes constitutionnelles et des normes législatives. D'une manière générale, la réception des normes internationales s'opère différemment dans le corpus constitutionnel et dans le corpus législatif. Il semble donc plus approprié de se pencher sur les relations qu'entretiennent les normes constitutionnelles d'une part (A) et les normes législatives d'autre part (B) avec les textes internationaux de protection des droits sociaux, sans faire de la dichotomie systémique (monisme *versus* dualisme) un repère décisif dans l'analyse.

A – Une fécondation des normes constitutionnelles par les textes internationaux

23. L'intégration de la norme internationale dans le bloc de constitutionnalité conduit à un dépassement de la dualité monisme/dualisme. Cette forme de réception peut s'opérer soit par une incorporation normative, à savoir par une reprise textuelle des normes établies par les textes internationaux, ou bien, plus souvent, par un renvoi au corpus international des droits l'homme. Les juges estiment ainsi d'une manière générale que la simple ratification d'une convention internationale la rend applicable, fût-ce indirectement pour les besoins de l'application de la théorie de l'interprétation conforme, et qu'une incorporation plus précise n'est pas nécessaire. La solution est admise depuis longtemps pour les droits civils. Il est toutefois intéressant de souligner qu'elle est

étendue aux droits sociaux, les juges ne trouvant pas qu'une distinction entre les deux catégories soit nécessaire à ce stade.

a) *Le principe d'interprétation croisée des normes constitutionnelles de protection des droits sociaux*

24. L'intégration expresse des droits humains parmi les valeurs constitutionnellement protégées autorise les juges à se référer aux textes internationaux de protection des droits sociaux. Le bloc de constitutionnalité s'enrichit alors d'un corpus de normes relatives aux droits sociaux et, du même coup, le champ du contrôle de constitutionnalité des lois y est étendu. Telle est la position affichée par exemple par le juge colombien qui rappelle, dans un contentieux relatif au droit de grève, que :

« [L]'article 93 de la Constitution (...) prévoit la supériorité dans l'ordre interne des traités internationaux sur les droits humains ratifiés par la Colombie. Cet article résout en la matière toute inquiétude liée au monisme ou dualisme. Tout simplement, avec la loi d'approbation du traité international, les dispositions sur les droits humains que l'État a ratifiées – le texte et donc le compromis international – entrent dans l'ordre interne avec un rang supérieur » (Colombie, Cour constitutionnelle, *Sindicato de las Empresas Varias de Medellín c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Ministerio de Relaciones Exteriores*, décision T-568, 10 Août 1999, notre traduction).

25. En pratique, cette interaction normative s'illustre à travers l'interprétation des normes constitutionnelles. C'est l'interprétation qui constitue le tremplin de l'application (indirecte) des textes internationaux : la généralité des dispositions constitutionnelles requiert du juge d'en préciser le sens et la portée par référence aux textes internationaux faisant partie du même ensemble matériel. Certaines constitutions prévoient ainsi expressément un principe d'interprétation croisée des normes constitutionnelles et internationales des droits de l'homme. Il en est ainsi de l'ordre colombien :

« Conformément à la règle herméneutique prévue à l'article 93 de la Constitution, l'interprétation du droit à l'éducation et plus particulièrement du contenu normatif de l'article 67 de la Charte, devra se faire 'en conformité avec les traités interna-

tionaux sur les droits humains ratifiés par la Colombie', raison pour laquelle il est impératif de consulter les instruments de cette nature qui permettent d'avancer dans la tâche de la détermination de la portée de ce droit » (Colombie, Cour constitutionnelle, Décision C-376/10, 19 mai 2010, par. 8.2.1., notre traduction ; dans le même sens, v. section 39 de la Constitution sud-africaine).

26. À défaut d'une consécration constitutionnelle expresse, le principe de l'interprétation conforme dérive de la jurisprudence, sans que cette origine, plus modeste, en diminue pourtant l'influence. Les juges le considèrent aisément comme un principe général d'interprétation. Ainsi le juge canadien le relève-t-il d'office :

« L'appel ne soulève aucun problème relatif aux références faites par le juge de première instance aux instruments internationaux comme outil d'interprétation de la Charte. Il ne saurait d'ailleurs y en avoir. L'usage des instruments internationaux comme support dans l'interprétation du sens et de la portée des droits prévus par la Charte, et en particulier des droits protégés en vertu de la s.7 et des principes fondamentaux de justice, est bien établie dans la jurisprudence canadienne » (Canada, Cour d'appel de British Columbia, *Victoria (City)*, 2009, *op. cit.*, par. 35, notre traduction).

27. Le juge islandais va jusqu'à y voir un principe jurisprudentiel régional :

« C'est un principe reconnu en droit nordique que les lois doivent être interprétées, pour autant que possible, en conformité avec les conventions internationales ratifiées par l'État. Dès lors, l'article 76 de la Constitution doit être entendu de telle manière à assurer le droit de toute personne au moins à un revenu minimal (...). (Islande, Cour suprême, *State Social Security Institute v Organization of the Disabled in Iceland*, 19 décembre 2010, notre traduction à partir de l'anglais).

28. Ailleurs les juges décèlent le fondement d'une obligation d'interprétation conforme dans la nécessité pour l'État de respecter ses engagements internationaux et pour l'appareil judiciaire d'y concourir :

« L'obligation pour l'État de respecter ses engagements internationaux dans le domaine des droits de l'homme dérive de l'article 89 de la Constitution (...). Cet article démontre clairement l'intention du constituant d'harmoniser les dispositions constitutionnelles relatives aux droits de l'homme avec les règles internationales en la matière » (Lettonie, Cour constitutionnelle, *On Compliance of the First Part of Section 3 of State Pensions and State Allowance Disbursement*, 21 décembre 2009, notre traduction à partir de l'anglais. Dans le même sens, v. Canada, Cour suprême, *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, 9 avril 1987, par. 57 et 59).

b) *Les fonctions de l'interprétation croisée des normes constitutionnelles de protection des droits sociaux*

29. L'interprétation des normes constitutionnelles ne consiste pas à confronter deux sens distincts et potentiellement contradictoires de la même norme, mais plutôt à investir le champ sémantique flou du texte constitutionnel des connotations souvent plus précises issues du texte international. La citation extensive, l'adoption des concepts, des standards, voire de la terminologie développés par les textes internationaux révèlent le rôle considérable joué par ceux-ci pour la construction d'un ensemble jurisprudentiel cohérent (tout autant que la grande liberté des juges dans ce domaine). De ce point de vue, l'on devrait d'ailleurs moins parler d'interprétation que d'un phénomène de fécondation normative : la norme internationale irrigue les normes constitutionnelles. C'est pour cette raison qu'il semble d'ailleurs plus idoine d'utiliser les termes d'*interprétation croisée* et non d'*interprétation conforme*.

