

# Droit *et* Pauvreté

Contributions issues du séminaire  
ONPES • DREES-MiRe  
2007

---

Coordonné par Patrick DU CHEYRON et Didier GÉLOT

Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale - ONPES

Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques -  
Mission Recherche - DREES • MiRe



# Droit et pauvreté

contributions issues du séminaire  
ONPES et DREES-MiRe • 2007

## Sommaire

<b>Préface</b>	
Jean-Paul Delevoye, Médiateur de la République.....	5
<b>Introduction</b>	
Claude Brevan, Michel Legros, Élisabeth Maurel, Jean-Luc Outin.....	11
<b>La pauvreté saisie par le droit : la construction juridique de l'assistance en France</b>	
Robert Lafore.....	17
<b>Les droits sociaux : des droits à part entière ? Éléments pour une réflexion sur la nature et la justiciabilité des droits sociaux</b>	
Diane Roman.....	39
<b>Droits, libertés et capacités : contribution de Amartya Sen à l'analyse des conditions de vie</b>	
Christine Le Clainche.....	59
<b>Emploi, chômage, minima sociaux : une analyse juridique de la notion de « contrepartie »</b>	
Christophe Willmann.....	83
<b>L'accès aux droits sociaux : quelle effectivité ?</b>	
Michel Borgetto.....	105
<b>L'ordre public, le juge civil et le contrat</b>	
Étienne Rigal.....	127
<b>La place des outils procéduraux dans l'accès au droit et à la justice des plus pauvres</b>	
Isabelle Sayn.....	139
<b>Approcher la décision judiciaire des juges des enfants en contexte de pauvreté</b>	
Luc-Henry Choquet, Elise Barbe, Benoît Descoubes.....	161
<b>L'accès au droit et la lutte contre l'exclusion : la nécessité du « lien »</b>	
Jean-Luc Bédos, Matthieu Perdereau.....	175
<b>L'influence du droit international sur la lutte contre la pauvreté et l'exclusion en Belgique</b>	
Jacques Fierens.....	187



# Préface

Jean-Paul DELEVOYE,  
Médiateur de la République

**V**IVRE ne devrait pas être héroïque. Dès lors, lutter contre la pauvreté et l'exclusion n'est pas une priorité mais un devoir. Identifier les moyens de mener cette lutte implique d'abord de définir son objet et les populations visées, d'en cerner les causes multiples et d'étudier ses conséquences.

De nombreuses disciplines sont ainsi convoquées pour prendre la mesure de ce phénomène complexe et de ses différentes dimensions. Le droit, pourtant, n'a été que trop rarement sollicité, le caractère apparemment aride de la matière semblant le disqualifier pour appréhender des situations difficiles, nées de ruptures dans les parcours de vie. Comment, en effet, le droit, la norme, pourraient-ils permettre de prendre la mesure de ces drames humains ? Comment ce qui permet aux hommes de faire société et pose les bases du vivre ensemble offrirait-il des clés pour mieux comprendre ceux qui sont renvoyés à sa marge ?

Pourtant, le droit est incontournable : dès lors que l'on passe d'un État a minima assurant exclusivement des fonctions régaliennes à un État ayant le devoir de garantir à chacun un minimum, le droit s'empare de la question de la pauvreté car c'est avant tout par lui que se construit l'action publique.

Le droit, construction sociale et reflet de la société qui le produit se révèle un outil précieux : en examinant le droit, nous observons les fondements de notre pacte social. En interrogeant ses différentes dimensions – existence et consécration des droits éco-

nomiques et sociaux, substance et contenu de ces droits, mobilisation et effectivité –, il est possible d'identifier les ressorts de l'action publique et son ambition.

Les relations qu'entretiennent droit et pauvreté se nouent, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, avec la reconnaissance de droits économiques et sociaux et la sortie des phénomènes de pauvreté et d'exclusion de la sphère familiale vers celle de la solidarité nationale. Dès lors, elles n'ont cessé d'évoluer, de s'enrichir, de trouver de nouvelles traductions – en termes de prestations notamment.

Le contenu de ces droits, leur évolution, leur nature même méritent l'attention : si les populations visées et les remèdes envisagés, en révélant en filigrane les représentations qui fondent l'intervention publique, nous dévoilent le regard d'une société sur ses exclus, la portée conférée aux droits sociaux en termes d'opposabilité et de « justiciabilité » nous parlent d'ambition collective.

Enfin et surtout, s'interroger sur les relations entre droit et pauvreté n'aurait pas de sens sans une réflexion sur l'effectivité de ces droits : quelle serait en effet leur valeur si, bien que reconnus, leurs bénéficiaires potentiels n'étaient pas en mesure de les mobiliser ?

Les travaux rassemblés conjointement par l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale et la Mission recherche de la Direction de la recherche des études, de l'évaluation et des statistiques, posent et explorent ces questions essentielles. La richesse de ces réflexions invite à porter un autre regard sur les politiques sociales mais appelle également, en identifiant des urgences, à l'action et ce dans un domaine essentiel : celui de l'accès au droit.

L'exclusion est aussi une exclusion du droit. Ce constat qu'il m'a été donné de faire en tant que Médiateur de la République s'impose à la lecture de nombre des articles qui suivent.

Face à la multiplication et à la complexification des normes, se développent des comportements opposés porteurs d'un nouveau clivage social. Alors que certains individus, parfaitement informés, adoptent une attitude de « consommateurs » de services publics et de droits, on assiste à un phénomène croissant de « non-recours » de la part de personnes éligibles qui ne sollicitent pas les prestations auxquelles elles pourraient prétendre. Si le premier phénomène peut être considéré comme un échec de la citoyenneté, la notion de contrat social et de devoirs disparaissant au profit de la revendication des seuls droits individuels, le second renvoie à notre intuition première : celle de relations qui n'ont rien d'évident entre droit et pauvreté.

Les populations touchées par la pauvreté et l'exclusion apparaissent saisies par un droit qui ne leur est pas accessible. Le mythe d'une égalité dont la loi, à elle seule, serait une garantie suffisante, doit être dépassé. Redonner tout son sens à ce principe fondateur de notre pacte républicain passe de plus en plus par l'accès au droit.

Une simplification du droit peut certes être entreprise dans certains domaines mais elle ne pourra constituer une réponse suffisante : si elle est susceptible d'offrir une plus grande lisibilité, le droit n'en restera pas moins le reflet de la complexité de la société. Le progrès scientifique et technique, la multiplication des sources du droit, la volonté d'une prise en compte de plus en plus affinée des populations et des situations créent des besoins nouveaux auxquels le droit doit répondre.

Le risque de fracture juridique est réel entre ceux qui ont les moyens financiers ou les connaissances nécessaires pour faire valoir leurs droits et les autres pour qui la loi symbolise davantage la sanction que la défense et la protection. Ce constat commande de rendre le droit et donc les droits accessibles à tous : la pauvreté étant trop souvent synonyme de privation de la possibilité de faire valoir juridiquement son point de vue, un rééquilibrage des relations entre citoyens et administrations comme des relations de droit privé – touchant souvent, elles aussi, aux droits économiques et sociaux les plus essentiels (droit au travail ou au logement notamment) – est nécessaire.

En tant que Médiateur de la République, j'ai fait de ce combat l'une de mes priorités. Résoudre les litiges qui peuvent surgir entre le citoyen et l'administration, c'est d'abord mettre le droit à la portée de chacun, aider le citoyen à faire valoir ses droits mais aussi lui expliquer certaines décisions défavorables afin de dissiper par la pédagogie le sentiment d'iniquité qui naît de l'incompréhension. Favoriser l'accès au droit, c'est également combler une distance sociale, culturelle mais aussi géographique vis-à-vis du monde juridique : la proximité est essentielle.

C'est pourquoi il m'a semblé important de renforcer la présence de l'institution du Médiateur au plus proche des citoyens. Le réseau de mes délégués sur le terrain compte aujourd'hui 275 personnes et permet d'assurer des permanences dans 375 lieux, y compris des établissements pénitentiaires depuis l'expérimentation lancée en 2005 suite à la signature d'une convention avec le Garde des Sceaux. Le développement des maisons de la justice et du droit et des points d'accès au droit, qui a permis d'importants progrès ces dernières années, s'inscrit dans la même démarche de proximité. Ces efforts doivent être poursuivis.

Alors que la réflexion relative aux droits sociaux n'interroge souvent que leur substance et leur traduction en termes de prestations, les articles qui suivent sont débarrassés de ces œillères en ce qu'ils abordent l'ensemble des étapes de la « vie » d'un droit. Avant de trouver à s'incarner dans une série de prestations ou d'aides, un droit naît. Il naît d'un modèle, d'une certaine perception sociale des phénomènes de pauvreté et d'exclusion. Il produit ensuite des effets.

Trop souvent ignorée, la question des effets des politiques publiques quelles qu'elles soient est pourtant centrale. Ainsi, en matière de lutte contre la pauvreté et l'exclusion, c'est sans doute là que réside la clé d'un apparent paradoxe : tandis que les outils et les dispositifs se multiplient, le recul de ces phénomènes reste limité.

Mais la volonté, certes louable, de couvrir davantage de situations, et ce de manière toujours plus précise, n'a-t-elle pas conduit à une stratification de dispositifs catégoriels qui augmente le risque de rupture et de sortie de ces dispositifs, à la création de trous noirs et d'un système parfois lui aussi générateur d'exclusion ?

En se concentrant sur les outils au détriment des personnes, les politiques sociales semblent avoir perdu de vue leur objet. Ironie cruelle sans doute dans une société dite individualiste que la myopie de l'action publique qui ne distingue plus l'individu dans sa globalité.

Les notions de parcours et d'accompagnement doivent être replacées au cœur de l'action publique et les aides fondées davantage sur les potentiels que sur les handicaps : être accompagné et non assisté est en effet la condition première d'une confiance retrouvée et de la capacité à construire et à s'approprier un projet.

Cette transition a été amorcée avec le passage, auquel est consacré l'un des articles, d'un modèle réparateur liant une déficience, un écart à la norme et une prise en charge à un modèle intégrateur dans lequel la notion de handicap s'estompe, l'exclusion étant davantage perçue comme résultant d'un contexte économique global. C'est l'apparition de la notion fondamentale d'insertion, le I du RMI en lettre capitale, encore trop négligé 20 ans après sa création.

Ce modèle intégrateur n'est pas tant en panne qu'inachevé, ne s'étant pas encore totalement substitué à celui qui l'a précédé. Il est primordial d'aller aujourd'hui au bout de la logique qui le sous-tend, par le développement de l'accompagnement comme par le renforcement des actions de prévention, au regard du poids déme-



suré des accidents et ruptures dans les parcours. Seule une collectivité qui reconnaît et met en avant le potentiel et l'utilité de l'ensemble de ses membres, quel que soit leur mode d'expression, permet à chacun de se sentir pleinement citoyen.

Si la sauvegarde du contrat social passe par le déploiement de l'action publique, le rôle du juge ne peut être ignoré. En disant le droit, il confère aux droits économiques et sociaux, droits créances aux contours flous, leur portée réelle par l'étendue des obligations qu'il met à la charge de l'État. Il lui revient également, la réalisation de certains droits matériels passant essentiellement par des contrats privés, de rechercher un équilibre entre devoir de solidarité et liberté contractuelle : si la liberté est une exigence, elle doit avoir pour limites l'ordre public et la justice sociale. Par la possibilité de soulever d'office certains moyens dans les litiges liés au droit de la consommation ou encore par son rôle dans les procédures de surendettement, le juge, régulateur social, se fait acteur de la lutte contre l'exclusion.

Néanmoins, il serait dangereux de laisser reposer la mise en œuvre des principes de solidarité et d'égalité sur ses seules épaules. Si l'on peut parfois déplorer une certaine timidité de la justice vis-à-vis des droits économiques et sociaux, une hésitation à leur reconnaître une trop grande portée, n'est-ce pas cependant attendre d'elle ce qu'elle ne peut et ne saurait être : un second législateur. Les jurisprudences évoluent répondant à une société en mouvement, entérinant certaines évolutions. Si elles sont parfois délibérément provocatrices, elles révèlent toutefois plus qu'elles ne créent.

La portée des droits économiques et sociaux reste avant tout le prolongement d'une volonté politique et d'une mobilisation sociale. Dès lors, la menace principale pesant sur leur pleine réalisation réside dans le risque d'accoutumance aux formes de violence que sont la pauvreté et l'exclusion. L'ampleur même de ces phénomènes, en conduisant à leur banalisation, laisse s'installer l'indifférence. Nos indignations sont temporaires, nos révoltes dictées par l'émotion suivent un rythme médiatique.

L'union de la liberté, de l'égalité et de la fraternité a longtemps symbolisé la volonté de faire d'un peuple de sujets une nation de citoyens. Et pourtant, nous la savons depuis si longtemps gravée au fronton de nos édifices publics que nous ne la voyons même plus. Apprenons à la regarder à nouveau.



# Introduction

Claude BREVAN, Michel LEGROS, Élisabeth MAUREL et Jean-Luc OUTIN  
Membres de l'ONPES

L'ouvrage *Droit et pauvreté*, ici présenté, se propose de développer successivement trois grandes questions :

- Quels rapports entretiennent le droit et la pauvreté ? En d'autres termes, y a-t-il un sens juridique particulier à la notion de pauvreté ?
- Assiste-t-on actuellement à une simple évolution ou à une véritable rupture dans les principes juridiques qui fondent l'intervention publique ?
- L'accès au droit est-il l'enjeu majeur des rapports entre droit et pauvreté ?

Sur ces trois questions on constate un paradoxe. Depuis une trentaine d'années, à l'abondante production de normes juridiques, tant au niveau international que national dans le domaine des droits économiques et sociaux (et plus spécifiquement dans le champ des politiques de lutte contre la pauvreté), correspond, dans les travaux suscités par l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale, l'absence relative d'analyses de juristes ou d'approches de la pauvreté par le droit. C'est pourquoi, ses membres avaient conclu, lors de l'avant-dernier rapport<sup>1</sup> (2005-2006), à la nécessité de faire

---

1. Le rapport de l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale 2005–2006, Paris, La Documentation française, 2006.

appel, au-delà des travaux économiques, statistiques et sociologiques régulièrement mobilisés, à d'autres disciplines moins souvent convoquées telles que le droit.

Le droit apparaît en effet être une discipline essentielle dans la compréhension des phénomènes de précarité, d'exclusion et de pauvreté comme dans l'analyse des modes d'intervention destinés à y faire face. À cet égard, l'accent mis sur « les droits à » et les nouvelles formes de la protection sociale qui se sont développées depuis une vingtaine d'années (revenu minimum d'insertion, couverture maladie universelle, allocation personnalisée d'autonomie, loi relative à la lutte contre les exclusions, etc.) ou pour accompagner les demandeurs d'emploi (Pare/PAP<sup>2</sup>) doivent être interrogés à différents niveaux.

### **Première question : les rapports entre droit et pauvreté ?**

La pauvreté est-elle une notion qui a du sens dans le monde du droit ? Quelle vision le droit donne-t-il de la pauvreté ? Le droit produit-il des normes qui conduisent à une définition de la pauvreté ?

Répondre à ces questions générales exige d'abord une approche historique des rapports entre droit et pauvreté. Ainsi que le souligne Robert Lafore, ces rapports relèvent de modèles différents au cours du temps, dont les caractéristiques dominantes combinent à la fois innovation juridique et éléments relevant de modèles plus anciens. Quoi qu'il en soit, il n'y a pas, semble-t-il, de définition juridique de la pauvreté, mais des représentations liées aux contextes socio-économique et socio-politique. Ces représentations émanent des différentes constructions juridiques et les induisent tout à la fois.

La représentation de la pauvreté est aussi liée aux conceptions de la justice sociale, de la citoyenneté et de la solidarité, conceptions qui ont évolué selon les époques. Comme le montrent également Christine Le Clainche et Diane Roman, ces notions sont actuellement « en travail » dans la société sous le double signe du paradoxe et de l'incertitude (universalisme/corporatismes, libertés/protection, droits objectifs/droits subjectifs, jusnaturalisme/solidarisme, etc.).

---

2. Plan d'aide au retour à l'emploi et programme d'action prioritaire.

Dans ces conditions, le besoin d'une réflexion générale sur le droit s'avère nécessaire. On assiste en effet à un usage fréquent de notions juridiques dans des dispositifs de politiques publiques (obligation, droits et devoirs, opposabilité, etc.). Au-delà des dimensions symboliques et rhétoriques propres à l'action politique, on est conduit à s'interroger sur leur portée réelle, ce qui suppose d'en identifier la nature juridique exacte.

Il importe de situer les principes qui fondent ici l'action publique, tant du point de vue de la consécration des droits de l'homme que du point de vue de l'évolution des rapports entre l'État et les citoyens à travers une combinaison nouvelle entre droits liberté et droits créance. Dans cette perspective, le droit est d'un apport précieux pour éclairer les évolutions de notre modèle social.

## **Deuxième question : évolutions ou ruptures dans le lien entre droit et pauvreté ?**

On assiste depuis plusieurs années à de nombreuses évolutions dans les principes juridiques qui fondent l'action publique en direction des personnes en situation de pauvreté ou de précarité. Cependant, une certaine incertitude se fait jour quand il s'agit de préciser la nature et la portée des vraies ruptures. En effet, les interventions publiques sont fondées sur des notions juridiques dont le sens originel est amendé. La référence au contrat en est l'exemple typique, puisque les obligations des parties sont souvent peu explicitées et d'une portée concrète incertaine. De même, on voit apparaître des notions telles que la compensation, le droit opposable, etc. dont les contenus sont encore flous mais qui sont porteurs de transformations importantes.

On peut distinguer trois axes majeurs dans ces évolutions.

- L'opposition classique droits civils/droits sociaux. La question est dès lors de savoir si cette distinction est encore pertinente ? Michel Borgetto et Diane Roman, en particulier, montrent comment penser l'indivisibilité des droits ?
- La progression des notions de droits de l'homme et de droits fondamentaux. Les droits sociaux sont présentés de plus en plus souvent comme des droits relevant de ces deux registres. Qu'est-ce que cela recouvre ? Sur quoi sont fondés ces droits fondamentaux ? En effet, ces évolutions semblent

aller de pair avec un certain discrédit de l'État social, la montée d'un individualisme déconnecté de tout projet politique et l'accent mis sur l'allocation des ressources par le marché ? Dans cette perspective, n'assiste-t-on pas à un retour du jus-naturalisme au détriment du solidarisme ? De plus la question de l'effectivité des droits fondamentaux se pose. Si cela semble aller de pair avec la montée des thèmes de l'opposabilité et de la justiciabilité, il importe d'en préciser la portée exacte.

- La redéfinition du régime des droits et obligations. Conditionnalité, contre-partie, contractualisation traversent le débat sur les droits sociaux, en opposition avec ce qui est dit de leur nature de droits fondamentaux. Comme le suggère Christophe Willmann, il convient de reprendre l'analyse juridique des droits et obligations. L'intérêt d'utiliser la relation contractuelle dans les droits sociaux est également à examiner. N'est-elle pas en effet une fausse relation contractuelle participant d'un usage intensif des techniques de responsabilisation individuelle ? Etienne Rigal montre que le rôle du juge est, ici, de plus en plus prégnant.

### **Troisième question : l'accès au droit comme enjeu majeur ?**

La question de l'accès au droit semble parfois plus déterminante, du fait de ses conséquences pratiques, que celle du droit lui-même.

Les obstacles à l'effectivité du droit est une thématique qui date d'une vingtaine d'années et qui met en jeu tant la nature même des droits sociaux que les conditions de leur mise en œuvre institutionnelle. Au-delà des principes généraux et des caractéristiques juridiques concrètes dont Michel Borgetto analyse l'incidence, Isabelle Sayn souligne le rôle de multiples micro-décisions prises par des acteurs non judiciaires, en charge de l'administration des droits et des prestations. L'analyse des non-recours, qui a pris récemment un développement important, met en évidence ces questions complexes. Poursuivant ce propos, Jean Luc Bédos et Mathieu Perdereau, d'une part, et Jacques Fierens, d'autre part, s'interrogent respectivement sur le rôle que peut jouer une structure telle que « Droit d'urgence » dans l'aide juridique aux plus démunis, et sur l'impact de la réglementation communautaire sur la législation nationale, en l'espèce pour le cas belge. Enfin, Elise Barbe, Luc-Henry Choquet et Benoît Descoubes, soulignent, dans une perspectives de futures recher-

ches, le fait que peu de travaux ont décrit et analysé de façon détaillée la prise de décision des procureurs chargés des mineurs et des juges des enfants dans un contexte de pauvreté.

De même, la question de l'effectivité conduit à examiner celles de l'opposabilité et de la justiciabilité des droits sociaux, et donc de leurs contentieux, d'un point de vue très opérationnel. D'ailleurs on note que des alternatives au contentieux sont recherchées pour assurer cette effectivité, sous le double registre de la proximité et de la médiation. L'accès au juge et l'accès au droit se dissocient.

Les communications des différents participants au séminaire organisé conjointement par l'ONPES et la MiRe (DREES), ont été reprises par l'ONPES pour élaborer la troisième partie de son rapport 2007-2008<sup>3</sup> et proposer une première réflexion dans ce domaine. Néanmoins, leur qualité scientifique justifie qu'une publication les réunisse pour stimuler d'autres travaux. C'est ce qui a conduit les deux structures à élaborer, en partenariat financier avec la Mission Droit et Justice, un programme de recherches plus approfondi. La présente publication en constitue le socle indispensable.

---

3. <http://www.travail.gouv.fr/web/observatoire-national-pauvrete-exclusion-sociale/>





# La pauvreté saisie par le droit : la construction juridique de l'assistance en France

Robert LAFORE

Professeur de droit public, Institut d'études politiques, Université de Bordeaux

**L**ES SITUATIONS dites « de pauvreté » cumulent un ensemble de faits à la fois singuliers – chaque « pauvre » est dans une situation spécifique – et récurrents – il y a des régularités statistiques et des critères objectifs qui, bien que toujours discutés, par exemple autour de la question des « seuils de pauvreté », entendent circonscrire et éventuellement comprendre le phénomène ainsi dénommé. La « pauvreté » est donc un fait social construit bien au-delà de ses aspects subjectifs qui concernent le regard du « pauvre » sur lui-même (se sentir « pauvre ») et le regard des autres sur lui.

Le phénomène a fait l'objet d'une appropriation par des instances publiques, lorsqu'il est devenu à la fin du <sup>xix</sup>e siècle une « question publique » en se dégageant progressivement des approches de types caritatif ou philanthropique. Sans d'ailleurs que ces approches aient été supplantées, la puissance publique s'est progressivement érigée en acteur central pour faire face à la « pauvreté » et, tant pour des raisons idéelles que pratiques, on a procédé à sa définition ainsi qu'à sa prise en charge au travers d'une médiation par le langage du droit.

Le codage juridique du phénomène nécessite à la fois qu'on l'enferme dans des critères (qui est « pauvre » au vu de critères d'âge, de ressources... établis juridiquement ?) et qu'on lui fasse correspondre des formes d'interventions, d'aides et de soutiens (à quoi le « pauvre » a-t-il droit et selon quelles modalités légalement définies ?).

On peut faire l'hypothèse qu'il y a une cohérence entre la définition juridique du « pauvre » et les modalités de sa prise en charge quelle qu'en soit la nature. Et on peut nommer « modèle juridique » cette construction. En ce qui concerne la pauvreté, notamment en France, on peut parler d'un « modèle assistanciel » puisque l'appréhension du phénomène par la puissance publique s'opère pour l'essentiel avec la constitution des diverses institutions de l'assistance publique à compter de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle.

Les développements qui vont suivre vont tenter d'élucider le ou les « modèles assistanciels » qui ont été établis, la notion de « modèle » renvoyant donc à une configuration qui articule une certaine définition juridique de la pauvreté avec des institutions (organes et prestations essentiellement) juridiquement organisées pour la prendre en charge.

Cette tentative de caractérisation des logiques juridiques formelles relatives à la pauvreté présente un double intérêt. D'une part, un intérêt « interne » dans le champ même de la science du droit, celui de la théorie juridique, puisque cela permet d'appréhender les opérations de découpage et de catégorisations que le droit par sa nature même réalise et qu'il agence en constructions institutionnelles, ces montages étant évolutifs et transformables. D'autre part, un intérêt « externe » au droit lui-même car les constructions juridiques concentrent des ensembles de valeurs ou principes sociaux (normes de justice, principes dits « fondamentaux ») en amont d'elles-mêmes, sans lesquelles elles seraient privées de la légitimité qui les rend opérantes et qu'elles concourent en retour à affermir ; elles cristallisent aussi un certain état des rapports de force au sein d'une société donnée, les constructions juridicisées pouvant passer pour des formes de compromis plus ou moins stables des débats contradictoires qui traversent toute collectivité politique. Dans une vision compréhensive du social et de son droit, telle que l'a développée Max Weber, la construction juridique de la pauvreté, au travers de « modèles » articulant de façon relativement cohérente une représentation du phénomène et des modalités d'action, nous en dit donc beaucoup à la fois sur le droit et sur la société qui le secrète.

Certes, l'élucidation de ces « modèles juridiques » concernant la « pauvreté », ainsi que les voies de sa prise en compte procèdent inévitablement d'une logique de schématisation et par là de simplification des réalités auxquelles cela renvoie. En matière de protection sociale et singulièrement en ce qui concerne ce que l'on peut dénommer « la lutte contre la pauvreté », le réel paraît en première approche foisonnant, instable, peu cohérent et de là difficilement rapportable à une ou à des cohérences globales. Il semble cependant que le formalisme juridique peut constituer un moyen de compréhension puisque, nous le verrons, il établit, bien que de façon cachée et souterraine, une sorte de référentiel et de code relativement stables derrière l'extrême variété des arrangements concrets.

L'approche par les constructions du droit présentent une autre limite. Elles ne préjugent pas des opérations complexes par lesquelles une société parvient à établir des normes et à les changer, et n'instruit pas non plus sur la façon dont les acteurs sociaux s'approprient ces mêmes normes en les instrumentalisant dans leurs pratiques. Sur ce plan, les « modèles juridiques », même clairement élucidés, ne disent rien des conflits et consensus idéologiques ainsi que des pratiques, ces dernières ne pouvant être appréhendées que par des travaux de terrain à partir de cadres problématiques spécifiques. Cela dit, on peut faire l'hypothèse que les concrétions du droit, d'une part ne sont pas sans rapport avec les méta-normes que sont les valeurs sociales en débat, puisqu'en réalité elles les incarnent peu ou prou dans les institutions qu'elles établissent et que, d'autre part, elles ne sont pas sans influence sur les comportements concrets par les effets de cadrage qu'elles imposent.

Enfin, la mise en évidence des « modèles » n'a qu'une portée descriptive et compréhensive, et en aucun cas prescriptive. Visant à mettre à jour les logiques passées et présentes empruntées par le droit pour traiter la « pauvreté », la démarche adopte une position distanciée et critique qui interdit les jugements de valeur sur tel ou tel dispositif en vigueur à un moment ou à un autre d'une part, et d'autre part qui exclut que l'on puisse en attendre des propositions ou orientations sur ce qu'il conviendrait de faire ou de ne pas faire. On doit considérer que la prescription ou la préconisation d'une politique souhaitable et par là d'institutions juridiques recommandables constitue un autre temps du travail éventuel à accomplir, et que cela est d'une nature différente et renvoie à des objectifs relevant des pratiques d'expertise ou de conseil.

À titre d'hypothèse, on peut distinguer pour la France trois modèles d'assistance aux pauvres. Ils s'établissent naturellement à partir de la constitution d'une politique publique en la matière, c'est-à-dire d'un ensemble institutionnel systématique et global qui entend, même s'il n'y parvient à peu près que très tardivement et jamais totalement, placer sous l'emprise de la puissance publique (État et collectivités territoriales) la conception et la représentation de la pauvreté ainsi, que les modalités de sa prise en charge. L'analyse montre que ces modèles se sont succédé, chacun constituant une formalisation nouvelle du problème de la pauvreté en se situant en rupture par rapport au modèle antérieur. Mais il convient aussi de noter que les modèles antérieurs ne disparaissent pas mais subsistent et sont en quelque sorte recyclés à chaque étape, si bien que les actuelles institutions de lutte contre la pauvreté peuvent se lire comme un assemblage de tous les modèles juridiques ayant été établis avec un recodage et une adaptation de chacun. La question de la pauvreté semble bien pouvoir constituer ainsi une des formes de l'éternel recommencement, à moins que ce ne soit une des incarnations du mythe de Sisyphe, bien que chaque génération paraisse y inscrire aussi ses caractères propres et ses obsessions singulières.

En forme de présentation rapide, on peut considérer que, dans les institutions publiques initiales émergeant à la fin du <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle, s'établit un « modèle tutélaire » dérivé des institutions du droit civil de la famille. Puis, après la Seconde Guerre mondiale, dans une extension avec aménagements des principes du service public, émerge un modèle que l'on peut qualifier de « réparateur ». Enfin, du fait de l'ébranlement opéré dans la protection sociale par le chômage de masse dans les années 1980, avec en échos les profondes mutations dans les formes d'appartenance et de solidarité, émerge un modèle « intégrateur » dont les politiques d'insertion vont constituer la matrice. Mais, il faut le redire, dans chaque modèle survivent les institutions antérieures et aujourd'hui encore, si la représentation de la « cohésion et de l'intégration sociales » domine, cette dernière compose avec les conceptions antérieures qui demeurent et perdurent.

### **« Le modèle tutélaire »**

Le modèle qualifié ici de « tutélaire » s'établit avec les grandes lois d'assistance votées par les assemblées à majorité républicaine de la Troisième République entre 1889 et 1913 (lois sur « les enfants maltraités et moralement abandonnés », sur « l'as-

sistance médicale gratuite », sur « les enfants assistés », sur « les vieillards, les infirmes et les incurables », sur « les femmes en couches », sur « les familles nombreuses et nécessiteuses »).

Cet ensemble repose sur un paradoxe. D'un point de vue global, l'assistance publique républicaine apparaît comme la concrétisation du programme révolutionnaire de lutte contre « l'indigence » qui est exprimé notamment dans le rapport du Comité de mendicité de 1790. Le fondement des futurs « secours publics » y repose sur la question de la citoyenneté, le nécessaire soutien public aux indigents étant pensé en lien avec la construction de la société démocratique. Mais à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la concrétisation du programme républicain va aller chercher son soubassement juridique non pas dans le champ des droits politiques, mais dans celui des institutions civiles.

Effectivement, partant d'une certaine conception de la pauvreté, l'intervention publique va s'organiser sous la forme d'une extension vers la sphère publique des liens civils qui lient les individus les uns aux autres à l'intérieur du groupe familial.

### Les conceptions fondatrices

Il faut en premier lieu souligner, ce qui est d'ailleurs récurrent dans les systèmes de lutte contre la pauvreté, que le vocable de « pauvreté » n'est pas utilisé pour dénommer le problème pris en compte par les institutions juridiques. On ne retient pas non plus la notion « d'indigence », ni celle de « mendicité » qui avait été mises en avant dans le discours révolutionnaire originaire. Il y a une forme constante de renoncement des institutions juridiques à définir le problème à traiter en partant d'une substance, d'un contenu, d'une nature identifiables qui le caractériseraient. À cela sans doute une raison objective et toujours présente pour les formulations contemporaines : comment enfermer la « pauvreté » dans une notion juridique qui rende compte même *a minima* de ce qu'elle est avec un certain degré de généralité et d'universalité, qui permettent de l'appréhender dans le langage du droit. Mais aussi, et nous y reviendrons, ce qui s'impose ainsi vient des formes de prise en charge elles-mêmes : la logique « tutélaire » impose en effet de décaler la définition du problème de son contenu (qu'est qu'un « pauvre »?) vers certaines de ses causes ou de ses effets (absence de ressources, incapacités, abandon...) reliés à des catégories de personnes (enfant, mère, famille, vieillard, invalide).

La cible du modèle tutélaire, loin de traduire les substantifs de « pauvreté » ou « d'indigence » dans les mots du droit, se

construit donc dans une articulation entre des catégories personnelles d'une part et d'autre part des situations matérielles.

Le ciblage ainsi réalisé renvoie de fait à la conception que l'on se fait de cette « pauvreté » digne d'être secourue : il s'agit implicitement de pallier une altération des fonctions ou des solidarités intra-familiales entraînant la mise en danger matérielle essentiellement mais aussi morale lorsqu'il s'agit d'enfants, des membres de la famille.

Et l'action publique s'organise à partir du principe selon lequel, confrontée à des solidarités familiales défailtantes ou impuissantes, la collectivité doit s'y substituer pour garantir l'entretien matériel des personnes et leur éducation lorsqu'il s'agit d'enfants.

On voit clairement que ce modèle, en identifiant ainsi la « pauvreté » éligible à l'aide publique, s'appuie implicitement sur le cadre de droit commun qui commande les formes de solidarité et par là les droits et obligations qui relient les individus au sein de l'entité familiale. Loin d'en référer à la place de chacun dans l'ordre de la production ou à sa position au sein des logiques de distribution des richesses, loin aussi de faire jouer des formes de solidarité attachées à l'appartenance à la communauté politique, cette conception se fonde essentiellement sur l'institution familiale : c'est par la médiation de l'appartenance à une famille, telle qu'elle est construite dans le champ des droits civils, que se nouent les obligations interpersonnelles assurant à la fois la socialisation et la prise en charge matérielle de chacun. Et lorsque les obligations et par là les fonctions familiales ne sont pas assurées, l'État est alors légitime à intervenir.

La « pauvreté » ainsi conçue au travers du prisme familial – à savoir que le « pauvre » est la personne qui ne peut faire jouer ses droits et créances intra-familiales, ce qui se manifeste par son « impécuniosité » ou son état « d'abandon » – conduit naturellement à une approche très limitée des situations objectives de pauvreté. Mais c'est à ce prix que sont maintenues les obligations sociales générales pesant sur tout individu, celle de se prendre en charge soi-même et de prendre en charge sa « famille » ; et celle d'être pris en charge légitimement par son lignage et ses alliés lorsqu'on n'y est pas tenu (état de minorité) ou lorsqu'on ne peut le faire (incapacités, vieillesse, charge d'enfants).

### La construction juridique

Ainsi référé à l'instance familiale et aux obligations qui sont organisées en son sein, le modèle de prise en charge dénommé

« assistance publique » s'établit selon une logique tutélaire telle qu'elle est instituée par le droit civil. Il faut entendre par là que la puissance publique développe une protection des personnes victimes de l'altération ou de l'impuissance des solidarités familiales, protection consistant dans la prise en charge matérielle pour les majeurs qui sont « impécunieux », « invalides », « incurables » ou « vieillards » complétée d'une prise en charge éducative lorsqu'il s'agit d'enfants ; c'est d'ailleurs à l'égard de cette dernière catégorie que la logique tutélaire opère dans sa plénitude, notamment lorsqu'il s'agit d'enfants « abandonnés » pour lesquelles l'assistance va se construire sous une forme calquée sur la tutelle des mineurs.

La technique juridique adoptée consiste dans une extension à la sphère publique des droits alimentaires du Code civil. À l'instar de ce qu'organise le statut civil de la famille, qui définit des obligations d'entretien attachées au mariage et à la filiation, la puissance publique est mise en charge de fournir les « aliments » en lieu et place de parents et d'alliés impuissants, défailants ou absents.

Le droit à l'assistance se construit alors comme un ensemble de « droits subjectifs » opposables à la puissance publique ; ces droits subjectifs sont conditionnés par le fait que l'état de besoin doit être constaté dans le concret des situations individuelles et l'aide proportionnée à ce besoin, comme dans le droit commun aux aliments ; ils sont en outre subsidiaires et « récupérables », les obligations alimentaires familiales devant être mises en jeu préalablement et la prise en charge publique n'intervenant qu'au constat de leur insuffisance ou de leur absence. La structure des droits assistanciers n'est ici que le décalque du droit civil aux aliments, déplacé sans altération vers le champ public.

La gestion de cette institution est confiée à un service public local, communal au départ, puis progressivement départemental. C'est ce service qui est chargé de recueillir les demandes, de les instruire et de délivrer les aides constituées massivement de prestations en nature, à savoir de placements dans des institutions publiques d'hébergement et d'entretien (hospices, hôpitaux-hospices, orphelinats). On sait historiquement que ce « service public d'assistance », dont le modèle tutélaire a sous-tendu la mise en place depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, était caractérisé par une très faible structuration et un très fort éclatement au gré des circonstances locales. Du fait de la conception même du système, mais aussi de la faiblesse des moyens qui y étaient engagés, cette forme d'intervention publique ne pouvait assumer une fonction globale de lutte contre toutes les situations de pauvreté. C'est bien pourquoi,

parallèlement, le monde des œuvres a perduré en arrière-fond, avec ses propres moyens et sous des contrôles publics réduits à une police de moralité des gestionnaires, pour traiter de l'immense marge de la « pauvreté » qui ne pouvait être référée aux lacunes des obligations intra-familiales, ou qui, pouvant s'y rapporter, ne pouvait cependant pas avoir accès aux aides publiques.