30. L'interprétation croisée repose sur la convergence des valeurs que sous-tendent les normes : si, dans le cadre de l'interprétation constitutionnelle, les juges nationaux font référence aux textes internationaux c'est qu'ils sont convaincus de l'universalité des valeurs que ceux-ci diffusent et qu'ils entendent les affermir dans l'ordre interne. Il est ainsi significatif que la référence aux textes internationaux est utilisée lorsque les juges veulent étendre le champ de la protection des droits. Ce principe de progression est d'ailleurs parfois affirmé comme une condition de l'application du texte international. Un exemple en ce sens est fourni par une jurisprudence canadienne assez ancienne :

« Les principes généraux d'interprétation constitutionnelle requièrent que ces obligations internationales soient considérées comme un facteur pertinent et persuasif quand il s'agit d'interpréter la Charte. (...) Je crois qu'il faut présumer, en général, que la Charte accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux en matière de droits de la personne que le Canada a ratifiés » (Canada, Cour suprême, *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, 1987, *op. cit.*, par. 59).

31. Le permanence de cette solution qui permettait aux juges canadiens d'user d'un texte international aux fins de l'extension de la protection d'un droit prévu dans un texte interne est peut-être mise en doute par la jurisprudence la plus récente de la Cour suprême du Canada : saisie de la question de savoir si le droit d'association, protégé par l'article 2 d) de la Charte canadienne des droits et libertés, ouvre un droit à la négociation collective pour les travailleurs agricoles, la Cour suprême canadienne a exprimé des avis divergents en l'espace de moins de quatre années (comparer l'arrêt du 8 juin 2007, *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique* et l'arrêt du 29 avril 2011, *Ontario (Procureur général) c. Fraser*).

32. Alors que la majorité dans l'arrêt *Health Services* avait considéré que « les accords internationaux auxquels le Canada est partie reconnaissent que le droit des syndiqués de participer à des négociations collectives bénéficie de la protection accordée à la liberté d'association » (par. 79), les juges majoritaires dans *Fraser* ont restreint la portée de cette conclusion, en y voyant une simple obligation de comportement, et non de résultat, qui se serait autrement traduite, *inter alia*, par une obligation de conclure une convention collective (pars. 99-106). Cette solution matérielle est vue, à raison, comme une régression par les défenseurs des droits des travailleurs agricoles. Et il est évident que les juges de *Fraser* ne se sont pas associés à l'interprétation la plus dynamique des normes internationales en la matière.

33. Il est donc évident que les deux arrêts affichent des interprétations bien distinctes des mêmes instruments internationaux (en l'occurrence, de la Convention n° 87 de l'OIT, et partant, de l'article 2d de la Charte). Mais ils ne divergent pas, du moins en principe, sur la pertinence des instruments internationaux pour l'interprétation des

normes constitutionnelles. Bien que l'arrêt *Fraser* ne s'engage pas dans la voie, militante, d'une instrumentalisation du droit international pour étendre la portée d'un droit constitutionnel, se situant sur ce point en retrait par rapport à l'arrêt *Health Services and Support* (v. par. 79 de ce dernier), les juges de la majorité ne vont pas jusqu'à infirmer la théorie de l'interprétation conforme, bien au contraire, ils insistent sur le fait que :

« Les droits constitutionnels *doivent* être interprétés à la lumière des valeurs canadiennes et des engagements internationaux du pays en matière de droits de la personne. » (par. 92, des opinions de la Juge en chef McLachlin et du juge LeBel, italiques dans le texte).

Il s'ensuit donc que ce recul jurisprudentiel ne condamne pas forcément le mécanisme de l'interprétation croisée, qui permet d'étendre la portée d'un droit protégé au niveau interne en se basant sur un texte international.

34. La même théorie de l'interprétation croisée a cours dans des prétoires relevant d'une tradition juridique très différente de la canadienne. Ainsi, la cour constitutionnelle de la Lettonie a considéré que :

« Les règles internationales des droits de l'homme et la pratique de leur application en tant que droits constitutionnels sont des outils d'interprétation pour déterminer la nature et la portée des principes de l'État de droit et des droits fondamentaux, pour autant qu'ils ne conduisent pas à restreindre les droits fondamentaux prévus par la Constitution » (Lettonie, Cour constitutionnelle, *On Compliance of the First Part*, 2009, *op. cit.*, notre traduction à partir de l'anglais).

B – La réception législative des normes internationales de protection des droits sociaux

35. Cette réception peut s'opérer en vertu d'une norme constitutionnelle qui autorise le juge à appliquer directement un texte international (la technique privilégiée des systèmes dits « monistes »), mais aussi par une incorporation textuelle ou bien par un renvoi à la norme internationale par la loi nationale (techniques propres aux systèmes dits « dualistes »).

a) *Le succès mitigé de l'applicabilité directe de la norme internationale*

36. Malgré une apparente facilité d'applicabilité directe des textes internationaux dans les ordres « monistes », les juges nationaux se montrent peu disposés à en tirer avantage pour pousser à une application élargie des normes internationales de promotion des droits sociaux. Ils considèrent souvent que ces textes s'adressent principalement au législateur, à qui il incombe de les mettre en œuvre :

« Certes, les normes en question se contentent pour l'essentiel de fixer les lignes directrices dont doit s'inspirer la législation des États contractants et, par conséquent, elles s'adressent en premier lieu non aux autorités administratives ou judiciaires, mais au législateur national » (Suisse, Tribunal fédéral, *R. contre Caisse cantonale neuchâteloise de compensation et Tribunal administratif du canton de Neuchâtel*, 18 décembre 1987).

37. Il en résulte que les traités internationaux sont rarement applicables d'une manière autonome et lorsqu'ils sont invoqués, ils le sont d'une manière conjointe avec une disposition interne. C'est le constat retracé, par exemple, par le rapport au Comité des droits sociaux d'un État très moniste comme la Belgique :

« [L]e Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (...) apparaît rarement invoqué seul et par conséquent, les cours et tribunaux belges ne l'appliquent que très peu, à l'instar de la Charte sociale européenne. Cette situation paraît s'expliquer principalement par le fait qu'une grande majorité de leurs dispositions se voient refusées un effet direct en droit interne. Par ailleurs, on peut constater, des exemples non exhaustifs mentionnés ci-dessous, que le PIDESC n'est jamais examiné de manière autonome. En effet, le PIDESC est toujours lu en parallèle avec d'autres textes. » (Comité des droits sociaux, économiques et culturels, 1^{er} novembre 2007, Réponse du Gouvernement de la Belgique, E/C.12/BEL/Q/3/Add.1).

38. En effet, la théorie de l'effet direct vient restreindre considérablement la potentielle application directe de la réglementation internationale en la matière. Or les critères de l'effet direct d'une conven-

tion internationale ne sont ni uniformes ni constants : ils varient dans le temps et dans l'espace, parfois même en fonction de la matière à laquelle la convention en question serait applicable.

39. Il y a d'abord un critère relatif aux destinataires désignés de la norme : si elle s'adresse au législateur national, il y a une présomption d'absence d'effet direct. Tel fut la conclusion du juge néerlandais, devant lequel des requérants alléguaient la violation des articles 2(1) et 13 du Pacte sur les droits sociaux et économiques. Le juge conclut à l'absence d'effet direct de ces dispositions, en arguant du fait qu'elles imposent des obligations uniquement aux autorités nationales et qu'elles nécessitent des actes nationaux d'application, ce qui attesterait de leur normativité imparfaite :

« Il ressort clairement de la formulation même de ces dispositions qu'elles ne sont pas obligatoires à l'égard de tous. (...) De plus, les dispositions en question impliquent la prise d'actes par les autorités, puisque de telles dispositions ne peuvent en général pas opérer dans l'ordre interne sans une élaboration plus précise ; il n'est dès lors pas logique qu'elles aient un effet direct » (Pays-Bas, Cour suprême, *The Netherlands v. National Union of Students*, 14 avril 1989, notre traduction à partir de l'anglais).

40. Un autre critère, plus subjectif, intervient parfois pour limiter l'effet direct d'une norme internationale : lorsque le législateur a fait savoir qu'il n'entend pas que telle ou telle convention soit considérée d'effet direct par les juges, ceux-ci entendent s'y plier. En l'occurrence, l'applicabilité immédiate met en lumière les rapports hiérarchiques qu'entretiennent, dans un ordre interne, les conventions internationales et la loi. On est devant le cas de figure typique d'un contrôle de conventionnalité. À cet égard, la jurisprudence est symptomatique des travers de l'applicabilité immédiate. Saisi, dans l'intervalle de quelques années, de l'applicabilité d'une convention de l'OIT (Convention n° 128 de 1967 concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants), le juge suisse l'a d'abord écartée en 1985, au motif que le législateur n'avait pas précisé qu'elle était d'effet direct et qu'il pouvait être inféré de l'existence d'une législation contraire qu'il n'entendait d'ailleurs lui reconnaître aucune capacité d'application autonome dans l'ordre interne suisse :

« [I]l faut dénier tout caractère 'self-executing' aux normes conventionnelles mentionnées (...). S'il existe, sur ce point, une divergence entre la norme de droit interne et les dispositions correspondantes de traités internationaux ratifiés par la Suisse, c'est au législateur qu'il incombe d'en tirer les conclusions et cela d'autant plus qu'il s'agit en l'occurrence de l'un des principes fondamentaux du droit fédéral des assurances sociales » (Suisse, Tribunal fédéral, *Caisse de compensation du canton du Jura c. Courtet et Tribunal cantonal jurassien*, 23 octobre 1985).

41. Cette jurisprudence a été renversée par un arrêt de 1993 qui confirme néanmoins que la primauté du droit international existe à la condition suspensive que le législateur n'ait pas exprimé une volonté contraire ; l'évolution jurisprudentielle réside seulement dans le fait que cette volonté doit être claire, délibérée et donc explicitement exprimée dans la législation nationale :

« Au demeurant, sur un plan plus général, le principe de la primauté du droit international n'est plus guère contesté aujourd'hui. (...) Certains auteurs ont d'autre part vu dans l'arrêt *Courtet* une confirmation de l'arrêt *Schubert* (...), selon lequel une exception à la prééminence du droit international doit être admise lorsque le législateur, en toute connaissance de cause, a voulu s'écarter de la norme internationale en édictant une norme qui la viole (...). Mais l'opinion de ces auteurs (...) n'est pas justifiée, le tribunal ayant expressément admis (...) qu'en l'occurrence – et contrairement à la situation examinée dans l'arrêt *Schubert* – on ne pouvait déduire des travaux préparatoires une volonté délibérée du législateur d'accorder la préférence au droit national en dépit des engagements internationaux de la Suisse » (Suisse, Tribunal fédéral, *X contre Caisse cantonale valaisanne de compensation et Tribunal des assurances du canton du Valais*, 25 août 1993).

42. Le juge suisse se rabat alors sur une conception plus classique de l'effet direct, qui réserve l'application judiciaire aux normes suffisamment précises et inconditionnelles :

« Ces règles n'exigent pas l'adoption par le législateur national de normes plus précises d'exécution ; elles peuvent au contraire s'appliquer comme telles et constituer le fondement

d'une décision concrète. (...) Les normes du droit international sont en l'occurrence directement applicables. Elles l'emportent sur l'art. 7 al. 1 LAI, dans la mesure où cette norme du droit fédéral permet, notamment, la réduction de prestations pour une faute grave commise par négligence » (Suisse, Tribunal fédéral, *X c. Caisse cantonale valaisanne de compensation*, 1993, *op. cit.*).

43. La même conception de l'effet direct redevable de la précision et du caractère inconditionnel des règles internationales a cours en Belgique :

« Attendu que la Convention internationale (n° 96) concernant les bureaux de placement payants, adoptée à Genève, le 1^{er} juillet 1949, par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail, au cours de sa trente-deuxième session, n'a pas d'effet direct ; Que les dispositions citées de cette convention ne sont pas, en soi, suffisamment précises pour produire un tel effet dès lors qu'elles offrent à l'État plusieurs possibilités pour atteindre le but requis ; qu'elles ne peuvent constituer une source de droits subjectifs et d'obligations dans le chef de particuliers. » (Belgique, Cour de cassation, 17 janvier 2002).