Le prisme familial caractérisant le modèle tutélaire introduit un biais considérable en opérant un tri des « pauvres » éligibles au soutien public au travers d'un tamis très serré quant au champ des personnes concernées et très restrictif quant à la nature des aides. La construction civiliste des droits aux aliments et du droit de la tutelle est impuissante à fonder une appréhension large de « l'indigence », la famille et les solidarités qui la structurent ne pouvant dès le départ plus assumer seules la protection des individus ; cette construction était en effet déjà condamnée par les évolutions socioéconomiques à n'avoir qu'une efficacité de plus en plus limitée. Le modèle, dans une lecture superficielle, est parfois comparé, à tort, aux institutions universalistes instituées plus tard, notamment dans la protection sociale nordique, telles qu'elles ont été théorisées par Beveridge. Mais il ne pouvait pas se développer dans ce sens ; sa matrice « familialiste » l'interdisant ; il aurait fallu changer totalement le référentiel juridique, en le déportant vers le champ des droits politiques, pour qu'il puisse s'infléchir ainsi. Un retour aux fondements des « secours publics » de 1790 aurait été nécessaire, mais il ne se fera que bien plus tard, lorsque la « citoyenneté » reviendra à l'ordre du jour pour penser la « pauvreté ».

Dans les faits, outre la soupape de sécurité fournie par les opérateurs privés développant une action sociale en dehors de la puissance publique et qui ont fait prospérer les dispositifs caritatifs et philanthropiques, c'est vers un autre monde institutionnel et juridique que très vite les débats se sont déplacés avec l'institution en France des assurances sociales ; ces dernières, ignorant aussi la « pauvreté » en tant que telle pour ne connaître que le « travailleur » et sa sécurité économique, ont cependant changé radicalement les choses et poussé vers la marge l'assistance publique dans sa forme initiale. Mais le modèle tutélaire s'est cependant recyclé au sein d'un modèle plus large de gestion de la « pauvreté » qui s'élabore après 1945, le modèle « réparateur ».



## Le modèle « réparateur »

Dès avant la Première Guerre mondiale, les débats sur la protection sociale ont progressivement abandonné les questions de « pauvreté » et d'assistance. Un changement de paradigme va s'imposer face à l'émergence massive du prolétariat industriel, dont la précarité fondamentale, due aux conditions initiales de l'établissement du rapport salarial, pose un problème inédit qu'on ne peut réduire aux notions de « pauvreté » ou « d'indigence ». Une réponse s'invente en Allemagne, dans un contexte certes spécifique, avec la création entre 1883 et 1889 d'un système cohérent d'assurances sociales. La France, bien que les débats y soient longs et difficiles, va se convertir progressivement aussi aux solutions assurantielles. Cela constitue un nouveau biais qui d'ailleurs va reléguer la question des « pauvres » dans les marges. Les assurances sociales n'affrontent pas en tant que telle la « pauvreté », car elles font porter leur effort sur la garantie d'un revenu pour les travailleurs de façon à pallier les aléas divers qui peuvent l'affecter et à construire ainsi pour lui une sécurité économique viagère. Il s'agit d'une modalité d'internalisation dans les coûts de production de l'insécurité liée au statut salarial. Avec une considérable transformation naturellement, c'est le modèle de l'assurance et du « risque » reconstruit en « risque social » qui fournit la base à cet univers institutionnel et comme l'a montré François Ewald<sup>1</sup>, ce sont les institutions de la « responsabilité » qui en sont la matrice.

L'univers de la protection sociale se scinde alors en deux segments d'importance très inégale. D'un côté, et c'est le grand nombre, il s'agit de protéger les travailleurs ainsi que leurs familles. Par leur insertion dans le monde de la production, ils vont bénéficier de la couverture d'essence assurantielle. De l'autre, il convient de prendre en charge les « incapables » et « invalides », les « vieillards », les enfants et leurs mères qui, n'entrant pas dans le système productif, imposent le maintien des institutions assistancielles. Dit autrement, la pauvreté laborieuse étant appropiisée par les assurances sociales, la pauvreté résiduelle des improductifs justifie le maintien de l'assistance.

L'institution de la Sécurité sociale en 1945 va, sans remettre en cause cette partition centrale entre les actifs et les « inactifs », amener cependant à reconfigurer le modèle assistanciel. Les promoteurs de la Sécurité sociale attendaient initialement

---

1. Ewald F., 1986, *L'État providence*, Grasset.

de cette institution qu'elle s'universalise et, couvrant alors tous les « besoins », qu'elle provoque la disparition de l'assistance. Mais on ne put s'engager dans cette voie. Cependant, la situation nouvelle créée par le développement massif d'une protection sociale généralisée, du fait des dynamiques extensives que recelaient cette institution, du fait des logiques de modernisation et de professionnalisation qu'elle engageait, du fait plus largement du passage de la protection de groupes limités à une recherche de « bien-être » pour l'ensemble de la population, tout cela a conduit à recomposer le segment assistanciel dans un autre modèle plus englobant et en cohérence avec le mouvement d'ensemble.

Sans écarter l'assistance de type tutélaire fondée sur le droit de la famille, mais en l'adaptant, on procéda alors progressivement à l'établissement d'un modèle plus large, de type « réparateur » s'appuyant sur un nouveau cadre conceptuel qui allait soutenir le développement d'un secteur d'action publique nouveau : les « institutions sociales et médico-sociales ».

### Le cadre conceptuel

Si le modèle tutélaire ramenait la question de la pauvreté à des situations d'impécuniosité vécues par des vieillards, des incurables, des invalides ou encore des enfants exclus des solidarités familiales, le nouveau modèle élaboré à partir des années 1950 reconvertit cette représentation grâce à l'invention d'une notion nouvelle : « l'inadaptation ».

Ce vocable nomme l'ensemble des situations individuelles où est constaté un écart par rapport aux normes sociales qui déterminent les capacités requises pour vivre et tenir ses fonctions et rôles sociaux. En arrière-fond de l'idée « d'inadaptation » se tient le couple « normalité/anormalité ». Avec l'appui des sciences appliquées à la gestion de la société (statistiques, psychologie expérimentale, psychanalyse, pédiatrie, épidémiologie, etc.), l'action collective tend à inscrire les difficultés individuelles sur le registre de déficiences objectivables par rapport à la « normalité ». La notion va tout d'abord permettre de recouvrir les carences individuelles plus objectives qui constitueront le champ du « handicap », concept qui sera juridicisé en 1975. Mais, bien que non intégrée au discours du droit, l'idée de « handicap social » a elle aussi été utilisée pour nommer des écarts à la norme tenant à des situations familiales et plus largement sociales.

L'idée « d'inadaptation », en accord avec les fondements scientifico-technique qui la soutiennent, fait changer les soubas-

sements du droit. Mettant en jeu « l'anormalité » référée à une « normalité » construite scientifiquement, le système juridique quitte alors le registre de la « normativité », telle que l'établissaient les cadres civilistes du droit familial, avec un double effet : les problèmes sociaux sortent de l'espace du débat politique et échappent dans le même temps aux incertitudes de la morale et des valeurs ; ce sont des questions engageant essentiellement des logiques technico-gestionnaires.

Ainsi référées à la notion « d'inadaptation », les difficultés sociales, dont la « pauvreté » à nouveau escamotée dans cette nouvelle représentation, supposent une prise en charge spécifique : il convient que la puissance publique répare les désavantages liés à la distance de certaines personnes par rapport à la normalité individuelle et sociale.

Cette réparation mobilise une ingénierie juridique qui établit d'abord des catégories d'inadaptations légalement reconnues et construites selon des grands types de déficiences (physiques, mentales, sociales) à partir de critères d'essence technique et scientifique. On construit ensuite, pour chaque groupe ainsi identifié, un statut protecteur qui lie la reconnaissance de la déficience à une prise en charge matérielle ou éducative.

### L'invention du secteur social et médico-social

Le principe statutaire et catégoriel du modèle « réparateur » va générer le développement d'une forme singulière d'action publique avec la constitution d'un secteur nouveau : les institutions sociales et médico-sociales.

Premier aspect à souligner, le centre de gravité de la politique assistancielle se déplace du dispositif tutélaire antérieur vers la mise en place d'un ensemble d'établissements et de services de prise en charge des « inadaptés ». Il convient effectivement, la notion « d'inadaptation » supposant l'identification des diverses catégories concernées à partir de critères médico-psychologiques et sociaux, d'offrir des structures dont les caractéristiques techniques correspondent aux spécificités de chaque catégorie identifiée : déficiences physiques, mentales, sensorielles ; difficultés psychologiques ou carences familiales. Dans une première phase, qui court jusqu'aux années 1980, la politique publique va chercher à accompagner le développement extensif des catégories de publics qui iront en se ramifiant au gré des constructions opérées par les savoirs et théories médico-socio-psychologiques ; le but est d'organiser une offre de prises en charges, à l'origine sous la forme dominante d'établissements spécialisés en internat,

qui correspondent à la « demande » produite et structurée par des promoteurs professionnels (médecins, psychiatres, enseignants, juges, travailleurs sociaux) et associatifs (on peut évoquer notamment le rôle des associations de parents d'enfants déficients).

Du point de vue de la structure juridique, cette logique met en première ligne la question de l'organisation par le droit d'une offre d'établissements. La réponse va donc tenir dans l'invention du secteur social et médico-social, nouveau champ d'action publique doté progressivement d'un cadre juridique propre et par là d'une logique de régulation spécifique.

Le secteur va se constituer par intégration dans un même cadre juridique de structures antérieurement éclatées entre plusieurs champs de l'action publique – le sanitaire, le pénal, l'éducatif – cela autour du noyau assistanciel d'origine constitué des anciens orphelinats, hospices et autres asiles. Le processus d'intégration de ces segments antérieurement distincts a supposé naturellement une reconstruction matérielle et technique progressive à partir de nouveaux cadres de légitimation des prises en charge. C'est pourquoi la structuration du secteur social et médico-social a reposé aussi sur la mise en place de nouvelles professions (les professions du travail social), l'apparition de nouvelles spécialités dans le champ des professions médicales, psychiatriques et psychologiques et la construction d'un appareil de formation propre au secteur dont la clé de voûte sera constituée par la création de l'École nationale de santé publique (ENSP) en 1966 qui reçoit mission de former, à côté des gestionnaires de la santé, des cadres pour les administrations sociales ainsi que les structures sociales et médico-sociales.

Pour l'essentiel, l'effort de la puissance publique va se porter vers la création d'une offre publique et vers l'encadrement de l'offre privée, avec en surplomb la mise en place d'une administration sociale dans le but de constituer un ensemble cohérent et maîtrisé.

Pour parvenir à cet objectif, deux logiques juridiques vont être utilisées, de façon distinctes mais dans le même temps progressivement intégrées.

Tout d'abord, en utilisant les cadres juridiques du « service public », on a développé un secteur public d'établissements rationnel et modernisé selon les conceptions techniques et professionnelles élaborées par les corporations professionnelles mobilisées dans ce champ. La forme juridique utilisée fut celle de « l'établissement public social et médico-social », structure dotée de la personnalité morale et donc par là apte, par sa dissociation d'avec

les personnes publiques les ayant créées (notamment les collectivités territoriales), à adopter les normes d'organisation imposées, à présenter une transparence suffisante, notamment du point de vue des financements, bref à entrer globalement en cohérence avec l'ensemble des évolutions impulsées dans le secteur. Certes, la réglementation mettra un certain temps à aligner juridiquement ces établissements sur les contraintes imposées à l'ensemble des autres structures, notamment privées (l'alignement total ne survient en fait qu'avec la loi n° 2002-2 rénovant l'action sociale et médico-sociale) du fait du principe de libre administration des collectivités locales gestionnaires, mais l'obligation pour les personnes publiques d'ériger en établissement public tous leurs services sociaux et médico-sociaux va constituer un facteur d'intégration suffisamment puissant pour que les opérateurs publics adoptent les logiques de fonctionnement attendues.

Parallèlement, en développant et en aménageant les ressources juridiques permettant tout à la fois de soutenir et de contrôler des activités privées d'intérêt général, la réglementation s'est développée pour associer l'énorme masse des « œuvres » à la politique publique. Ainsi, partant de polices administratives limitées à la sécurité des personnes accueillies ou encore à la moralité des dirigeants, se sont développées des réglementations techniques s'imposant aux établissements gérés par des personnes privées: catégorisation des établissements en fonction du public à accueillir, normes d'encadrement professionnel, normes techniques concernant les locaux, les activités, les formes de prise en charge... Le respect de ces cadres normatifs conditionnait l'accès aux ressources financières attribuées par la puissance publique, le bouclage d'ensemble tenant au fait que les normes imposées généraient des niveaux de coûts de fonctionnement sans rapport avec la vieille économie du don et du dévouement qui a irrigué si longtemps les initiatives privées. Cette police spéciale appliquée aux promoteurs privés s'organisa sur le fondement d'une distinction nécessaire du point de vue de la liberté associative: le gestionnaire associatif est libre, mais ce sont ses activités, lorsqu'elles rentrent dans la nomenclature des « établissements et services » visés par la réglementation, qui sont contrôlées.

Au-dessus des établissements, et dans une perspective englobante, s'est mise en place une administration sociale spécialisée. La création des directions départementales des affaires sanitaires et sociales (DDASS) en 1964, en prolongement de la création de directions ministérielles dédiées à l'action sociale, a

correspondu à la nécessité de couvrir le secteur social et médico-social par une structure centralisée de pilotage et de mise en ordre. L'impulsion réglementaire venant du haut, le centre de gravité du secteur se situait dans les directions départementales, dotées d'administrations spécialisées avec leurs corps spécifiques en rappelant naturellement que la configuration du département en vigueur jusqu'en 1983 faisait de cette collectivité un lieu d'intégration des politiques étatiques et des adaptations localisées. De plus, pour répondre à la spécificité d'un tel secteur d'action publique, où se mêlent corporations professionnelles, corps administratifs, notables associatifs et élus locaux, on inventa progressivement des formes de concertation que la loi du 30 juin 1975 consacrera avec la création des commissions régionales qui interviennent en amont des décisions publiques de façon à intégrer les divers intérêts en jeu. Ce cadre de pilotage, de régulation et de contrôle a été assez profondément modifié par les nouveaux partages de compétences imposés par les deux trains de décentralisation, notamment en donnant un rôle renforcé à la collectivité départementale; l'État y conserve cependant un pouvoir conséquent via notamment le contrôle des financements émanant des organismes de sécurité sociale. Mais, au-delà des découpages fonctionnels, la logique sectorielle s'est en réalité affermie, notamment avec la loi de 2002 « rénovant l'action sociale et médico-sociale » qui, réformant et adaptant les dispositions fondatrices du secteur (loi du 30 juin 1975), opère en fait une sorte de bouclage juridique des institutions d'action sociale du fait de l'alignement de toutes les structures, quel qu'en soit le gestionnaire, sur un modèle homogène et cohérent de réglementation.

Enfin, le développement organisationnel d'établissements et de services s'est accompagné, à côté de l'extension massive du financement des structures par des fonds publics ou en provenance des organismes de protection sociale, de la création de prestations catégorielles spécialisées: les prestations non contributives de sécurité sociale. Dans le champ des personnes âgées (minimum vieillesse), dans celui du handicap (allocation d'éducation spéciale et allocation aux adultes handicapés), ces premiers minima sociaux se sont superposés à la vieille assistance devenue « aide sociale » pour accompagner le développement d'une logique réparatrice et statutaire bien plus ambitieuse que les dispositifs tutélaires antérieurs.

Le modèle « réparateur » a donc justifié, face à la pauvreté traduite en « inadaptations », une réponse massive en termes

d'établissements et de services dédiés aux multiples catégories d'inadaptés. Sur le plan juridique, ce qui frappe c'est que, loin d'opérer au travers d'une extension du service public et de son régime juridique (de ce point de vue, l'échec de la jurisprudence « Naliato »<sup>2</sup> a constitué un tournant), la politique d'action sociale s'est construite dans un mixage entre service public et police administrative spéciale pour constituer un « secteur » dans lequel domine l'instrument « police » : La caractéristique de cette construction c'est que, s'extrayant des clivages antérieurs entre personnes publiques (service public) et personnes privées (aide à des activités privées d'intérêt général), la législation procède à une indifférenciation des personnes gestionnaires pour ne s'en tenir qu'à leurs activités, ces dernières seules entraînant l'application d'un régime juridique spécifique constitué d'autorisations, d'habilitations de règles budgétaires et comptables, de normes d'organisation et de fonctionnement. C'est par ce moyen que, répondant à l'impératif de création d'un ensemble cohérent de structures de prise en charge des catégories se ramifiant sans cesse et au gré des découpages générés par les corporations et promoteurs divers, le modèle réparateur a pu développer sa logique.

## **Le modèle « intégrateur »**

La logique extensive du modèle réparateur, développant à l'envie des catégories et sous-catégories de structures pour prendre en charge des « inadaptés », va se heurter dans les années 1980 à l'émergence d'un phénomène nouveau dénommé, faute de mieux, « nouvelle pauvreté », puis « précarité », puis « exclusion ». Lié clairement dans un premier temps au chômage structurel qui rejette durablement de l'emploi stable nombre de personnes pourtant « aptes au travail », cette « précarité » ne peut se traiter dans le registre de « l'inadaptation » entendue comme un écart à réparer par l'inscription dans un statut protecteur hors du droit commun. La dimension ségrégative

---

2. Le Tribunal des conflits a pu laisser penser avec son arrêt « Naliato » (TC, 22 janvier 1955, rec. 614) qu'une troisième catégorie de services publics était identifiée, les « services publics sociaux » distincts des « services publics administratifs » et des « services publics industriels et commerciaux » ; le fonctionnement de ces services publics sociaux aurait été soumis à un régime dominant de droit privé quel qu'en soit le gestionnaire, personne publique ou personne privée. Mais ni le juge judiciaire (Cass. civ. 30 oct. 1957, Vve Radux), ni le juge administratif (CE, 17 avril 1964, Com. d'Arcueil) n'ayant emprunté cette direction, le Tribunal des conflits raya lui-même cette catégorie du droit positif (TC, 4 juillet 1983, Gambini, rec. 540).

de la logique réparatrice ne peut s'appliquer à très grande échelle, surtout pour couvrir des situations sociales où l'écart par rapport à la « normalité » sociale n'est pas objectivable immédiatement dans des déficiences individuelles ; au contraire, il s'agit de situations qu'on ne peut référer qu'à des déterminations économiques globales (le chômage) ou à des processus de disqualification, individuelles certes, mais liées à des évolutions sociales larges, notamment dans les formes de solidarité.

C'est bien pourquoi va s'expérimenter, puis se stabiliser avec la création du revenu minimum d'insertion (RMI) en 1988, une recomposition des logiques assistancielles autour du modèle de « l'insertion ». Comme aux étapes antérieures, cette réorientation n'a pas conduit à la disparition des montages tutélaire et réparateur, mais à leur recyclage pour les inscrire dans la configuration nouvelle.

Émerge ainsi un modèle que l'on peut qualifier « d'intégrateur », le projet global n'étant pas de réparer les conséquences d'un écart à la norme du travail ainsi que des compétences sociales requises, mais d'opérer une requalification des personnes pour les y ramener. Après avoir analysé les caractéristiques conceptuelles et institutionnelles du modèle intégrateur, on pourra en déceler les effets dans l'ensemble de la politique assistancielle puisque cette nouvelle construction de la pauvreté autour de l'idée d'insertion a suscité une recomposition des ver-sants tutélaire et réparateurs.

### Le droit et les institutions de l'insertion

La notion « d'exclusion » recouvre donc une mutation dans les façons de voir et de concevoir les phénomènes de pauvreté et plus largement de marginalité. Dans une société « d'individus » autonomes, où les appartenances et les protections sont beaucoup plus fluides et instables, l'intégration sociale s'opère beaucoup moins au travers de la famille, des diverses classes et catégories sociales dotées de cultures propres et de systèmes de représentation ainsi que des grandes institutions de socialisation (école, armée, églises, partis, etc.). Et lorsque cela se combine avec un affaiblissement du statut salarial pour une part significative des travailleurs potentiels, la représentation collective des problèmes vécus par les « perdants » de ces nouvelles configurations se déplace : leurs difficultés apparaissent liées à un déficit de socialisation, déficit qui articule inextricablement des lacunes individuelles certes mais aussi un défaut de soutien de la société considérée comme « excluante ».



Partant de ce diagnostic, l'action sociale doit se reconstituer de façon à développer, en lien avec les autres institutions affectées à ces tâches, des actions de socialisation dont le but est de ramener les personnes concernées au niveau des exigences et des capacités requises par le fonctionnement social. C'est le même type de conception qui s'exprime dans les notions « d'activation des dépenses passives » ou de « protection sociale pro-active » qui sont prônées dans plusieurs pays ainsi qu'au niveau des organisations internationales : il s'agit, plutôt que d'enfermer les personnes dans leur situation par la mise en œuvre d'une logique indemnitaire, réparatrice et statutaire (modèle réparateur), d'utiliser les prestations de la protection sociale pour inciter leurs bénéficiaires au retour à l'emploi et plus largement au droit commun. Cette vision renouvelée va alors générer la construction d'institutions juridiques inédites, celles de « l'insertion » ou de « l'inclusion » (vocabulaire utilisé dans les instances européennes).

Le droit et les institutions de l'insertion émergent alors, le RMI ayant indubitablement inventé en France leur forme et permis d'expérimenter leur pratique avant que la loi d'orientation du 29 juillet 1998 relative à la « lutte contre les exclusions » ne les élargisse à un ensemble de domaines (logement, santé, emploi, culture, citoyenneté...) et ne les systématisent. Ils tiennent en deux séries de caractéristiques liées.

- En premier lieu des logiques d'action et donc d'organisation. Sur ce plan, tout part du fait qu'il ne convient plus d'assigner le « bénéficiaire » à un statut prestataire censé à la fois régler sa situation et dédouaner la collectivité de ses obligations, mais qu'il faut l'engager dans un processus lui permettant de rejoindre la norme commune par le truchement d'une « insertion sociale » et d'une « insertion professionnelle ». La logique du « parcours d'insertion », qui génère « l'accompagnement », suppose une très forte individualisation et une contextualisation de l'action sociale, chaque prestation monétaire, chaque soutien matériel, chaque aide ou appui n'ayant plus de sens en eux-mêmes mais devant s'ordonner dans un schéma cohérent pour réussir l'insertion.

De là, l'invention d'un « service public » de l'insertion qui, à rebours des anciennes administrations et filières institutionnelles découpées verticalement et par catégories, opère de façon transversale et partenariale en recherchant une mise en cohérence de « territoires » où les multiples facteurs conduisant à l'exclusion pourraient être maîtrisés et retournés pour fabriquer de l'inclusion pour les personnes ou les groupes familiaux concernés.

- En second lieu, une structure juridique. Le modèle prestataire-réparateur dans lequel la réglementation nationale épuise tout le sens et la légitimité de l'action, ce qui réduit le rôle des agences locales à l'appliquer en l'adaptant marginalement, est totalement invalidé par les impératifs décrits ci-dessus. Le droit de l'insertion doit en effet affronter un problème inédit : d'un côté, laisser les acteurs locaux, y compris les bénéficiaires, produire le sens et la légitimité car eux seuls sont en mesure de le faire dans le nouveau cadre conceptuel, mais de l'autre ordonner suffisamment les interventions pour les enserrer dans un cadre égalitaire suffisamment efficient.

Les montages juridiques se configurent selon deux niveaux.

Au niveau global, émerge un ensemble de principes juridiques constitués de « droits fondamentaux » qui sont puisés dans le préambule de la Constitution de 1958 ou les grands textes internationaux, ces droits étant le plus souvent repris dans les articles liminaires des lois. Alors même que l'assistance et l'aide sociale, dans leurs constructions passées, s'étaient passées de ces références, on assiste à une résurgence spectaculaire du jusnaturalisme, tradition qui avait été supplantée par le développement de l'État administratif fondé sur le solidarisme. Ce mouvement a naturellement été favorisé par le développement du contrôle de constitutionnalité des lois depuis 1971 qui a donné force juridique à des textes dont la portée n'est restée longtemps que déclaratoire, à quoi il faut aussi ajouter l'impact de juridictions internationales, notamment la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH). Mais il ne faut pas confondre ce dernier élément, qui n'est que facilitateur, avec la cause de ces mutations dans le système juridique : les modalités d'exercice du pouvoir social ne peuvent plus s'exprimer dans le modèle légaliste et centralisé de production du droit ; l'État ne peut guère que consacrer des consensus généraux (les « droits de l'Homme ») et en faire dériver des « dispositifs » de gestion localisée des difficultés sociales.

Car à un second niveau se structure une configuration juridique spécifique. Ce que l'on nomme justement des « dispositifs » se présente comme un droit d'essence processuelle et non plus substantielle : il établit des instances de négociation (commissions, conseils, comités) articulées à une distribution des attributions décisionnelles, il impose la réalisation de documents liant des diagnostics partagés par les acteurs et des projections en forme d'objectifs communs (schémas, programmes, plans), il assoit les relations tant entre les opérateurs qu'en direction des

bénéficiaires sur des instruments contractuels. Bref, le cadre juridique, faute de pouvoir véritablement instituer et prescrire (logique normative), organise et contrôle la production d'infra-normes localisées résultant des débats et consensus organisés entre les protagonistes de l'action collective.

### De l'assistance à l'action sociale en passant par l'aide sociale

Le modèle intégrateur se façonne donc face à l'exclusion dont le centre de gravité est constitué par les personnes rejetées du marché du travail et qui circonscrivent le champ d'une précarité que le système assurantiel n'a pu contenir et arraisonner faute de reconnaître ce « nouveau risque social ». Mais au-delà de ce domaine, certes très extensif, ce modèle d'action va susciter une mutation d'ensemble de l'assistance, les logiques tutélaires et réparatrices qui y sont encore à l'œuvre étant recyclées au prisme de cette reconfiguration juridique.

Le vieux modèle tutélaire sous-tendant l'assistance publique républicaine, dont la logique est familialiste et le droit civiliste, s'est maintenu lors du développement des institutions réparatrices configurées dans le secteur social et médico-social en se réformant dans l'aide sociale. Pour les populations cibles prioritaires de ces structures, à savoir les personnes âgées et les handicapés, le cadre assistanciel antérieur n'a plus guère constitué qu'un adjuvant financier dans un espace où les financements publics des structures et les minima sociaux dédiés ont dominé ; l'assistance traditionnelle rebaptisée « aide sociale », pour ces deux groupes, a été absorbée et reconvertie dans des fonctions d'appoint. Mais en revanche, elle s'est maintenue telle qu'en elle-même dans le sous-secteur de la protection de l'enfance ainsi que des majeurs (« incapables majeurs ») en s'adaptant dans le sens d'une modernisation des formes d'accueil et de prise en charge autorisées justement par le développement des institutions sociales.

Le modèle tutélaire va connaître un second recyclage en subissant la contamination des conceptions « intégratrices » de la politique de lutte contre les exclusions, cela dans son noyau dur constitué par la protection de l'enfance, la lutte contre la délinquance juvénile et la protection des majeurs. Certes, les logiques préventives et promotionnelles de l'enfant et de sa famille se sont imposées dès les années 1970 dans ces domaines, et cela constituait déjà une évolution forte des modalités d'intervention publique dans la sphère familiale. Tout en restant

dans la même logique, ce sous-secteur a été l'objet de plusieurs textes (trois lois dont une préparée depuis l'année 2000 sont adoptées en mars 2007) qui intègrent les principes du modèle intégrateur : repérage précoce des familles « à risques », mise en place à leur égard de dispositifs d'accompagnement les plus précoces possibles, priorité affirmée aux modalités administratives de suivi et de soutien par rapport à l'intervention judiciaire, établissement de contrats entre les parents et la puissance publique. Tout en conservant son versant tutélaire, ce domaine adopte ainsi une modalité de fonctionnement en accord avec les logiques dominantes de la vision intégratrice et se recale sur une version modernisée que l'on pourrait définir comme la « gestion des risques sociaux au travers du prisme de la famille ».

Le modèle réparateur des années 1950-1960 perdure lui aussi avec le maintien inévitable d'un secteur d'établissements et de services sociaux et médico-sociaux. Cependant, dans le cadre renouvelé défini par la loi du 2 janvier 2002, il abandonne sa logique antérieure de développement extensif, sectoriel et catégoriel pour s'harmoniser avec les conceptions du modèle intégrateur. Ainsi, confrontées à des modes de régulation externes nouveaux (schémas juridiquement opposables, évaluation, tarification à partir d'enveloppes fermées, renouvellement à terme des autorisations, conventionnements avec la puissance publique, constitution en réseaux), à des modalités encadrées de fonctionnement (projet d'établissement, règlement de fonctionnement, conseil de la vie sociale), enfin à un « usager » doté de protections et de moyens d'action renforcés (contrat de séjour, prestations versées à la personne et non à la structure, possibilité d'être défendu par une personne qualifiée extérieure), les institutions sociales et médico-sociales entrent dans l'ère de la territorialisation, de la transversalité, de l'assouplissement et de l'adaptation constante des prestations en fonction des contraintes externes et des demandes des usagers. Ce modèle se configure dorénavant selon la logique des « services à la personne » qui suppose décloisonnements, réactivité, souplesse et capacité à se réguler par soi-même dans une offre qui peut mobiliser tout aussi bien des promoteurs privés plutôt que de faire appel aux opérateurs traditionnels (établissements publics et associations) qui étaient dominants dans le secteur du fait de sa conception initiale. Cette nouvelle stratégie de services concerne essentiellement les personnes handicapées et les personnes âgées, mais elle sous-tend aussi le nouveau champ de la prise en charge de la dépendance qui se structure à l'intersection de ces deux populations.

La vieille assistance constituée à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et transformée en aide sociale dans les années 1950 s'est muée en « action sociale », nouveau vocable qui, au prix de sa consistance juridique<sup>3</sup>, entend recouvrir la pluralité de ses incarnations contemporaines. Le modèle aujourd'hui dominant dans ce champ est celui de l'insertion qui pense les questions de marginalité, de pauvreté ou d'indigence et plus largement de difficultés sociales sur le registre de déficiences dans les fonctions de socialisation des individus ou des familles. Mais bien qu'unifiée selon cette représentation, elle se constitue bien de trois ensembles dont les principes d'action sont à la fois congruents et distincts : les politiques d'intégration sociale centrées sur la « lutte contre la pauvreté » articulée à l'impératif « d'insertion » ; les établissements et services sociaux et médico-sociaux qui ont pour mission de constituer une offre de prestations ou de prises en charge pour les personnes éprouvant des difficultés à assumer intégralement par elles-mêmes leur entretien ; les interventions de protection et de contrôle auprès des personnes ou des familles constituant des « risques » pour l'ordre public (adolescence délinquante), des risques dans la socialisation des jeunes (protection de l'enfance) ou enfin des risques pour elles-mêmes et les tiers (protection juridique des majeurs). Dans chacun de ces ensembles, on trouve les mêmes ingrédients processuels et managériaux : instances pluralistes locales, documents consensuels d'orientation, contractualisation généralisée notamment avec les « bénéficiaires/usagers/assujettis ». Mais une analyse affinée montre que ces instruments juridiques n'ont ni le même sens, ni la même portée selon le domaine où ils s'appliquent. L'action sociale contemporaine constitue donc une composition bien singulière où les modèles institutionnels passés sont réinterprétés dans une vision modernisée unifiée, bien qu'ils gardent pour une part leur caractère originaire.

---

3. Le concept « d'action sociale », juridiquement, nomme l'ensemble des interventions facultatives des collectivités publiques ou des acteurs privés, ce qui le distingue des concepts « d'aide sociale » ou de « prestations de sécurité sociale » qui recouvrent eux des prestations légales et par là à caractère obligatoire pour les organismes qui les délivrent. Le fait de recouvrir de la notion « d'action sociale », comme le fait par exemple le Code dit « de l'action sociale et des familles », à la fois l'aide sociale, des prestations de sécurité sociale, un ensemble d'institutions et d'activités diverses et l'action sociale au sens précis du terme constitue donc une dilution du concept.



# Les droits sociaux : des droits à part entière ?

## Éléments pour une réflexion sur la nature et la justiciabilité des droits sociaux

Diane ROMAN

Professeure de droit public, Université François-Rabelais, Tours

**L**A RÉFLEXION sur l'appréhension juridique de la pauvreté suppose nécessairement de s'attarder sur les droits économiques et sociaux (Roman, 2002). En effet, ces droits ont en premier lieu été affirmés contre la pauvreté : le droit au logement, le droit à la protection de la santé, à la sécurité sociale, le droit à l'éducation, visent à réduire la logique marchande et à garantir à tout homme, quel que soit son revenu, l'accès au bien ainsi distingué. Car si le but des droits de l'Homme est de construire une société tournée vers le bonheur des hommes, ils ne peuvent exclure de leur champ les conditions matérielles de l'existence humaine.

Cette approche s'inscrit dans une analyse déjà classique. Il n'est qu'à relire les différents rapports révolutionnaires, et notamment celui du Comité de mendicité (1790), qui affirment avec constance et insistance l'existence d'un droit de l'Homme à la protection contre la misère. « Tout homme a droit à sa subsistance, cette vérité fondamentale de toute société [...] réclame impérieusement une place dans la Déclaration des Droits de l'Homme ». « On a toujours pensé à faire la charité aux pauvres,

et jamais à faire valoir les droits de l'homme pauvre sur la société », tel est, dans l'esprit du Comité « le grand devoir qu'il appartenait à la Constitution française de remplir, puisqu'aucune n'a encore autant reconnu et respecté les droits de l'Homme. »

Un siècle et demi plus tard, la même préoccupation a présidé à la rédaction de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. En 1948, l'idéal social de l'Organisation des Nations Unies ressort fortement du Préambule : il y est en effet affirmé que « l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'Homme ». « Résolus à favoriser le progrès social et à instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande », les États membres adoptent alors une vision globale des droits de l'Homme, incluant ceux que la Déclaration revêt du label « droits économiques, sociaux et culturels », en proclamant, d'une façon générale, que « toute personne, en temps que membre de la société, a droit à la sécurité sociale ; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays » (article 22). La notion de « sécurité sociale » y est entendue dans une acception large et inclut, outre le droit au travail et à une rémunération satisfaisante, le droit aux repos et aux loisirs, à une éducation gratuite et à un niveau de vie suffisant. L'article 25 offre une protection complète, en disposant que « toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires ; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté. »

### Des droits assignés à un registre mineur ?

Or, les droits sociaux sont au cœur d'un paradoxe. Si leur importance est mise en avant, si l'accent est mis sur leur caractère indispensable, fondamental, en même temps, les discours sur les droits sociaux les assignent dans une catégorie spécifique, un peu marginale, par opposition aux droits civils et politiques : demi-droits, pseudo droits, droits de nature différente et



de portée secondaire, les droits sociaux seraient assignés à un registre mineur. Le débat récent qui a animé la vie politique française autour du droit au logement est à cet égard révélateur. L'adoption de la loi relative à l'opposabilité du droit au logement, qui souligne la nécessité vitale que représente le logement, montre, par la complexité du dispositif qu'elle institue, la spécificité du régime du droit au logement. Droit fondamental, certes, il est aussi un droit particulier, voire annexe. On ne glose pas sur l'opposabilité de la liberté d'expression ou du droit au respect de la vie privée, qui s'impose à l'évidence.

On se propose d'inviter à étudier davantage cette hésitation sur les droits sociaux et cette interrogation sur leur particularité éventuelle, sans craindre de « démolir les poncifs » existant en la matière (Greewe et Benoit-Rohmer, 2003)

Dans un premier temps, il conviendrait de s'interroger sur la pertinence de la distinction entre droits civils et politiques et droits économiques et sociaux, à l'aune, notamment, du droit européen. Cette interrogation permettra d'éprouver la validité théorique de cette opposition.

Dans un second temps, la question de la justiciabilité des droits sociaux, de leur effectivité et de leur opposabilité, aussi bien en droit interne qu'international, pourrait être étudiée, à travers le prisme de quelques exemples d'actualité, comme le droit au logement ou à la protection de la santé.

## **La particularité des droits sociaux**

S'interroger sur la particularité éventuelle des droits sociaux revient à analyser la pertinence de la distinction entre droits civils et politiques d'une part, droits économiques, sociaux et culturels d'autre part.

### **L'opposition entre deux catégories de droits : enjeux juridiques et constructions doctrinales**

La différence chronologique est bien connue entre ces deux catégories de droits et symbolisée par la terminologie de « générations de droits de l'Homme », dont les droits civils constitueraient une première étape et les droits sociaux une seconde. Retracer l'histoire de cette opposition, en France comme à l'étranger, présenterait un intérêt.

Mais, outre cette distinction historique, une distinction juridique est aussi mise en avant. Ainsi, l'accent est volontiers mis sur

la différence de nature (liberté contre créance, État gendarme contre État Providence) et de régime (certains de ces droits seraient justiciables<sup>1</sup>, les autres non, les premiers seraient garantis, les seconds virtuels, ceux-là seraient fondamentaux et ceux-ci accessoires). Ce qui a souvent conduit l'*opinio juris* à renforcer le doute qui entoure les droits économiques et sociaux et à insister sur leur qualité de droits atténués. En un mot, les droits des pauvres semblent devenus de « pauvres droits » (Imbert, 1989).

Pour la plupart des auteurs contemporains, les droits sociaux constituent bien des droits de l'Homme, mais des droits d'une nature particulière. La doctrine de Jean Rivero est la plus représentative et la plus nuancée de ce courant de pensée. Pour cet éminent juriste, les droits de l'Homme de la deuxième génération, « aussi essentiels que ceux qui avaient été initialement reconnus, s'en distinguent pourtant profondément du point de vue juridique : ils confèrent à leur titulaire non pas un pouvoir de libre option et de libre action, mais une créance contre la société, tenue de fournir, pour y satisfaire, des prestations positives impliquant la création de services publics. » Dès lors, la catégorie des droits de l'Homme se dédouble : les pouvoirs d'exiger, qui confèrent à leur titulaire une créance sur l'État, se juxtaposent aux pouvoirs d'agir. Or, les rapports entre ces deux catégories seraient ambigus : à la fois nécessairement complémentaires mais aussi évidemment contradictoires, leur relation se résumerait en un affrontement entre désir de liberté et besoin de sécurité. Se fondant sur le postulat de différences irréductibles de mise en œuvre, l'auteur justifie l'exclusion de leur analyse dans un ouvrage consacré à l'étude des droits de l'Homme et des libertés publiques (Rivero, 2003).