44. Toutefois les solutions suisse et belge diffèrent sur un point : en Belgique, la reconnaissance de l'effet direct d'une convention suffit à la placer au-dessus la norme législative contraire, et cela d'une manière inconditionnelle, alors qu'en Suisse, la primauté est relative et dépendante de la volonté du législateur :

« Il ne peut en être déduit que le Roi a voulu limiter la notion de placement des travailleurs à la seule opération du placement de ces travailleurs; si cela a été Son intention, la définition de l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 28 novembre 1975 est contraire à la Convention internationale (n° 96) concernant les bureaux de placement payants qui interprète cette notion au sens large et elle doit en conséquence être déclarée inapplicable, conformément à l'article 159 de la Constitution coordonnée et au principe général du droit relatif à la primauté des dispositions de droit international sur les règles du droit national » (Belgique, Cour de cassation, 17 janvier 2002, N° C.98.0125.N, par. 1.4).

b) *Incorporation textuelle et renvois intertextuels*

45. La théorie de l'interprétation conforme trouve à jouer pleinement lorsqu'il y a identité ou bien connexité matérielle entre une loi interne et une convention internationale liant l'État. Elle a d'ailleurs été formulée pour ces hypothèses afin d'assurer la cohérence normative et de contourner le risque que l'État enfreigne ses obligations internationales. Le champ d'application de cette théorie n'a eu de cesse de s'étendre. Le droit international social s'y prête particulièrement, dans la mesure où il est difficile de faire admettre l'effet direct des conventions ou d'assurer une incorporation uniforme dans le droit interne, tant les particularités nationales y laissent leur empreinte. L'on décèle ainsi plusieurs figures de l'application.

46. Lorsqu'une loi vise à introduire une convention dans l'ordre interne, le juge accepte de déterminer le champ matériel d'application de la loi par référence à celui de la convention, si ce dernier est plus précis :

« Dans les cas où, comme ici, la loi contient des mots dérivés des sources internationales, il est légitime qu'une cour accorde de l'attention à ces sources lorsqu'elle précise le sens des mots de la loi. Il ne s'agit pas seulement d'une approche appropriée imposée par l'autorité de cette cour. En l'espèce et pour ce qui concerne la Convention [no. 158 de l'OIT] sur le licenciement, elle est spécifiquement mandatée par les dispositions de la loi (...) » (Australie, High Court, *Qantas Airways Ltd v Christie Qantas*, 26 mars 1998, par. 152, notre traduction).

47. Des difficultés peuvent surgir lorsque le législateur ne précise pas si la loi en question a vocation à incorporer une convention internationale portant sur la même matière. C'est à l'égard de ce type de lois que la pertinence de la théorie de l'interprétation conforme est la plus évidente. Des éléments contextuels renseignent à cet égard sur le lien que le législateur entendait établir entre la loi et la convention internationale. Ces éléments peuvent reposer sur un renvoi à la convention. La technique du renvoi met en réseau les deux types de normes et renseigne sur la volonté du législateur de préserver la cohérence normative. Le juge s'autorise à rechercher ces renvois dans des documents qui font partie du contexte interprétatif de la loi, comme le préambule (Belgique, Cour de cassation, 17 janvier 2002, *op. cit.*) ou les

travaux préparatoires (Belgique, Cour de cassation, N° S.05.0124.F, 26 juin 2006).

48. La doctrine de l'interprétation conforme s'affirme aussi dans des cas où aucun indice contextuel ne permet au juge d'établir positivement la volonté du législateur de se conformer aux règles internationales en prenant une loi spécifique. Cette volonté est alors présumée par le juge. Une juridiction hongkongaise s'est ainsi basée sur le recoupement matériel entre la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et l'ordonnance interne, pour appliquer en la matière le principe de l'interprétation conforme. Le texte international est venu ainsi se glisser dans les interstices laissés libres par le texte interne et fournir la solution en l'espèce :

« L'obligation prévue par la Convention d'adopter des mesures législatives internes pour protéger les femmes contre des discriminations a été remplie avec l'entrée en vigueur de l'Ordonnance. Dans cette mesure, je suis convaincu que les mots de l'Ordonnance, s'ils peuvent raisonnablement porter un tel sens, doivent être entendus comme visant à accomplir les obligations prévues par la CEDAW plutôt qu'à leur contrevenir » (Hong Kong, High Court, *Equal Opportunities Commission v. Director of Education*, 22 juin 2001, par. 90, notre traduction).

49. La forme la plus extrême de la théorie de l'interprétation conforme se manifeste lorsqu'aucun de ces éléments contextuels n'entoure le texte législatif, sans que cela empêche les juges d'exiger des autorités exécutives de se plier aux obligations internationales de l'État. La doctrine de l'interprétation se mue ainsi en une présomption d'observance (*presumption of compliance*) des normes internationales, qui n'a aucune base législative spécifique. Cet avatar de la théorie de l'interprétation conforme apparaît ainsi dans les systèmes dits dualistes, en l'absence de toute incorporation ou renvoi. Mais il s'apparente fort aux solutions dégagées dans les systèmes dits monistes, où les juges appliquent la norme internationale aussi longtemps que le législateur n'a pas exprimé la volonté de s'en écarter (v. *supra* pars. 40-42). La cloison entre applicabilité immédiate, mais conditionnée, dans les systèmes monistes et applicabilité indirecte dans les systèmes dualistes s'ame- nuise d'autant.

50. Les exemples en sont nombreux. En Nouvelle-Zélande, les juges ont mis l'accent sur le respect par l'État de ses obligations internationales pour justifier l'application de la présomption d'observance :

« Des critiques fondées pourraient être adressées aux cours néozélandaises si elles acceptaient l'argument selon lequel, puisqu'une loi donne des pouvoirs discrétionnaires à l'Exécutif, sans mentionner en général les normes ou obligations internationales des droits de l'homme, celui-ci est forcément libre de les ignorer. » (Nouvelle-Zélande, Cour d'appel de Wellington, *Tavita v. Minister of Immigration*, 17 décembre 1993, notre traduction ; pour l'application d'une théorie similaire en Australie, v. High Court, *Minister of State for Immigration & Ethnic Affairs v Ah Hin Teoh*, 7 avril 1995).