Une illustration contemporaine de la permanence de cette assertion doctrinale peut être trouvée dans la controverse récente née d'un arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme, dans lequel la Cour a procédé à une interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme par référence à la Charte sociale européenne<sup>2</sup>. Ce choix a été vivement critiqué par certains auteurs, au motif que la Charte serait constitutive d'un *soft law* qui ne peut être sur le même plan que la CEDH en raison du caractère « vague et imprécis de bon nombre de droits économiques et sociaux : une approche trop extensive

---

1. C'est-à-dire invoquables devant une juridiction.

2. CEDH, 21 novembre 2006, Demir et Baykara c. Turquie.

serait préoccupante, non seulement pour l'État, mais aussi pour l'ensemble du mécanisme de protection car elle pourrait jeter un doute sur le concept même des droits de l'Homme » (Renucci et Birsan, 2007); dans un autre contexte, un de ces auteurs exprime sa crainte à l'idée d'une éventuelle justiciabilité de la Charte sociale européenne par la Cour: « On peut cependant espérer que la Cour fera preuve de sagesse et qu'elle n'ira pas aussi loin. Assurément, une approche aussi extensive serait fâcheuse car elle aboutirait à une dénaturation et à une ineffectivité des droits de l'Homme. Il est évident que le refus d'une telle approche n'est pas guidé par une volonté « antisociale » mais par un souci de responsabilité: la plupart des droits économiques et sociaux sont trop imprécis, ce qui entrainerait mécaniquement une hausse importante du nombre des condamnations des États et, corrélativement, une banalisation des atteintes aux droits de l'Homme » (Renucci, 2007).

Une telle interprétation a pu être contestée, certains auteurs ayant souligné que « faire de la charte sociale européenne du *soft law* invite l'Europe à se draper dans une attitude individualiste et ultra libérale qui, c'est le moins que l'on puisse dire, lui a fait beaucoup de tort au cours de ces dernières années. Sauf à vouloir sacrifier l'idée européenne, ce n'est vraiment pas le moment de l'empêcher de donner effectivité aux instruments qui sont à sa portée pour faire vivre une Europe plus sociale » (Mouly et Marguénaud, 2007).

La controverse doctrinale révèle ainsi l'existence d'une opposition vive quant à la nature et la portée des droits sociaux. Retracer la généalogie des droits sociaux par le prisme de l'appréciation doctrinale et politique à laquelle ces revendications ont été confrontées présenterait ainsi un intérêt certain. De même, l'analyse croisée aussi bien du discours doctrinal que des évolutions jurisprudentielles et normatives devrait permettre de montrer les délinéaments d'une atténuation de l'opposition.

### Éléments pour une relativisation de la distinction entre catégories de droits

L'opposition entre deux catégories de droits, civils et politiques d'un côté, économiques et sociaux de l'autre, peine à convaincre absolument. Comme la Cour européenne des Droits de l'Homme l'a relevé, « la Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui [...] et à l'intérieur de son champ d'application elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu [...]. » Or si elle énonce pour l'essentiel des droits

civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. Avec la Commission, la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention<sup>3</sup>.

À cet égard, il serait indéniablement pertinent de passer au crible les différences généralement pointées entre les catégories de droit, afin d'en critiquer le bien fondé et la pertinence. Deux hypothèses, parmi d'autres, peuvent être suggérées, relatives aux modalités d'intervention des autorités publiques ou aux fonctions juridictionnelles.

*Quelle spécificité de la mise en œuvre des droits sociaux ?*

Le premier exemple pourrait consister en une interrogation quant à la différence de régime existant entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels. Un des critères de différenciation entre droits de l'Homme le plus mis en avant par la doctrine repose sur la différence des procédés de mise en œuvre de ces droits. Leur régime serait foncièrement différent, en ce que les « droits de » seraient satisfaits par des mesures de police, tandis que les « droits à » reposeraient sur la création de services publics destinés à accorder des prestations. L'affirmation est classique, il n'est pas certain toutefois qu'elle constitue un critère de distinction absolu. En réalité, bon nombre de droits qualifiés de « civils » ou « politiques » nécessitent l'instauration de services publics : que l'on pense au droit de vote, qui requiert l'organisation de scrutins ; à la liberté d'aller et venir, rendue possible par un domaine public routier ; au droit à un jugement équitable, qui nécessite un service public de la justice. La jouissance de la quasi-totalité des droits civils ou politiques présuppose une intervention étatique sous forme de prestations (ce qu'illustre la théorie des obligations positives dans la jurisprudence de la Cour européenne). À l'inverse, des procédés de police administrative peuvent assurer la satisfaction de droits sociaux : il en est ainsi du pouvoir de réquisition locative des préfets, volontiers invoqué en matière de droit au logement, ou du droit à la protection de la santé que des mesures tirées de préoccupations de salubrité publique peuvent contribuer à satisfaire. Il existe donc bien plus une complémentarité entre les deux

---

3. CEDH, Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, no 6289/73, § 26.

modes d'action de la puissance publique, service public et police administrative, pour assurer la satisfaction de droits, qu'une réelle distinction parfaitement étanche. Indépendamment du panorama des procédés de mise en œuvre des droits, qui reste à faire, une relecture doctrinale et théorique des obligations étatiques pourrait être tentée, à la suite des travaux d'Olivier de Schutter. Cet auteur a bien montré que tout énoncé de droits, quelle qu'en soit la nature, fait peser à la charge de l'État une triple obligation : respecter, c'est-à-dire ne pas s'immiscer dans l'exercice du droit ; protéger c'est-à-dire ne pas tolérer que des atteintes soient commises par d'autres particuliers ; réaliser c'est-à-dire fournir les moyens d'un exercice effectif (de Schutter, 2004).

*Le rôle du juge, entre self restraint et activisme*

Un autre exemple pourrait être trouvé à travers une lecture, encore à faire, de la façon dont le juge définit son rôle. Une recension de la jurisprudence (ou des diverses jurisprudences) pourrait permettre de tenter une typologie des positions juridictionnelles en matière de droits sociaux. En effet, très souvent, le juge refuse de déduire d'un énoncé normatif une obligation à la charge des pouvoirs publics. Ce *self restraint* juridictionnel traduit généralement la crainte du juge de se faire superlégislateur. Différentes illustrations peuvent être données, qu'il s'agisse du Conseil constitutionnel français, lequel décline régulièrement tout pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement, ou de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Dans une affaire (*Pentiacova et autres c. Moldavie*, 4 janvier 2005, n° 14462/03), la Cour européenne était ainsi saisie par des malades sous dialyse se plaignant d'une insuffisante prise en charge financière de leur traitement. Après avoir admis l'applicabilité de l'article 8 de la Convention, bien que ce texte ne garantisse pas en tant que tel un droit à la gratuité des soins médicaux, la Cour a souligné l'importante marge d'appréciation dévolue aux États : « La marge d'appréciation évoquée ci-dessus est plus large encore lorsque, comme en l'espèce, les questions en litige impliquent de fixer des priorités pour ce qui est de l'affectation des ressources limitées de l'État. Au fait des sollicitations dont est l'objet le régime de santé ainsi que des fonds disponibles pour répondre à ces demandes, les autorités nationales sont mieux placées qu'une juridiction internationale pour procéder à cette évaluation. [...] S'il est à l'évidence souhaitable que quiconque ait accès à une gamme complète de traitement médical, dont des techniques médicales et des médicaments pouvant sauver la vie, les États contractants comptent malheureusement, faute de

ressources, de nombreux individus qui ne peuvent en bénéficier, surtout lorsqu'il s'agit de traitements permanents et onéreux. » En substance donc, la Cour considère que, dès lors que des soins minimaux ont été fournis, il n'y a pas manquement de l'État aux obligations positives qui découlent pour lui de l'article 8 de la Convention. La Cour, ajoute-t-elle, « n'entend en rien minimiser les difficultés que les requérants semblent rencontrer et a bien conscience de l'amélioration très réelle qu'une série totale d'hémodialyses entraînerait pour leur vie privée et familiale. Elle juge néanmoins que, dans les circonstances de la présente affaire, on ne peut dire que l'État défendeur n'a pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents des requérants et de la société dans son ensemble. » Le choix d'un contrôle restreint par la Cour et le renvoi à la marge nationale d'appréciation peut s'expliquer par un argument démocratique : c'est au Parlement d'effectuer des choix budgétaires et le juge n'a pas la légitimité pour trancher des questions générales d'ordre économique ou social. Pour la Cour, constitue une question politique et non juridique celle de savoir quelle part du budget étatique doit être affectée au service public de la santé.

La crainte de devenir un « super-législateur, apte à évaluer la sagesse de la législation » selon le mot célèbre du juge américain Black (*Ferguson v. Skrupa*, 372 US 731-732 [1963]) peut certes inciter le juge à la prudence. Mais l'argument ne convainc pas absolument. D'autres raisonnements juridictionnels peuvent être tenus, à l'image de la désormais célèbre décision *Grootboom*, prononcée par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud (*Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and others 2001 (1) SA 46 [CC]*). L'affaire, relative à des habitants d'un township de la banlieue du Cap expulsés, a permis à la Cour de concrétiser le droit au logement et le droit de l'enfant à un développement harmonieux, tous deux énoncés dans la Constitution arc-en-ciel, en imposant aux pouvoirs publics une obligation d'agir dans des situations graves. La Cour a notamment souligné l'interdépendance entre les droits de l'Homme, en déduisant de cette interrelation une obligation des pouvoirs publics à prendre en considération les droits sociaux lorsque leur non-réalisation menace d'autres droits, comme la dignité humaine ou l'égalité. Insistant sur la situation des plus démunis, la Cour a souligné la nécessité pour l'État de prendre les mesures d'urgence, en s'appuyant sur trois considérations.

- D'abord, la réalisation progressive des droits économiques et sociaux est pour l'État une obligation indérogable : « Cette

affaire montre la désolation de centaines de milliers de gens qui vivent dans des conditions déplorables dans tout le pays. La Constitution oblige l'État à agir positivement pour améliorer ces conditions. L'obligation est de fournir un accès au logement, aux soins de santé, à une nourriture et une eau suffisante, et à la sécurité sociale pour ceux qui ne parviennent pas à assurer leurs conditions d'existence et celles des personnes qui dépendent d'eux. [...] Je suis conscient qu'il est extrêmement difficile pour l'État de remplir ces obligations étant donné les conditions prévalant dans notre pays. Ceci est reconnu par la Constitution qui dispose expressément que l'État n'est pas obligé d'aller au-delà de ses ressources disponibles ni de réaliser ces droits immédiatement. J'insiste cependant, malgré toutes ces précisions, sur le fait que ce sont là des droits, et que la Constitution oblige à leur donner effet. Ceci est une obligation que les tribunaux peuvent, et dans les circonstances adéquates, doivent exécuter. »

- Ensuite, la réalisation progressive des droits économiques et sociaux ne signifie pas qu'il y ait des bénéficiaires minimums immédiatement exigibles mais impose par contre à l'État d'avoir, au minimum, mis en place un programme cohérent et adapté: « ni l'art. 26 ni l'art. 28 (de la Constitution) ne donne aux plaignants le droit de réclamer un abri ou un logement immédiatement, sur simple demande. [...] Néanmoins, l'art. 26 oblige bien l'État à concevoir et mettre en œuvre un programme cohérent et coordonné destiné à remplir les obligations qui lui incombent. »

- Enfin, les mesures prises par l'État ne peuvent pas être considérées comme adéquates ou raisonnables si elles ne bénéficient pas aux plus démunis: « le programme [d'habitat] qui a été adopté et qui était en vigueur dans la zone métropolitaine du Cap au moment du dépôt de cette plainte ne répondait pas pleinement (aux obligations découlant de l'art. 26). [...] il échouait en effet à fournir quelque sorte de secours que ce soit à ceux qui avaient désespérément besoin d'accès au logement. »

Ces différents arrêts illustrent bien la diversité des raisonnements judiciaires face aux droits sociaux. Tenter d'en dresser une typologie présenterait un intérêt certain pour la connaissance scientifique mais aussi pratique, car elle permettrait de faire avancer la question éminemment sensible de la justiciabilité des droits sociaux.

## La justiciabilité des droits sociaux

En ces temps de médiatisation de l'opposabilité des droits sociaux (cf. loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable), le terme de « justiciabilité » sera employé à dessein. Mais cela ne rend que plus nécessaire une réflexion sur la notion d'opposabilité des droits, notamment sociaux, et sur les conditions de naissance et les raisons du succès de ce terme à l'hiver 2006.

Très certainement, le concept de justiciabilité renvoie aux garanties juridictionnelles, et donc à la possibilité d'agir en justice pour obtenir la protection d'un droit. L'existence de deux types de justiciabilité, normative et subjective, a été popularisée par Guy Braibant (2003), à l'occasion de la rédaction de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: « Il est apparu, à propos de ces droits, que la Convention était partagée entre deux écoles. L'une était représentée principalement par les Allemands et les Espagnols, qui se fondaient sur une conception étroite de la notion de droits, limitée aux droits individuellement justiciables. Le président Herzog nous a indiqué notamment que, dans son pays, on réserve le terme de droits à ce qui peut être invoqué devant un tribunal; par exemple le « droit au travail » ne signifie pas qu'un chômeur peut demander au juge un emploi, de même que le « droit au logement » ne permet pas à un sans-logis de demander en justice un logement. M. Mendez de Vigo, président du groupe des représentants du Parlement européen, a évoqué de façon spectaculaire les millions de requérants allant demander des logements en justice. En France, l'expression « droit à » n'a évidemment pas un sens aussi fort. Elle ne désigne pas un droit individuel mais un droit collectif. Si elle est « justiciable », c'est au niveau de la norme, d'où l'expression de « justiciabilité normative ». Cela signifie que si un État ou la Communauté européenne a reconnu un « droit au logement », c'est-à-dire en pratique un droit à l'aide au logement, l'autorité qui l'a accordée ne peut plus le retirer ni même le réduire. C'est en somme une « clause de non-régression ». En cas de régression, ceux qui en sont victimes peuvent s'en plaindre devant le juge des normes, qu'il s'agisse d'une juridiction constitutionnelle ou internationale. [...] Ainsi, si la Commission décidait de réduire ou de supprimer certaines formes d'aide au logement social, au nom de la concurrence, cette mesure pourrait être censurée par la Cour de justice des Communautés européennes comme contraire au droit à une aide au logement reconnue par l'article 34.3 de la Charte. »



Si une doctrine ancienne tendait à récuser la justiciabilité des droits sociaux, des tendances contraires récentes semblent apparaître en doctrine. Dresser un panorama de ces tendances doctrinales et des arguments sur lesquels elles se fondent présenterait dans ces conditions un apport indéniable. Tout comme pourrait être tentée une étude du raisonnement juridictionnel relatif à la justiciabilité des droits sociaux. Il semble qu'une piste de travail puisse être proposée en articulant la distinction contentieuse entre justiciabilité normative et subjective avec la prise en compte de la valeur normative du texte proclamatoire des droits.

### La justiciabilité normative des droits sociaux : une évolution amorcée

Une piste éventuelle de réflexion pourrait conduire à distinguer l'invocabilité normative des droits sociaux selon qu'ils sont énoncés par des conventions internationales ou dans des dispositions constitutionnelles.

Pour les premières, le principe fondateur étant que le droit interne doit respecter les traités internationaux régulièrement signés et ratifiés (*Pacta sunt servanda*), il semblerait logique que puisse être invoquée la méconnaissance d'un droit économique et social garanti par une convention internationale pour obtenir l'annulation d'un acte administratif ou la mise à l'écart d'une loi, tout comme il semblerait envisageable que la responsabilité de l'État soit engagée, que ce soit devant des juridictions internationales ou nationales (cf. CE, 8 février 2007, Gardedieu). Mais cette hypothèse est contredite par une réalité plus complexe.

#### *Conventions internationales et protection supra nationale des droits sociaux*

En premier lieu, la majeure partie des conventions internationales relatives aux droits sociaux ne sont pas dotées d'organes de contrôle aux pouvoirs contraignants. Qu'il s'agisse du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ou de la Charte sociale européenne, l'étude de la doctrine de leur organe de suivi (CODESC pour le premier, comité des droits sociaux pour la seconde) sur la justiciabilité de leur disposition reste à faire. De même, les revendications parallèles, abouties ou avortées, tenant à l'accroissement de leurs compétences, notamment en ouvrant la possibilité de saisines sur plaintes individuelles ou réclamations collectives, seraient à souligner. Une telle étude présenterait un double intérêt : d'abord, elle permet-

trait de mieux connaître ce nouvel enjeu des relations internationales que constitue la juridictionnalisation des droits sociaux, qu'il s'inscrive ou non dans le sillage des mouvements altermondialistes. Ensuite, elle permettrait de nuancer la rhétorique de la particularité des droits sociaux. La « jurisprudence » du Comité des droits sociaux (le terme de « jurisprudence » est expressément utilisé par le CDS pour désigner son œuvre interprétative de la Charte) est à cet égard particulièrement éclairante. Selon le comité « la Charte a été élaborée comme un instrument de protection des droits de l'Homme destiné à compléter la Convention européenne des droits de l'Homme. Elle est un instrument vivant, voué à certaines valeurs qui l'inspirent: la dignité, l'autonomie, l'égalité et la solidarité. Les droits qu'elle garantit ne constituent pas une fin en soi mais complètent les droits de la Convention européenne des Droits de l'Homme. D'ailleurs, selon la Déclaration de Vienne de 1993, tous les droits de l'Homme sont « universels, indissociables, interdépendants et intimement liés » (par. 5). Le Comité est par conséquent attentif à l'interaction complexe entre les deux catégories de droits. Ainsi la Charte doit-elle être interprétée de manière à donner vie et sens aux droits sociaux fondamentaux. Il en résulte notamment que les restrictions apportées aux droits doivent être interprétées strictement c'est-à-dire comprises d'une manière qui laisse intacte l'essence du droit en question et permette d'atteindre l'objectif général de la Charte. [...] Dans la présente affaire [relative à l'accès aux soins pour les étrangers en situation irrégulière], elle [la restriction] porte atteinte à un droit qui revêt une importance fondamentale pour l'individu, puisqu'il est lié au droit-même à la vie et touche directement à la dignité de l'être humain. De surcroît, la restriction pénalise en l'occurrence des enfants qui se trouvent exposés au risque de ne pas pouvoir bénéficier d'un traitement médical. Or, la dignité humaine représente la valeur fondamentale qui est au cœur du droit européen positif en matière de droits de l'Homme – que ce soit la Charte sociale européenne ou la Convention européenne des Droits de l'Homme – et les soins de santé constituent un préalable essentiel à la préservation de la dignité humaine. Le Comité estime par conséquent qu'une législation ou une pratique qui nie le droit à l'assistance médicale aux ressortissants étrangers, sur le territoire d'un État partie, fussent-ils en situation irrégulière, est contraire à la Charte » (*Fédération des ligues des Droits de l'Homme c. France, récl. coll.*, 14/2003, 3 novembre 2005). En la matière, la doctrine du Comité complète la jurisprudence de la Cour européenne; ainsi, dans une réclamation collective (Centre européen

des droits des Roms c. Bulgarie, 18 octobre 2006, *récl. coll. n° 31/2005*), le CDS a considéré que « la jouissance effective de certains droits fondamentaux suppose une intervention positive de l'État: celui-ci doit prendre les mesures juridiques et pratiques qui s'avèrent nécessaires et qui répondent à l'objectif de protéger efficacement le droit en question. Les États disposent d'une marge d'appréciation pour déterminer ce qu'il y a lieu de faire afin d'assurer le respect de la Charte, en particulier pour ce qui concerne l'équilibre à ménager entre l'intérêt général et l'intérêt d'un groupe spécifique, ainsi que les choix à faire en termes de priorités de ressources [...] ». Néanmoins, « lorsque la réalisation de l'un des droits en question est exceptionnellement complexe et particulièrement onéreuse, l'État partie doit s'efforcer d'atteindre les objectifs de la Charte à une échéance raisonnable, au prix de progrès mesurables, en utilisant au mieux les ressources qu'il peut mobiliser. » S'agissant des conditions de logement des Roms en Bulgarie, « le Comité estime qu'au vu des conditions insuffisantes de logement des familles roms alléguées par l'organisation auteur de la réclamation et admises par le Gouvernement, la nécessité de recourir à des mesures juridiques et pratiques était démontrée », ce qui lui permet de passer en revue l'adéquation des mesures prises par l'État à la situation. En particulier, « s'agissant du caractère adéquat des mesures prises par le Gouvernement, le Comité considère tout d'abord que les autorités nationales sont le mieux placées pour évaluer les besoins existants dans leur pays [...], et qu'il ne lui revient pas de se substituer à elles pour apprécier en quoi pourrait consister la politique optimale au regard de la situation. Néanmoins, [...] les mesures prises doivent remplir les trois critères suivants : une échéance raisonnable, des progrès mesurables et un financement utilisant au mieux les ressources qu'il est possible de mobiliser. » L'examen des mesures adoptées permet au Comité de conclure qu'« en dépit de la volonté politique manifeste du Gouvernement d'améliorer la situation des Roms en matière de logement, tous ces programmes, de même que les mesures prises pour y donner effet, n'ont pas encore produit les résultats escomptés. »

*Conventions internationales et invocabilité des droits sociaux dans l'ordre juridique interne*

En second lieu, dans l'ordre interne, les conventions internationales relatives aux droits sociaux sont frappées d'un handicap qui affecte leur justiciabilité normative. En effet, le juge français considère que ces traités ne sont pas dotés d'effet direct. Or, la notion

d'effet direct (ou *self executing*) gagnerait à être interrogée ici, en ce qu'elle entraîne une exclusion systématique de la justiciabilité normative des droits sociaux. Un exemple récent en est offert par l'arrêt du Conseil d'État (*GISTI et autres*, du 7 juin 2006), rendu à propos d'un recours contre un décret restreignant la prise en charge des soins médicaux des étrangers en situation irrégulière. Le Conseil d'État considère que les articles 9 et 10 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, selon lesquels les États parties reconnaissent le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, ainsi qu'une protection et une assistance aussi larges que possible à la famille ainsi que les articles 11, 12, 13 et 17 de la charte sociale européenne révisée, d'après lesquels « les parties s'engagent à prendre des mesures appropriées en vue d'assurer l'exercice effectif, respectivement, du droit à la protection de la santé, du droit à la sécurité sociale, du droit à l'assistance sociale et médicale et du droit des enfants et adolescents de grandir dans un milieu favorable à l'épanouissement de leur personnalité et au développement de leurs aptitudes physiques et mentales » ne sont pas d'effet direct. En effet, « ces stipulations, qui ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ne peuvent être utilement invoquées à l'appui de conclusions tendant à l'annulation des décrets attaqués. » En revanche, dans la même décision, le juge administratif reconnaît à l'article 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990, relatif à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, un tel effet direct. La force de conviction du raisonnement du Conseil d'État n'est pas absolue et la solution a pu susciter des réserves (cf. Abraham R., concl. contraires sur CE, 23 avril 1997, *GISTI*, Rec. p. 151 ; Gay L., *RDSS*, 2006, p. 1049-1053). On peut notamment s'interroger sur le point de savoir si une telle solution n'aboutit pas à confondre effet direct et invocabilité du traité devant les juridictions internes. Certes, le pacte n'a pas entendu conférer des droits subjectifs aux individus, le système de contrôle qu'il instaure le montre clairement. Il a, en revanche, entendu créer une obligation étatique dans l'ordre international de mettre les législations internes des États signataires en conformité avec ces stipulations. Il s'agit là d'une obligation de résultat. La conséquence logique d'une telle interprétation quant à la portée contraignante du texte devrait permettre au juge national, dans le cadre du contentieux objectif de l'excès de pouvoir, de vérifier si le droit interne est conforme aux exigences internationales telles qu'elles résultent du Pacte. Ou encore, en d'autres termes, d'admettre une justiciabilité normative de ces

dispositions. À cet égard, l'appel au droit comparé pourrait être éclairant. Le droit belge offre ainsi, dans un contexte juridique assez proche, un choix différent. La cour d'arbitrage belge a pu notamment affirmer que, « compétente pour apprécier si une norme législative viole les articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour doit, lorsqu'elle est interrogée sur une violation de ces dispositions combinées avec une convention internationale, non pas examiner si celle-ci a effet direct dans l'ordre interne, mais apprécier si le législateur n'a pas méconnu de manière discriminatoire les engagements internationaux de la Belgique » (CA n° 106/2003 du 22 juillet 2003). Ou encore énoncer que l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels « n'a [...] pas d'effet direct dans l'ordre juridique interne et, en soi, ne fait pas naître un droit à l'accès gratuit à l'enseignement supérieur. Cette disposition s'oppose toutefois à ce que la Belgique, après l'entrée en vigueur du Pacte à son égard – le 6 juillet 1983 –, prenne des mesures qui iraient à l'encontre de l'objectif d'une instauration progressive de l'égalité d'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun, compte tenu de la situation des finances publiques » (CA, n° 33/92, 7 mai 1992, B.7.2.). L'analyse des solutions jurisprudentielles nationales à l'égard des droits sociaux pourrait ainsi utilement être revue à l'aune d'autres raisonnements juridiques et d'autres choix nationaux.

#### *La protection constitutionnelle des droits sociaux*

L'analyse gagnerait aussi à être étendue au versant constitutionnel. Mal protégés dans leur dimension internationale, les droits sociaux sont-ils plus justiciables dans leur volet constitutionnel ? La question peut paraître dénuée de pertinence, dans la mesure où les droits sociaux sont consacrés par le préambule de la constitution de 1946 et intégrés au « bloc de constitutionnalité » par la jurisprudence accumulée depuis 1971 par le Conseil constitutionnel (Clapié, 1992 ; Gay, 2001). Il est ainsi reconnu que les droits sociaux encadrent et limitent l'action du législateur, soit directement, soit indirectement, via les principes d'égalité ou de solidarité. Les fondements de la République sociale exigent la mise en œuvre de politiques sociales et l'accès à des prestations sociales. Ainsi, pour ne citer ici que quelques exemples, le droit à la protection de la santé, déduit de l'alinéa 11 du Préambule, dont la valeur constitutionnelle entraîne l'obligation pour l'État d'instituer un système de sécurité sociale, l'effectivité de ce droit dépendant de la possibilité offerte à chacun de financer les traitements et thérapeutiques

adéquats ; le droit à la sécurité matérielle, implicitement mais logiquement formalisé par la conjonction du droit à obtenir un emploi et du droit à des moyens convenables d'existence, consacré à l'alinéa 11 au profit de ceux qui, en raison de la réalisation d'un certain nombre de risques (âge, infirmité, handicap ou crise économique) seraient dans l'impossibilité de travailler. Toutefois, indépendamment de cette consécration textuelle, il conviendrait de s'interroger sur la justiciabilité effective des droits sociaux constitutionnels. Celle-ci est limitée par deux considérations. D'une part, l'absence de recours en carence et de contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception<sup>4</sup> ; d'autre part par le caractère très restreint du contrôle de constitutionnalité exercé par le conseil constitutionnel lorsque sont en cause des droits sociaux (Borgetto, 2007). La nature exacte et le régime des droits sociaux pourraient ainsi faire l'objet de réflexions doctrinales renouvelées, afin de confirmer ou infirmer le propos du secrétaire général du Conseil constitutionnel qui, au sujet de l'article 5 du Préambule – mais le propos pourrait être généralisé –, écrivait que cette disposition « constitue non un droit subjectif directement justiciable, mais un intérêt collectif opposable au législateur car protégé par le Préambule de 1946 » (J.-E. Schoettl, note sous CC, 2005-523 DC, du 29 juillet 2005, LPA n° 200, 7 octobre 2005, p. 11). Remarque qui conduit nécessairement à s'interroger sur la justiciabilité subjective des droits sociaux.

### La justiciabilité subjective des droits sociaux : des solutions juridiques hétérogènes

La mise en œuvre des droits sociaux est, en France du moins, le fait de normes infra-conventionnelles et principalement législatives et réglementaires. Or, à l'évidence, la possibilité d'invoquer en justice le respect de ces droits économiques et sociaux diffère selon les droits reconnus et les procédures aménagées. Devant cette diversité et les interrogations récurrentes sur « l'opposabilité » des droits sociaux la réflexion sur leur justiciabilité subjective pourrait notamment emprunter une double voie.

D'une part, tenter une cartographie des droits sociaux. Ce catalogue raisonné des droits sociaux et de leur régime juridique permettrait de prendre la mesure de leur justiciabilité. Car il apparaît que celle-ci ne se présente pas, selon les cas, sous les mêmes habits. Parfois, des variations sensibles apparaissent dans le cadre de la mise en œuvre d'un même droit. Il en va ainsi,

---

4. C'est-à-dire à l'initiative d'un justiciable.

par exemple, du droit à l'éducation, garanti par l'article L. 131-1-1 du Code de l'Éducation qui fonde la possibilité d'obtenir par voie de justice une inscription dans un établissement scolaire public. Mais l'on sait aussi que cette scolarisation ne touche qu'à la marge les enfants porteurs d'un handicap. Les dispositions législatives fermes font l'objet d'une application édulcorée par les juges, qui atténuent l'obligation pesant sur l'État (cf. par exemple, *TA Lyon, 6 octobre 2005, AJDA 2005 p. 2359 note S. Coursoux Bruyère*; *TA Cergy 18 décembre 2003, AJDA 2004, p. 1431*; *TA Lyon, 28 janvier 2003, Bernollin, req. 0002848*; *CAA Paris, 12 novembre 1992, Cohen, Leb. p. 741, 744 et 837*). D'autres exemples pourraient être tirés du droit à l'aide sociale, que l'article L.111-1 du Code des familles et de l'action sociale met en œuvre de façon générale, ou du droit à la protection de la santé. Ce dernier exemple est révélateur des variations jurisprudentielles susceptibles de modifier, au fil des contentieux, les conditions de la justiciabilité des droits sociaux. Certaines décisions semblent marquer une réticence du juge à admettre leur protection en justice. Ainsi, en est-il par exemple, de l'ordonnance du Conseil d'État dans l'affaire *Garde des sceaux c. Bunel (8 septembre 2005, Garde des Sceaux, ministre de la Justice c. Bunel, n° 284803)*, où le juge administratif considère que « si en raison du renvoi fait par le Préambule de la Constitution de 1958 au Préambule de la Constitution de 1946, la protection de la santé publique constitue un principe de valeur constitutionnelle, il n'en résulte pas, contrairement à ce qu'a affirmé le premier juge que « le droit à la santé » soit au nombre des libertés fondamentales auxquelles s'applique l'article L. 521-2 du Code de justice administrative ». D'autres semblent en revanche amorcer une évolution et ouvrir la voie d'une plus grande justiciabilité. Ce pourrait être le cas de l'affaire *Guiot (CE, 9 mars 2007, Guiot et Section française de l'OIP n° 302182)*, où le Conseil d'État, saisi d'un référé-liberté intenté par un détenu demandant à être accueilli dans un établissement hospitalier, pose, au visa de l'article L. 6112-2 du Code de la Santé publique, le principe selon lequel l'obligation de veiller à la continuité des soins impose à l'AP-HP d'orienter les détenus malades vers une structure adaptée à leur état. L'évolution peut parfois être induite par une réforme législative. À cet égard, il serait important de suivre la mise en œuvre de la loi 2007-290 du 5 mars 2007 instituant un « droit au logement opposable ». Depuis la loi Besson n° 90-449 du 31 mai 1990, le droit au logement est consacré sous la forme d'un droit liberté : « Le droit au logement est un droit fondamental ; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent. L'exercice de ce droit implique la liberté de choix pour

toute personne de son mode d'habitation grâce au maintien et au développement d'un secteur locatif et d'un secteur d'accès à la propriété ouverts à toutes les catégories sociales. » L'analyse classique tendait à faire du droit au logement un droit doublement opposable, à la fois par le locataire au propriétaire dans le cadre du bail (aussi bien en ce qui concerne le logement en lui-même que ses caractéristiques, notamment de décence) mais aussi aux pouvoirs publics, sous la forme d'une obligation de moyens pesant sur eux : la garantie du droit au logement « constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la nation » et que « toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières, en raison notamment de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'existence, a droit à une aide de la collectivité, pour accéder à un logement décent et indépendant ou s'y maintenir » (art. 1 loi précitée). Devant l'insuffisance de ces dispositifs, s'est imposée l'idée d'un système plus contraignant, à l'image du modèle écossais (*Homeless Scotland Act*, 2003). Toutefois, le dispositif mis en place s'avère de nature à buter à la fois sur un manque de moyens financiers mais aussi sur une procédure complexe, révélatrice des hésitations à l'égard d'une justiciabilité totale des droits sociaux ; ce qu'illustre le propos du Haut comité pour le logement des personnes défavorisées dans son rapport de 2003 : « si la possibilité de recours juridique constitue la garantie ultime pour le citoyen, elle ne doit intervenir qu'en dernier ressort d'un dispositif qui relève d'abord de la citoyenneté et de la responsabilité politique ». Une analyse des conditions de mise en œuvre des droits sociaux permettrait ainsi de mieux cerner les voies de leur protection, juridictionnelle ou non.

D'autre part, reprendre, en les interrogeant, les analyses et revendications tendant à mieux sanctionner les violations des droits sociaux et notamment celles visant à lutter à l'échelle internationale contre l'impunité des atteintes aux droits économiques et sociaux. La dénonciation des pratiques économiques internationales actuelles, source de violations des droits économiques, sociaux et culturels et la multiplication de discours militants préconisant de réformer la Banque mondiale et le Fonds monétaire international autour d'un nouvel ordre économique international, fondé sur le développement humain, durable et autocentré, se déclinent souvent dans un volet juridique préconisant de renforcer la justiciabilité des droits sociaux. À ce titre, sont évoquées les possibilités d'inclure dans les compétences du Tribunal pénal international les violations des droits sociaux ou encore les dispositions de la Déclaration sur les principes fondamentaux de justice pour les victimes de délits et abus de



pouvoir, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 29 novembre 1985, laquelle dispose que « les violations massives des droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que l'utilisation abusive du pouvoir économique et des mécanismes financiers internationaux afin d'obtenir des concessions, des avantages ou des bénéfices disproportionnés entraînant des graves préjudices pour des groupes ou des collectivités constituent des crimes internationaux<sup>5</sup> ». De même, serait à explorer le champ de la responsabilité sociale des multinationales.

## Bibliographie

- Borgetto M.**, 2007, « Le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité et les droits sociaux », *Billets d'humeur dédiés à D. Lochak*, LGDJ, p. 239 et s.
- Braibant G.**, 2003, « L'environnement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15.
- Clapié M.**, 1992, *De la consécration juridique des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps*, Thèse droit Montpellier 1.
- Gay L.**, 2001, *Les droits créances constitutionnels*, thèse Aix en Provence.
- Grewe C., Benoit-Rohmer F.** (dir.), 2003, *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Presses universitaire de Strasbourg.
- Haut comité pour le logement des personnes défavorisées**, 2003, « Droit au logement : construire la responsabilité », Rapport, novembre, p. 26.
- Imbert P.-H.**, 1989, « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? Réflexions sur les droits économiques et sociaux », *RDP 1989*, pp. 739 et s.
- Mouly J.-P., Marguénaud J.-P.**, 2007, « Le droit à négociation collective », *JCP éd. G 2007 II 10038*.
- Renucci J.-F.**, 2007, « Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens », *JCP ed. G, 2007*, act. 120.
- Renucci J.-F., Birsan C.**, 2007, « La Cour européenne des Droits de l'Homme et la charte sociale européenne : les liaisons dangereuses », *D. 2007 jur p. 412*.
- Rivero J.**, 2003, *Libertés publiques*, PUF, Thémis, pp.86-91.
- Roman D.**, 2002, *Le droit public face à la pauvreté*, LGDJ.
- De Schutter O.**, 2004, « Les générations des droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », *Chroniques de l'OMIJ*, n° 2, PULIM, 2004, pp. 13-45.

---

5 [http://www.cetim.ch/fr/interventions\\_details.php?iid=137](http://www.cetim.ch/fr/interventions_details.php?iid=137)



# Droits, libertés et capacités : contribution de Amartya Sen<sup>1</sup> à l'analyse des conditions de vie

Christine Le CLAINCHE,  
ENS Cachan et Lameta UMR 5474

**Q**UAND les économistes évoquent le « bien-être », ils entendent « satisfaction des préférences » à laquelle ils font correspondre la maximisation de l'utilité, c'est-à-dire de l'indice de bien-être reflétant la satisfaction procurée par la consommation de biens ou l'usage de ressources. Ainsi, les biens ou les ressources « consommés » (y compris les ressources publiques associées aux politiques publiques) concourent-elles à la satisfaction des préférences des individus ou leur permettent-elles d'atteindre un certain niveau d'utilité ou de bien-être. Toutefois, certains économistes, et avant eux des philosophes et sociologues, ont mis l'accent sur le fait que le bien-être devait s'appréhender indépendamment de la satisfaction et que l'on devait s'attacher également à mesurer ce que les individus pouvaient atteindre dans différentes dimensions que l'on peut considérer comme essentielles pour qu'une existence humaine puisse être digne et accomplie. Ces dimensions sont constituées par le revenu, la santé, le logement, la participation à la vie sociale et à la vie de la communauté. L'étude de

---

1. Professeur d'économie à Cambridge et Harvard (USA), Prix Nobel d'Économie.

tels « résultats objectifs » est fondamentale en particulier dans un contexte d'analyse de la pauvreté, ce sur quoi les travaux de Sen ont particulièrement insisté<sup>2</sup>.