51. Peu importe d'ailleurs que la responsabilité internationale de l'État puisse être effectivement engagée ou non du fait des violations, notamment devant un organe de surveillance :

« [Les jugements] *Tavita* et *Puliuvea* impliquaient deux instruments internationaux distincts – le Pacte sur les droits civils et politiques, d'une part, et la Convention relative aux droits de l'enfant, d'autre part. En effet, un protocole additionnel donne aux personnes affectées un droit exceptionnel de saisir le Comité des droits de l'homme. Il ne me semble toutefois pas que ce soit une caractéristique essentielle. La raison donnée par la Cour d'appel porte sur la nécessité générale de prendre en considération les instruments internationaux, et elle ne dépend pas des instruments en cause » (Nouvelle-Zélande, High Court de Wellington, *Rahman v. Minister of Immigration*, 29 septembre 2000, par. 54, notre traduction).

52. La même nécessité a été mise en avant par le juge israélien aux fins de la protection des droits des travailleurs migrants :

« Tout le monde s'accorde à considérer que, en vertu de la présomption d'observance (*presumption of compliance*) du droit international par le droit national, nous sommes tenus d'interpréter les lois, ainsi que les pouvoirs acquis par les autorités gouvernementales, de telle manière qu'ils soient compatibles avec les dispositions du droit international » (Israël, Cour

suprême, *Kav La'oved Association v. Israel*, 30 mars 2006, par. 36, notre traduction à partir de l'anglais).

C – La typologie des actes internationaux invoqués directement ou aux fins de l'interprétation des normes nationales

53. Seules les normes obligatoires (principalement les conventions internationales ratifiées par l'État, très rarement les recommandations de certaines organisations internationales) sont susceptibles d'application immédiate. Nous avons toutefois pu remarquer combien est rare l'hypothèse de leur application autonome (*supra*, pars. 36-44). Plus souvent, elles sont jumelées avec des textes internes ; c'est dès lors par le biais de l'interprétation qu'elles pénètrent dans l'ordre interne. Or la typologie des instruments invoqués à cette fin est très diverse. Les textes des organes de surveillance des conventions occupent toutefois une place privilégiée.

a) *Des textes de nature diverse*

54. Il va de soi que les conventions ratifiées par l'État sont les sources les plus souvent invoquées, soit parce qu'elles sont considérées comme des sources formelles dans l'ordre interne et que les juges s'en estiment tenus à ce titre, soit parce que les tribunaux mettent en avant le respect des obligations internationales de l'État pour se baser sur la présomption d'observance. Il n'est toutefois pas nécessaire que la norme soit obligatoire pour l'État pour qu'elle soit utilisée pour l'interprétation croisée. Les juges sud-africains ont ainsi ostensiblement fait référence au Pacte de 1966, alors même qu'il n'était pas ratifié par l'État, aux fins de l'interprétation de la Charte des droits (Afrique du sud, Cour constitutionnelle, *Grootboom*, 2000, *op. cit.*, pars. 27-35).

55. Les juges font plus souvent appel pour l'interprétation des normes constitutionnelles aux textes généraux, alors que les textes plus ciblés (notamment les conventions de l'OIT) interagissent avec les normes législatives. Parmi les textes généraux, la Déclaration universelle des droits de l'homme est souvent mise en avant, et cela en dépit du fait que, formellement, elle ne constitue qu'une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies (Argentine, Cour suprême, *Reyes Aguilera*, 2007, *op. cit.*, pars. 6 et 7 ; Argentine, *Viceconte*, 1998, *op. cit.*, par. 5 ; Australie, High Court, *Qantas*, 1998, *op. cit.*, par. 149 ; Canada, Cour d'appel de British Columbia, *Victoria (City)*, 2009, *op. cit.*, par. 33).

L'on s'accorde toutefois à considérer que nombre de ses dispositions ont acquis un caractère coutumier. De plus, son invocation en droit social témoigne de l'universalité et de l'indivisibilité des droits humains.

56. D'autres sources non obligatoires viennent fournir des preuves d'une réalité factuelle par ailleurs constatée par le juge. Ainsi, en Inde, la Cour de New Delhi a renvoyé à diverses résolutions de l'Assemblée générale pour démontrer les besoins accrus de protection des homosexuels contre la maladie et aux annexes de l'Organisation mondiale de Santé (OMS) pour démontrer l'inanité de la pénalisation de l'homosexualité (Inde, High Court de New Delhi, *Naz Foundation*, 2009, *op. cit.*, pars. 64 et respectivement 67).

57. Il arrive même qu'aucune autorité institutionnelle ne s'attache aux textes internationaux et que seule leur autorité persuasive conduise à leur application par le juge interne. C'est ainsi que la Cour constitutionnelle lettone a fait référence aux Principes de Limburg (concernant l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), qui sont l'œuvre d'un groupe d'experts ayant travaillé sous l'égide de la Commission internationale des juristes (Lettonie, Cour constitutionnelle, 21 décembre 2009, *op. cit.*, par. 17) (sur les principes, v. *Human Rights Quarterly*, vol. 9, n° 2, mai 1987, pp. 122-135).

b) *Les textes des organes de surveillance des conventions internationales*

58. Revêtus d'une autorité spécifique, les textes des organes de surveillance sont souvent appelés à la rescousse par les juges internes. Les observations générales du Comité des droits sociaux ont été considérées par plusieurs juges comme des formes d'interprétation autorisée, voire authentique, du Pacte (v. Afrique du sud, Cour constitutionnelle, *Grootboom*, 2000, *op. cit.*, par. 29 ; Colombie, Cour constitutionnelle, Décision C-376/10, 19 mai 2010, par 8.2.2, pour les Observations n° 11 et 13 ; Lettonie, Cour constitutionnelle, 21 décembre 2009, *op. cit.*, pour l'Observation générale n° 19). Les conclusions des commissions d'enquête dans des cas qui ne visent pas forcément l'État d'origine du juge sont également considérées comme particulièrement persuasives (v. Australie, High Court, *Qantas*, 1998, *op. cit.*, par. 74, se référant à des conclusions d'une commission d'enquête de l'OIT relative à l'application de la Convention (n° 111) de l'OIT concernant la discrimination (emploi et profession) en Allemagne ; v. aussi Canada, Cour suprême, *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, 1987, *op. cit.*,

par. 69 citant des conclusions d'une commission d'enquête constituée pour examiner une plainte contre la Grèce).