Le fondement d'une telle conception du bien-être peut être trouvé dans les références au concept de besoins essentiels et à l'interaction entre les besoins que les individus doivent impérativement satisfaire et les libertés dont ils peuvent jouir. En considérant ces dimensions conjointement à la satisfaction des préférences, les économistes, et notamment Sen, ont bien souvent eu recours au concept de niveau de vie (standard of living) plutôt qu'à celui de bien-être (well-being) de manière à mettre en évidence l'importance de ces dimensions plus objectives pour caractériser le type de vie menée par les individus et les conditions de vie qui s'y rapportent<sup>3</sup>.

La combinaison par les individus de ces « réalisations » dans ces dimensions que sont le « revenu », l'« utilité ou la satisfaction dans l'existence », la « santé », la « participation à la vie sociale », etc., définit « les opportunités des individus ». L'ensemble de ces opportunités constitue ce que Sen nomme les capacités des individus.

Les opportunités sont ainsi une forme de libertés associée au choix. Pour qu'elles soient effectives, il faut que les individus disposent de droits, soutenus en particulier par l'absence de contraintes ou d'entraves, mais que ces droits puissent également être exercés de façon positive<sup>4</sup>. L'analyse des conditions de vie est ainsi étroitement liée chez Sen à celle des libertés, les droits figurant en quelque sorte l'habillage de ces libertés, en particulier de la liberté négative.

Pour suivre Sen dans son analyse des conditions de vie, on peut prendre comme point de départ sa théorie des droits humains (ou des droits de l'Homme). Une telle analyse est d'ailleurs assez largement partagée par d'autres économistes ou philosophes comme le Belge Christian Arnsperger (2004) ou l'Australien Thomas Pogge (2002) pour lesquels la pauvreté est une violation des droits humains – ou pour le moins de certains

---

2. Sen a souvent évoqué le phénomène des préférences adaptatives notamment dans un contexte de pauvreté. Ainsi, Sen (1987) note : « ceux qui sont privés de tout n'ont pas le courage de désirer beaucoup et, sur l'échelle de la satisfaction des désirs, leurs privations sont rabaisées et perdent toute valeur » (p. 44). On trouve cette notion également chez Elster (1983).

3. Notons que le terme de niveau de vie est souvent entendu en un sens restrictif associé au revenu ou à la richesse. Il est sans doute préférable d'utiliser le terme de conditions de vie qui sous entend l'adoption d'une perspective multidimensionnelle.

4. On retrouve ici les concepts de libertés négatives et positives de Berlin (1969).

d'entre eux. Les droits de l'Homme, et parmi eux les droits économiques et sociaux, sont les supports des libertés fondamentales où figurent les opportunités ou capacités à mener tel ou tel type de vie. Ces capacités et réalisations associées fournissent des « candidats » pour l'évaluation du niveau de vie des individus. La théorie produite par Sen, reprise et reconstruite notamment par la philosophe américaine, Martha Nussbaum (1999, 2000), a fait l'objet de diverses applications et offre ainsi une perspective également critique de l'approche pour l'évaluation des politiques publiques, visant l'amélioration des conditions de vie.

## **Une analyse des droits humains en termes de libertés**

Sen (2004) propose les éléments d'une théorie des droits humains (ou droits de l'Homme) qui permettent de répondre aux différentes critiques émises par de nombreux philosophes. Ces critiques sont essentiellement de deux ordres :

- le discours sur les droits humains est flou, lâche, sans consistance. Bentham (1792), un des théoriciens de l'utilitarisme<sup>5</sup>, les qualifiait « de non-sens sur des échasses » insistant sur leur caractère instable.
- Si l'idée générale de droits humains peut être acceptée, il ne peut en être énoncé une liste précise. En particulier, les droits dits de « seconde génération », comme les droits économiques et sociaux « se heurtent à des problèmes de faisabilité et de dépendance vis-à-vis d'institutions sociales qui peuvent ou non exister » (Sen, 2004, p. 317).

Pour qu'une telle théorie des droits humains soit viable, il est nécessaire, dit Sen, de clarifier les arguments et revendications supportés par les déclarations de ces droits (par exemple les Déclarations américaine et française associées aux deux Révolutions ou encore la Déclaration universelle des droits de l'Homme de l'ONU [1948]). Il convient également de leur apporter une défense solide.

---

5. L'utilitarisme est cette doctrine selon laquelle la maximisation du bien-être collectif est l'objectif que poursuit le planificateur social – ou encore l'État ou les décideurs en charge des politiques publiques. Diverses formes d'utilitarisme existent, celle de Bentham est qualifiée de classique et se réfère au « calcul des plaisirs et des peines ». Dans des termes plus contemporains, l'utilitarisme intègre le welfarism dans la mesure où l'évaluation est réalisée sur la base du bien-être individuel mais va plus loin car elle requiert l'agrégation des bien-être en un bien-être collectif.

Sen énonce ainsi une liste de questions auxquelles toute théorie « viable » doit répondre (2004, p. 318-319) :

- 1 • Quel type d'énoncés doit figurer dans une déclaration des droits humains ?
- 2 • Qu'est ce qui fait que les droits humains sont importants ?
- 3 • Quels devoirs et obligations découlent des droits humains ?
- 4 • Sous quelles formes d'actions, les droits de l'Homme peuvent-ils être promus et, en particulier, est-ce que la législation doit être le principal, ou même nécessaire, moyen de mise en œuvre des droits de l'Homme ?
- 5 • Est ce que les droits économiques et sociaux (les droits dits de seconde génération) sont (ou doivent être) inclus parmi les droits de l'Homme ?
- 6 • Enfin, comment les propositions de droits de l'homme peuvent-elles être défendues ou défiées et comment leur revendication d'universalisme devrait-elle être évaluée dans un monde caractérisé par la diversité culturelle ?

À ces différentes questions, il répond méthodiquement. Voici l'essence de l'argumentaire :

**1** • Les droits de l'Homme peuvent être considérés essentiellement comme des demandes éthiques. Ils ne sont pas associés aux lois. Même si les droits de l'Homme peuvent inspirer la législation – et souvent le font –, cette prise en compte n'est pas une caractéristique constitutive des droits de l'Homme.

Par exemple, le droit humain de ne pas être torturé part de l'importance de l'absence de torture pour tous. Mais il inclut en outre une affirmation du besoin pour les autres de considérer ce qu'ils peuvent raisonnablement faire pour garantir l'absence de toute torture. Pour un tortionnaire potentiel, il y a demande directe d'y renoncer. Cette demande prend la forme de ce que Kant a appelé une « obligation parfaite ». Cependant, pour d'autres (ceux qui ne figurent pas parmi les tortionnaires potentiels), la demande prend la forme de ce que le philosophe allemand appelle « obligation imparfaite », c'est-à-dire les responsabilités de prévenir ou d'empêcher la torture<sup>6</sup>. À la demande parfaitement spécifiée de ne torturer

---

6. Voir les notions d'obligations parfaites et imparfaites chez Kant, 1788, Critique de la raison pratique (Kritik der praktischen Vernunft).

personne est ajoutée l'exigence, moins spécifiée, de considérer les moyens par lesquels la torture peut être empêchée et de décider ce qu'il est raisonnable de faire (p. 321).

**2 •** L'importance des droits de l'Homme est liée à la signification des libertés qui forment le socle de ces droits. L'« aspect opportunité » et l'aspect procédural des libertés doivent figurer dans les droits humains. Le contenu des libertés, socle des droits, inclut des opportunités substantives et des processus. Les opportunités sont violées dès lors qu'une personne n'est pas seulement forcée mais qu'elle est forcée à faire quelque chose qu'elle n'aurait jamais choisi de faire. Quand une action est forcée, c'est la liberté procédurale qui est violée. Ainsi, à la fois les processus et les opportunités sont constitutifs des droits de l'Homme. En ce qui concerne les opportunités, la notion de capacité peut fournir une approche utile associée aux droits.

Pour être considérées comme la base de ces droits humains, les libertés défendues doivent satisfaire certaines « conditions de seuil » (*threshold conditions*) : elles doivent être d'importance spéciale et aussi susceptibles d'être influencées par des mesures sociales.

Cependant, « pour diverses raisons, les conditions de seuil peuvent empêcher des libertés particulières d'être le socle approprié des droits de l'Homme. À titre d'illustration, il n'est pas difficile d'arguer de l'importance qui devrait être attachée aux libertés suivantes : la liberté d'une personne de ne pas être agressée, celle de recevoir les soins médicaux en cas de grave problème de santé, celle de ne pas être importunée régulièrement par des voisins qu'elle déteste, sa liberté d'atteindre la tranquillité.

Si les deux premières libertés sont de tels socles, les deux dernières ne le sont pas du point de vue de la faisabilité sociale » <sup>7</sup> (p. 329).

**3 •** Les droits de l'Homme génèrent des raisons d'agir de la part des décideurs publics (ou des individus en position de promouvoir ou de sauvegarder les libertés sous-jacentes). Les raisons d'agir peuvent soutenir à la fois des obligations « parfaites » et « imparfaites ». Même si elles diffèrent en contenu, les obligations imparfaites sont corrélatives des

---

7. Sen note qu'il peut y avoir des débats publics fructueux sur les seuils et leur usage et sur les types de libertés susceptibles de satisfaire ces conditions.

droits humains de la même manière que le sont les obligations parfaites. En particulier, l'acceptation des obligations imparfaites va au-delà de la charité ou des vertus électives.

**4 •** La mise en œuvre des droits de l'Homme peut aller au-delà de la législation et « une théorie des droits de l'Homme ne peut être confinée au sein d'un modèle juridique où il est fréquemment « incarcéré ». Par exemple, la reconnaissance publique et la « gestion » des violations peuvent être des obligations – souvent imparfaites – générées par la reconnaissance des droits de l'Homme. Aussi certains droits de l'Homme davantage reconnus ne font pas idéalement l'objet de lois; ils sont formellement promus par d'autres moyens incluant le débat public, l'évaluation et le plaidoyer » (p. 320).

**5 •** Les droits de l'homme peuvent inclure des libertés économiques et sociales significatives. Si elles ne peuvent pas être réalisées du fait d'une institutionnalisation inadéquate, l'« expansion institutionnelle » ou la réforme peuvent être une partie de ces obligations générée par la reconnaissance de ces droits. « La non-faisabilité courante ne transforme pas la revendication en non-droit. »

**6 •** L'universalité des droits humains est liée à l'idée de survie (*survivability*) dans une discussion non fermée, c'est-à-dire ouverte à la participation par des personnes au-delà des frontières nationales. La méthode promue par Sen est proche de celle proposée par John Rawls avec l'équilibre réfléchi. Les croyances morales sur la légitimité et l'universalité des droits de l'Homme doivent être étudiées avec une certaine distanciation. « L'esprit partisan (*partisanship*) doit-être évité, non pas tant en prenant en compte une conjonction ou une intersection de points de vue respectivement détenus par les pouvoirs dominants dans différentes sociétés à travers le monde (incluant les sociétés très répressives), mais au travers d'un processus interactif, en examinant ce qui survivrait de la discussion publique étant donné un flux raisonnablement libre d'informations et l'opportunité de discuter différents points de vue » (p. 320).

On peut finalement retenir que chez Sen les libertés, opportunités et processus, constituent le socle des droits humains. Ces droits ne sont pas nécessairement satisfaits par le biais des lois. Plus généralement, les droits influencent les choix, actions et situations des individus. L'évaluation des situations des individus doit ainsi prendre en compte le respect et les violations de



liberté qui en découlent. Elle ne peut donc être utilitariste. En outre, la notion de capacités permet d'étudier les opportunités des individus. Sen a particulièrement étudié la pauvreté en termes de manque de certaines capacités de base.

## Analyse des conditions de vie et approche par les capacités

Selon les termes d'Ingrid Robeyns (2000), l'approche par les capacités de Sen définit un cadre d'analyse éthique et économique. Ce cadre propose une évaluation du niveau de vie ou des conditions de vie des individus respectueuse des libertés. Cette approche constitue également une critique des approches de l'évaluation du bien-être. Dans la mesure où l'utilitarisme comporte des défauts éthiques majeurs (il a une « portée sacrificielle<sup>8</sup> ») et où le *welfarisme*<sup>9</sup> peut ne pas être suffisant, les situations objectives prennent une importance particulière. D'un point de vue éthique, les situations des individus doivent être évaluées en termes de choix possibles et réalisables selon la conception qu'ils ont de la vie dans le respect des libertés de tous, négative et positive. La conception de la justice sociale portée par Sen aboutit à prescrire une égalité des capacités de base<sup>10</sup>.

Enfin, cette approche propose une méthode pour opérer des comparaisons de niveau de vie. Ces comparaisons peuvent être réalisées à travers l'évaluation des combinaisons de fonctionnements réalisées par les différents individus.

---

8. Dans l'utilitarisme, en effet, seule compte la maximisation du bien-être collectif, l'individu qui aurait une faible capacité à retirer de l'utilité de la consommation de biens ou de ressources – par exemple du fait d'un handicap – pourrait être désavantagé dans la répartition des ressources. Sur ce point, voir par exemple Dupuy (1992).

9. Le *welfarisme* consiste à évaluer les situations par le bien-être individuel mais sans l'addition des bien-être en un bien-être collectif comme l'implique l'utilitarisme. Toutefois dans cette perspective, on ne prend pas en compte les situations objectives. Ainsi des individus qui se contenteraient de peu – qui auraient des préférences adaptatives – pourraient retirer un bien-être très élevé relativement à leur situation objective. Avant de prendre en compte le bien-être subjectif, il convient de faire en sorte que les conditions de vie des individus aient atteint un seuil minimum acceptable.

10. Il s'agit d'une égalité sous forme de « maximin ». Le maximin est un critère de jugement social souvent associé aux principes de redistribution qui vise la « maximisation du minimum » (d'une ressource, d'un bien) pour tous les individus de la société. Ainsi le critère du maximin est égalitariste au sens où l'égalité est à la fois servie et contrainte par l'exigence d'efficacité : par le maximin, on distribue à tous au moins un minimum, le plus élevé possible, compte tenu du maintien des incitations pour l'obtention de la richesse collective la plus grande possible.

Deux approches des capacités ont particulièrement retenu l'attention des commentateurs, celle, originelle, de Sen (1985 et suivantes) et celle de Nussbaum (1999, 2000).

### L'approche de Sen : évaluer le niveau de vie par les opportunités

L'analyse que produit Sen concernant le niveau de vie est à la charnière de ses travaux théoriques menés dans les années 1970 sur la mesure de la liberté, et de ses travaux plus empiriques sur la pauvreté dans les pays en développement (notamment en Inde). Ses recherches l'ont conduit à développer une conception de la justice sociale préconisant, à la fois, de maintenir un niveau de vie minimum des individus et de maximiser leur ensemble de choix. La façon dont ceci peut être réalisé dépend de la culture dans laquelle sont insérés les individus et du niveau de développement du pays, de sorte que l'analyse peut, selon lui, être appliquée dans différents contextes socioculturels.

Il établit plus précisément une théorie de l'égalité en termes d'opportunités de bien-être, qui a pour objet ce qu'il nomme les capacités, c'est-à-dire un ensemble de fonctionnements ou « modes de faire et d'être » (*functionings*) que peut atteindre un individu. Une politique redistributive peut, selon lui, viser une certaine égalisation des capacités parmi les individus.

Sen (1985) se réfère à la théorie du consommateur de Gorman (1956) et de Lancaster (1966) qui considèrent les biens de consommation à travers leurs caractéristiques. Ce qui compte, selon Sen, c'est la façon dont les individus peuvent transformer ces caractéristiques contenues dans les biens (ou plus généralement les ressources) en avantages pour eux-mêmes.

Ainsi « le bien-être d'une personne se définit par la qualité de son existence. Une vie est faite d'un ensemble de fonctionnements (*functionings*) liés entre eux, composés d'états et d'actions. [...] il est possible de se représenter l'accomplissement d'une personne comme le vecteur de ces fonctionnements. Les fonctionnements importants peuvent aller de l'élémentaire - avoir suffisamment à manger, être en bonne santé, échapper aux maladies évitables et à la mortalité prématurée - au plus complexe - être heureux, rester digne à ses propres yeux, prendre part à la vie de la communauté. [...] Les fonctionnements sont constitutifs de l'existence de la personne [...] l'évaluation de son bien-être doit nécessairement prendre la forme d'un jugement sur les composantes » (Sen, 1992, p. 65).

« La capacité est un ensemble [...] de fonctionnements représentant les différentes *combinaisons* alternatives d'états et d'actions parmi lesquels une personne peut choisir. La capacité est ainsi définie dans l'espace des fonctionnements. Si la réalisation d'un fonctionnement [...] est un point de cet espace, la capacité est l'ensemble de ces points » (Sen, 1993, p. 38).

« La capacité est par conséquent un ensemble de vecteurs de fonctionnements qui indique *qu'un individu est libre de mener tel ou tel type de vie*. [...] l'ensemble de capacités reflète dans l'espace des fonctionnements *la liberté de choisir entre des modes de vie possibles* » (Sen, 1992, p. 66).

À la suite des travaux de Sen, différentes notions de capacités ont été définies. Ainsi pour Williams (1987), les *capacités* sont *sous-jacentes* à d'autres capacités s'exprimant dans *des contextes spécifiques*. Robeyns (2003) note que cette notion est proche de la notion de « *capacités humaines centrales pour fonctionner* » définies par Nussbaum (2000) ou de celle de capacités fondamentales chez Robeyns (2000) ou encore de *capacités générales* chez Alkire (2002).

Sen (1993) a par ailleurs défini la notion de *capacités de base* pour signifier que si un niveau minimal acceptable de ces capacités n'est pas rempli, l'individu risque de se trouver dans une situation difficile, voire fatale. Cette notion regroupe *les fonctionnements fondamentaux tels* « *qu'être bien nourri* », *être éduqué, être en bonne santé, etc.* Chez Nussbaum, ce même terme a trait aux talents naturels et innés des individus qui leur permettent de développer des capacités plus sophistiquées<sup>11</sup>.

Sen définit par ailleurs un autre concept, celui de *fonctionnements affinés* qui reflète les caractéristiques de la personne en termes de *pouvoir de décision et de marges de manœuvre*. Ces fonctionnements affinés sont *des indicateurs de degré de libertés de choix*. Ils font, en quelque sorte, le lien entre fonctionnements et ensemble de capacités (Sen, 1987; voir aussi la notion de liberté de l'agent « *agency freedom* »).

Le fonctionnement ou *functioning* distingue donc à la fois la détention des biens, les caractéristiques contenues dans ces biens, et l'utilité (au sens de bien-être subjectif résultant de la consommation des biens). Les capacités désignent l'ensemble des ressources dont dispose un individu pour réaliser ses choix d'existence, tandis que les fonctionnements désignent les choix,

---

11. D'autres auteurs utilisent la notion de capacités en lien avec les compétences cognitives ou non cognitives (skills) comme Esping-Andersen (2005, 2006) à propos des enfants. C'est aussi le sens utilisé nous semble-t-il par Gautié (2003)

les actions et les états effectifs. Les capacités sont ainsi des libertés positives de l'être humain, la liberté étant entendue comme possibilité de choix. Plus cette liberté est grande, plus large est le champ des opportunités qui lui sont ouvertes.

Le schéma proposé par Robeyns (2000) permet de visualiser la séquence qui va des dotations des individus aux réalisations :

**Dotations individuelles**                      **Ensemble de capacités individuelles**  
(*individual entitlement*)

Biens (caractéristiques) - *conversion* → Fonctionings possibles --- *choix* → Fonctionings atteints

**Moyens de réaliser**                      **Liberté de réaliser**                      **Réalisations**

Ainsi en utilisant les biens, les individus les transforment en fonctionnements ou réalisations. Cette transformation ou conversion des biens en fonctionnements apparaît cruciale dans l'analyse : elle est liée à la diversité des individus et de leurs situations. En effet, chaque individu étant différent transforme différemment ces biens. En outre, ces modalités de conversion sont également liées aux politiques sociales dont bénéficient les individus. Sen définit plus précisément le taux de conversion. Il dépend des caractéristiques personnelles, idiosyncratiques (génétique, métabolisme, intelligence...) mais aussi des caractéristiques sociales (institutions, ressources publiques, normes sociales...). L'exemple suivant permet de comprendre l'importance de cette conversion. Soit deux individus qui font un séjour à l'hôpital pour des raisons différentes. Le premier est un individu dénutri depuis longtemps. Si on lui propose un repas équilibré, il ne sera pas en mesure de digérer ce repas (il ne pourra pas convertir les aliments d'un point de vue nutritionnel) contrairement au second qui est en bonne santé et dont le séjour à l'hôpital est dû à des examens nécessitant une technologie médicale particulière. On devra donc proposer à l'individu dénutri une autre forme d'alimentation. La conversion des biens en réalisation (être bien nourri) suppose ainsi l'allocation d'aliments de caractéristiques différentes pour les deux individus du fait de leurs caractéristiques d'état de santé intrinsèques. La politique de santé participe également de la conversion des biens en réalisations en proposant ces aliments différents.

Si Sen n'a pas cherché à établir une liste précise d'éléments de l'ensemble des capacités, c'est sans doute parce que la promotion de la liberté individuelle en tant qu'élément fondateur du bien-être lui apparaît peu compatible avec l'idée de préciser les

éléments qui la constituent. La liberté s'accompagne de la diversité des modes de vie.

Des listes de capacités, prolongeant l'approche de Sen, ont néanmoins été fournies, notamment celle de Nussbaum (1999)<sup>12</sup>.

### La liste des capacités chez Martha Nussbaum

Martha Nussbaum (1999, 2000) a élaboré une théorie de la justice et des droits humains fondée sur une reformulation de l'approche des capacités établie par Sen. Sa critique de l'utilitarisme comme objectif possible pour les politiques publiques est particulièrement affûtée. Elle argue ainsi de façon convaincante que les préférences peuvent être « distordues » : « Un esclave ou une femme abusée peut éventuellement se convaincre qu'un esclavage ou une oppression modérée est le mieux qui puisse être accessible et ne pas vouloir rechercher une plus grande liberté. L'approche des capacités, n'est pas fondée sur la distribution des ressources en soi, puisque ces ressources n'ont pas de valeur en elles-mêmes déconnectées de la promotion du fonctionnement humain, c'est-à-dire de ce que les êtres humains réalisent et sont. L'approche des capacités demande aux décideurs publics de chercher les besoins que les individus mobilisent en différentes ressources et leurs diverses capacités à les convertir en fonctionings (ou « fonctionnements ») » (Nussbaum, 1999, p. 34).

Elle établit une liste des capacités fondamentales sur la base d'une question à résonance aristotélicienne : « Quelles sont les activités produites de façon caractéristique par les êtres humains qui sont si centrales qu'elles semblent définir ce qu'est une vie véritablement humaine ? ». Deux questions plus précises sont ensuite formulées : « Quels changements ou transitions sont compatibles avec l'existence continue d'un être en tant que membre de l'espèce humaine et ceux qui ne le sont pas ? » et

---

12. En fait, d'aucuns ont considéré que l'analyse devait porter plutôt sur les fonctionings affinés (refined functionings) que sur les capacités (Fleurbaey, 1993, 1995, 2006 par exemple ou encore Schokkaert, 2007). Les fonctionings affinés prennent en compte le processus du choix en lui-même et les alternatives non choisies par les individus. La focalisation sur l'ensemble des capacités est difficilement accessible comme cible des politiques sociales du fait du caractère « longitudinal » de la liberté et du fait des écarts importants de réalisations susceptibles d'être enregistrés entre les individus selon les modes de vie adoptés. Toute l'information qui serait pertinente pour évaluer les capacités est en fait indisponible. En outre, la mesure des ensembles d'opportunités si elle était possible se heurterait à la critique du « perfectionnisme » : chercher à établir la mesure des libertés individuelles est un exercice vain sans une référence à l'aune de laquelle évaluer les performances des politiques sociales mises en œuvre. Or, rechercher une telle référence est incompatible avec l'idée même de vouloir maximiser la liberté individuelle.

« Quels types d'activités doivent être accessibles si nous reconnaissons qu'une vie donnée est humaine ? » (Nussbaum, 1999, p. 39).

La liste qu'elle propose prend la forme suivante (1999, p. 41-42; 2000, p. 79)<sup>13</sup> :

- 1 • La vie.** Être en mesure de vivre une vie "normale" d'être humain... Ne pas mourir prématurément
- 2 • La Santé et l'intégrité corporelle.** Être capable d'être en bonne santé, incluant la fertilité, le fait d'être bien nourri et d'avoir un logement adéquat.
- 3 • L'intégrité corporelle.** Être en mesure de déménager ou changer de lieu librement, d'être en sécurité et protégé de la violence y compris de la violence sexuelle. Avoir des opportunités de satisfaction sexuelle et de choix en matière de reproduction.
- 4 • Sens, imagination et pensée.** Être en mesure d'utiliser ses sens, être apte à imaginer, penser et raisonner, ce de façon informée et cultivée du fait d'une éducation adéquate. Être apte à utiliser son imagination et sa pensée en connexion avec l'expérimentation et la production de travaux et d'événements de son choix. Être en mesure d'utiliser son esprit et sa pensée du fait de la garantie de la liberté d'expression au regard à la fois des débats politiques et artistiques et de l'exercice de la liberté religieuse, être en mesure d'avoir des expériences satisfaisantes et d'éviter la souffrance vaine.
- 5 • Émotions.** Être capable d'attachements à des choses et à des personnes en dehors de sa propre sphère. Être capable d'aimer ceux qui vous aiment et qui prennent soin de vous. Être capable de chagrin du fait de leur absence, d'expérimenter l'attente, la gratitude et l'angoisse justifiée, ne pas avoir le développement de son émotivité affaiblie par peur ou anxiété.
- 6 • Raison pratique.** Être capable de former une conception du bien et de s'engager dans une réflexion à propos de la planification de sa propre vie (cela implique la protection de la liberté de conscience).
- 7 • Sociabilité et engagement.** Être capable de vivre pour et en relation avec les autres, de reconnaître et de montrer de

---

13. Traduction de l'auteur.

l'intérêt pour les autres êtres humains, s'engager dans des formes variées d'interaction sociale, être capable d'imaginer la situation d'un autre et avoir de la compassion pour cette situation, avoir des aptitudes à la fois pour l'amitié et la justice. Être traité comme un être digne dont la valeur est égale à celle des autres.

**8** • Attention portée aux espèces animales, à l'environnement et la biodiversité. Être capable de vivre avec de l'intérêt pour et en relation avec les animaux, les plantes et le monde de la nature.

**9** • Jeu. Être capable de rire de jouer et de jouir de loisirs.

**10** • Contrôle sur son environnement.

- Politique « être capable de participer effectivement aux choix politiques qui gouverne sa propre existence; avoir le droit à la participation politique, à la liberté d'expression et d'association.

- Matériel : être capable d'être propriétaire (de biens et de capital foncier) avoir des droits de propriété sur une base égale par rapport aux autres; avoir le droit de chercher un emploi sur une base égale par rapport aux autres, être dégagé de recherches non garantie. Dans le travail, être capable de travailler en tant qu'être humain, d'exercer sa raison pratique et d'entrer dans des relations de travail qui font sens, dans une reconnaissance mutuelle avec les autres travailleurs.

Le dixième item de la liste (contrôle sur son environnement) implique plus particulièrement les politiques publiques. Deux éléments importants sont à retenir : d'abord il s'agit d'une liste composée d'éléments séparés. Les éléments de cette liste ont des qualités distinctes, mais sont tous d'une importance fondamentale. Ils sont liés entre eux de façon complexe que seule l'analyse empirique permet, selon Martha Nussbaum, de découvrir.

Celle-ci classe en fait les capacités en trois types différents.

Les capacités fondamentales (*basic capabilities*) sont les dotations innées des individus qui sont nécessaires au développement de capacités plus avancées. Elle argumente ainsi que la plupart des enfants ont les capacités fondamentales pour exercer leur imagination et leur raison pratique. Mais sans leur fournir les clés de leur développement et sans éducation, ils ne peuvent les utiliser. Les enfants qui ont un développement psycho-cognitif « normal » ont des capacités fondamentales dans chacune des dix dimensions de la liste fournie précédemment.

Il existe une deuxième catégorie de capacités mentionnées par Nussbaum. Ce qu'elle nomme les capacités internes (*internal capabilities*). Les capacités internes sont les états des personnes qui constituent des conditions suffisantes à l'exercice de la fonction correspondante (étant donné l'ajout convenable de conditions externes). Les capacités internes sont élaborées à partir des capacités fondamentales préexistantes par différents procédés tels que l'entraînement, l'éducation et la formation. La plupart des individus ont les capacités internes de recourir au discours, capacités qui n'existeraient pas sans l'éducation informelle permise par la socialisation. La plupart des capacités internes nécessitent un environnement éducatif structuré.

Enfin, les capacités combinées (*combined capabilities*) sont définies comme les capacités internes auxquelles sont ajoutées les conditions externes qui font que l'exercice d'une fonction figure comme option de vie possible. Le but de la politique publique, selon Nussbaum, est la promotion des capacités combinées. Ceci implique la promotion des capacités internes par le développement de l'éducation et de la formation, ainsi que la mise à disposition de conditions matérielles et d'organisations institutionnelles spécifiques.

Ainsi, les capacités internes et combinées dépendent largement de l'action publique dans la mesure où cette dernière peut modifier et améliorer les conditions externes dont dépendent les capacités internes et combinées.

Selon Nussbaum, (2000, p. 5) « Une politique sociale acceptable d'un point de vue moral doit cibler avant tout un niveau seuil de chaque capacité fondamentale en dessous duquel on considère qu'un fonctionnement véritablement humain n'est pas accessible aux citoyens. »

La liste proposée par Nussbaum a sans doute le mérite d'énoncer des éléments susceptibles d'être pris en compte assez simplement à des fins d'évaluation. Il suffirait de construire des questionnaires d'enquêtes permettant d'évaluer la façon dont les individus se positionnent sur ces différentes dimensions, compte tenu du contexte dans lequel ils vivent. Toutefois, cette liste n'est pas sans poser problème eu égard au perfectionnisme<sup>14</sup> qu'elle promeut pour certains de ces éléments. Une autre difficulté provient des risques de paternalisme qui

---

14. Le perfectionnisme que nous avons déjà évoqué fait référence à une doctrine morale qui tend à imposer une norme du bien ou du « bon fonctionnement ». Ce sont les débats sur la bonne santé et le fonctionnement du corps (absence de handicap) qui intègrent le plus souvent cette discussion sur les implications morales d'une vision perfectionniste de la vie et du fonctionnement humain.



pointent dès lors que les éléments de la vie privée deviennent potentiellement des cibles de l'action publique. Afin d'éviter ces risques, les *functionings* fondamentaux ou les *functionings* affinés peuvent être des candidats plus pertinents ainsi que nous l'avons déjà souligné. On peut en outre, comme le fait Fleurbaey (1993, 1995), chercher à préciser les critères de l'action publique, afin d'éviter les risques de paternalisme mentionnés précédemment, en distinguant entre la responsabilité collective et la responsabilité individuelle. Il convient alors de décomposer le vecteur de « réalisations » ou de « résultats » en séparant ceux qui impliquent un degré de responsabilité de la société tout entière, de ceux qui relèvent de la responsabilité individuelle. Seuls les résultats qui impliquent une responsabilité de la société (santé physique et mentale, respect de la vie privée, éducation, formation, niveau de vie, intégration sociale, le pouvoir – l'influence sur les décisions collectives) doivent faire l'objet d'égalisation (sous forme de maximin).

La liste proposée par Martha Nussbaum a cependant fait l'objet d'une mise en questionnaire spécifique (Anand *et al.*, 2005; Anand et Santos, 2007), la seule à notre connaissance.

## **Analyse empirique des capacités ou des fonctionnements et évaluation des politiques publiques**

L'observation des ensembles d'opportunités étant difficiles à réaliser, une façon de prendre en compte le bien-être des individus peut donc être de focaliser l'attention sur des *functionings* fondamentaux susceptibles d'être observés ou, en tenant compte plus spécifiquement de la liberté et des marges de manœuvre individuelles, sur des *functionings* affinés. Schokkaert et Van Ootegem (1990) ont été parmi les premiers à retenir cette approche (Le Clainche, 1994). Toutefois, l'observation de fonctionings affinés, *a priori* plus simple que celle des ensembles d'opportunités, peut demeurer délicate à réaliser dans la mesure où il peut être difficile de savoir empiriquement précisément ce que sont les « vraies » préférences des individus à travers les questionnaires d'enquêtes. C'est le problème des préférences « distordues » ou adaptatives déjà évoqué.

La liste qu'a proposée Martha Nussbaum tente de contourner le problème de la mesure des opportunités en désignant les éléments fondamentaux de *functionings* que cet ensemble devrait contenir. Anand *et al.* (2005) ont élaboré un questionnaire

d'enquête spécifique de manière à transposer le contenu théorique de la proposition de Martha Nussbaum en données empiriques exploitables. C'est la seule enquête qui permette une analyse primaire de l'approche des capacités et des fonctionnements. La plupart des analyses, du type de celles produites par Schokkaert ou Van Ootegem (1990), Le Clainche (1994) et aussi Delhausse (1995), Véro (1998), Balestrino et Sciclone (2001), Farvaque (2005) ou encore Chiappero-Martinetti (1994, 1996, 2000), Cheli et Lemmi (1995) selon une méthodologie alternative, sont fondées sur le retraitement *ad hoc* d'enquêtes existantes. Nous rendons compte brièvement de certaines enquêtes et des méthodes utilisées pour observer les *functionings* fondamentaux ou affinés soit sur des données en population générale, soit sur des données relatives à des populations particulières, bénéficiant de mesures de politiques sociales.

### Analyse primaire

L'objectif de l'étude de Anand *et al.* (2005) est de relier les indicateurs de *capacités* obtenus au niveau individuel à des mesures de satisfaction. Leur étude, réalisée sur la base d'une enquête de 2003, se fonde sur un échantillon d'environ 700 personnes en Angleterre, Écosse et au Pays de Galles représentatives de la population globale (hormis pour les plus âgés). De manière à traduire la liste de Nussbaum, les auteurs posent une centaine de questions relatives à l'évaluation des capacités (65 indicateurs), à la mesure de l'utilité expérimentée, et à la personnalité. À ces questions sont ajoutées des questions sociodémographiques.

Ainsi, la dimension « Contrôle sur son environnement », a trait en partie au rôle des politiques sociales, des politiques d'emploi et de conditions de travail. Les auteurs posent à ce sujet différentes questions relatives aux « causes d'impossibilités d'accès à la propriété, aux activités politiques, aux discriminations passées ou anticipées liées à la recherche d'emploi et aux conditions de travail ».

L'étude de Anand *et al.* (2005) consiste à évaluer l'impact des indicateurs de capacités sur la satisfaction dans la vie<sup>15</sup>. Ils constatent un lien statistique robuste, quels que soient les modèles utilisés, entre la satisfaction dans la vie et la façon

---

15 La question relative à la satisfaction dans la vie est issue du British Panel Household Survey (BHPS) et demande aux individus de se situer sur une échelle de satisfaction par rapport à l'existence allant de 1 à 7 (1 = très insatisfait ; 7 = très satisfait).

dont les indicateurs de capacités sont remplis. Ils constatent également des différences significatives selon l'âge et le genre.

Cette étude très spécifique est menée en population générale. Toutefois, la plupart des études qui ont été mises en œuvre dans l'optique d'opérationnaliser l'approche des capacités sont fondées sur des traitements secondaires de données d'enquêtes ciblées sur des populations spécifiques (chômeurs, bénéficiaires des minima sociaux notamment).

### Analyses secondaires

Schokkaert et van Ootegem (1990) utilisent une enquête réalisée en 1979 auprès d'un échantillon représentatif des chômeurs en Belgique de 517 personnes. Ce questionnaire est en grande partie de type « subjectif », c'est-à-dire que les réponses sont liées au moins en partie à la psychologie des individus qui répondent. 46 questions subjectives ont été exploitées de manière à refléter des *functionings* affinis. Ces questions ont trait à la perception qu'ont les chômeurs de l'impact du chômage sur leurs relations sociales, leur temps libre, leur niveau de vie, leur santé, leur dépendance économique vis-à-vis de leur famille notamment.

Le caractère subjectif de l'enquête constitue pour les auteurs à la fois une raison de privilégier ce type d'enquêtes et d'être vigilants quant à l'interprétation des résultats qui en surgissent. La bonne raison réside, selon eux, dans le fait que « les différences les plus importantes entre les individus, dans les pays industrialisés, sont observées au regard des *functionings* psychologiques [...] et cette dimension psychologique n'est pas réductible aux purs sentiments subjectifs de bonheur, lesquels sont reflétés par l'utilité » (Schokkaert et van Ootegem, 1990, p. 438). Elle englobe également des items très concrets relatifs aux « modes de faire » et « d'être » (*doings and beings*).

La vigilance est requise du fait des biais de perception pouvant survenir à travers les réponses qui sont faites et ce, d'autant plus expliquent les auteurs, que « les personnes interrogées ont tendance à comparer leur situation de chômage réelle avec leur situation antérieure ». La méthodologie employée permet de limiter ces biais. Ceci leur permet également de différencier les groupes de chômeurs.