59. Les recommandations adoptées par les organes de contrôle à l'issue de l'examen des communications émanant de particuliers ou de groupes de particuliers (par exemple, une représentation soumise par une organisation professionnelle au titre de l'article 24 de la Constitution de l'OIT) constituent un autre corps normatif occasionnellement employé par les juges internes. Ces textes sont d'une nature spéciale car ils relèvent plus de la *res judicata* que de la *stare decisis*, avec cette nuance de taille qu'ils ne sont toutefois pas formellement obligatoires. Mais lorsqu'un organe de contrôle a constaté un manquement de l'État et qu'il en a identifié la source dans le droit national, les juges internes sont mal à l'aise à ignorer cette conclusion. Sans accepter son caractère décisif, ils en tiennent toutefois compte, faute d'une raison fondamentale pour s'en écarter :

« En tant que partie au Traité constitutif de l'OIT, la Colombie est tenue de respecter les recommandations du Conseil d'administration (arts. 24 et s.) (...). Si la doctrine applicable était [que ces actes sont purement incitatifs et que l'État a le libre choix de ne pas les appliquer], le respect d'aucun des droits consacrés par les conventions internationales du travail dûment ratifiées ne pourrait être exigé à travers le mécanisme des plaintes (...) » (Colombie, Cour constitutionnelle, *Sindicato de las Empresas Varias de Medellín c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Ministerio de Relaciones Exteriores*, décision T-568, 10 Août 1999).

60. Aux yeux des juges, la portée de ces recommandations va ainsi au-delà de l'espèce soumise à l'organe de contrôle : pour eux, l'État n'est pas seulement obligé de remédier à la situation individuelle, mais aussi, plus généralement, de modifier sa législation, si c'est celle-ci qui est à la base des violations. En ceci, les obligations vont plus loin que les conséquences découlant d'une décision judiciaire d'une cour régionale des droits de l'homme, puisque l'autorité de la chose jugée est en principe limitée au cas d'espèce (dans le cas des arrêts-pilotes seuls elle s'étend au-delà). En revanche, les organes de contrôle de type non judiciaire ne se privent pas d'exprimer leurs recommandations en termes très larges, à visée normative. C'est d'ailleurs cette origine systémique des violations en matière de droits sociaux qui constitue l'un des défis du

contentieux en matière de droits sociaux. Les divers ordres juridiques appréhendent différemment ces difficultés.

§ 3. L'étalon d'un recours efficace

61. La protection efficace de la plupart des droits sociaux, souvent considérés comme des droits-créances, repose sur des actions étatiques positives, de nature législative ou exécutive, parfois même sur des prestations sociales et donc sur une critique des choix budgétaires faits par les institutions de l'État. La conception nationale de l'État-providence est au cœur du sujet. Le plus souvent, la décision judiciaire rendue dans un cas d'espèce remet en cause, *ipso jure* ou *ipso facto*, tout un pan de la législation interne et les choix budgétaires effectués par les pouvoirs législatifs et exécutifs. Or il est nécessaire que l'arsenal procédural national soit adapté au caractère systémique des violations que les requérants allèguent (A) et que les solutions apportées par les juges imposent ou conduisent à un changement systémique (B).

A – Recours individuels et recours collectifs

62. Il est nécessaire d'adapter le droit procédural aux conséquences le plus souvent collectives des violations des droits sociaux. Concrètement, il convient d'une part d'introduire des formes de recours collectifs, plutôt que de se fonder sur l'ancien modèle des actions individuelles, fussent-elles multiples, et de permettre aux organisations spécialisées dans la défense de tel ou tel droit d'intervenir dans le procès. Ces possibilités existent déjà dans nombre d'ordres juridiques, grâce notamment à l'expérience acquise dans les domaines de l'environnement et de la consommation. Mais elles peuvent bénéficier aux droits sociaux. Certains ordres juridiques ont d'ailleurs déjà reconnu cette possibilité.

63. Comme a pu le remarquer la Commission internationale des juristes, « [d]ifférentes traditions juridictionnelles se reflètent, d'une manière ou d'une autre, dans ces tendances. Les actions collectives (*class actions*) appartiennent au patrimoine procédural des pays de *Common law* et les procès d'intérêt public en tirent profit. La vérification « abstraite » de la constitutionnalité des lois, qui ne vise pas à prouver le bien-fondé d'une plainte individuelle, s'effectue depuis plus de cinquante ans en Europe continentale et s'est étendue, avec des variations, au reste du monde. » (Commission internationale de juristes, *Les tribunaux et l'application des droits sociaux, économiques et cultu-*

rels. *Étude comparative d'expériences en matière de justiciabilité*, pp. 103-104).

64. L'importance des ONG, qui s'érigent aujourd'hui de plus en plus en défenseurs d'intérêts collectifs divers, ne saurait être ignorée dans les procès portant sur les droits sociaux. Certains ordres les reconnaissent comme partie à la procédure (v. Islande, Cour suprême, *State Social Security Institute v. Organization of the Disabled in Iceland*, 19 décembre 2010) ; plus souvent, elles ont juste un rôle d'*amicus curiae* ou encore se trouvent à l'origine de la procédure sans y apparaître formellement d'aucune manière. Leur rôle peut-être d'autant plus important lorsque les procédures concernent des personnes démunies, qui n'ont ni les ressources ni l'expertise pour porter des procès aussi complexes. Un rôle semblable est joué par les syndicats lorsque des revendications de droits des travailleurs sont en jeu, parmi lesquels les droits collectifs occupent une place importante.

65. En l'absence d'un recours collectif, les procédures individuelles n'en gardent pas moins une signification particulière. Outre leur rôle d'éclaireur, à l'origine d'une jurisprudence qui peut changer le droit, même si au compte-gouttes, elles donnent au juge l'occasion de « dialoguer » avec les pouvoirs exécutifs et législatifs et de leur enjoindre parfois à prendre les mesures nécessaires pour la protection des droits sociaux.

B – Les remèdes appropriés

66. L'autorité relative de la chose jugée implique que le remède ordonné par le juge ne s'impose pas au-delà de l'espèce. Le procès classique est donc mal conçu pour répondre aux défis de violations systémiques. Il arrive ainsi que les juges constatent l'illégalité du critère retenu par la loi ou le décret, mais se contentent d'en écarter les effets dans le cas d'espèce, sans pour autant remettre en cause le régime général (v. Argentine, Cour suprême, *Reyes Aguilera*, 2007, *op. cit.*). Force est de constater que des décisions dont l'application se limite à l'espèce ont une portée amenuisée et peuvent au mieux conduire à une multiplication des contentieux.