Les résultats tendent à montrer l'importance de la dimension sociale associée au niveau de vie des chômeurs et de la capacité à utiliser les marges de manœuvre qu'ils ont dans la recher-

che d'emploi. La dimension financière apparaît être en outre moins importante que la dimension d'intégration sociale. Cette dernière doit être la cible des efforts de politiques publiques pour certains groupes de chômeurs et notamment les chômeurs les plus âgés. Le constat est également que les chômeurs « hommes » ont davantage de troubles psychosomatiques et un sentiment de détresse plus exacerbé que les chômeurs « femmes » tout en étant dans le même temps plus actifs et plus prompts à se projeter dans le futur.

Selon une méthodologie analogue, Le Clainche (1994) retrace le questionnaire de première vague d'enquête du « panel RMI » réalisée en 1990 par le Credoc dans le cadre des procédures d'évaluation du RMI. Le questionnaire d'enquête de cette première vague comprenait 2000 allocataires du RMI. Ce questionnaire avait pour but de mettre en évidence certains traits stylisés au sujet des caractéristiques des bénéficiaires, de faire ressortir leurs parcours antérieurs tant en termes scolaires et professionnels qu'en termes sanitaires, psychologiques et sociaux et également de mettre en évidence les premiers effets du RMI dans les différentes sphères de leur vie sociale, c'est-à-dire aussi de mettre l'accent sur tel ou tel usage particulier que les bénéficiaires faisaient du dispositif. Le questionnaire a donc permis de recueillir des variables « subjectives », reflétant la psychologie des individus et leurs opinions sur la mesure de politique sociale qui les affecte ainsi que des variables objectives.

Les résultats, fondés sur le retraitement de 55 questions, montrent que l'existence de relations sociales et familiales, les problèmes psychologiques et de santé, ainsi que le logement, discriminent les allocataires. Par ailleurs, les allocataires adoptent une attitude vis-à-vis de l'emploi d'autant plus positive qu'ils sont jeunes, en bonne santé, dotés d'un niveau de formation élevé et qu'ils sont déjà intégrés aux circuits de l'emploi. Toutefois, ni la signature d'un contrat d'insertion, ni l'inscription à l'ANPE n'ont d'impact sur la projection que font les allocataires vis-à-vis de leur employabilité ou de leur situation professionnelle future<sup>16</sup>.

D'autres études, en petit nombre toutefois, ont été réalisées pour mettre en évidence les fonctionnements ou capacités de groupes cibles, bénéficiaires des politiques publiques<sup>17</sup>.

---

16. Ce qui prévalait en 1990, date de l'enquête, vaut sans doute encore dans les années 2000, à l'exception des problèmes de logement qui se sont particulièrement tendus.

17. Certaines d'entre elles utilisent une méthode d'analyse de facteurs, d'autres appliquent la théorie des ensembles flous (voir Lelli, 2001 pour une comparaison de leur pertinence respective). Pour une revue des différentes méthodes économétriques et statistiques, voir Kuklys (2005).

## L'accroissement des capacités : un objectif de l'évaluation des politiques sociales ?

L'approche par les capacités a connu une publicité croissante depuis le Prix Nobel obtenu par son promoteur, Sen, en 1998. Sa notoriété est en partie due au fait qu'elle propose un objectif apparemment simple pour les politiques publiques, quel que soit l'état de développement économique. En outre, toutes les politiques publiques peuvent être concernées par cette approche : la politique de santé comme la politique d'insertion dans l'emploi ou encore la politique de logement<sup>18</sup>. L'idée est qu'il convient d'abord d'analyser des fonctionnements atteints puis de constater en quoi la politique en question a permis d'accroître, sinon les combinaisons de fonctionnements réalisés, du moins les possibilités de telles combinaisons, selon les caractéristiques de ces politiques d'une part et des individus qu'elles ciblent d'autre part. Ainsi, on peut considérer que les politiques publiques sont des « ressources publiques » distribuées aux individus. Ces ressources peuvent être de quantité et de nature différentes selon les caractéristiques des bénéficiaires.

La perspective théorique définie par Sen (1985) permet de comprendre pourquoi les mêmes ressources publiques peuvent n'avoir pas les mêmes effets sur les individus. Ainsi, les dispositifs de la politique de l'emploi ou de la politique sanitaire préventive, disponibles pour certains individus – les bénéficiaires – sont des « ressources » plus ou moins différenciées (les contrats aidés ou les soins préventifs ciblés) en fonction des caractéristiques exogènes supposées des individus (liées pour une part aux facteurs de conversion). Les choix des individus – leur utilisation personnelle des « ressources » – ont également un impact sur l'efficacité de la politique de l'emploi ou de la politique sanitaire de prévention.

Dans une telle perspective, l'effet microéconomique des politiques publiques est donc la combinaison des ressources distribuées (les contrats aidés ou les soins de prévention ciblés) et de leur mode et caractéristiques de distribution (ciblage, accompagnement...), des caractéristiques supposées exogènes (les facteurs de conversion) et des choix des individus.

---

18. Voir par exemple Le Clairche (2006) pour les politiques de santé ; Klein et Le Clairche (2007) pour les politiques d'emploi.

Toutefois, cette traduction du cadre théorique des capacités pour l'évaluation des politiques sociales nécessite une prise de distance dans la mesure où le paternalisme et le perfectionnisme guettent. En effet les facteurs de conversion sont difficilement observables (en particulier ceux relevant de l'idiosyncrasie individuelle) et le fait de ne pas chercher à les observer peut constituer une exigence morale<sup>19</sup>; par ailleurs la distinction entre caractéristiques exogènes et endogènes (ce qui relève réellement des choix des individus) n'est pas toujours simple à réaliser, même si les économistes disposent de techniques permettant de différencier les contraintes des choix. Le phénomène d'adaptation aux contraintes en particulier n'est pas aisé à identifier.

## Bibliographie

- Alkire S.**, (2002), *Valuing Freedoms. Sen's Capability Approach and Poverty Reduction*, New York, Oxford University Press.
- Anand P. Santos C.**, (2007), Violent crime, gender inequalities and well-being: models based on a survey of individual capabilities and crime rates for England and Wasles, *Revue d'Economie politique* n° 3, pp. 135-160
- Anand P. Hunter G., Carter I., Dowding K., Guala F., Van Hees M.**, (2005), "The Development of Capability Indicators and Their Relation to Life Satisfaction", *mimeo*.
- Arnsperger C.**, (2004), Pauvreté et droits humains : la question de la discrimination économique systémique avec quelques propositions pratiques de réforme, *Revue internationale des sciences sociales*, vol. 2 pp.323-333.
- Balestrino A., Sciclone N.**, (2001), « Should we use functionings instead of income to measure well-being? Theory, and some evidence from Italy », *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, num. 1, vol. 109, pp. 3-20.
- Bentham J.**, (1792), *Anarchical Fallacies; Being an Examination of the Declaration of Rights Issued during the French Revolution*.

---

19. On doit en fait spécifier le contexte des politiques publiques en cause. Dans le cadre d'une politique de santé, la connaissance des facteurs de conversion purement individuels – par exemple l'existence de mutations de certains gènes – peut être nécessaire pour l'allocation du traitement adéquat, alors que la recherche de facteurs purement idiosyncratiques pour l'efficacité des politiques d'emploi est sans doute difficile à obtenir mais sûrement éthiquement contestable si cela aboutit à stigmatiser des causes individuelles à l'éventuel échec des politiques mises en œuvre.

- Burchardt T., Le Grand J.**, (2002), « Constraint and Opportunity: Identifying Voluntary Non-Employment », *CASE Paper* n° 5, London School of Economics, April.
- Ceroli A., Zani S.**, (1990), « A Fuzzy Approach to the Measurement of Poverty » in Dagum C., Zenga M. (eds), « Income and Wealth Distribution, Inequality and Poverty », Springer Verlag, Berlin, p. 272-284.
- Cheli B., Lemmi A.**, (1995), « A Totally Fuzzy and Relative Approach to The Multidimensional Analysis of Poverty », *Economic Notes*, 24,1, pp. 115-134.
- Chiappero-Martinetti E.**, (2000), « A Multidimensional Assessment of Well-Being Based on Sen's Functioning Approach, *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, vol. 2, pp. 207-239
- Chiappero-Martinetti E.**, (1996), « Standard of Living Evaluation Based on Sen's Approach: Some Methodological Suggestions, *Notizie di Politeia*, vol. 12, pp. 37-53.
- Chiappero-Martinetti E.**, (1994), « A New Approach to The Evaluation of Well-Being and Poverty by Fuzzy Set Theory », *Giornale degli Economisti ed Annali di Economia*, vol. 53, pp. 367-388.
- Delhaese B.**, (1995), « An Attempt at Measuring Functionings and Capabilities », *mimeo*, Université de Liège.
- Dubois D., Prade H.**, (1980), « *Fuzzy sets and Systems: Theory and Applications* », Academic Press, New York.
- Dupuy J. P.**, (1992), *Le sacrifice et l'envie. Le libéralisme aux prises avec la justice sociale*, Le Seuil.
- Easterlin R.**, (1995), « Will Raising Incomes of All Increase the Happiness of All? », *Journal of Economic Behaviour and Organization*, vol. 27, n° 1, pp.35-47.
- Elster J.**, (1983), *Sour Grapes: Studies in the Subversion of Rationality*, Cambridge University Press.
- Esping Andersen G.**, (2006), "Government and the Distribution of Skills", DemoSoc Working Paper n° 2006-17, *Department of Political and Social Sciences*, Universitat Pompeu Fabra, Espagne, 2006.
- Esping Andersen G.**, (2005), "Children in the Welfare State. A Social Investment Approach", DemoSoc Working Paper n° 2005-10, *Department of Political and Social Sciences*, Universitat Pompeu Fabra, Espagne, 2005.
- Farvaque N.**, (2005) *Action publique et approche par les capacités. Une analyse des dispositifs et trajectoires d'insertion* », Thèse de doctorat en Sciences économiques, octobre, Ecole Normale Supérieure de Cachan, IDHE.

- Fleurbaey M.**, (2006), « Capabilities, Functionings and Refined Functionings », *Journal of Human Development*, vol. 7, n° 3.
- Fleurbaey M.**, (1995), « Equal Opportunity or Equal Social Outcome », *Economics and Philosophy*, vol. 11, pp. 25-55.
- Fleurbaey M.**, (1993), « Equal Opportunity or Equal Social Outcome », *mimeo*.
- Gautié J.**, « Quelles voies pour l'après fordisme: repenser l'articulation entre marché du travail et protection sociale », *Esprit*, novembre pp. 78-115.
- Gorman W.M.**, (1956), The Demand For Related Goods, *Journal Paper*, J3129.
- Kahneman D., Krueger A. B.**, (2006), « Developments in the Measurement of Subjective Well-Being », *Journal of Economic Perspectives*, vol. n° 1, pp. 3-24.
- Klein T., Le Clainche C.** (2007), Les contrats aidés: quelles marges de manœuvre pour les bénéficiaires? *avril-juin Formation Emploi n° 98*, pp. 77-92.
- Kuklys W.**, (2005), *Amartya Sen's Capability Approach, Theoretical Insights and Empirical Applications*, Springer.
- Lancaster K.J.**, (1966), A New Approach To Consumer Theory, *Journal of Political Economy*, n° 74, pp. 132-157.
- Le Clainche C.**, (2006), « Politiques de santé et approche par les capacités », AFD in Reboud V. *Sen: un économiste du développement ?*
- Le Clainche C.**, (1996) « Revenu minimum, justice sociale, niveau de vie, bien-être: Fondements théoriques et évaluation, *Thèse de Doctorat en Sciences Economiques*, Université Paris IX-Dauphine.
- Le Clainche C.**, (1994), « Niveau de vie et Revenu Minimum: une opérationnalisation du concept de Sen sur données françaises » *Cahiers de Recherches CREDOC*, avril, n° 57.
- Lelli S.**, (2001), « Factor Analysis Vs Fuzzy Sets Theory: Assessing The Influence of Different Techniques on Sen's Functioning Approach », *mimeo*, Center for Economic Studies, K.U. Leuven.
- Nussbaum M.**, (2000) *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press.
- Nussbaum M.**, (1999), *Sex and Social Justice*, Oxford University Press
- Pogge T.**, (2002), *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Cambridge, Polity.
- Rawls J.**, 1987, *Théorie de la justice*, Le Seuil.
- Robeyns I.**, (2003) « The Capability Approach: An Interdisciplinary Introduction », *3<sup>e</sup> conférence HDCA*, Pavia, septembre.



- Robeyns I.**, (2000), "An Unworkable Idea or A Promising Alternative? Sen's Capability Approach Re-examined", *Discussion Paper* 00.30, Center For Economic Studies, University of Leuven, Belgium.
- Roemer J.**, (1998), *Equality of Opportunity*, Cambridge Mass., Harvard University Press.
- Schokkaert E.**, (2007), "The capabilities approach", *mimeo*, Department of Economics, KULeuven, Belgique. 36 pages.
- Schokkaert E., Van Ootegem L.**, (1990) « Sen's Concept of the Living Standard Applied to the Belgian Unemployed », *Recherches Economiques de Louvain* vol. 56, pp. 429-450.
- Sen A. K.**, (2004), « Elements of A Theory of Human Rights », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 32, n° 4 p. 315-356).
- Sen A. K.**, (1993), « Capability and Well Being », in Nussbaum M., Sen A. K., *The Quality of Life*.
- Sen A. K.**, (1992), *Inequality Reexamined*, Oxford University Press, tr. Fr. Repenser l'inégalité, Seuil, 2000.
- Sen A. K.**, (1987), *On Ethics and Economics*, Oxford Blackwell Publishers, trad. Fr. Ethique et Economique, PUF, 1991.
- Sen A. K. et al.**, (eds) (1987), *The Standard of Living*, Cambridge University Press.
- Sen A. K.**, (1985), *Commodities and Capabilities*, North Holland.
- Véro**, 2002, *Mesurer la pauvreté à partir de concepts de biens premiers, de réalisations primaires et de capacités de sexes. Le rôle de l'espace d'information dans l'identification de la pauvreté des jeunes en phase d'insertion professionnelle*, Thèse EHESS.
- Williams B.**, (1987) « The Standard of Living: Interests and Capabilities », in Sen AK et al. (eds) *The Standard of Living*, Cambridge University Press.



# Emploi, chômage, minima sociaux : une analyse juridique de la notion de « contrepartie »

Christophe WILLMANN  
Professeur (Université de Rouen)

**L**A QUESTION de la « contrepartie » s'inspire de la notion anglo-saxonne du « *workfare* », selon laquelle le bénéficiaire d'une aide sociale est tenu de rembourser à la collectivité une dette ainsi contractée, plus ou moins contraignante. « *Work to welfare* » : pour recevoir une prestation, l'intéressé contracte un devoir de travailler. Le droit à l'assistance est défini par cette conditionnalité. L'exigence est poussée assez loin dans certains États des États-Unis : le bénéficiaire doit alors à la collectivité un certain nombre d'heures de travail<sup>1</sup>. Le principe retenu est désigné sous le vocable de « *hard workfare* ». Les travaux consacrés à ce thème sont essentiellement anglo-saxons. Pourtant, un certain nombre de pays européens ont adopté le modèle de la « contrepartie » à la charge des bénéficiaires de minima sociaux et d'allocations chômage. Mais la transposition s'est faite dans un schéma dit de « *soft workfare* ». En droit interne, le Revenu minimum d'insertion (RMI) et le Contrat d'insertion – revenu minimum d'activité (CI-RMA) en sont une bonne illustration.

---

1. J.E. Schoettl, 2003 ; D. Gélot, 2007 ; P. Dufour, G. Boismenu et A. Noël, 2003 (nombreuses références citées) ; C. Willmann, 2005.

Le régime juridique du chômage et l'organisation du placement n'ont jamais, jusqu'à présent, été saisis sous cette dimension de la « contrepartie », notion évoquée pour la première fois par la doctrine à propos du CI-RMA. Sur le chômeur, qu'il soit indemnisé ou non, pèsent un certain nombre d'obligations prévues par des textes d'origine légale ou conventionnelle (convention d'assurance chômage) : jusqu'à présent, la référence à la « contrepartie » n'était pas apparue comme pertinente, dans la mesure précisément où elle n'a de sens que pour les chômeurs indemnisés, pas les autres. Or, les obligations à la charge du chômeur définies par les dispositions codifiées au code du travail, ne distinguent pas la nature et l'étendue des obligations du chômeur, selon qu'il est indemnisé ou pas. Celles-ci sont inhérentes à sa qualité de demandeur d'emploi/travailleur privé d'emploi percevant un revenu de remplacement (obligation de rechercher un emploi, de s'inscrire sur la liste des demandeurs d'emploi, de ne pas refuser un emploi sauf motif légitime...).

Pourtant, sous l'influence de plusieurs réformes législatives et conventionnelles engagées depuis 2005 (loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 ; loi du 23 mars 2006 ; loi du 21 août 2007), l'idée de la « contrepartie » a fait son chemin et est devenue une référence exploitable par les juristes. Le principe de l'activation des dépenses passives de chômage a conduit le régime d'assurance chômage à développer des aides incitatives au retour à l'emploi, dans les années 1990, mettant le chômeur indemnisé en situation de débiteur de certaines obligations (dont retrouver un emploi, se former, se reclasser), qui allaient au-delà de celles stricto sensu définies par le code du travail. L'apparition dans la convention d'assurance chômage en 2001, confirmée en 2004, du plan d'aide au retour à l'emploi et de sa mise en oeuvre par le Projet d'action personnalisé, allait dans le même sens : les obligations du chômeur étaient désormais contractualisées. Le chômeur s'engageait, devant la société, devant ses co-contractants (ANPE, Assedic) à sortir de sa condition de chômeur indemnisé : en contrepartie de cet engagement, justement, l'Assedic versait une allocation (en ce sens, voir l'affaire dite des « recalculés »). Enfin, constitue la dernière étape de ce processus le décret 2005-1054 du 29 août instituant une prime exceptionnelle de retour à l'emploi, c'est-à-dire rien moins qu'une incitation financière offerte aux chômeurs qui reprennent un emploi. On est ici au cœur même de la problématique de la contrepartie, qui est ici en quelque sorte monnayée.

Si l'idée de « contrepartie » est devenue une référence exploitable par les juristes, il n'est pas sûr qu'elle soit pertinente,

voire opportune. Ignorée du discours juridique, la notion de « contrepartie » est rattachée à celle, bien connue en droit constitutionnel, de devoir de travailler. Mais ce devoir n'implique nullement, en soi, que le versement d'une allocation chômage ou d'une aide sociale, créant une dette, implique une contrepartie, sous forme d'heures de travail au profit de la communauté, par exemple. La consécration en droit interne de la référence à la contrepartie, douteuse, rencontre un obstacle de taille, le principe de droit au travail, qui prend l'exact contre-pied de la référence à la « contrepartie », car si reconnaissance d'une dette il devrait y avoir, elle serait contractée par l'État (les collectivités territoriales, les partenaires sociaux) à l'égard des pauvres (chômeurs, bénéficiaires des minima sociaux) pour qu'ils obtiennent subsides et aides au reclassement.

### **La « contrepartie », déclinaison et expression en termes juridiques, du devoir de travailler**

La « contrepartie » dans les législations anglo-saxonnes s'entend de l'obligation à la charge du bénéficiaire d'une aide sociale de rembourser à la collectivité une dette ainsi contractée. La référence n'a pas été consacrée ainsi, en droit interne, qu'il s'agisse des salariés régis par un contrat aidé ou des chômeurs (pris en charge par le régime d'assurance chômage ou le régime de solidarité). Si le chômeur est tenu à un certain nombre d'obligations, propres et spécifiques à sa qualité (rechercher un emploi, ne pas refuser sans motifs légitimes un emploi, être disponible, répondre aux convocations), on ne peut y voir la transposition pure et simple de la logique de « contrepartie ». La seule traduction possible que le juriste français pourrait donner au terme de « contrepartie » serait celui, très général et d'origine constitutionnelle, de *devoir de travailler*, qui pèse aussi bien sur le chômeur (A) que sur le bénéficiaire d'un contrat aidé (B).

#### **Association de la « contrepartie » et du devoir de travailler dans le champ du chômage et de l'insertion**

Les conventions d'assurance chômage du 1<sup>er</sup> janvier 2001 et du 1<sup>er</sup> janvier 2004 ont marqué une rupture avec les conventions d'assurance chômage antérieures, en jetant les bases d'un nouveau régime, fondé sur le principe de l'activation des dépenses dites passives, l'intervention active du régime d'assurance chômage

dans l'aide au retour à l'emploi des chômeurs et enfin la contractualisation des rapports avec les chômeurs, ces derniers s'engageant précisément sur une obligation de moyens portant sur le retour vers l'emploi (Convention assurance chômage 1<sup>er</sup> janvier 2001 et règlement annexé; Convention ANPE/Unedic 13 juin 2001, relative à la mise en oeuvre du plan d'aide au retour à l'emploi et du projet d'action personnalisé; Convention assurance chômage 1<sup>er</sup> janvier 2004 et règlement annexé).

Le soutien apporté à chaque allocataire en vue de son retour à l'emploi donnait lieu à des engagements du régime d'indemnisation et du demandeur d'emploi éligible à l'indemnisation. Ces engagements étaient formalisés dans un plan d'aide au retour à l'emploi (Pare) signé par le salarié privé d'emploi et l'Assedic, lors de sa demande d'inscription comme demandeur d'emploi. Ce plan rappelait les droits et obligations du salarié privé d'emploi résultant des dispositions légales et réglementaires en matière de recherche d'emploi. Il précisait l'aide apportée au salarié privé d'emploi pour qu'il en retrouve un, dans le cadre d'un projet d'action personnalisé (PAP) (Convention 1<sup>er</sup> janvier 2001, règlement, art. 14, § 1<sup>er</sup>; Convention 1<sup>er</sup> janvier 2004, Règlement, art. 14, § 1<sup>er</sup>). Ce projet d'action personnalisé définissait les mesures d'accompagnement individualisées qui permettaient au salarié privé d'emploi d'en retrouver un, en tenant compte du degré d'autonomie du demandeur d'emploi dans sa recherche. Ce projet déterminait les types d'emplois qui correspondaient à ses qualifications validées, à ses capacités professionnelles et rétribuées à un taux de salaire normalement pratiqué dans la profession et la région, dans lesquelles il orientait ses recherches en priorité; les types d'emplois vers lesquels il souhaitait se reconverter et enfin les prestations ou formations nécessaires pour qu'il accède à un emploi conforme à ce projet, priorité étant donnée à une formation réalisée dans le cadre d'un contrat de travail (Règlement 1<sup>er</sup> janvier 2001, art. 15)<sup>2</sup>.

La nouvelle convention d'assurance chômage du 18 janvier 2006 a modifié le dispositif de contractualisation des relations nouées entre le chômeur et l'ANPE/Assedic, le projet personnalisé d'accès à l'emploi se substituant au plan d'aide au retour à l'emploi. Les partenaires sociaux ont entendu reformuler les termes de cette contractualisation, qui avait donné lieu à de nombreux développements judiciaires (affaire dite des « recalculés »), alors même que la Cour de cassation a tranché le débat

---

2. E. Debauche et S. Jugnot, 2005; T. Klein et P. Pommier, 2003, 2006; C. Rack, 2005.

dans un arrêt rendu le 31 janvier 2007. Après l'inscription d'un demandeur d'emploi sur la liste des demandeurs d'emploi, un projet personnalisé d'accès à l'emploi est établi et adapté au cours du temps par l'ANPE ou en liaison avec elle, par tout organisme participant au service public de l'emploi (C. trav., art. R. 311-3-11).

Le projet personnalisé d'accès à l'emploi définit, dans le cadre du parcours adapté à la situation de l'allocataire, les mesures d'accompagnement personnalisé qui permettront au salarié privé d'emploi d'accélérer son retour à l'emploi. Il peut comprendre des actions d'évaluation, de conseil et d'orientation, des actions d'accompagnement vers l'emploi et des actions de formation ou de validation des acquis de l'expérience (C. trav., art. R. 311-3-11.- Convention État-ANPE-Unedic, 1<sup>er</sup> juin 2006 relative à la mise en œuvre du projet personnalisé d'accès à l'emploi, art. 4). Il est établi par l'intéressé et/ou en coopération avec l'ANPE ou tout autre organisme participant au service public de l'emploi chargé de la mise en oeuvre du parcours.

En France, comme dans les autres pays européens, le versement d'un revenu de remplacement est conditionné au respect d'un certain nombre d'obligations. La plupart des obligations sont communes à tous les pays européens. En revanche, les institutions chargées du suivi et du contrôle, les modalités de ce suivi (pointage, entretien) et sa fréquence diffèrent fortement selon les pays<sup>3</sup>. Selon le Conseil Emploi Revenus et Cohésion sociale, cette pratique n'est pas généralisée en Europe. Seuls l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, le Royaume-Uni et le Portugal font aussi signer un engagement écrit. En Suède, le chômeur doit établir avec le service public de l'emploi un plan d'action individuel dans les trois mois après l'inscription au chômage. Un second entretien dans les quatre à huit semaines suivantes permet de faire le point et de modifier éventuellement le plan d'action. Au Royaume-Uni, le demandeur d'emploi qui se présente au *Jobcentre Plus* a un entretien initial avec un conseiller et signe avec lui un *Jobseeker's Agreement* qui rappelle ses droits à percevoir l'allocation chômage et son devoir de chercher activement un travail.

La convention d'assurance chômage du 1<sup>er</sup> janvier 2001 a suscité un débat assez vif dans la communauté des juristes, portant sur l'articulation entre la convention d'assurance chômage et la loi, sur la compatibilité entre ces deux sources<sup>4</sup>; sur la

---

3. Conseil Emploi Revenus et Cohésion sociale, 2005.

4. G. Lyon-Caen, 2001; X. Prétot, 2001; *TPS* 2001, comm. n° 302.

nature même du régime d'assurance chômage, dans lequel certains ont cru voir une mutation profonde consécutive à la nouvelle convention d'assurance chômage<sup>5</sup>.

Mais en disposant que le versement des allocations et l'accès aux services prévus par le règlement annexé à la convention d'assurance chômage, sont consécutifs à la signature du plan d'aide au retour à l'emploi, le régime d'assurance chômage a initié un débat très ouvert, sur le caractère obligatoire ou non de la conclusion d'un Pare. En d'autres termes, il s'agit d'apprécier dans quelle mesure la conclusion d'un Pare constitue, ou non, une nouvelle condition au bénéfice du revenu de remplacement<sup>6</sup>. Quel est l'enjeu d'une qualification juridique de ce contrat, s'agissant du Pare ? L'Assedic, en tant que contractant, serait alors tenue de verser des allocations chômage, telles qu'initialement prévues (au titre de la convention d'assurance chômage du 1<sup>er</sup> janvier 2001), sans qu'elle puisse de ce chef appliquer l'avenant n° 5 du 25 décembre 2002 à la convention du 1<sup>er</sup> janvier 2001.

La convention d'assurance chômage a suscité un important contentieux. Le Tribunal de grande instance de Paris s'est ainsi prononcé sur la portée de la convention d'assurance chômage du 1<sup>er</sup> janvier 2001 sur la qualité de demandeur d'emploi, en décidant que les partenaires sociaux ont pu conditionner le bénéfice du revenu de remplacement à la conclusion du Pare ; elle présente un caractère symbolique, qui ne modifie en rien les obligations du chômeur, ni ne limite ses droits<sup>7</sup>.

Un autre Tribunal de grande instance, celui de Marseille, a également été saisi sur le Pare (TGI Marseille, Ord. réf., 9 novembre 2001, RJS 1/2002 n° 65 et 70). Il s'agissait de savoir si un chômeur peut refuser de conclure un plan d'aide au retour à l'emploi. Le Conseil d'État s'était déjà prononcé quelques mois plus tôt, en décidant que les stipulations de la convention d'assurance chômage du 1<sup>er</sup> janvier 2001 et de son règlement annexé, en faisant de l'engagement formel du demandeur d'emploi à respecter un plan d'aide au retour à l'emploi, signé par lui, une condition au versement de l'allocation, se bornent à rappeler les exigences légales du régime d'assurance chômage, qui font de l'accomplissement d'actes positifs de recherche d'emploi

---

5. M. Borgetto, 2001.

6. C. Tuchsirer, 2001 ; C. Willmann, 2001 ; TGI Marseille, 15 avril 2004, RJS 6/2004, n° 729 ; A. Supiot et *RTDCiv* 2004, note R. Encinas de Munagorri.

7. TGI Paris, 2002, D. 2003, Y. Rousseau.



l'une des conditions du versement de l'allocation, sans ajouter à celles-ci ni porter atteinte à la nature même de ce régime<sup>8</sup>.

Outre cette décision rendue le 11 juillet 2001, le Conseil d'État a rendu un autre arrêt, toujours sur les mêmes points (CE, 13 novembre 2002, n° 229965) qui confirme sa position : les partenaires sociaux étaient légalement fondés à conclure la convention d'assurance chômage du 1<sup>er</sup> janvier 2001, créant le Pare, sans porter atteinte au régime ; ils n'ont pas plus créé un dispositif d'assistance individuel ; les partenaires sociaux pouvaient définir les règles gouvernant le cumul d'une allocation chômage avec des avantages vieillesse (Règlement annexé à la convention 1<sup>er</sup> janvier 2001, art. 26) ou le montant du précompte destiné à financer la retraite complémentaire (Convention 1<sup>er</sup> janvier 2001, Règlement annexé, art. 27).

En 2004, un contentieux abondant est apparu portant sur la nature juridique du Pare, focalisé sur la qualification de contrat. Un certain nombre de chômeurs ont considéré que le Pare, véritable contrat, liait les Assedic aux chômeurs, lesquelles ne pouvaient dès lors modifier unilatéralement la durée de versement des allocations (ce que les médias ont dénommés les « recalculés », parce que les allocations étaient recalculées sur de nouvelles bases).

En 2004, les juridictions de premier degré, mais aussi du fond, se sont prononcées dans un sens contradictoire. Le TGI de Marseille<sup>9</sup>, le TGI de Paris<sup>10</sup>, confirmé en appel par la Cour d'appel de Paris<sup>11</sup>, ainsi que la Cour d'appel d'Aix-en-Provence<sup>12</sup> avaient donné satisfaction aux revendications des chômeurs, en reconnaissant au Pare une nature contractuelle. Mais le TGI de Roanne (*TGI Roanne, 26 mai 2004 : RJS 2004, n° 946*) refusait cette qualification contractuelle du Pare.

En 2007, la Cour de cassation a mis un terme à cet abondant contentieux apparu alors<sup>13</sup>. La Cour de cassation a annulé la décision conduisant à recalculer les indemnités des demandeurs

---

8. Voir notamment S. Boissard, 2001 ; C. Willmann, 2001.

9. TGI Marseille, 2004, *RDSS 2004*, note C. Willmann, 2004, note A. Supiot, *RJS 2004* ; *TDCiv 2004*, note R. Encinas de Munagorri.

10. TGI Paris, 2004, *RJS 2004*, n° 946 ; *Droit social 2004*, p. 766, note X. Prétot, 2004, note P. Langlois.

11. CA Paris, 21 sept. 2004, *D. 2004*, informations rapides, p. 2545.

12. CA Aix-en-Provence, 9 sept. 2004, *RJS 2004*, n° 1180 ; *Prétot 2004*, *Droit social*, p. 964 et p. 958.

13. Cass. soc., 31 janv. 2007, X. Prétot, 2004 ; J. Chauviré, 2007 ; P. Morvan, 2007 ; C. Willmann, 2007.

d'emploi signataires d'un Pare. Celui-ci ne contient aucun engagement de l'Assedic de leur verser l'allocation chômage pendant une durée déterminée. Le taux et la durée de leur indemnisation résultent de décisions d'admission au bénéfice de l'allocation prononcées par l'Assedic en application du règlement annexé à la convention du 1<sup>er</sup> janvier 2001, et non du Pare. La Cour suprême exclut, ainsi, le caractère contractuel du Pare.

### Association de la « contrepartie » et du devoir de travailler dans le champ de l'insertion

L'allocataire du RMI doit s'engager à participer aux actions ou activités nécessaires à son insertion sociale ou professionnelle. L'article 2 de la loi de 1988 créant le RMI précise en effet que toute personne qui s'engage à participer aux actions ou activités définies avec elle, nécessaires à son insertion sociale ou professionnelle, a droit à un revenu minimum d'insertion. L'allocataire est aussi censé signer un contrat d'insertion dans les trois mois qui suivent l'inscription. Ce contrat, qui précise les actions à engager, est orienté en priorité vers la reprise d'une activité professionnelle. Dans les faits, seul un allocataire sur deux environ signait un tel contrat (enquête « Sortants du RMI », INSEE, 1998).

Selon le Conseil Emploi Revenus et Cohésion Sociale (rapport n° 6, 2005, prec.), pour une fraction de l'opinion et des acteurs politiques, les bénéficiaires de minima sociaux devraient exercer une activité en *contrepartie* de l'allocation qu'ils reçoivent. L'enjeu du contrat d'insertion-revenu minimum d'activité (CI-RMA) serait, finalement, d'essayer de voir comment demander, même si c'est parfois symbolique, une activité en échange d'un revenu. Il y aurait ainsi une marge étroite entre accompagnement vers l'activité et le *workfare*.

Le Conseil Emploi Revenus et cohésion sociale (rapport n° 6, 2005, prec.) indique qu'aux Pays-Bas, les bénéficiaires de la garantie de revenu doivent être inscrits à l'agence de l'emploi, envoyer toutes les quatre semaines la fiche récapitulant l'ensemble de leurs démarches, accepter tout emploi convenable. À la différence des chômeurs indemnisés par l'assurance, l'emploi « convenable » n'évolue pas avec l'ancienneté au chômage : dès le premier jour de chômage, les bénéficiaires de l'aide sociale doivent accepter tout emploi. Le programme « *Work First* » (mis en place depuis janvier 2004) prévoit que toute personne se présentant au guichet de l'aide sociale se verra proposer immédiatement un emploi de 20 heures par semaine accompagné d'un temps de formation pour une durée de quatre à six

mois. Au-delà, la personne est orientée vers un programme de réintégration. Ce programme est ciblé sur les entrants à l'aide sociale et les jeunes.

### Association de la « contrepartie » et du devoir de travailler dans le champ des contrats aidés

La question de la contrepartie a été au cœur de tous les débats et polémiques suscités par la mise en place du CI-RMA par la loi n° 2003-1200 du 18 décembre 2003. Le débat était en vérité apparu dès la loi de 1988 portant création du RMI. Il s'agissait de s'interroger sur le sens et la portée d'une exigence d'insertion, inscrite dans un contrat (initialement, un contrat d'insertion, signé avec l'organisme débiteur de la prestation ; depuis la réforme introduite par la loi du 18 décembre 2003, le CI-RMA), avec le droit à une aide financière. Peut-on, et jusqu'à quel point, conditionner le bénéfice d'une aide sociale (le RMI, le RMA) à l'exercice d'une activité ? La question de la contrepartie a divisé profondément la doctrine et les observateurs. La grande majorité y est opposée<sup>14</sup>. D'autres n'y sont pas hostiles<sup>15</sup>.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision rendue le 18 décembre 2003<sup>16</sup> et les quatre décrets relatifs au CI-RMA (Décret n° 2004-299, n° 2004-300, n° 2004-301 et n° 2004-302 du 29 mars 2004) n'ont pas invalidé le dispositif du CI-RMA comme contraire aux libertés fondamentales, dont la liberté du travail. Le régime réglementaire du CI-RMA exprime une réelle volonté d'inscrire le parcours du bénéficiaire dans une logique d'insertion : on ne peut pas, à ce titre, évoquer la référence à la « contrepartie », si ce n'est dans son acception « *soft* ».

Devant le Conseil constitutionnel, il était soutenu que l'article 43 de la loi, portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité, méconnaissait la liberté individuelle (art. 2 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789) et la liberté contractuelle. Les auteurs de la saisine faisaient valoir que le titulaire du CI-RMA n'avait le choix qu'entre le refus d'une modalité d'insertion et le contrat dit de RMA, ne donnant accès qu'à des droits sociaux

---

14. M. Dollé, 2003 ; E. Alfandari, 2004 ; R. Lafore, 2004 ; J. Damon et F. Marinacce, 2004 ; J.-M. Belorgey, 2004.

15. J.-E. Schoettl, 2004.

16. B. Mathieu, M. Verpeaux et L. Janicot, 2004 ; M. Borgetto, 2004 ; L. Gay, 2003 ; L. Gay, 2004 ; A. Duffy, 2004 ; X. Prétot, 2004 ; J.-E. Schoettl, 2004.

restreints par rapport aux salariés de la même entreprise affectés aux mêmes tâches. Au contraire, le Conseil constitutionnel relevait qu'aux termes de l'art. L. 262-37 du code de l'action sociale et des familles (CASF), le contenu du contrat d'insertion est débattu entre la personne chargée de son élaboration et l'allocataire. Le contrat est librement conclu par les parties et repose sur des engagements réciproques de leur part. Ainsi, l'intéressé a la possibilité de s'opposer à l'inclusion du CI-RMA parmi les actions d'insertion qui lui sont proposées en application de l'art. L. 262-38 CASF. Dès lors, l'article 43 de la loi déferée ne portait atteinte ni à la liberté personnelle ni à la liberté contractuelle.

### **La « contrepartie », conséquence et résultante du droit au travail**

Les statisticiens ont soulevé l'hypothèse selon laquelle les bénéficiaires du RMI ne seraient pas incités à reprendre un travail. C'est ce qu'on appelle la « trappe à pauvreté » ou la « trappe à inactivité ». Les statisticiens et économistes comparent rémunération du travail et « salaire de réserve », qui est le salaire à partir duquel la personne est prête à travailler<sup>17</sup>. Ce salaire de réserve dépend, entre autres, des caractéristiques du ménage, en particulier du nombre d'enfants en bas âge<sup>18</sup>. La notion de trappe fait référence à la théorie de l'offre de travail, pour laquelle l'individu doit arbitrer de façon rationnelle entre travail et loisir. Si le revenu procuré par les minima sociaux est trop important par rapport au salaire auquel il pourrait prétendre, il se trouve pris dans une « trappe », c'est à dire un piège, qui le condamne à l'inactivité. La notion de trappe à inactivité évoque la désincitation financière à entrer sur le marché du travail pour les inactifs ; celle de trappe à chômage renvoie à la question de l'incitation financière pour les chômeurs à accepter un emploi compte tenu de l'existence d'une indemnisation ; celle, plus large, de trappe à pauvreté fait référence à la situation des personnes, exerçant ou non un emploi, pour lesquelles l'augmentation du revenu d'activité se heurte à des effets de seuil qui les maintiennent sous le seuil de pauvreté. Les bénéficiaires de minima sociaux se trouvent ainsi pris au

---

17. I. Rioux, 2001.

18. G. Laroque et B. Salanié, 1999.

piège d'un système où les allocations perçues deviennent des « maxima indépassables »<sup>19</sup>.

Le débat sur la « contrepartie » a pris en droit interne un relief particulier, car l'incitation à retrouver un emploi n'a plus son caractère habituel « punitif » (selon une rhétorique québécoise<sup>20</sup>) mais emprunte au contraire une logique incitative. Le chômeur, candidat à un contrat aidé/bénéficiaire d'une aide sociale, ne doit pas rembourser à la collectivité une « dette », en contrepartie du paiement d'une aide sociale ou d'une allocation chômage. Au contraire, la collectivité nationale est considérée comme débitrice d'une obligation d'aider les chômeurs/bénéficiaires d'une aide sociale à retrouver un emploi, car ces derniers jouissent d'un droit presque subjectif, le droit au travail. L'expression empruntée aux économistes de « mesures d'intéressement » vise précisément les dispositifs mis en place par les pouvoirs publics, les collectivités territoriales et les partenaires sociaux, destinés à rendre le retour à l'emploi attractif, à aider les chômeurs/bénéficiaires d'une aide sociale à sortir du piège des trappes à pauvreté. La multiplicité des dispositifs mis en place depuis 2006 oblige à les répartir en trois groupes : les mécanismes d'intéressement destinés à un public indéterminé ; ceux qui sont destinés aux bénéficiaires de minima sociaux et enfin, ceux destinés aux chômeurs (autres que les bénéficiaires de minima sociaux).

### Mécanismes d'intéressement destinés à un public indéterminé

Ce dispositif fiscal fonctionne comme un crédit d'impôt en faveur des contribuables qui ont exercé une activité professionnelle dont la rémunération est comprise (pour un célibataire sans enfant) entre 0,3 et 1,4 SMIC à temps plein. Il a deux objectifs : renforcer les incitations financières à la reprise d'activité et distribuer du pouvoir d'achat aux salariés à bas revenus. La prime est attribuée à chaque personne exerçant une activité professionnelle ; elle est déterminée en fonction de ses revenus

---

19. L'expression de « trappe » vient de l'anglais « to trap », c'est à dire « piéger ». Bibliographie sélective : V. Létard, Rapport d'information 2005 ; Rapport de la commission « Famille, vulnérabilité, pauvreté » présidée par Martin Hirsch, avril 2005 ; C. Hagneré et A. Trannoy, 2001 ; D. Anne et Y. L'Horty, 2002 ; M. Gurgand et D. Margolis, 2001 ; Conseil supérieur de l'emploi, des revenus et des coûts, 1997, 2001.

20. P. Dufour, G. Boismenu et A. Noël, *L'aide au conditionnel, La contrepartie dans les mesures envers les personnes sans emploi en Europe et en Amérique du Nord*, prec.

d'activité. La prime ne concerne que les foyers fiscaux dans lesquels une personne, au moins, exerce, une activité (perçoit des revenus d'activité). L'exercice de cette activité doit avoir été suffisant : le revenu annuel doit être supérieur à 0,3 Smic<sup>21</sup>. Mais selon l'OFCE<sup>22</sup>, la prime pour l'emploi n'introduit aucun bonus à la reprise d'activité à temps très partiel, puisqu'il faut travailler un tiers de l'année au SMIC horaire pour en bénéficier et qu'elle n'entraîne une augmentation du revenu disponible que si l'individu travaille plus de cinquante et une heures par mois. Cet instrument s'avère donc assez faiblement ciblé sur les travailleurs les plus modestes, car ceux-ci connaissent fréquemment des parcours d'emploi marqués par le temps partiel ou discontinu tout au long de l'année.

### Mécanismes d'intéressement destinés aux bénéficiaires de minima sociaux

L'activation des dépenses de minima sociaux s'est matérialisée par la réforme de l'intéressement, opérée par la loi n° 2006-339 du 23 mars 2006. Cette réforme était destinée aux allocataires du revenu minimum d'insertion, de l'allocation parent isolé et de l'allocation de solidarité spécifique. Elle s'applique aux allocataires ayant repris une activité à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2006. Ce nouveau dispositif d'intéressement se compose de deux périodes : une première période de trois mois au cours de laquelle le bénéficiaire cumule intégralement l'allocation revenu minimum d'insertion et son revenu d'activité ; une seconde période de neuf mois au cours de laquelle l'allocataire bénéficie soit d'un intéressement proportionnel (reprises d'emploi de moins de 78 heures), soit d'une prime forfaitaire (reprises d'emploi de 78 heures ou plus). Dans le premier cas, l'allocataire reste payé au titre du RMI. Dans le deuxième, il sort du paiement du RMI, sauf si la configuration familiale du foyer ou le niveau du revenu d'activité conduisent à des ressources inférieures au plafond prévu pour cette allocation.

Dès 1988, le législateur a souhaité encourager les bénéficiaires du RMI à reprendre un travail : conçu comme un revenu de transition temporaire, le montant du RMI demeure volontairement faible et un mécanisme d'« intéressement » à la reprise

---

21. Le revenu d'activité du bénéficiaire doit être inférieur à un certain niveau, 96016 F pour l'année 2000, correspondant à 1,4 Smic annuel à temps plein. Le revenu fiscal du foyer dont fait partie la personne considérée doit être inférieur à un plafond variable selon la taille du foyer. Conseil supérieur de l'emploi, des revenus et des coûts, 2001, prec., spec. p. 86.

22. E. Stancanelli et H. Sterdyniak, 2004.

d'activité est prévu, permettant de cumuler (dans une certaine mesure et pour un temps limité) l'allocation avec un revenu du travail. L'objectif poursuivi était d'inciter à la reprise d'emploi et, une fois passée une « période d'essai », initialement fixée à trois mois et désormais établie à six mois, de retirer progressivement à l'allocataire le support de l'État. Le dispositif d'intéressement prévu pour le RMI et étendu, par la loi d'orientation du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, à l'API permet au bénéficiaire qui reprend un emploi de cumuler son revenu d'activité avec l'allocation intégralement pendant les deux premiers trimestres, puis en appliquant un abattement de 50 % sur la moyenne des revenus d'activité pour les trois trimestres suivants. Le prolongement de l'intéressement peut, en outre, être autorisé si la durée totale de travail des quatre derniers trimestres est restée inférieure à 750 heures et que le parcours d'insertion du bénéficiaire le justifie.

Mais comme l'a relevé la Commission « Familles, vulnérabilité, pauvreté » la création du RMI a été conçue pour ne pas laisser sans ressources ceux qui passaient au travers des mailles du filet de la protection sociale. Il était destiné à être une réponse à des phénomènes de grande exclusion. Plus de quinze ans après sa mise en place, cette Commission dresse un bilan mesuré. Le RMI est devenu la seule ressource d'un nombre considérable de ménages et ceci, parfois de manière durable. Son caractère d'allocation différentielle devient alors plus pénalisant que protecteur : le plancher est devenu plafond, pour la majorité des allocataires.

#### Prime exceptionnelle de retour à l'emploi (décret 2005-1054)

Le décret 2005-1054 s'inspire des expériences menées à l'étranger, dans les années 1990. Aux États-Unis, quatre expériences ont été menées dans quatre États différents (Illinois, New Jersey, Washington et Pennsylvanie). Elles consistaient à verser aux demandeurs d'emploi retrouvant un emploi dans un délai maximum de quatre mois, une prime de l'ordre de 500 \$ (au New Jersey, la prime a atteint 1 600 \$). Au Canada, au sein du programme « Développement des ressources humaines » a été expérimenté en 1992 dans deux provinces (Nouveau Brunswick et Colombie Britannique) un « Projet d'autosuffisance » (*Self sufficiency program*) à destination des familles monoparentales bénéficiaires, à ce titre, de l'aide sociale depuis au moins un an. Si les chefs des familles concernées

adhèrent à ce projet, il leur faut prendre l'engagement de trouver un emploi à temps plein dans un délai maximal d'un an. En contrepartie, sitôt l'emploi trouvé, un complément de salaire leur sera versé durant trois ans sous réserve que, durant tout ce temps, ils continuent de travailler à temps plein (et, donc, ne perçoivent plus du tout d'aide sociale). Le complément en question est égal à moitié de la différence entre un niveau de référence fixé par province et le salaire réellement perçu (ce qui revient à doubler le salaire minimum perçu pour un temps plein)<sup>23</sup>.

Le décret 2005-1054 propose une formule monétaire d'incitation au retour à l'emploi : la prime de retour à l'emploi. Son montant est de 1 000 €, à la charge de l'Etat. Sont visés, les bénéficiaires des minima sociaux, c'est-à-dire les personnes qui bénéficient (à la date de la création d'une entreprise, de sa reprise ou de l'embauche) du RMI (art. L. 262-1 CASF), de l'allocation de solidarité spécifique (art. L. 351-10 C. trav.), de l'allocation de parent isolé (art. L. 524-1 CSS) ou enfin de l'allocation aux adultes handicapés (art. L. 821-1 et L. 821-2, CSS).

Le décret pose trois conditions au bénéfice de la prime de retour à l'emploi. Le bénéficiaire d'un des minima sociaux doit être inscrit sur la liste des demandeurs d'emploi pendant une durée minimale de 12 mois au cours de la période comprise entre le 1<sup>er</sup> mars 2004 et le 1<sup>er</sup> septembre 2005. Selon la seconde, entre le 1<sup>er</sup> septembre 2005 et le 31 décembre 2006, le bénéficiaire d'un des minima sociaux doit créer ou reprendre une entreprise ou bien conclure un contrat de travail avec un employeur relevant du secteur privé ou du secteur public. On notera que la condition n'est pas remplie, et le bénéficiaire d'un des minima sociaux ne pourra bénéficier de la prime exceptionnelle de 1 000 euros, si le contrat de travail est conclu par certains employeurs du secteur public<sup>24</sup>. Selon la troisième condition, le contrat conclu par le bénéficiaire d'un minimum social doit comporter une durée du travail au moins égale à 78 heures par mois, pendant 4 mois. La prime est due à compter de la fin du quatrième mois suivant la création ou reprise de l'entreprise ou l'embauche.

---

23. CERC, 2001, *prec.*, spec. p. 110.

24. Mentionné aux 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup> de l'article L. 351-12 du code du travail : Etat ; établissements publics administratifs ; collectivités territoriales ; autres établissements publics administratifs.



## Revenu de solidarité active

Les mécanismes d'intéressement, développés pour intéresser financièrement les bénéficiaires de minima sociaux à un retour à l'activité, ont été critiqués pour leur complexité, les limites de leur champ d'application ne s'appliquant que temporairement et seulement en cas de reprise d'emploi. Complexes et donc peu prévisibles, a fortiori pour des personnes défavorisées, ces mécanismes auraient montré leurs limites. La fraction des bénéficiaires des différents minima sociaux y accédant resterait très minoritaire et inférieure nécessairement à la fraction de ces personnes qui ont un emploi ou une activité, l'« intéressement » n'étant possible que pour une durée limitée et seulement en cas de (re) prise d'emploi, pas en cas de continuation d'un emploi préexistant. Les travaux parlementaires ont souligné les deux limites fondamentales des mécanismes d'intéressement : le caractère provisoire (un an en général) du cumul allocation/revenu d'activité ; la limitation aux seules prises ou reprises d'emploi (les personnes bénéficiant d'un minimum social tout en poursuivant une activité réduite ou non rentable ne sont pas concernées)<sup>25</sup>.

De plus, les primes d'intéressement mises en place seraient trop faibles pour compenser les pertes d'aides ou l'apparition de charges nouvelles lors de la reprise d'activité. En effet, la majorité des aides sociales, qu'elles soient nationales ou locales, sont attribuées selon le statut, c'est-à-dire par référence au bénéficiaire de tel ou tel minimum social (d'où leur appellation de « droits connexes »). Il en résulte une iniquité entre les allocataires des différents minima sociaux et entre les salariés à bas revenus et les bénéficiaires de la solidarité nationale. Les personnes qui reprennent une activité perdent le plus souvent le bénéfice de ces aides, ce qui entraîne une dégradation de leur situation financière et rend, de fait, moins attractive voire dissuasive toute reprise d'activité. (« trappes à inactivité »). Ces effets sont d'autant plus perceptibles que les droits connexes représentent en réalité une part importante du revenu des ménages, le minimum social n'excédant pas (en moyenne) 20 % de leurs ressources globales. Partant de ce constat, le Sénat avait préconisé de supprimer toute référence au statut et de retenir le niveau des ressources<sup>26</sup> comme critère d'éligibilité à ces aides<sup>26</sup>.

---

25. D. Tian, Avis Assemblée nationale n° 61, préc.

26. A. Vasselle, Avis Sénat n° 406 (2006-2007), 19 juillet 2007.

Enfin, il faut relever que certains bénéficiaires de minima sociaux sont exclus du dispositif d'intéressement, soit parce qu'ils sont bénéficiaires de contrats aidés, pour lesquels l'intéressement est partiellement versé sous forme d'aide pour l'entreprise<sup>27</sup>; soit parce qu'ils ne sont pas dans une situation de reprise d'activité après avoir cessé de travailler (ex. des bénéficiaires de minimum social qui exercent une activité à temps partiel : 14 % des allocataires du RMI sont actifs, et parmi eux, 6 % ont exercé une activité professionnelle sans interruption pendant les dix-huit derniers mois)<sup>28</sup>.

Plus de deux ans après le rapport Hirsch, le législateur (Loi 2007-1223, 21 août 2007) a pris acte des nombreuses critiques formulées à l'égard des différentes mesures d'intéressement, et a consacré la nécessité d'élargir les outils d'incitation au profit des bénéficiaires de minima sociaux, dans le sillage de la loi n° 2006-339 du 23 mars 2006, en mettant en place le revenu de solidarité active. Son objectif est d'assurer l'augmentation des ressources d'une personne bénéficiaire d'un minimum social qui prend ou reprend un travail, exerce ou accroît son activité afin d'atteindre un revenu garanti qui tient compte des revenus d'activité professionnelle et des charges de famille. Cette mesure « d'intéressement » réalise un certain consensus, comme en témoignent les travaux parlementaires<sup>29</sup>, ainsi que la décision du Conseil constitutionnel qui ne prononce aucune censure relativement au revenu de solidarité active (Conseil constitutionnel, Décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007).

Mais cette consécration par le législateur d'une des mesures phares du « Rapport Familles, vulnérabilité, pauvreté » n'est que partielle. D'abord, sur le plan spatial (départements ayant adhéré à ce programme d'expérimentation uniquement); ensuite, temporel (programme lancé pour une durée maximale de trois ans). Avant toute généralisation du dispositif, le Gouvernement doit présenter au Parlement un rapport d'évaluation de l'expérimentation dans les départements (L. 2007-1223, art. 22).

---

27. dans ce cas, les personnes bénéficiaires du RMI qui acceptent un contrat d'avenir ou un CIRMA ne percevront pas plus de revenus qu'en restant au RMI.

28. A. Vasselle, Avis Sénat n° 406, (2006-2007), 19 juillet 2007.

29. g. Carrez, Rapport n° 62, Assemblée nationale, 2007; D. Tian, Avis n° 61, Assemblée nationale, 2007; J.-C. Taugourdeau, Avis n° 59, Assemblée nationale, 2007; S. Huyghe, Avis n° 58, 2007; P. Marini, Rapport n° 404 (2006-2007), Sénat; A. Vasselle, Avis n° 406 (2006-2007), Sénat; G. Carrez, Rapport n° 109, Assemblée nationale, 2007;

A titre expérimental, le revenu de solidarité active est mis en oeuvre simultanément pour les bénéficiaires du RMI et de l'allocation de parent isolé (L. 2007-1223, art. 18). Le revenu de solidarité active ne vise donc que deux catégories de bénéficiaires de minima sociaux parmi les neufs qui composent aujourd'hui les minima sociaux (prestations non contributives applicables sur l'ensemble du territoire national, versées sous condition de ressources et visant à assurer un revenu minimum à certaines catégories de personnes).

### Mécanismes d'intéressement destinés aux chômeurs (autres que les bénéficiaires de minima sociaux)

Depuis le constat établi en 2000 par le Commissariat général du plan<sup>30</sup>, le législateur et le pouvoir réglementaire ont pris conscience des effets pervers liés aux trappes à inactivité et ont tenté d'y remédier en mettant en place des mécanismes d'intéressement. En 2004, les partenaires sociaux, de leur côté, avaient mis en place des aides au profit de leurs allocataires : aide au logement (Règlement annexé, 1<sup>er</sup> janvier 2004, art. 46, Directive Unedic, n° 09-04, 25 mars 2004, point 7.1) ; aide pour congés non payés (Règlement annexé, 1<sup>er</sup> janvier 2004, art. 47) ; aide forfaitaire de fin de droits (Règlement annexé, 1<sup>er</sup> janvier 2004, art. 45) ; allocation Décès (Règlement annexé, 1<sup>er</sup> janvier 2004, art. 42) et enfin aide conventionnelle à la réinsertion en faveur des travailleurs étrangers (Convention du 1<sup>er</sup> janvier 2004 relative à l'aide conventionnelle à la réinsertion en faveur des travailleurs étrangers et Règlement annexé, A. 17 décembre 2003).

La convention d'assurance chômage du 18 janvier 2006 a renforcé cette intervention du régime d'assurance chômage dans les aides au reclassement. Ces aides créées et financées par le régime d'assurance chômage poursuivent des objectifs très ambitieux parce que très larges, comprenant : la prise en charge de dépenses liées à la validation des acquis de l'expérience ; le financement d'actions de formation ; le développement des contrats de professionnalisation ; le développement du congé individuel de formation pour les anciens titulaires de contrat de travail à durée déterminée ; l'insertion durable des salariés en situation de chômage saisonnier ; l'attribution d'une allocation d'aide au retour à l'emploi différentielle pour les personnes de plus de 50 ans ou celles indemnisées depuis plus de 12 mois, qui reprennent un travail

---

30. J.-M. Belorgey, 2000.

dont la rémunération est inférieure d'au moins 15 % à la rémunération de leur emploi précédent; l'incitation à la reprise d'emploi par le cumul de l'allocation d'aide au retour à l'emploi avec une rémunération tirée d'une activité réduite ou occasionnelle; l'aide dégressive versée à un employeur qui embauche un allocataire âgé de 50 ans et plus ou un allocataire indemnisé depuis plus de 12 mois; l'attribution d'aides à la mobilité et de double résidence de nature à compenser les dépenses occasionnées par le nouvel emploi dans le cas d'un recrutement éloigné du domicile de l'allocataire; l'aide financière accordée à l'allocataire qui reprend ou crée une entreprise.

\*

\* \*

D'inspiration anglo-saxonne, conformément à une tradition juridique différente de la nôtre, et inspirée certainement de considérations morales et éthiques ignorées de notre droit, la référence à la « contrepartie » heurte notre conception de la solidarité, du droit au secours, de l'aide que l'État et les partenaires sociaux doivent aux chômeurs/bénéficiaires de minima sociaux. Si « dette » il y a, elle serait due non par les chômeurs ou bénéficiaires de minima sociaux en contrepartie du bénéfice d'aides ou allocations, mais par l'État/collectivités territoriales/partenaires sociaux, qui doivent leur assurer subsistance et accompagnement personnalisé au retour vers l'emploi. Le débat en France sur la « contrepartie » fonctionne donc à front renversé.

## Bibliographie

- Alfandari E.**, 2004, « Revenu minimum, insertion, activité : logique économique et/ou sociale ? », *Revue de Droit sanitaire et social*.
- Anne et L'Horty Y.**, 2002, « Transferts sociaux locaux et retour à l'emploi », *Économie et Statistiques*, n° 357-358.
- Belorgey J.-M.**, 2004, « RMI : le retour de la contrepartie », *Revue de Droit sanitaire et social*.
- Belorgey J.-M.**, 2000, *Minima sociaux, revenus d'activité, précarité*, Commissariat général du plan.
- Boissard S.**, 2001, « Le contentieux relatif à l'arrêté d'agrément du 1er janvier 2001 », *Droit social*, p. 857.
- Borgetto M.**, 2004, « La conformité à la Constitution de la loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité », *Revue de droit sanitaire et social*.

- Borgetto M.**, 2001, « La réforme du système d'indemnisation du chômage : vers un retour en force de la logique d'assistance ? », *Droit social*, p. 355.
- Chauviré J.**, 2007, *Les demandeurs d'emploi indemnisés et le Pare*, D. somm.
- Conseil Emploi Revenus et Cohésion sociale**, 2005, *Aider au retour à l'emploi*, Rapport n° 6, La documentation Française.
- Conseil supérieur de l'emploi, des revenus et des coûts**, 2001, *Accès à l'emploi et protection sociale*, La Documentation française, en ligne sur le site internet du CERC.
- Conseil supérieur de l'emploi, des revenus et des coûts**, 1997, *Minima sociaux : entre protection et insertion*, La Documentation française, en ligne sur le site internet du CERC.
- Damon J. et Marinacce F.**, 2004, « Le RMA : genèse, contenu et enjeux », *Revue de Droit sanitaire et social*.
- Debauche E. et Jugnot S.**, 2005, « Le projet d'action personnalisé du demandeur d'emploi : un accompagnement individuel de masse », *Premières synthèses, premières informations*, DARES, n° 30.2.
- Dollé M.**, 2003, « La décentralisation du RMI et la création d'un revenu minimum d'activité, le RMA : une réforme problématique », *Droit social*.
- Duffy A.**, 2004, *Constitutionnalité de la loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*, D.
- Dufour P., Boismenu G. et Noël A.**, 2003, *L'aide au conditionnel, La contrepartie dans les mesures envers les personnes sans emploi en Europe et en Amérique du Nord*, Presses de l'université de Montréal, P.I.E-Peter Lang, Bruxelles.
- Gay L.**, 2004, *Revue française de droit constitutionnel*.
- Gay L.**, 2003, *Annuaire international de justice constitutionnelle*.
- Gélot D.**, 2007, « Dix ans après la réforme du Welfare aux Etats-Unis : un bilan pour le moins contrasté », *Droit social*, p. 1312.
- Gurgand M. et Margolis D.**, 2001, « RMI et revenus du travail : une évaluation des gains financiers à l'emploi », *Economie et Statistiques*, n° 346-347.
- Hagneré C. et Trannoy A.**, 2001, « L'impact conjugué de trois ans de réforme sur les trappes à inactivité », INSEE, *Économie et Statistiques*, n° 346-347.
- Klein T. et Pommier P.**, 2006, « Prévenir l'éloignement du marché du travail : le PAP confronté à la durée », *Premières synthèses, Premières informations*, DARES, janvier, n° 04.1.
- Klein T. et Pommier P.**, 2003, « Le PAP après six mois de chômage : quel nouveau départ pour les demandeurs d'emploi ? », *Premières synthèses, Premières informations*, DARES, novembre n° 45.2.

- Klein T. et Pommier P.**, 2003, « Le PAP après six mois de chômage », *Premières synthèses, premières informations*, DARES n° 42.2.
- Lafore R.**, 2004, « La décentralisation du revenu minimum d'insertion », *Revue de Droit sanitaire et social*.
- Langlois P.**, 2004, « Les étranges tribulations des 'recalculés' et autres demandeurs d'emploi dans le droit français », *Droit social*, p. 762.
- Laroque G. et Salanié B.**, 1999, « Prélèvements et transferts sociaux : une analyse descriptive des incitations financières au travail », *Économie et Statistiques*, n° 328.
- Létard V.**, 2005, Rapport d'information n° 334, 2004-2005.
- Lyon-Caen G.**, 2001, « *Un agrément, des désagréments...* », *Droit. Social*, p. 377.
- Mathieu B., Verpeaux M. et Janicot L.**, 2004, *Les petites affiches*, 27 décembre.
- Morvan P.**, 2007, Libres propos, *JCP-S 2007*, Act. 86 ; *RJS* n° 466.
- Prétot X.**, 2004, « Le contentieux de l'assurance chômage entre le juge civil et le juge administratif. Erreur de calcul ou erreur de droit ? », *Droit. Social*, p. 766.
- Prétot X.**, 2004, « L'intangibilité des droits aux prestations de l'assurance chômage, ou les 'recalculés' en appel », *Droit social*, p. 964 et p. 958.
- Prétot X.**, 2004, « Le Conseil constitutionnel, la décentralisation et le revenu minimum d'insertion », *Droit Social*.
- Prétot X.**, 2001, « De la convention du 1er janvier 2001 et de son agrément par la puissance publique – quelques observations », *Droit Social ; TPS* 2001, comm. n° 302.
- Rack C.**, 2005, « L'Agence nationale pour l'emploi et ses clients entre 1999 et 2003 : quelques enseignements du rapport de l'évolution du troisième contrat de progrès », *Premières synthèses, premières informations*, DARES, n° 30.3.
- Rioux L.**, 2001, « Salaire de réserve, allocation chômage dégressive et revenu minimum d'insertion », *Économie et Statistiques*, n° 346-347.
- Schoettl J.-E.**, 2004, *La réforme du RMI devant le Conseil constitutionnel*, AJDA.
- Schoettl J.-E.**, 2004, note sous Conseil constitutionnel, 18 décembre 2003, AJDA, 2 février.
- Stancanelli E. et Sterdyniak H.**, 2004, « Un bilan des études sur la prime pour l'emploi », *Revue de l'OFCE*, janvier.
- Supiot A.**, 2004, « La valeur de la parole donnée [à propos des chômeurs 'recalculés'] », *RJS*, n° 729, *RDSS* p. 701.
- Tuchszirer C.**, 2001, « Le Pare, outil d'un nouveau parcours d'insertion pour les chômeurs ? », *Droit social*, p. 393.

- Willmann C.**, 2007, *Le plan d'aide au retour à l'emploi n'est pas un contrat*, D. somm., p. 1469.
- Willmann C.**, 2005, « Assurance chômage et placement: la difficile consécration du 'soft workfare' Décret n° 2005-915 du 2 août 2005 et n° 2005-1054 du 29 août 2005), *JCP-S*, 29 novembre n° 23, p. 1368.
- Willmann C.**, 2004, « Le non-respect des engagements au titre du Pare », *Droit social*, p. 541.
- Willmann C.**, 2001, « La nouvelle convention d'assurance chômage du 1<sup>er</sup> janvier 2001... et après? », *Revue de droit sanitaire et social*, p. 191; « Le chômeur cocontractant », *Droit social*, p. 384.
- Willmann C.**, 2001, « *Appréciation contentieuse de la convention d'assurance chômage du 1<sup>er</sup> janvier 2001* », note sous CE, 28 février 2001, Union syndicale Groupe des 10, 11 juillet 2001, Sud travail et al, 11 juillet 2001, Medef et CGPME, *RD. Sanitaire et social* p. 867 et R. Encinas de Munagorri, *RTDCiv* 2004, p. 594.





# L'accès aux droits sociaux : quelle effectivité ?

Michel Borgetto

Professeur à l'Université Paris 2 (Panthéon-Assas)

**L**A THÉMATIQUE de l'accès aux droits sociaux n'a émergé, dans le débat politique et social français tout au moins<sup>1</sup>, que récemment : en l'occurrence, à la fin des années 1980, c'est-à-dire il y a à peine deux décennies<sup>2</sup>. Pour faire vite et aller directement à l'essentiel, on pourrait dire que cette thématique s'est organisée et structurée autour de deux moments forts.

Le premier moment à l'institution, en 1988, du revenu minimum d'insertion (RMI) ; constatant que la disposition du préambule de la Constitution de 1946 selon laquelle « tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler, a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence » était dénuée de toute traduction concrète pour la cohorte de ceux qui, exclus du monde du travail, se trouvent dénués de toutes ressources. Les pouvoirs publics prennent alors conscience qu'il ne suffit pas qu'un droit soit énoncé dans le texte constitutionnel pour être aussitôt consacré par la loi. Partant, ils entreprennent pour la première fois de reconnaître dans

---

1. Et ce, même si cette thématique était déjà abordée, de-ci, de-là, par certains observateurs : voir Catrice-Lorey, 1976, p. 127.

2. Sur la question, voir notamment Borgetto, Chauvière *et alii*, 2004 ; voir aussi Warin, 2006.

un texte de loi le droit d'obtenir, sous certaines conditions, d'âge, de résidence stable et régulière notamment, un minimum de moyens d'existence, droit qu'ils assortissent d'un ensemble d'autres droits considérés comme essentiels (en matière de santé, de formation, d'éducation, de logement, d'accès à certaines fournitures telles que l'eau, l'électricité, etc.). En procédant à la concrétisation d'un droit de valeur constitutionnelle (celui de bénéficier de moyens minimaux d'existence) et à l'instauration d'une sorte de « panier de droits », le dispositif marquait un tournant décisif dans l'histoire de notre système de protection sociale : l'accès aux droits sociaux constituant désormais le socle des politiques d'insertion en faveur des personnes en difficulté.

Le second moment renvoie à l'adoption, en 1998, de la grande loi d'orientation relative à la lutte contre la pauvreté et les exclusions. Prenant acte de ce que le dispositif du RMI n'a pas empêché (quelle qu'ait pu être, par ailleurs, la conjoncture économique) la persistance du phénomène de l'exclusion, les pouvoirs publics se convainquent peu à peu qu'il ne suffit pas qu'un droit soit consacré par la loi pour être, par là même, pleinement effectif : encore faut-il que ses bénéficiaires potentiels puissent réellement l'exercer et veuillent véritablement en bénéficier. De là, la pétition de principe qu'ils énoncent au tout début de la loi du 29 juillet 1998 : à savoir que la politique de lutte contre les exclusions doit tendre à « favoriser l'accès effectif de tous aux droits individuels et collectifs fondamentaux dans les domaines de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de l'éducation, de la formation et de la culture et de la vie familiale ». De là, également la priorité qu'ils accordent, via notamment la mise en place de programmes diversifiés de lutte contre les exclusions, aux conditions permettant l'effectivité du droit, dans la mesure où le déficit dans leur accès (droit au logement, aux soins, à la formation, à la citoyenneté...) constitue à leurs yeux la cause principale, à défaut d'être exclusive, de cette situation.

Vingt ans et dix ans après ces deux textes fondateurs, les choses ont-elles fondamentalement changé ? La réponse à une telle question ne saurait être que prudente et nuancée : le fait qu'un certain nombre de textes et de réformes aient amélioré l'accès des plus démunis aux droits fondamentaux ne devant pas occulter que de nombreux progrès restent encore à accomplir dans quantité de domaines.

Aussi n'apparaît-il pas inutile, aujourd'hui comme hier, de revenir à la fois sur les apports et les limites des mesures prises en vue de favoriser et de garantir un accès effectif aux droits

sociaux. Ceci conduira d'une part à recenser les principaux obstacles et difficultés qui, en rendant cet accès difficile ou problématique, sont à l'origine de ces mesures; d'autre part, à la lumière des réformes déjà entreprises, à pointer les principales orientations qu'il conviendrait de privilégier afin d'accroître l'effectivité dernière des droits sociaux.

Bien entendu, il ne saurait être question, dans le cadre de ces brèves réflexions, d'aborder de manière exhaustive et détaillée l'ensemble des obstacles et difficultés rendant l'accès effectif aux droits sociaux difficile ou problématique; il suffira d'évoquer les plus importants, en précisant notamment que si certains sont liés à la nature de ces droits, d'autres le sont à la manière même dont ceux-ci sont gérés et mis en œuvre sur le plan institutionnel.

## **Les obstacles liés à la nature des droits**

Les obstacles liés à la nature des droits sociaux sont aussi multiples que variés: lesdits obstacles renvoyant tantôt à la substance de ces droits, tantôt à l'inadaptation des règles propres à chacun d'eux, tantôt encore, pour ne s'en tenir qu'à ces quelques exemples parmi les plus caractéristiques, à la complexité des règles de compétence juridictionnelle.

### **Les obstacles liés à la substance des droits : droits-libertés ou droits-créances**

Il convient ici de partir de cela même qui est censé distinguer les droits-libertés ou « droits de » des droits-créances ou « droits à » : à savoir que si les premiers postulent et impliquent, dans la mesure où ils se traduisent par des libertés de faire, reconnues à des individus ou à des groupes, une action négative du Pouvoir (obligation d'abstention), les seconds, eux, postulent et impliquent, dans la mesure où ils se traduisent par des créances opposables à la société, une action positive de ce même Pouvoir (obligation d'intervention en vue de fournir une prestation)<sup>3</sup>.

Sans doute, n'y a-t-il pas lieu d'exagérer la portée dernière de cette distinction : même s'il est vrai que certains juristes considèrent qu'il y a entre ces deux catégories de droits une différence non pas tant de degré que de nature, il reste que la plupart des droits sociaux, y compris, par conséquent, ceux dont la mise en

---

3. Sur cette distinction classique, voir Borgetto, 2000, p. 4.

œuvre dépend directement d'une intervention du Pouvoir et des choix techniques opérés par lui, ont pleine vocation à être justiciables et opposables<sup>4</sup>. Pour s'en convaincre, il suffira de rappeler que pour garantir l'effectivité d'un droit, il importe, outre qu'il soit consacré par des textes nationaux ou internationaux créant une obligation pour la collectivité, que la législation nationale admette et organise son opposabilité : ce qui suppose à tout le moins d'une part, que soit désignée une autorité responsable de sa mise en œuvre, d'autre part que le citoyen puisse, si nécessaire, revendiquer son droit devant une instance compétente.

De ce point de vue, on doit constater que la très grande majorité des droits sociaux fondamentaux tels que le droit à l'éducation, aux soins ou l'accès à la justice sont ouverts à tout être humain. Ils sont assez bien assurés en France dans la mesure où un dispositif est mis en place et garanti par l'État pour ouvrir leur accès à tous sans condition de statut, d'origine ou de fortune.

Néanmoins, certains droits ne peuvent qu'avec peine devenir pleinement opposables ; on songe par exemple au droit au travail ou à l'emploi reconnu par la Loi fondamentale à « chacun », droit qui ne saurait, dans une économie libérale fondée sur le marché, permettre à son titulaire d'exiger de la société que lui soit fourni un travail au cas il n'en aurait pas. S'il en allait autrement, les pouvoirs publics devraient alors, ainsi que Tocqueville ne manqua pas de le souligner en 1848, lors du débat constitutionnel relatif, précisément, au droit au travail, devenir peu à peu « l'entrepreneur de toutes choses », l'État envahissant irrésistiblement, de la sorte, une partie croissante de la sphère économique. Bien évidemment, un tel constat ne signifie pas que le droit au travail soit condamné à demeurer sans consistance et sans effectivité. Puisque, à défaut de permettre à chacun d'exiger la fourniture d'un emploi, il permet à tout le moins à son titulaire, s'il remplit certaines conditions, « d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence »<sup>5</sup>. Ce constat signifie seulement que la question de l'opposabilité et de l'effectivité ne saurait se poser, pour un droit tel que le droit au travail, de la même façon ou dans les mêmes termes que pour d'autres droits-crédances tels que, par exemple, le droit à la protection de la santé ou le droit à l'éducation : droits qui, en tant qu'ils sont parfaitement compatibles avec l'ordre socio-économique libéral, ne posent pas, sur le plan juridique, de réel problème de concrétisation.

---

4.. Sur ce point, voir Aliprantis, 2006, p. 158.

5. Sur ce point, voir Borgetto, 2001, p. 127 et s.

## Les obstacles liés à l'inadaptation des règles propres à chaque droit

On ne mentionnera ici que quelques obstacles parmi d'autres témoignant de l'inadaptation des règles propres à chaque droit.

Premier exemple d'obstacle affectant un accès effectif aux droits sociaux : l'absence de règles communes relatives au calcul des seuils de ressources et des périodes de référence ; ainsi s'agissant par exemple de la révision des prestations sous conditions de ressources destinées aux populations en grande difficulté, l'examen par les caisses de sécurité sociale a lieu une fois par an, sauf dans le cas des publics les plus instables, c'est-à-dire les titulaires du RMI, de l'allocation de parent isolé (pour lesquels il est pratiqué une révision trimestrielle) et de la couverture maladie universelle (pour laquelle est adopté le critère de ressources des douze derniers mois glissants) : les prestations sont donc accordées en fonction non pas de leur budget à un instant donné, mais de leurs ressources perçues l'année antérieure, lesquelles peuvent ne plus refléter la situation exacte dans laquelle se trouve désormais l'intéressé<sup>6</sup>.