67. Des juges acceptent toutefois d'étendre l'effet de leur décision au-delà de l'espèce. La jurisprudence vénézuélienne en donne un exemple : il suffit de comparer la décision du Tribunal suprême du Venezuela du 15 mai 1999, *Cruz del Valle Bermúdez* avec celle de la

Cour suprême du 6 avril 2001, *López, Glenda*. Les deux affaires concernaient l'accès au soin contre le HIV par les personnes indigentes. Dans la première, la Cour a ordonné que les demandeurs (nombreux) soient périodiquement pourvus des soins nécessaires, mais a en même temps refusé que sa décision soit étendue à toutes les personnes se trouvant dans une situation similaire. Elle a accédé à cette demande en 2001.

68. Des formes relativement nouvelles de contrôle et des innovations judiciaires permettent de palier les inconvénients de l'effet relatif de la chose jugée. Au nombre de celles-ci, le contrôle de constitutionnalité des lois est connu. Il s'y rajoute des formes d'injonction à l'adresse des autorités de l'État que certains juges explorent. Ainsi, en Afrique du sud où le juge ne s'est pas contenté de déclarer l'acte illégal, mais a également ordonné des formes positives d'action pour résoudre les problèmes d'accès au soin relevés par les demandeurs et cela au-delà de la situation individuelle de ceux-ci (Afrique du sud, Cour constitutionnelle, *Minister of Health v Treatment Action Campaign (TAC)*, 2002, *op. cit.*, par. 106).

69. D'autres ordres juridiques prévoient pour la protection des droits sociaux rien moins que des formes de recours en carence contre la désaffection du législateur ou de l'exécutif. La Constitution du Venezuela ouvre la voie à un tel recours (art. 336, point 7). Dans ce cadre, la Cour suprême a pu rendre un avis (obligatoire) sur la non constitutionnalité d'une omission du législateur de prévoir, dans la loi de sécurité sociale, un système de protection pour les personnes mises à pied ou congédiées. La Cour déclare que l'omission viole la Constitution (son article 86 prévoit ce droit à la sécurité sociale). Il faut retenir dans le raisonnement de la Cour le fait qu'elle a ordonné au juge de suppléer à cette carence dans un délai par elle établi (et assez bref : 3 mois) et prévu, en attendant, un système transitoire (Venezuela, Cour suprême, 2 mars 2005, *Demanda de inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Nacional al promulgar la Ley Orgánica de Seguridad Social*, 2 mars 2005).

Conclusion

70. Les droits sociaux sont-ils considérés aujourd'hui comme des droits subjectifs ? Ce tableau jurisprudentiel panoramique permet de répondre par la positive, dans la mesure où leur justiciabilité a été progressivement acquise dans nombre d'ordres juridiques, de culture

juridique et idéologique diverse. Leur protection en est-elle pour autant effective ? La réponse en général est négative. Mais on ne saurait s'en prendre à l'action judiciaire, tout au contraire. Elle permet de faire avancer la protection des droits sociaux, mais le pouvoir du juge trouve ici ses limites : le juge applique et ne crée pas le droit. Il n'a d'ailleurs jamais été considéré comme l'instrument idéal de leur protection. En témoigne le paragraphe 9 de l'Observation générale n° 9 du Comité des droits sociaux, qui reconnaît que « [l]e droit à un recours effectif ne doit pas être systématiquement interprété comme un droit à un recours judiciaire ». En effet, comme le constate E. Millard, la lutte pour la justice sociale ne se mène ni principalement ni encore moins exclusivement dans les prétoires :

« Face à une situation donnée où l'on ressent pratiquement un sentiment d'injustice sociale, ou face à une revendication de principes de justice sociale dans un contexte donné, il est tout à fait possible que la voie juridictionnelle qu'ouvre la justiciabilité ne soit ni la plus efficace, ni la plus opportune. Mais la lutte contre l'injustice sociale n'est pas une affaire simple, et elle appelle à chaque moment, dans l'action, une analyse de la situation et la détermination d'une stratégie. Dans cette stratégie, la justiciabilité n'est pas un frein ; c'est au contraire, en s'appuyant sur les contraintes internes qu'elle fait naître dans le système juridique, et sur la légitimité qu'elle confère à l'argument dans le système juridique, une ressource supplémentaire si elle est utilisée à bon escient : au terme d'une analyse critique, et sans autre justification que celle de l'efficacité politique. » (E. MILLARD, « La justiciabilité des droits sociaux : une question théorique et politique », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, 2010, p. 448).

Bibliographie sélective :

X. BEAUDONNET, *Droit international du travail et droit interne : Manuel de formation pour juges, juristes et professeurs de droit*, ITCILO, Turin, 2009, 229 p. ; V. GUARI et M. D. BRINKS, *Courting Social Justice : Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 384 p. ; M. LANGFORD (dir.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging*

Trends in International and Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 75-295 en particulier ; S. LIEBENBERG, « The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal Systems », in A. EIDE, C. KRAUSE et A. ROSAS (ed.), *Economic, Social and Cultural Rights*, 2 ed., Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, 785 p., voir notamment pp. 55-85 ; G. Von POTOBOSKY, « Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional », in *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Publications du BIT, Genève, 2004, pp. 287-305 (pdf disponible sur http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087423.pdf) ; D. ROMANE (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, CREDOF-Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2010, disponible : http://www.gip-recherche-justice.fr/IMG/pdf/208-RF-Roman-Droits_pauvres.pdf ; C. SCOTT et P. ALSTON, « Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context : A Comment on Soobramoney's Legacy and Grootboom's Promise », (2000) 16 *South African Human Rights Journal*, pp. 206-268 ; C. THOMAS, M. OELZ and X. BEAUDONNET Xavier, « The use of international labour law in domestic courts : Theory, recent jurisprudence, and practical implications », in *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Publications du BIT, Genève, 2004, pp. 249-285 (pdf disponible sur le site de l'OIT, à l'adresse : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087423.pdf) ; M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights : Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, 2009, 312 p.

Documentation collective :

Bureau du Haut Commissariat aux Droits de l'homme, *Human rights in the administration of justice : a manual on human rights for judges, prosecutors and lawyers*, disponible : <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training9Titleen.pdf> ; Commission internationale de juristes, *Les tribunaux et l'application des droits sociaux, économiques et culturels. Étude comparative d'expériences en matière de justiciabilité*, disponible : <http://www.icj.org/dwn/database/Justiciability-French-ElecDist.pdf>.

Jurisprudence :

La plupart des arrêts traités sont publiés sur le site de l'International Network for Social, Economic and Cultural Rights (ESCR-Net), à l'adresse <http://www.escr-net.org/caselaw/>. Pour les arrêts qui n'y figurent pas, les références sont précisées. En ce qui concerne la jurisprudence relative au droit du travail, voir A. GLADSTONE, *International Labour Law Reports* (Brill), nos. 1-30 et seq.