Second exemple : la fixation d'un seuil de ressources fonctionnant non pas comme un seuil glissant mais comme un « seuil couperet » ; au lieu de lisser les effets de seuil, en particulier en introduisant dans le plafond de ressources le montant de la prestation (ce qui permet de verser aux intéressés des allocations différentielles), les pouvoirs publics choisissent parfois de les assumer pleinement. Tel est le cas, notamment, des prestations accordées, dans le cadre de la CMU, au titre de la protection complémentaire : si elle se situe au-dessous du seuil de ressources fixé par les textes, une personne remplissant les conditions légales bénéficiera - outre de l'affiliation gratuite à un régime de base - d'une couverture complémentaire entièrement gratuite ; mais si elle se situe au-dessus, elle devra en revanche acquitter - outre une cotisation proportionnelle à ses revenus pour bénéficier des prestations en espèces de l'assurance maladie et maternité du régime de base - une cotisation volontaire à un organisme de protection complémentaire, laquelle portera sur l'ensemble des ressources de la personne et sera donc calculée dès le premier euro. Situation bien évidemment tout à fait fâcheuse, non pas seulement parce qu'elle est génératrice d'inégalités sensibles entre personnes se trouvant globalement dans des situations identiques, mais aussi et surtout parce qu'elle

---

6. IGAS, 2001, Rapport, p. 143.

peut inciter certaines personnes disposant de faibles ressources à renoncer purement et simplement aux soins<sup>7</sup>.

Troisième et dernier exemple : la mise en place d'un régime juridique dissuasif pour un certain nombre de bénéficiaires potentiels, via notamment la mise en place de mécanismes de récupération sur succession ou donation. Le cas de la prestation spécifique dépendance (PSD) se révèle, à cet égard, tout à fait frappant : alors que l'on estimait, en 2001, qu'environ 800 000 personnes âgées étaient susceptibles de prétendre au bénéfice de la PSD, on ne dénombrait, à la même époque, que 140 000 bénéficiaires effectifs seulement. Comment expliquer cette situation ? Sans doute, par la présence de règles d'admission globalement assez restrictives (seuil de ressources fixé à un niveau relativement bas, exigence d'un niveau élevé de perte d'autonomie, etc.); mais sûrement, aussi, par la présence d'un recours en récupération sur succession : cette présence conduisant un grand nombre de bénéficiaires potentiels à renoncer à la prestation afin de ne pas voir le patrimoine de l'intéressé mis à contribution après le décès de celui-ci. Autant dire qu'il suffira au législateur, lorsqu'il instituera, en lieu et place de la PSD, l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) par la loi du 20 juillet 2001, de revenir sur la condition liée aux ressources et au niveau de perte d'autonomie et, surtout, de supprimer toute action en récupération sur succession pour voir le nombre de bénéficiaires de l'APA croître de manière rapide et régulière : 1,05 million en juin 2007<sup>8</sup>.

### Les obstacles liés à la complexité des règles de compétence juridictionnelle

Ces règles de compétence sont dans l'ensemble fort peu compréhensibles, puisque peuvent intervenir, lorsque sont en jeu des prestations sociales, tour à tour ou à la fois les tribunaux des affaires de sécurité sociale (TASS), les tribunaux du contentieux de l'incapacité (TCI), les tribunaux administratifs, les tribunaux judiciaires, les juridictions spécialisées de l'aide sociale.

De manière plus précise, on soulignera qu'une même personne peut avoir à plaider devant plusieurs tribunaux pour le même litige. Le cas du contentieux pouvant naître dans le cadre de la CMU se révèle, à cet égard, particulièrement éclairant ; si le litige se rapporte à la couverture de base, les tribunaux compétents pour en connaître sont les TASS ; s'il se rapporte à la pro-

---

7. Sur ce point, voir Borgetto, Lafore, 2006, p. 581 et s.

8. Sur ce point, Borgetto, Lafore, 2006 (*op. cit.*), p. 306 ; Espagnol, 2007.

tection complémentaire, les tribunaux compétents sont les commissions départementales de l'aide sociale ; et s'il se rapporte à une prestation financière facultative accordée par une collectivité locale afin d'aider une personne disposant de ressources supérieures au plafond à adhérer à un organisme de protection complémentaire, les tribunaux compétents sont les tribunaux administratifs de droit commun<sup>9</sup>.

Il en va de même pour ce qui concerne le contentieux du handicap : les TASS étant compétents pour connaître des litiges relatifs à l'AAH, les TCI pour connaître ceux relatifs à l'état ou au degré d'invalidité ou d'inaptitude au travail, la commission départementale de l'aide sociale pour connaître ceux relatifs à l'allocation compensatrice (AC) ou à la prestation de compensation du handicap (PCH).

De plus, il peut arriver que le droit social devienne à l'occasion incohérent dans la mesure où deux juges, voire davantage encore, peuvent être amenés à intervenir sur des affaires liées, donnant des interprétations du droit contradictoires. C'est ainsi, par exemple, qu'un même allocataire peut percevoir à la fois le RMI (juge de l'aide sociale compétent), l'allocation de soutien familial (TASS compétents) et l'APL (TA compétents) ; pour chacune de ces prestations, il s'agit d'une personne isolée dont la situation d'isolement peut en l'occurrence être contestée pour suspicion de vie maritale : état de choses qui peut devenir extrêmement complexe et problématique lorsque l'appréciation de la situation par chacun des juges se révèle différente.

Cette complexité n'est bien évidemment pas sans incidence sur l'effectivité de l'accès aux droits : outre que les organismes sociaux éprouvent parfois eux-mêmes des difficultés pour s'y retrouver dans l'entrelacs des solutions jurisprudentielles qu'ils doivent par ailleurs connaître et intégrer, un certain nombre de justiciables peuvent être amenés, face à un univers normatif qu'ils maîtrisent mal, voire ne comprennent pas du tout, à renoncer purement et simplement à faire valoir leurs droits.

## **Les difficultés liées à la gestion institutionnelle des droits**

Ayant trouvé leur point d'orgue ou de cristallisation avec l'émergence de la question du non-recours au droit, ces difficultés ont débouché sur une réforme de l'organisation et du fonctionnement des services sociaux.

---

9. Monclaire, 2004, *Bull. jur. coll. loc.*, 28 avril, p. 498, concl. C. Devys.

## La question du non-recours aux droits

Cette question a été surtout étudiée, à l'origine, dans les caisses d'allocations familiales ; pour l'essentiel, elle concerne les prestations familiales, le RMI, les aides au logement : étant entendu qu'en matière de protection sociale, on considère que l'on peut parler de non-recours, concept importé du « non-take-up » anglais dès lors qu'une personne ne perçoit pas tout ou partie d'une prestation à laquelle elle a droit<sup>10</sup>.

Outre qu'il peut être partiel ou complet, temporaire ou permanent, le non-recours a plusieurs causes, les unes volontaires, les autres involontaires : mauvaise information des bénéficiaires potentiels sur leurs droits ; perte d'estime de soi ; phénomène de stigmatisation ; refus de recours en récupération. Mais en toute hypothèse, le non-recours constitue, en même temps que le symptôme d'un problème grave de politique sociale, un élément essentiel à prendre en compte dans le cadre d'une politique de lutte contre la pauvreté, tant il est clair, ainsi qu'on n'a pas manqué de le souligner, que « l'existence du non-recours est révélatrice des dysfonctionnements d'une politique, en ce sens qu'il indique que la mise en œuvre d'un dispositif est inefficace. Il constitue une cause de pauvreté et de problèmes liés à la faiblesse des revenus »<sup>11</sup>.

## La question des dysfonctionnements administratifs et de la réforme de l'État

Sous l'angle du constat des dysfonctionnements administratifs et de leur impact sur la situation des usagers, administrations sociales, élus, et associations ont cherché à innover. Ainsi, à la faveur des problèmes de pauvreté et d'accès aux droits, de nouveaux modes d'action ont été valorisés.

Sans prétendre ici à une quelconque exhaustivité, on évoquera pêle-mêle :

- l'évolution des services publics sociaux dans une perspective de qualité avec, notamment, la mise en place de cercles de qualité (petits groupes de personnes qui, appartenant à la même unité de travail, se réunissent régulièrement pour identifier et résoudre des problèmes relatifs à leur activité)<sup>12</sup> et

---

10. Sur la question, voir notamment Math, 1996, p. 23 ; Math, Van Oorscho, 1996, p. 5 ; Reinstadler, 1996, p. 59.

11. Math, Van Oorscho, (*op. cit.*), p. 6.

12. Commissariat à la réforme de l'État, 1997.



l'élaboration de chartes de qualité ou d'engagements de service (documents visant à améliorer la « satisfaction des usagers » en s'engageant par exemple sur les délais de réponse ou de traitement des dossiers, la nature ou la qualité des prestations, les modes d'information et de concertation, etc.)<sup>13</sup> ;

- l'utilisation de nouveaux moyens matériels avec, notamment, le développement de l'E-administration et des télé-procédures ;
- la promotion de nouvelles méthodes de gestion avec l'essor des mécanismes de contractualisation, de personnalisation, de suivi et d'accompagnement personnalisé des individus ;
- la rationalisation gestionnaire avec, notamment, le regroupement de guichets : on songe en particulier, dans le domaine des actions en direction des personnes handicapées, aux anciennes Cotorep et commissions départementales d'éducation spéciale (CDES) qui ont été regroupées, par la loi du 11 février 2005, dans la Commission des droits et de l'autonomie qui siège au sein de la maison départementale des personnes handicapées ; ou avec, encore, la suppression de la Commission d'admission à l'aide sociale : les prestations d'aide sociale étant désormais accordées, aux termes de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2005 de simplification du droit, soit par le préfet, soit surtout (cas le plus fréquent) par le président du conseil général ;
- le souci d'évaluation de l'effectivité et de l'efficacité des dispositifs avec, la mise en place d'observatoires fournissant des données et des expertises de nature à aider la décision politique ;
- l'élaboration de nouveaux outils de pilotage et le renforcement des dispositifs de coordination avec, notamment, la conclusion de conventions entre acteurs sociaux (État, départements, CCAS...) en vue de garantir la continuité de la prise en charge ou de l'accompagnement des personnes<sup>14</sup>.

Autant de dispositions qui n'ont eu d'autre ambition que de concrétiser, par l'amélioration du fonctionnement des institutions en place, les droits des personnes en situation d'exclusion ou de précarité.

---

13. Santel, 1998.

14. Sur tous ces points, voir notamment Borgetto, Chauvière *et alii*, 2004 (*op. cit.*) p. 38 et s.

## **Les orientations à privilégier**

Pour favoriser un accès effectif de tous aux droits sociaux, les principaux acteurs intéressés et, au premier chef, les pouvoirs publics devraient sans doute inscrire leur action dans trois grandes directions, leurs efforts devant viser tout à la fois à renforcer la portée des droits fondamentaux, à améliorer les dispositifs de gestion sur le plan institutionnel et à accentuer les politiques de prévention des exclusions.

### **Le renforcement des droits sociaux**

Le renforcement des droits sociaux peut prendre plusieurs formes : il peut passer notamment par l'adoption de mesures garantissant leur effectivité, par le développement de la cohérence d'ensemble du système de protection ou encore par la promotion de certains droits, en particulier le droit au travail et le droit à l'insertion.

#### **La garantie de leur effectivité**

À l'évidence, l'une des voies les plus directes susceptibles d'être empruntées pour garantir l'effectivité des droits sociaux consisterait à transformer tous ceux qui sont énoncés par la Constitution ou consacrés par la loi en droits positifs opposables. Une telle orientation, si elle était privilégiée, n'imposerait pas une refonte totale du système en vigueur : elle exigerait seulement d'une part qu'une collectivité (en particulier, l'État) soit désignée comme la personne débitrice à qui l'on pourrait opposer le droit, d'autre part que l'individu (ou tel ou tel organisme, association, le représentant) puisse exercer un recours devant les tribunaux pour faire valoir sa prérogative. Mais elle constituerait néanmoins une avancée décisive : chacun ayant désormais l'assurance que le droit reconnu par les textes ne resterait pas lettre morte et pourrait être excipé par lui, en cas de besoin, devant l'Administration, voire devant le juge.

Resterait cependant à résoudre une question épineuse : celle de savoir si les juridictions compétentes pourraient ou non prononcer des « injonctions de faire » ayant force exécutoire vis-à-vis des administrations ou autres instances tenues de mettre en œuvre le droit, sous peine d'astreintes conséquentes. En d'autres termes, de savoir si la carence de l'administration pourrait être juridiquement sanctionnée, au mieux par une obligation

stricte assignée à celle-ci de fournir la prestation prévue par le droit, au pire par une indemnité financière destinée à compenser en tout ou en partie le dommage en résultant.

En réalité, beaucoup dépend ici d'une part, du contenu même des textes organisant le droit-créance, d'autre part de l'attitude plus ou moins constructive adoptée par le juge.

Deux exemples tirés de l'actualité juridique récente constituent à cet égard une excellente illustration du présent propos.

Le premier, résultant de l'adoption en 2007 de la loi dite « DALO » créant un droit au logement opposable<sup>15</sup>, fait ressortir les limites que le législateur peut assigner, le cas échéant, au principe même d'opposabilité qu'il affirme par ailleurs vouloir consacrer. Sans doute, cette loi constitue-t-elle, par certains de ses aspects les plus emblématiques, un progrès sensible par rapport aux textes antérieurs, puisqu'elle confère, à diverses catégories de personnes qu'elle identifie et qui sont déclarées prioritaires par une commission de médiation, la possibilité de saisir les tribunaux si elles n'ont pas reçu de proposition de logement tenant compte de leurs besoins. Pour autant, elle n'en consacre pas moins un progrès limité : non pas parce que l'opposabilité en question vise la seule puissance publique et non les tiers (ce qui est quasi-inévitable, s'agissant de droits-créances gagés par la collectivité nationale), mais bien plutôt parce que, si la puissance publique se révèle in fine incapable de fournir un logement à celui qui y a droit, elle n'est tenue à d'autre obligation que celle de verser une astreinte non pas au demandeur mais à un Fonds destiné à la construction de logements sociaux<sup>16</sup>. Autrement dit : celui-ci peut fort bien ne se voir apporter, au terme de son périple judiciaire, aucune solution positive à son problème de logement.

Le second exemple, résultant d'un arrêt récent rendu par le juge administratif à propos de la scolarisation des enfants handicapés, fait ressortir, au contraire, la portée rien moins que négligeable que peut revêtir à l'occasion tel ou tel droit d'exiger reconnu par les textes. Appelé à connaître d'un recours formé par les parents d'un enfant handicapé n'ayant pu accéder, faute de places disponibles, à un service scolaire, le juge a en effet déduit des dispositions organisant la mission éducative de l'État, d'une part que celui-ci « a l'obligation légale d'offrir aux enfants

---

15. Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale.

16. Pour une analyse courte et synthétique de la loi DALO, voir notamment Wolmark, 2008, p. 104.

handicapés une prise en charge éducative au moins équivalente, compte tenu de leurs besoins propres, à celle dispensée aux enfants scolarisés en milieu ordinaire », d'autre part et surtout que « le manquement à cette obligation légale, qui a pour effet de priver un enfant de l'éducation appropriée à ses besoins, est constitutif d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État, sans que celui-ci puisse utilement se prévaloir de l'insuffisance des moyens budgétaires, de la carence d'autres personnes publiques ou privées dans l'offre d'établissements adaptés ou de la circonstance que des allocations sont accordées aux parents d'enfants handicapés pour les aider à assurer leur éducation »<sup>17</sup>.

Outre ces deux exemples, on soulignera encore, de manière plus générale, le rôle tout à fait décisif que le juge peut être amené à jouer en matière d'accès effectif aux droits : selon l'interprétation des textes qu'il fait ou non prévaloir, nul doute que l'effectivité de cet accès sera plus ou moins large.

La décision que le Conseil d'État a rendue récemment à propos des sommes devant rester à la disposition des personnes âgées placées en établissement et bénéficiant de l'aide sociale se révèle, là encore, particulièrement exemplaire<sup>18</sup>. On sait que le code de l'action sociale et des familles (art. L. 132-3) prévoit que dans ce cas, les ressources de la personne âgée doivent être consacrées à son hébergement dans la limite de 90 %, sans que cette ponction puisse faire descendre les sommes laissées à sa disposition en dessous d'un plancher mensuel ; dès lors, la question qui se posait consistait à savoir si l'on pouvait déduire de l'assiette des ressources un certain nombre de dépenses incompressibles (impôt sur le revenu, assurance complémentaire santé, ticket modérateur et forfait journalier, etc.). Procédant à une lecture constructive du texte, le juge a considéré d'une part que celui-ci devait permettre aux personnes concernées de subvenir aux dépenses qui sont mises à leur charge par la loi et qui sont exclusives de tout choix de gestion, telles que les sommes dont elles seraient redevables au titre de l'impôt sur le revenu et donc que la contribution de 90 % doit être appliquée sur une assiette de ressources diminuée de ces dépenses ; d'autre part, qu'il devait en aller de même eu égard aux exigences de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946,

---

17. CAA Paris, 11 juillet 2007, Min. santé et solidarités c./ M. et Mme Haemmerlin, 2007, *Revue de droit sanitaire et social*, p. 1 087, concl. B. Folscheid, et note H. Rihal.

18. CE, Ass., CE 14 déc. 2007 Dép. de la Charente-Maritime, *Revue de droit. sanitaire et social*, 2008, n° 1, concl. L. Derepas.

en vertu duquel la nation garantit à tous la protection de la santé, certaines dépenses restant à la charge des assurés sociaux (ticket modérateur, forfait journalier) ou correspondant aux cotisations d'assurance maladie complémentaire nécessaires à la couverture de ces dépenses : décision très importante, on le voit, puisque toute solution contraire aurait eu pour effet de contraindre certaines personnes âgées à renoncer aux soins faute de ressources suffisantes pour les prendre en charge.

### Le développement de la cohérence d'ensemble du système de protection

Le système étant devenu de plus en plus illisible et, par là même, de moins en moins accessible à une partie importante de la population, il apparaît tout à la fois opportun et nécessaire, dans toute la mesure du possible, de le simplifier.

On évoquera ici quelques exemples parmi d'autres de mesures de nature à favoriser une rationalisation du système.

Il conviendrait sans aucun doute de revenir sur certaines dispositions peu cohérentes entre elles. On songe en particulier à certaines disparités juridiques difficilement justifiables ayant pour effet de freiner l'effectivité de l'accès aux droits, dans la mesure où elles accentuent le brouillage des frontières entre aide sociale et sécurité sociale et rendent le système assez peu compréhensible. C'est ainsi que le minimum vieillesse (qui s'organise désormais pour l'essentiel autour d'une prestation de sécurité sociale, l'allocation de solidarité aux personnes âgées – ASPA) est soumis à un recours en récupération sur succession (mais pas sur donation : pourquoi ?), alors que l'allocation personnalisée d'autonomie (APA), qui est une prestation d'aide sociale, n'est soumise, elle, à aucun recours en récupération.

Il conviendrait également de revenir sur certaines règles de compétence aujourd'hui en vigueur en matière de contentieux de la protection sociale. Sans aller jusqu'à prévoir la mise en place d'un ordre juridictionnel propre à toutes les questions sociales, ordre qui viendrait s'ajouter aux ordres judiciaire et administratif<sup>19</sup>, on pourrait à tout le moins procéder à certains réajustements allant dans le sens d'une simplification du paysage juridictionnel. Le législateur s'est orienté récemment, au demeurant, dans cette voie : la loi du 11 février 2005 en faveur des personnes handicapées ayant opportunément contribué, en

---

19. En ce sens, voir notamment Laroque, 1953, p. 23, et 1954, p. 271 ; voir aussi Saint-Jours, 1993, p. 167, et Saramito, 1992, p. 199.

supprimant purement et simplement l'ancienne Commission départementale des travailleurs handicapés et en confiant ses compétences aux tribunaux administratifs de droit commun, à rationaliser ledit paysage.

Mais il importerait sans conteste d'aller plus loin ; et d'envisager par exemple, s'agissant du régime contentieux de la CMU, de confier aux mêmes juridictions (en l'occurrence, les TASS) l'ensemble des litiges concernant le dispositif légal, qu'il s'agisse du régime de base ou du régime de protection complémentaire<sup>20</sup> : la lisibilité du système et donc son effectivité dernière en seraient de la sorte grandement améliorées et renforcées.

### La promotion du droit au travail et à l'insertion

Sans doute, ainsi qu'on l'a déjà souligné, le droit au travail ne saurait-il se concevoir comme un droit absolu, susceptible d'impliquer - si on le rendait pleinement opposable - l'obligation stricte pour la collectivité d'assurer le plein emploi : le droit au travail n'impliquant en pratique - même si certains parlementaires le considèrent aujourd'hui comme un droit absolu opposable à la société tout entière<sup>21</sup> - qu'une obligation de moyens et non de résultat pour les pouvoirs publics, l'individu sans emploi pouvant cependant prétendre, en contrepartie et sous certaines conditions, obtenir des moyens minimaux d'existence.

En réalité, il s'agirait ici de reconnaître, sinon à tous les membres du corps social, du moins à certains de ceux qui sont le plus atteints par le chômage, un droit au travail opposable : c'est-à-dire un droit pouvant être défendu devant un tribunal et garanti dans sa mise en œuvre par une collectivité (commune, intercommunalité, département, région ou État) clairement identifiée et désignée par le législateur.

---

20. Le transfert aux TASS des litiges afférents à la protection complémentaire se révélerait au demeurant d'autant plus facile à justifier, sur le plan théorique, que si le pouvoir d'admettre ou de refuser le bénéfice de cette protection appartient au préfet, celui-ci n'hésite pas, en pratique, à déléguer ledit pouvoir au directeur de la CAF.

21. En ce sens, voir par exemple Bocquet *et alii*, 5 décembre 2007, Proposition de loi tendant à instaurer un droit au travail opposable, AN, Doc. parlementaire, n° 472, art. 1er : « le droit à un emploi stable, à niveau de rémunération correspondant aux niveaux de formation, d'ancienneté et d'expérience acquise, est garanti par l'État à toute personne qui réside sur le territoire français de façon régulière et dans des conditions de permanence définies par décret en Conseil d'État. Ce droit s'exerce par un recours amiable puis, le cas échéant, par un recours contentieux dans les conditions et selon les modalités fixées par le présent article et les articles suivants ».

Ce dispositif permettrait ainsi aux personnes connaissant des difficultés d'insertion professionnelle d'accéder automatiquement à un contrat rémunéré (dont la durée resterait à définir) prenant la forme soit d'un emploi aidé, soit d'une formation qualifiante. Les personnes éligibles seraient celles se trouvant au chômage depuis une durée minimale (par exemple deux ans pour règle générale, et un peu moins pour les jeunes à la recherche d'un premier emploi).

## **L'amélioration de la gestion institutionnelle**

Parmi les nombreuses règles actuellement en vigueur qu'il conviendrait de modifier, on citera en particulier celles relatives aux compensations financières pratiquées dans le cadre de la décentralisation, celles relatives à la péréquation financière entre collectivités ou encore celles relatives à la répartition des compétences au niveau local.

L'amélioration des compensations financières dans le cadre de la décentralisation

Sans doute, en prévoyant que « tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice », l'article 72-2, alinéa 4 nouveau de la Constitution marque-t-il, par rapport à la situation qui prévalait en 1982-1983, un progrès notable, puisque le principe d'une compensation se trouve dorénavant expressément énoncé dans le texte suprême. Mais un progrès limité, néanmoins, dans la mesure où il faut et il suffit que soient attribuées, en cas de transfert de compétences, des ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à l'exercice des dites compétences au moment où a lieu le transfert en question pour que la disposition constitutionnelle soit considérée comme respectée : la Loi fondamentale n'imposant pas de faire varier la ressource transférée en fonction de l'évolution de la dépense (absence d'un mécanisme de compensation « glissante »).

On devine aisément, dans cette perspective, les difficultés que risquent de rencontrer, à terme, certaines collectivités pour acquitter les obligations mises à leur charge : celles d'entre elles qui disposent des ressources les moins abondantes et/ou qui sont les plus frappées par le chômage ayant tout lieu d'être

affectées de manière plus ou moins sensible en cas d'aggravation de la situation de l'économie ou, ce qui revient au même, en cas de hausse des dépenses liées à telle ou telle prestation mises nouvellement à leur charge (ainsi, par exemple, du RMI, dont le nombre de bénéficiaires qui était de 938 000 en 2001 et de 998 000 en 2003 est passé à plus de 1,135 million en 2005). Dans une telle hypothèse, en effet, il se pourrait bien que le choix auquel lesdites collectivités risquent d'être confrontées se ramène à cette alternative redoutable : soit augmenter les prélèvements fiscaux (ce qui reviendrait à pénaliser une population déjà frappée par la crise), soit « durcir » sensiblement la mise en œuvre des prestations (RMI par exemple) : ce qui ne saurait que retentir, à terme, sur l'accès effectif aux droits sociaux de chacun.

Pour surmonter ces difficultés, il existe pourtant des solutions. L'une d'elles consisterait – s'agissant des transferts de compétences opérés récemment (en l'occurrence, en 2003-2004) et de ceux, éventuels, pouvant encore être opérés à l'avenir –, à modifier substantiellement les règles en vigueur ; il suffirait par exemple de poser le principe que, lorsque l'État transfère à une collectivité territoriale telle ou telle de ses compétences, cette opération devrait être assortie sinon d'un transfert financier voué à compenser intégralement dans le temps les charges que l'État n'a plus à assumer (solution qui, préconisée parfois par certains parlementaires, ne serait guère favorable à l'autonomie et à la responsabilisation des collectivités), du moins d'un transfert compensant, en partie et dans le temps, l'évolution des charges en question (selon une clé de répartition à déterminer : la croissance de ces dernières pouvant être supportée, par exemple, à raison de 50 % par l'État, et de 50 % par la collectivité bénéficiaire du transfert).

### L'amélioration de la péréquation financière entre collectivités

En sus de cette première modification, il en est une autre qui devrait sans doute être envisagée pour améliorer l'effectivité de l'accès aux droits sociaux : celle consistant à aménager un mécanisme de péréquation financière entre les collectivités locales.

Depuis la loi de révision constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, ce mécanisme se trouve expressément prévu par la Constitution : l'article 72-2 nouveau de celle-ci indiquant que « la loi prévoit



des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales ». Mais cette solution a été vidée d'une grande partie de sa portée par le juge : celui-ci ayant considéré à plusieurs reprises que cette disposition, « qui a pour but de concilier le principe de liberté avec celui d'égalité par l'instauration de mécanismes de péréquation financière, n'impose pas que chaque type de ressources fasse l'objet d'une péréquation »<sup>22</sup>. En d'autres termes, il s'agit, pour le juge, d'une disposition consacrant non pas une stricte obligation mais bien plutôt une simple faculté : ce qui risque là aussi de conduire, dans la mesure où les départements sont inégaux en besoins et en moyens, non seulement à ce que surviennent sur le territoire national des ruptures d'égalité plus ou moins importantes entre usagers des services sociaux, mais aussi à ce que s'amplifient, par là même, les obstacles à un accès effectif de tous aux droits fondamentaux.

C'est dire qu'il serait plus qu'opportun, à l'avenir, sinon que le juge constitutionnel accepte de revenir sur l'interprétation qu'il a donnée de l'article 72-5 de la Constitution, du moins que le constituant pose le principe que tout transfert de compétences de l'État aux collectivités locales soit assorti de l'obligation pour le législateur de prévoir un mécanisme minimal (dont le contenu resterait à définir) de péréquation financière entre les collectivités territoriales.

## **L'accentuation de la prévention des exclusions**

La politique de prévention des exclusions devrait s'attacher d'une part, à prévenir autant que possible les ruptures de droits ou les renoncements aux droits, d'autre part, à amplifier les divers programmes de prévention existants.

### **Prévenir les ruptures de droits ou le renoncement aux droits**

Pour pouvoir assurer un accès effectif de tous aux droits sociaux, il convient bien évidemment de promouvoir toute mesure de nature à prévenir les ruptures de droits ou encore le renoncement aux droits.

---

22. Voir par exemple décision n° 2003-474 DC, 17 juillet 2003, Rec., p. 389 ; décision n° 2003-487 DC, 18 décembre 2003, Rec., p. 473.

La manière dont est organisée et dont fonctionne aujourd'hui la CMU - dispositif essentiel permettant l'accès de tous, et notamment des plus démunis, aux soins - se révèle à cet égard tout particulièrement instructive.

Instructive, tout d'abord, dans la mesure où ce dispositif a déjà consacré un certain nombre de mécanismes permettant d'éviter des ruptures de droits. Ainsi, par exemple, du mécanisme constitué par la notion d'« ayant droit autonome », lequel permet de couvrir diverses personnes se trouvant antérieurement sans protection. Tel est le cas, notamment, des jeunes mineurs âgés de 16 à 18 ans, la qualité d'ayant droit autonome, accordée à celui qui en fait la demande, permettant de mettre un terme aux difficultés rencontrées en matière de soins par certains jeunes en situation de rupture familiale : l'intéressé peut ainsi bénéficier des prestations en nature des assurances maladie et maternité en son nom propre, donc sans passer par le compte de l'assuré dont il est ayant droit. Ainsi, encore, de toute une série d'autres personnes qui, sauf refus exprès de leur part, se voient automatiquement conférer la même qualité (conjoint de l'assuré, concubin à la charge effective, totale et permanente de celui-ci...) et perçoivent donc à titre personnel les prestations des assurances maladie et maternité. Cette disposition permet par exemple à la femme victime de violences conjugales, ayant droit de son conjoint, d'être remboursée personnellement des frais de soins qu'elle a engagés.

Ainsi, également, des différents principes retenus par le législateur dans le cadre de la protection offerte par le régime de base : principe d'immédiateté (ce n'est qu'après avoir effectué l'affiliation que la caisse pressentie recherche si le demandeur n'a pas droit, à un autre titre, aux prestations en nature d'un régime obligatoire) ; principe d'automatisme (sitôt l'affiliation réalisée, le demandeur bénéficie immédiatement et donc sans délai des prestations en nature de l'assurance maladie et maternité du régime général) ; et, surtout, principe de continuité des droits (si l'assuré relève en fait d'un autre régime d'assurance maladie que celui qui verse les prestations, ce dernier doit continuer à lui servir celles-ci tant que le régime compétent ne l'a pas pris effectivement en charge).

Mais instructive, également, dans la mesure où ce dispositif continue de s'organiser, s'agissant en tout cas de son volet « protection complémentaire », autour d'un seuil de ressources fonctionnant comme un « seuil coupe-ret »<sup>23</sup>. Or, nul doute qu'il

---

23. Sur ce point, voir *supra*.

conviendrait, pour assurer un accès effectif aux droits, que les pouvoirs publics se décident à apporter à la question de la solvabilisation des plus démunis en vue d'une adhésion à une protection complémentaire, une réponse à la fois satisfaisante et pérenne : solution qui, reprenant une piste dégagée dès l'origine par certains parlementaires, consisterait à attribuer, à tous ceux dont les ressources seraient comprises entre le plafond légal et le SMIC, une « allocation personnalisée santé » dégressive<sup>24</sup>.

### Renforcer les programmes de prévention

Sans doute, beaucoup ici a-t-il été déjà accompli : dans le sillage, en particulier, des programmes de lutte contre les exclusions issus de la grande loi du 29 juillet 1998, nombreuses ont été en effet les mesures visant à prévenir les situations de pauvreté, de précarité et d'exclusion. Tel est le cas, notamment, des mesures diverses adoptées en matière de garantie des moyens d'existence : caractère d'insaisissabilité et d'incessibilité conféré à certaines allocations ; prestations de service désormais légalement garanties (la collectivité devant à toute personne une fourniture minimale, ce qui s'oppose, le cas échéant, à des coupures d'eau, d'électricité et de gaz en cas d'impayés) ; affirmation d'un « droit au transport » au profit des chômeurs en fin de droits et des demandeurs d'emploi de moins de 26 ans de façon à leur permettre l'accès aux transports collectifs ; accès aux banques et aux comptes bancaires reconnu comme un droit via la définition des services bancaires de base devant être assurés à toute personne, ainsi que des moyens de paiement devant lui être fournis.

Tel est le cas, également, des mesures adoptées en matière de maintien dans le logement (réforme de la procédure des saisies immobilières, réforme des procédures d'expulsion...) ou encore en matière de traitement du surendettement (procédure de rétablissement personnel, notamment)<sup>25</sup>.

Mais pour importants qu'ils aient été, les programmes de prévention n'ont pas toujours connu le succès que l'on pouvait

24. Certes, ils se sont efforcés, depuis la mise en place de la CMU, d'améliorer les choses : leur dernière initiative en la matière remontant à la loi du 13 août 2004, laquelle a mis en place un crédit d'impôt en faveur des personnes disposant de ressources supérieures de 15 % au plafond fixé par les textes. Mais cette mesure ne saurait suffire : non pas seulement parce qu'elle se révèle pour le moins fort complexe à l'usage, mais aussi et surtout parce qu'elle ne répond en rien aux problèmes rencontrés par les personnes disposant de ressources supérieures de plus de 15% audit plafond.

25. Sur tous ces points, voir notamment Borgetto, Lafore, (*op. cit.*), p. 552 et s.

espérer. Ainsi, dans la mesure où son effectivité passe notamment par une mise en place concertée au niveau local entre l'État, les collectivités territoriales, les Assedic et les entreprises concernées, le droit au transport ne se trouve pas systématiquement organisé – et donc effectif – sur l'ensemble du territoire. Il en va de même du « droit aux services bancaires », lequel se heurte souvent à une relative inertie (voire parfois à une certaine mauvaise volonté) des établissements intéressés et, par conséquent, demeure davantage une promesse qu'une réalité dans de nombreux cas.

De là, la nécessité, aujourd'hui comme hier, de poursuivre sans cesse les efforts consentis depuis une à deux décennies en vue de réduire le décalage pouvant exister entre l'affirmation des droits et l'exercice réel de ces mêmes droits. Ce qui exige a minima d'abord, de procéder à une évaluation régulière de l'effectivité des droits concernés; ensuite, lorsqu'il apparaît que cette effectivité est par trop limitée et défectueuse, de prendre toutes les mesures qui s'imposent afin de permettre à chacun d'accéder aux droits qui lui sont reconnus.

## Bibliographie

- Aliprantis N.**, 2006, « Les droits sociaux sont justiciables ! », *Droit social*.
- Bocquet A. et alii**, 2007, Proposition de loi tendant à instaurer un droit au travail opposable, AN, Doc. parlementaire, n° 472, 5 décembre.
- Borgetto M., Chauvière M. et alii**, 2004, *Les débats sur l'accès aux droits sociaux. Entre lutte contre les exclusions et modernisation administrative*, Rapport CERSA/CNAF, Coll. Dossiers d'études, CNAF, n° 60; « L'accès aux droits », *Informations sociales*, CNAF, n° 120.
- Borgetto M., Lafore R.**, 2006, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, 6<sup>e</sup> édition, Domat-Montchrestien.
- Borgetto M.**, 2001, L'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946, in Conac G., Prétot X. et Teboul G. (Dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Dalloz.
- Borgetto M.**, 2000, « L'irrésistible ascension des « droits à » », *Informations sociales*, CNAF, n° 81.
- Catrice-Lorey A.**, 1976, « Inégalités d'accès aux systèmes de protection sociale et pauvreté culturelle », *Revue française des Affaires sociales*, vol. 30, n° 4.
- Commissariat à la réforme de l'État**, 1997, *Développer la qualité du service, chartes qualité et engagements dans les services publics*, La Documentation française.

- Espagnol Ph.**, 2007, « L'allocation personnalisée d'autonomie et la prestation de compensation du handicap au 30 juin 2007 », *Études et Résultats*, DREES, n° 615, décembre.
- IGAS**, 2001, *Les institutions sociales face aux usagers*, Rapport, La Documentation française.
- Laroque P.**, 1953, Contentieux social et juridiction sociale, EDCE n° 7 ; et 1954, *Droit social*.
- Math A.**, 1996, « Le non-recours en France : un vrai problème, un intérêt limité », *Recherches et Prévisions*, n° 43.
- Math A., Van Oorscho W.**, 1996, « La question du non recours aux prestations sociales », *Recherches et Prévisions*, n° 43.
- Monclaire**, 2004, *Bulletin juridique des collectivités locales*, concl. C. Devys.
- Reinstadler A.**, 1996, « Non recours et quasi non recours à des prestations sans condition de ressources », *Recherches et Prévisions*, n° 43.
- Saint-Jours Y.**, 1993, « La perspective d'un ordre juridictionnel social : utopie ou prémonition ? », *Droit ouvrier*.
- Santel G.**, 1998, *La modernisation de l'administration territoriale de l'État*, Rapport au ministre de la Fonction publique, de la réforme de l'État et de la décentralisation, Délégation interministérielle à la réforme de l'État.
- Saramito F.**, 1992, « À propos d'un ordre juridictionnel social », *Droit ouvrier*.
- Wolmark C.**, 2008, *L'opposabilité du droit au logement*, Rec. Dalloz. ≤
- Warin P.**, 2006, *L'accès aux droits sociaux*, Presse universitaire de Grenoble.



## L'ordre public, le juge civil et le contrat

Étienne RIGAL  
Juge d'instance

**A**border la question du droit à l'épreuve de la précarité conduit immédiatement le juriste à se rappeler que le préambule de la constitution de 1946, en ses alinéas 10 et 11, dispose « que la Nation assure à l'individu et à sa famille les conditions nécessaires à son développement ». Elle indique également que « la Nation garantit à tous... la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos... ».

Au niveau mondial, et parmi d'autres traités, l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de l'Organisation des nations unies de 1966, ratifié par la France, constate que « les États parties au présent acte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisant... ».