Afrique du sud

- Cour constitutionnelle, *Government of the Republic of South Africa. & Ors v. Grootboom & Ors* 2000 (11) BCLR 1169 (CC), 4 octobre 2000, (droit au logement)
- Cour constitutionnelle, *Minister of Health v. Treatment Action Campaign (TAC)* (2002) 5 SA 721 (CC), 5 juillet 2002, (accès aux soins)

Argentine

- Cour fédérale administrative d'appel, *Viceconte, Mariela c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de Economía de la Nación) s/ Acción de Amparo*, 2 juin 1998 (accès aux soins)
- Cour suprême, *Reyes Aguilera, Daniela v. Argentina*, 4 septembre 2007, (migrants, droit à la sécurité sociale)

Australie

- High Court, *Qantas Airways Ltd v. Christie* [1998] HCA 18; 193 CLR 280; 72 ALJR 634; 79 IR 120 ; 152 ALR 365, 26 mars 1998, (droit du travail, discrimination fondée sur l'âge)
- High Court, *Minister of State for Immigration & Ethnic Affairs v. Ah Hin Teoh*, HCA 20 ; (1995) 128 ALR 353 ; (1995) 69 ALJR 423 ; (1995) EOC 92-696 (extract) ; (1995) 183 CLR 273, 7 avril 1995

Belgique

- Cour de cassation, N° C.98.0125.N, 17 janvier 2002, disponible : <http://jure.juridat.just.fgov.be/?lang=fr> (Convention n° 96 de l'OIT concernant les bureaux de placement payants)
- Cour de cassation, N° S.05.0124.F, 26 juin 2006, disponible : <http://jure.juridat.just.fgov.be/?lang=fr> (Recommandation n° 119 de la confé-

rence générale de l'Organisation internationale du travail, licenciement)

Canada

– Cour suprême, *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 9 avril 1987, (droit de grève) (<http://csc.lexum.org/fr/>)

– Cour suprême, *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, 2007 CSC 27, 8 juin 2007, (Convention n° 87 de l'OIT, négociation collective) (<http://csc.lexum.org/fr/>)

– Cour d'appel de British Columbia, *Victoria (City) v. Adams*, 2009 BCCA 563 ; 2008 BCSC 1363, 8 septembre 2009, (droit au logement)

– Cour suprême, *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, [2011] 2 R.C.S. 3, 29 avril 2011, (Convention n° 87 de l'OIT, négociation collective) (<http://csc.lexum.org/fr/>).

Colombie

– Cour constitutionnelle, *Sindicato de las Empresas Varias de Medellín c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Ministerio de Relaciones Exteriores*, décision T-568, 10 Août 1999, (droit de grève)

– Cour constitutionnelle, Décision T-760, 30 juillet 2008, (droit à la santé)

– Cour constitutionnelle, Décision C-376/10, 19 mai 2010, (gratuité de l'enseignement primaire)

Hong-Kong (Chine)

– High Court, *Equal Opportunities Commission v. Director of Education, No. 1555 of 2000*, 22 juin 2001, par. 90 (discrimination dans l'enseignement secondaire basée sur le sexe)

Inde

– High Court de New Delhi, *Naz Foundation v. Government of NCT of New Delhi and Others*, 2 juillet 2009, (discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, droit à la santé)

– High Court de Delhi, *Laxmi Mandal v. Deen Dayal Harinagar Hospital & Ors*, 4 juin 2010, par. 26 (droit à la vie qui inclut le droit à la santé et à des traitements aux pauvres ; assistance pour l'accouchement et aide nutritionnelle après)

Islande

– Cour suprême, *State Social Security Institute v. Organization of the Disabled in Iceland*, Case no 125/2000, H 2000 4480 ; ILDC 68 (IS 2000), 19 décembre 2010, (droit à des prestations pour les personnes handicapées, réduction basée sur les revenus de l'épouse)

Israël

– Cour suprême, *Kav La'oved Association v. Israel and others, Original petition to the High Court of Justice*, HCJ 4542/02 ; ILDC 382 (IL 2006), 30 mars 2006, (droits des travailleurs migrants)

Lettonie

– Cour constitutionnelle, *On Compliance of the First Part of Section 3 of State Pensions and State Allowance Disbursement in 2009 – 2012 insofar as it Applies to State Old-Age Pension with Article 1, Article 91, Article 105 and Article 109 of the Satversme (Constitution) of the Republic of Latvia*, Case No. 2009-43-01, 21 décembre 2009, (droit à la sécurité sociale, diminution des pensions de retraite)

Nouvelle-Zélande

– Cour d'appel de Wellington, *Tavita v. Minister of Immigration*, [1994] 2 NZLR 257, 17 décembre 1993, (immigration illégale, droit des enfants)

– High Court de Wellington, *Rahman v. Minister of Immigration*, 29 septembre 2000, (droits des migrants)

Pays-Bas

– Cour suprême, *The Netherlands v. National Union of Students and Another, I.L.R.*, vol. 96, p. 372, 14 avril 1989, (réduction de la période de bourse pour les étudiants)

Suisse

– Tribunal fédéral, *Caisse de compensation du canton du Jura contre Courtet et Tribunal cantonal jurassien*, 111 V 201, 23 octobre 1985, (Convention no 128 de l'OIT), disponible : http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=simple_query

– Tribunal fédéral, *R. contre Caisse cantonale neuchâteloise de compensation et Tribunal administratif du canton de Neuchâtel* 113 V 273, 18 décembre 1987, (suspension des versements d'une allocation d'handicap psychique si et pendant la durée d'un emprisonnement), disponible : http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=simple_query

– Tribunal fédéral, *X contre Caisse cantonale valaisanne de compensation et Tribunal des assurances du canton du Valais*, 119 V 171, 25 août 1993, Convention no 128 de l'OIT, disponible : http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=simple_query

Venezuela

– Tribunal suprême, *Cruz del Valle Bermúdez y otros vs. MSAS s/ amparo*. Expediente N°15.789. Sentencia N° 196, 15 mai 1999 (accès aux soins)

– Cour suprême, *López, Glenda y otros c. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) sacción de amparo*. Expediente 00-1343. Sentencia N° 487, 6 avril 2001, (accès aux soins)

– Cour suprême, *Demanda de inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Nacional al promulgar la Ley Orgánica de Seguridad Social*, 2 mars 2005, (droit à la sécurité sociale)