La collectivité nationale s'est ainsi engagée à élever en un droit la satisfaction des besoins matériels élémentaires de chacun. Gardienne du droit, elle s'est aussi engagée à les garantir.

Or, force est de constater que c'est par l'engagement dans les termes de contrats privés que s'exercent nombre de ces droits matériels reconnus comme essentiels. Il en est ainsi du droit au logement, qui se concrétise par la signature d'un bail ou d'une acquisition immobilière, de l'accès à l'emploi qui se réalise

le plus souvent au travers d'un contrat de travail, de la possession de biens d'équipements indispensables à un confort minimal, qui conjugue généralement une convention de vente et la souscription d'un crédit. Dès lors, la collectivité nationale, débitrice d'un devoir de solidarité, ne peut être indifférente aux conditions de formation ou d'exécution de ces conventions.

Pendant, le juriste indiquera immédiatement que dans une économie à dominante libérale, dans un droit consacrant la liberté contractuelle et reconnaissant également au droit de propriété une valeur constitutionnelle, les contrats de droit privé n'intéressent que les parties qui en sont signataires.

Le droit civil français du contrat reste largement construit autour d'une égalité présumée des parties, légitimant la notion « d'autonomie de la volonté », et l'affirmation de la liberté contractuelle. Dès lors, l'État ne devrait pas s'intéresser à l'économie générale du contrat, c'est-à-dire à son équilibre. Cet équilibre des prestations réciproques découle de l'échange de consentements éclairés, manifestant la satisfaction de chacune des parties. Il ne devrait pas plus se substituer aux parties dans l'exercice de leurs droits, la défense de leurs intérêts et ainsi il ne devrait pas se préoccuper de la bonne exécution de la convention souscrite.

L'affirmation de cette égalité conduit également à considérer que chacun peut théoriquement pourvoir seul à ses propres intérêts, à sa propre défense. Elle fonde un des principes majeurs de notre procédure civile le principe dit « dispositif ». L'article 5 du nouveau Code de procédure civile (NCP) est en effet rédigé en ces termes : « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui lui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ». Il s'exprime ainsi un adage, celui que le procès est « la chose des parties ». Les plaideurs, à l'exclusion du juge, en ont l'entière maîtrise. Les parties peuvent limiter ce qu'elles révèlent d'une affaire, inviter le tribunal à statuer sur un dossier incomplet. Elles peuvent, au-delà ne pas exiger le respect ou l'exécution de leurs droits.

Le juge est ainsi classiquement considéré comme tenu par les termes du litige. Il ne peut ajouter aux demandes qui lui sont faites. Il ne peut pas non plus fonder sa décision sur des arguments qui n'ont pas été soulevés. C'est en ce sens qu'est évoquée sa « neutralité ».

Après ces quelques remarques liminaires, il apparaît bien que se trouvent en confrontation, d'une part, le devoir de solidarité, fondé sur le constat de la faiblesse de certains et, d'autre part, l'affirmation, aux travers de l'autonomie de la volonté, de la liberté contractuelle et du principe « dispositif » d'une égalité des



personnes et d'une capacité individuelle à pourvoir à ses propres intérêts.

Cette dialectique entre une approche concrète des rapports entre sujets inégaux et une affirmation abstraite, idéologique d'une égalité générale, irrigue notre droit des contrats et notre procédure civile.

La nécessaire recherche d'un équilibre a conduit à une réglementation de certains contrats. Mais, elle doit dans cette droite ligne conduire à investir le juge d'un office nouveau, celui de veiller au respect de l'ordre public et d'être un acteur de la lutte contre l'exclusion.

## **La réglementation du contrat et la notion d'ordre public**

Les individus et plus encore les personnes démunies sont évidemment en position d'extrême faiblesse dans la négociation de contrats. Cela est d'autant plus évident que leur co-contractant sera le plus souvent un professionnel, ainsi un bailleur institutionnel, un commerçant, une compagnie d'assurance, une banque, etc.

En raison de ce fait inégalitaire et des engagements collectifs de solidarité précités, la loi a recherché à rééquilibrer les relations entre co-contractants. Les salariés furent les premiers sujets d'une telle protection, dès la fin du XIXe siècle, chaque fois qu'il devenait évident qu'ils étaient les victimes du système économique.

Au cours des années 1960 et plus encore durant les années 1970, on a pu assister à l'émergence du droit de la consommation, régissant et organisant les relations entre consommateurs et professionnels. Ce phénomène répondait à l'accroissement de la taille des entreprises, à la complexification des produits et des services qui augmentaient le déséquilibre entre ces parties contractantes.

La liste des lois protectrices du consommateur serait longue ; il nous faut néanmoins citer quelques exemples de celles-ci, parmi les plus emblématiques. Aussi la loi du 3 janvier 1972 est-elle venue régir les contrats formés après démarchage à domicile. Les lois des 17 mars 1978 et 13 juillet 1979 ont encadré les contrats de crédit. La loi du 1<sup>er</sup> février 1995 a, quant à elle, défini et interdit la stipulation de clauses abusives. De telles clauses sont celles qui « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, ont pour objet ou

pour effet de créer au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » (article L132,1 du code de la consommation). Il y a là l'exemple même d'une réglementation encadrant le contenu du contrat et affirmant que le consentement du consommateur à celui-ci n'interdisait pas que soit sanctionner un déséquilibre de son contenu. La théorie de l'autonomie de la volonté est ici abandonnée. De ce fait, de nombreuses dispositions conventionnelles ont été déclarées irrégulières et ont été annulées ; ainsi, parmi de multiples autres, des clauses excluant la responsabilité du professionnels ou la limitant de manière inappropriée, d'autres imposant au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une pénalité disproportionnée, des clauses imposant à ce dernier d'ester en justice devant un tribunal éloigné, etc. Il faut ajouter que cette protection du consommateur et l'exigence d'une concurrence organisée sur notre continent ont conduit, dès 1986, le législateur communautaire à la publication de directives protectrices du consommateur, étendant à l'échelon européen une partie essentielle de ces dispositions nationales, notamment celle relative aux clauses abusives. Dans ce cas, la réglementation nationale est devenue une transcription de la norme communautaire.

Parallèlement, le locataire d'un logement d'habitation se voyait protéger par la loi du 1<sup>er</sup> septembre 1948, votée en pleine pénurie et plus récemment notamment par la loi du 6 juillet 1989.

Pour l'essentiel ces textes édictent des règles d'ordre public c'est à dire auxquelles « on ne peut déroger par des conventions particulières » (article 6 du code civil). Il s'agit bien d'affirmer qu'une violation de ces règles contrevient aux intérêts de la collectivité elle-même. Cet ordre public constitue l'articulation entre droit commun et protections spécifiques liées à la nature de certains contrats. Il permet dès lors l'éviction du principe général de liberté contractuelle.

La protection du consentement est aujourd'hui mieux encadrée, au travers de règles impérieuses d'information du consommateur et de l'instauration de délais de rétractation. Le contenu des contrats d'adhésion est lui-même mieux encadré. Ainsi, son déséquilibre manifeste pourra être sanctionné par une annulation de la clause abusive.

Mais qu'en est il s'agissant de l'exécution du contrat, notamment de son exécution forcée ou de sa rupture sollicitée en justice ? En effet, et malgré ces dispositions protectrices, les contrats de consommation ou de baux d'habitation génèrent un contentieux important, très largement à l'initiative de la partie

supposée forte qui agit généralement aux fins d'un recouvrement de créances ou d'expulsion locative.

La difficulté en la matière réside dans le fait que le juge, lorsqu'il est saisi, n'est pas invité par le demandeur à rechercher si les droits de la partie faible ont bien été pris en compte. Il est prié de délivrer à son encontre un titre exécutoire, qui ouvre la porte à une exécution forcée. Il n'est dès lors pas surprenant de constater que rares sont les justiciables qui comparaissent afin de faire valoir leurs éléments de défense devant les tribunaux ainsi saisis.

Cette absence, analysée par certains comme révélatrice de la mauvaise foi de la partie incriminée, révèle pourtant le plus souvent la désinsertion sociale des personnes en situation de pauvreté ou d'exclusion sociale. Leur rupture d'avec les institutions, notamment celle de la justice perçue comme exclusivement répressive et incapable de prendre en compte leurs difficultés comme leurs besoins. Elle témoigne également de l'impossibilité pour les exclus d'affronter une réalité qui leur échappe, une matière juridique particulièrement complexe et, le plus souvent, culturellement inaccessible. Enfin, elle exprime bien souvent un sentiment de honte. À cela il convient d'ajouter que parmi les parties en défense qui comparaissent, rares sont celles qui sont informées des droits qu'elles peuvent faire valoir.

Un exemple peut illustrer ce propos. Comme nous le verrons plus loin, un locataire menacé d'expulsion notamment pour impayés, peut, en présence de difficultés de relogement, solliciter le prononcé d'un sursis à cette mesure d'éviction, et cela pour une durée maximale de 3 années. En 1998, les tribunaux d'instance ont eu à connaître plus de 100 000 demandes en résiliation-expulsions concernant évidemment de nombreux locataires démunis et sans solution de relogement. Or, seuls 500 d'entre eux ont sollicité le bénéfice de ce sursis (selon le 6e Rapport du Haut comité pour le logement des personnes défavorisées, paru en 2000).

Bien évidemment, des progrès ont été accomplis en matière d'aide judiciaire. Cependant, cette aide n'est que financière (prise en charge des frais de défense). Elle ne sera accordée qu'à ceux qui, d'une part connaissent son existence, d'autre part, ont des informations suffisantes sur la possibilité d'y recourir, ont conscience de l'apport d'un conseil, et plus encore comme nous l'avons déjà dit, ont conscience que le juge, au-delà d'une simple fonction de répression, dispose de solutions adaptées à leur difficultés.

Des expériences sont également menées par des associations et des barreaux pour rapprocher services sociaux et avocats de justiciables en difficultés, comme cela peut être le cas en matière de contentieux locatifs. Ainsi, à Lyon, une antenne réunissant travailleurs sociaux et avocats tient une permanence hebdomadaire ouverte aux personnes en difficulté de logement ou judiciairement menacées d'expulsion. Mais, il s'agit de dispositifs encore embryonnaires. La réalité de la défense dans ces contentieux dits « de masse » est celle d'une absence de comparution et d'une ignorance généralisée. La réforme en cours de la carte judiciaire en éloignant géographiquement des tribunaux des justiciables ne peut que concourir à augmenter encore ce déficit de comparution des plus faibles.

Face à cette réalité la justice doit elle demeurer, comme l'y invite le principe « dispositif », une institution exclusivement en attente d'une comparution et d'une défense efficace ? Ne doit-elle pas venir à la rencontre des plus modestes, et être soucieuse de la préservation de leurs droits ? À ce jour, aucun principe procédural général n'autorise le juge à faire valoir une éventuelle violation des droits des plus modestes. Le principe « dispositif » sera opposé à celui qui oserait prendre l'initiative de palier la défaillance des plus faibles, y compris en présence d'une infraction à une règle d'ordre public.

La situation actuelle est donc paradoxale : la faiblesse et l'ignorance justifient que la collectivité régleme le contrat. cependant la même faiblesse, la même ignorance des droits ouverts aux populations les plus démunies ne permettent pas au juge, qui pourtant statue au nom de la collectivité, de faire valoir d'office la violation d'une réglementation d'ordre public, c'est à dire qui s'impose à tous, au-delà des volontés individuelles.

Ainsi, si l'inégalité contractuelle est consacrée et compensée, l'inégalité procédurale ne l'est pas. Dans ce sens, la Cour de Cassation a entendu considérer qu'il y aurait deux types d'ordre public à distinguer : un ordre public dit de « direction » et un autre ordre dit de « protection ». L'ordre public de direction concernerait la politique économique générale, le marché. Sa violation concernant l'intérêt général serait à l'origine d'une nullité dite « absolue » que le juge pourrait soulever d'office. Au contraire, le simple ordre public de protection d'une partie devrait être spécifiquement invoqué par la partie protégée. De la même manière, l'économique intéresserait la collectivité. La protection du faible, c'est-à-dire « le social », relèverait au contraire de l'action individuelle. On voit bien là l'expression de l'idéologie libérale. Ainsi, s'agissant de la protection de l'emprunteur, partie

faible d'un crédit à la consommation, la dite Cour a-t-elle jugé que « la méconnaissance des exigences » de la loi « même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger » (Civ. 1, 15 février 2000, Bull. 1, n° 49).

Cette conception du rôle du juge s'est toutefois heurtée à la résistance d'une partie importante de juges du fond, sans succès d'ailleurs jusqu'à ce qu'intervienne le juge communautaire. En effet, le 27 juin 2000, dans un arrêt *Oceano Grupo editorial* la Cour de Justice des Communautés européennes jugeait, s'agissant là encore de la protection du consommateur, que « la protection, que la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs assure à ceux ci, implique que le juge national puisse apprécier d'office le caractère abusif d'une clause du contrat qui lui est soumis... ». Elle rappelait que « la juridiction nationale est tenue », lorsqu'elle applique des dispositions de droit national... « de les interpréter... à la lumière des directives communautaires et de leur finalité ». Cette haute juridiction faisait également valoir le coût des honoraires d'avocat et le « risque non négligeable que, notamment par ignorance, le consommateur n'invoque pas le caractère abusif de la clause qui lui est opposée ». Cette décision rompait avec la culture judiciaire française, en ce qu'elle affirmait que les règles de procédure civile devaient être pensées, non au travers d'une construction théorique, mais dans la seule finalité d'une mise en œuvre effective de la protection voulue par le législateur. En d'autres termes, la Cour de Justice affirmait la nécessaire prééminence du fond du droit, c'est à dire, de la protection de la partie faible, sur la règle de procédure générale, c'est à dire en l'espèce sur une affirmation rigide du principe « dispositif », ayant pour effet de priver d'effet la directive protectrice du consommateur.

Cette décision a été confirmée par deux arrêts rendus par la même Cour les 21 novembre 2002 (affaire *Fredout*) et 4 octobre 2007 (affaire *Rampion*). La Cour de Justice des Communautés Européenne rendant des arrêts dits de « règlement », qui s'imposent au juge national, il est aujourd'hui acquis que, s'agissant de protections instituées par une directive européenne, le juge doit pouvoir faire valoir d'office toute violation de l'ordre public. La distinction entre deux différents types d'ordres publics ne peut dès lors plus perdurer. Il reste que ces décisions de la Cour de Justice ne concernent que des contentieux mettant en œuvre des règles transcrivant des directives communautaires et que bien d'autres dispositions d'ordre public n'ont pas une origine ou un pendant communautaire.

Dès lors, afin d'unifier le droit, de clore un débat essentiel, source d'insécurité juridique, il conviendrait de réformer le nouveau code de procédure civile et d'autoriser le juge à relever d'office tous les moyens relevant de la mise en œuvre d'une disposition d'ordre public. Une telle réforme aurait l'intérêt d'affirmer que le juge est, avant d'être le protecteur d'intérêts privés, le garant de l'ordre public, de l'intérêt commun, de la solidarité affirmée par les textes constitutionnels ou internationaux précités.

## **La nécessité d'une nouvelle culture de l'institution judiciaire**

Il serait pourtant illusoire de penser que cette seule réforme suffirait à la prise en considération des droits des plus démunis, comme le démontre le relatif échec du dispositif de prévention des expulsions locatives pour impayés, issu de la loi du 29 juillet 1998.

L'objectif alors poursuivi par le législateur était de « tendre à ramener aux seuls cas de mauvaise foi les situations dans lesquelles le juge sera amené à ordonner l'expulsion et... en permettant de dégager des solutions favorables aux deux parties, à concilier la mise en place du droit au logement et le respect du droit de propriété. » (Circulaire d'application du 9 février 1999).

Conscient de la réalité des prétoires décrite plus avant, la loi a expressément donné au juge le pouvoir d'accorder d'office des délais aux locataires, mêmes non comparants.

Il peut, en premier lieu, accorder des délais de paiement au locataire « en situation de régler sa dette locative ». Durant ces délais et sous réserve de leur respect, les aides au logement seront réattribuées, l'acquisition de la clause résolutoire du bail et l'expulsion seront suspendues de plein droit.

Au-delà et pour ceux qui sont insolvables et ne peuvent dès lors apurer leur passif même rééchelonné, le « juge qui ordonne l'expulsion peut, même d'office, accorder des délais renouvelables excédant une année aux occupants de locaux d'habitation, chaque fois que leur relogement ne pourra avoir lieu dans des conditions décentes... La durée de ces délais ne peut en aucun cas être inférieure à 3 mois ni supérieure à 3 ans » (articles L. 613.1 et L. 613.2 du Code de la construction et de l'habitation).

Il est certain que les difficultés de relogement sont notamment caractérisées en situation de pauvreté ou de désinsertion sociale. Les mêmes loi et circulaire ont instauré pour ce contentieux un dispositif procédural original confiant à l'administration une place

dans ce procès civil. En effet, elles ont imposé aux bailleurs d'informer le préfet de toute action tendant à une expulsion pour impayé. Ce dernier doit réaliser avant l'audience une enquête sociale communiquée au juge et qui porte sur la situation des locataires, la cause des impayés, les aides et solutions sociales mobilisables. Ces dispositions marquent une rupture avec le « principe dispositif » et témoignent de l'importance sociale de ce contentieux. Le juge est bien chargé d'un office de prévention d'une exclusion possible de personnes démunies. Il dispose pour ce faire de solutions adaptables aux différentes situations qui lui sont soumises aussi bien pour ceux dont les difficultés sont passagères que pour ceux qui sont insolvables. L'administration s'immisçant dans ce contentieux pourtant civil, le juge reçoit pour adapter sa décision aux réalités, une information quant à l'origine des difficultés et quant aux aides mobilisables. Les préfetures ont généralement mis en place un dispositif d'enquêtes sociales, lesquelles sont transmises aux tribunaux d'instance. Cependant, ce dispositif complet n'a pas permis une quelconque réduction du nombre de décisions d'expulsion ni du nombre d'expulsions réellement mises en œuvre. Au contraire, celles-ci s'accroissent. Au cours de l'année 1998, les tribunaux d'instance ont été saisis de 100 554 demandes en résiliation de bail-expulsion et 75 132 de ces procédures ont conduit au prononcé d'une expulsion. La même année, il a été formé 33 285 demandes de concours de la force publique, celle-ci étant accordée 13 250 fois.

Sur les 107 000 demandes en résiliation de bail-expulsion dont les tribunaux ont été saisis en 2002, 84 000 ont conduit au prononcé d'une expulsion. La même année, il a été formé plus de 38 000 demandes de concours de la force publique, celle-ci étant accordée 20 000 fois.

Le nombre de litiges a peu évolué et pourtant on a assisté à une augmentation sensible du nombre de jugements d'expulsion et surtout du nombre de concours de la force publique accordés.

Les décisions judiciaires prononçant l'expulsion de familles en grande précarité, notamment surendettées ou bénéficiaires des minima sociaux continuent bien à se multiplier, sans dispositif aidant à leur relogement et cela même en présence de bailleurs institutionnels.

Pourtant, les difficultés des débiteurs sont évidentes. Le 6<sup>e</sup> rapport du Haut comité pour le logement des personnes défavorisées (cité plus haut) indique que dans le département du Pas-de-Calais près de 30 % des personnes assignées aux fins d'expulsion bénéficiaient des minima sociaux, 17 % percevaient une allocation de remplacement au titre de l'assurance chômage.

Ce rapport révélait également que 32 % des assignés du parc public et 47 % de ceux du parc privé pouvaient bénéficier d'une prestation sociale susceptible de faire baisser sensiblement le reste à payer de leur loyer. De même 40,7 % des locataires du parc public et 30 % du parc privé étaient susceptibles d'obtenir une aide du Fonds de solidarité pour le logement (FSL). On le voit, la très grande majorité des locataires en difficulté de paiement était « de bonne foi » et des solutions alternatives à leur expulsion par la mobilisation des aides publiques existaient pour nombre de ceux-ci. Cependant et même dans de telles situations, l'expulsion est restée la seule réponse judiciaire. Cet échec de la loi de 1998 ne peut qu'être imputé aux juges, trop rares à investir leur nouvelle responsabilité, notamment lorsqu'il s'agit de suspendre l'expulsion en application des articles L. 613.1 et 2 précités. Il découle d'une évolution trop lente, bien qu'en marche, de la culture judiciaire.

Il importe, en premier lieu, de relever que la prise en compte des situations individuelles entre en conflit avec l'exigence toujours accrue de productivité judiciaire dans un contentieux appréhendé comme « de masse » et qui devrait pour certains être traité comme tel.

Il est également vrai que nombre de juges restent attachés à l'intangibilité du principe « dispositif » et refusent l'idée même de sa réforme (cf. le rapport du Haut comité au logement pour les personnes défavorisées).

La culture judiciaire reste fortement marquée par la présence de la sanction. Surseoir à l'expulsion en attente d'un relogement reviendrait pour certains à promouvoir l'impunité de locataires qu'ils réduisent à la seule qualification de « mauvais payeurs ». Pourtant, y compris durant la suspension de l'expulsion, la créance en loyer reste exigible et des saisies peuvent être mises en œuvre. Le défaut de paiement est dès lors sanctionné, même si le droit au logement reste préservé. De même le locataire continue d'être tenu de payer une indemnité d'occupation équivalente au loyer jusqu'à son départ. On peut donc considérer que ces résistances judiciaires sont illégitimes dès lors que la loi précitée fait du juge un acteur du droit au logement dont le Conseil Constitutionnel a affirmé l'importance particulière, en déclarant dans des avis des 19 janvier 1995 et 7 décembre 2000 que « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent (était) un objectif à valeur constitutionnelle ». À ceux qui craignent une dénaturation de la fonction arbitrale du juge, il doit être répondu que celui-ci est bien dans l'exercice de cette fonction d'arbitre quand il appréhende pour chaque situation l'équilibre entre atteintes au droit de propriété et droit



au logement. Il participe ainsi à sa mission de préservation de l'ordre public et de cohésion sociale.

L'office du juge doit être défini par la loi, non pas de façon uniforme, mais adapté à chacun des contentieux, en fonction notamment de la mise en jeu de droits fondamentaux, de l'équilibre entre les parties et parfois de la nécessité de rétablir l'équilibre entre celles-ci.

Il a fallu du temps aux juristes pour assimiler un droit de la responsabilité privilégiant la théorie de la garantie sur celle de la faute ou pour accepter d'abandonner la théorie de l'autonomie de la volonté en matière de droit de la consommation. Il en faudra également pour qu'ils accueillent l'évolution ici décrite et souhaitable. Cette évolution est cependant en marche et il peut être espéré que la faculté offerte aux juges de s'intéresser d'office aux difficultés des plus démunis soit assimilée par ceux-ci comme un devoir de concourir à la prévention des exclusions et par-là même au maintien ou au renforcement du lien social.

Cette évolution ne pourra qu'être favorisée par une formation des magistrats incluant un stage de longue durée dans des institutions ou associations travaillant avec les personnes en difficulté, qui constituent une large part des sujets auxquels est confrontée l'institution judiciaire au civil, comme au pénal. Or, la situation actuelle est celle de juges ignorant largement la réalité de la vie des justiciables.

Par ailleurs, il est sans doute essentiel que des chercheurs s'intéressent à cette question de l'office du juge et aident celui-ci à appréhender une définition globale de son rôle, intégrant tout à la fois sa fonction arbitrale et sa contribution à un rééquilibrage du procès, son devoir d'impartialité, mais aussi son intervention d'office. Comme nous l'avons déjà dit, cette recherche d'une globalité est d'autant plus difficile, mais aussi indispensable, que le rôle du juge et son intervention devront dépendre du type de contentieux qui lui est soumis, de la mise en jeu ou non de normes d'ordre public.

Parallèlement, il est essentiel que le discours juridique permette à ceux qui connaissent des difficultés d'appréhender le droit comme un instrument d'aide, un outil pouvant participer à la résorption de celles-ci. Il est là question de langage et de philosophie du droit. Mais il doit s'y ajouter des pratiques nouvelles et ainsi, par exemple, les expériences précitées menées à Lyon et Marseille de permanences ouvertes aux justiciables et réunissant travailleurs sociaux et avocats, doivent être étendues. Elles favorisent la comparution en justice et en cela des décisions judiciaires mieux éclairées, prenant en compte les attentes de chacune des parties.



# La place des outils procéduraux dans l'accès au droit et à la justice des plus pauvres

Isabelle SAYN

Chargée de recherche au CNRS, CERCRID-Université de Saint-Étienne

**P**RÉSENTER une approche possible du droit confronté à la question de la pauvreté ne signifie pas obligatoirement plaider pour une transformation des règles de droit substantiel, considérant, par exemple, que la protection sociale serait insuffisante ou que les droits fondamentaux ne seraient pas suffisamment assurés. Cette approche est celle proposée notamment par Diane Roman dans cet ouvrage, lorsqu'elle analyse les débats autour de la notion de droits fondamentaux. La catégorie « droit fondamental » peut en effet constituer un outil juridique propre à donner aux juges (et plus indirectement à la doctrine) les moyens de faire évoluer le contenu de la règle de droit au bénéfice des plus démunis.

Notre réflexion se situe ici dans une autre perspective. Il s'agit, à partir des droits existants, de s'interroger sur les modalités de leur mobilisation par leurs bénéficiaires potentiels. Dans quelle mesure les droits reconnus par notre droit sont-ils effectivement accessibles ? Dans quelle mesure la reconnaissance de droits s'accompagne-t-elle de dispositifs procéduraux contribuant à assurer la possibilité d'y accéder effectivement ?

Ceci semble d'autant plus opportun que les droits dont il est question concernent des personnes en situation de « pauvreté juridique », c'est-à-dire une population qui, par hypothèse, a une distance sociale et culturelle avec le monde du droit. L'outil juridique est-il à même d'apporter des solutions (partielles), à cette « pauvreté juridique » ? Le séminaire Droit et Pauvreté s'est confronté à la question de la définition de la pauvreté, qui ne constitue pas une catégorie du droit. La notion de pauvreté juridique utilisée ici ne prétend pas y répondre. Il s'agit simplement de centrer l'analyse sur un aspect possible de la pauvreté, entendue au sens de privation de la capacité à faire valoir juridiquement son point de vue devant une autorité ou une juridiction.

Ce choix trouve sa justification dans les travaux menés autour des questions du non-recours au droit et aux services. Ils ont montré la part relativement importante des populations, qui ciblées par des politiques sociales, ne disposent pourtant pas des prestations prévues pour elle. Cette préoccupation s'est d'abord développée dans le champ des politiques publiques et de leur évaluation. Elle s'est prolongée plus récemment dans le champ de la recherche juridique avec un appel d'offres de recherche sur la question du non-recours à la justice, diffusé par la mission de recherche du ministère de la Justice. Le phénomène du non-recours ne se réduit pas à la capacité de mobilisation du droit en faveur des bénéficiaires, mais elle n'en constitue pas moins une composante.

Le non-recours ne constitue pas pour autant un objet d'études chez les juristes. Mais ils connaissent en revanche les notions d'accès au droit et d'accès au juge : comment s'assurer que chacun puisse effectivement accéder au (x) droit(s) qui lui sont reconnus ? Comment s'assurer que chacun puisse accéder à un juge compétent, institué spécialement pour constater le droit qui lui est contesté ou refusé et en obtenir le respect. C'est donc avant tout par l'organisation d'institutions juridictionnelles de proximité<sup>1</sup> et par l'élaboration de règles de procédure simplifiées, qui permettent de saisir les juges et d'obtenir ainsi une décision, que la question de l'accès au juge se pose au juriste. L'accès au juge est donc une question centrale dans la réflexion sur l'accès au droit. Il apparaît même qu'il a longtemps été entendu implicitement comme le moyen à la fois nécessaire et suffisant pour accéder au droit.

---

1. Dans ce sens, les juridictions de proximité ne se réduisent pas au juge de proximité récemment créé, mais englobent l'ensemble des juridictions pensées comme devant être « proches » du justiciable, pas seulement en termes géographique. Ce sont notamment les juridictions spécialisées en matière de protection sociale.

La période récente opère cependant une évolution : à l'intérêt pour l'accès au juge s'ajoute un intérêt pour l'accès au droit. Il ne s'agit plus seulement de permettre à chacun d'accéder au juge, mais également d'accéder à une connaissance suffisante du droit, préalable indispensable à une revendication juridique et d'organiser la reconnaissance ou l'établissement d'un droit, ailleurs que devant une juridiction. Cette approche élargit la perspective et permet d'englober d'autres acteurs du droit : les bénéficiaires potentiels de droits et les instances non juridictionnelles désignées pour assurer leur mise en œuvre. Elle permet ainsi de prolonger la question de l'accès au droit sur le terrain de l'activité juridique des différentes institutions productrices de décisions individuelles, dans la mesure où leur activité peut favoriser ou limiter à la fois l'accès au droit et l'accès au juge.

Dans un premier temps de la réflexion sur l'accès au droit, il semble que la question posée soit avant tout de déterminer quelles règles élaborer pour assurer aux justiciables un accès facilité au juge, lequel va assurer l'accès au droit. Cette conception se fonde sur l'idée implicite que l'accès au juge assure, à lui seul, l'accès au droit : il est un moyen suffisant, parce que le recours au juge permet d'assurer le respect du droit de chacun dans l'hypothèse où il ne serait pas respecté spontanément. Partant, l'accès au juge étant nécessaire à l'accès au droit, il doit être protégé comme un droit fondamental.

## **L'accès au juge, un moyen suffisant pour assurer l'accès au droit**

L'idée que l'accès au juge constitue une préoccupation suffisante pour assurer l'accès au droit se nourrit à son tour de deux conceptions implicites du fonctionnement du droit. D'une part, il est admis que le juge saisi en cas d'écart à la règle va nécessairement « dire le droit », trouver la solution juridiquement juste et rétablir les droits de chacun. Le recours au juge est donc la solution la meilleure, sinon la seule pour permettre de préciser des droits provisoirement discutés. D'autre part, les règles de droit sont des règles de conduite, le plus souvent appliquées spontanément par les agents auxquelles elles sont destinées. Le recours au juge est alors conçu comme devant corriger, à la marge, les écarts à la règle, écarts conçus comme des exceptions au fonctionnement « normal » du droit.

## Le juge « dit le droit » ? De la bouche de la loi aux théories de l'interprétation

Une conception implicite de fonctionnement du droit est que le juge « dit le droit ». Cette conception présuppose qu'il n'y aurait qu'une seule solution juridiquement juste à une situation litigieuse donnée et que cette solution va être trouvée et énoncée par le juge, conçu comme la « bouche de la loi » (Montesquieu). Le magistrat est en quelque sorte transparent. Son rôle consiste seulement dans le fait de rapprocher une situation litigieuse de la règle correspondante, afin d'en déduire la solution juridiquement juste. C'est le mécanisme du syllogisme judiciaire, que l'on enseigne classiquement comme le modèle de fonctionnement de la décision de justice.

C'est donc par le juge que chacun se verra reconnaître, nécessairement, « son » droit, sans risque d'erreur possible et surtout sans que la décision juridictionnelle puisse être considérée comme ayant opéré un choix entre plusieurs solutions possibles, éventuellement toutes juridiquement admissibles, et en particulier entre deux intérêts divergents.

Si les juristes ne sont pas dupes du caractère artificiel de ce modèle, il n'en reflète pas moins le mode de fonctionnement de la discipline<sup>2</sup>. On peut d'ailleurs considérer avec Pierre Bourdieu (1986 ; 1991) que ce modèle est indispensable au fonctionnement du droit. L'auteur montre comment l'autorité du droit est intimement liée à sa légitimité qui est elle-même indissociable de la préservation de sa neutralité apparente. Les règles comme les décisions des juges ne seraient pas des choix politiques au sens large mais les conséquences logiques, nécessaires, de règles qui leur sont supérieures, elles-mêmes fondées sur l'intérêt général. Il montre également l'importance pour les juristes de se laisser « duper » par cette conception implicite, sans quoi ils fragilisent l'autorité du droit ainsi établie.

---

2. L'arrêt *Perruche* et les débats parfois violents qu'il a suscité illustre bien la force de ce modèle. Les débats doctrinaux se sont concentrés sur la conception extensive du lien de causalité retenue par la Cour de cassation, sans poser la question entre termes de choix nécessaire entre deux solutions opposées et juridiquement recevables (de Bechillon D., Cayla O., Thomas Y., « L'arrêt *Perruche*, le droit et la part de l'arbitraire », *Le Monde*, 21 décembre 2001). Dans cette affaire, des parents cherchaient à engager la responsabilité d'un médecin qui, à la suite d'une erreur avérée, n'avait pas décelé les handicaps graves dont souffrirait un enfant à naître, lui reprochant ainsi d'avoir rendu possible la naissance. Ils considéraient que cette erreur ne leur avait pas permis d'opter pour une interruption thérapeutique de grossesse, ce qui rendait le médecin responsable de la naissance d'un enfant gravement handicapé. À l'opposé, on pouvait considérer que le médecin n'était en aucun cas responsable du handicap dont souffrait l'enfant et qu'il n'y avait donc pas lieu de reconnaître sa responsabilité.

Le droit n'est certes pas indifférent. Certaines solutions sont clairement illégales. Mais ce constat n'empêche pas d'admettre que plusieurs solutions peuvent simultanément être légales. La notion d'indétermination du droit caractérise cette situation : l'indétermination conduit à l'impossibilité d'associer un sens « vrai » et unique à un énoncé juridique et donc à l'impossibilité corrélatrice de prévoir avec certitude le résultat de l'application des règles à une situation donnée. Le droit dessinerait ainsi un cadre, un espace de légalité, à l'intérieur duquel une décision plutôt qu'une autre pourrait être préférée. Selon les différents points de vue théoriques, cet espace est plus ou moins grand, l'énoncé du droit laissant une liberté plus ou moins importante au juge, jusqu'à considérer que le droit ne se trouve pas dans les règles générales et abstraites, mais dans les décisions qui sont prises, en son nom, par les juges. Il ne s'agit pas ici de trancher la question de l'étendue de cet « espace de liberté », mais simplement de prendre note de l'existence de cet espace. Discuté à propos de l'activité décisionnelle des magistrats, on le trouve également à propos de l'activité décisionnelle des agents administratifs dans la reconnaissance des droits des usagers.

À cette conception d'un droit univoque, s'ajoute la conception implicite d'un droit qui serait autant de règles de conduites, appliquées spontanément sous réserve de corrections apportées à la marge par le juge.

### Une conception du droit comme règles de conduite appliquées spontanément

La conception traditionnelle du droit comme constituant autant de règles de conduites a été expliquée et démontrée par Antoine Jeammaud (1990). Cette conception du droit ne conduit pas nécessairement à considérer que les règles s'appliqueraient toutes seules mais plutôt à s'exonérer du détour par l'aspect individuel, voire volontaire, de la mise en œuvre des droits. Elle permet par conséquent un effacement de la question des agents qui exécutent ou qui font exécuter les règles de droit.

Celles-ci, entendues comme des règles de conduites, sont ainsi implicitement supposées appliquées spontanément par les agents qu'elles concernent. Leur inapplication est par là même conçue comme secondaire, accidentelle, voire pathologique. Selon Jean Carbonnier (1983) « Il est manifeste que le droit est vécu sans procès par l'immense majorité des individus, que

presque toutes les relations juridiques se nouent, se déroulent et se dénouent à l'amiable. C'est pourquoi la sociologie juridique pose quasi en axiome que le contentieux – cette pathologie – est infiniment plus petit que le droit. »

Le contentieux, entendu comme le recours au juge, constitue donc un moyen de corrections à la marge. Le droit est généralement appliqué, et s'il ne l'est pas, un recours au juge y pourvoira<sup>3</sup>; le juridictionnel constitue un accident dans le fonctionnement « normal » du droit et le juge est, par hypothèse, saisi de cet accident. Il rétablira alors la légalité un moment contredite.

Dans ces conditions, la question se pose peu d'aller observer le fonctionnement du droit ailleurs que dans l'analyse des décisions de justice. Dès lors que l'inapplication du droit constitue l'exception, et qu'elle se résout par un recours juridictionnel, alors l'observation des décisions rendues par les juges permet de connaître les difficultés d'application des règles de droit. Il n'y a pas lieu de se préoccuper d'observer ailleurs l'application des règles. Poussant plus loin le raisonnement, on peut même relier à cette conception implicite la propension de la doctrine à se contenter de l'analyse des décisions des juridictions supérieures. Elle répond à la même logique: le droit est généralement appliqué (cette fois par le juge) et s'il ne l'est pas, un recours au juge (d'une juridiction supérieure) y pourvoira. Le magistrat de la juridiction supérieure, par hypothèse saisi de cet incident dans le fonctionnement du droit, rétablira la légalité un moment contredite. Le raisonnement présume que les décisions qui n'ont pas fait l'objet d'un recours ne l'ont pas fait justement parce qu'elles sont juridiquement justes.

Dès lors que le juge est celui qui rétablit la légalité, il est fondamental que chacun puisse y accéder pour faire reconnaître « son » droit. L'accès au juge est donc devenu un droit fondamental, que ce soit dans les rapports entre particuliers ou dans les rapports entre les particuliers et les autorités publiques.

---

3. Pour une autre illustration de cette conception classique, voir Larroumet (2006) : « Si la sanction juridictionnelle est liée au contentieux [...], il ne convient pas pour autant de ramener le droit au contentieux. Le contentieux révèle une difficulté dans l'application de la règle. Mais, dans l'immense majorité des situations juridiques, c'est-à-dire des situations soumises à l'application de la règle, le recours au juge sera inexistant pour la simple raison que la règle est respectée ou, lorsqu'elle ne l'est pas, que la sanction est admise, ce qui est une autre façon de se plier à la règle après coup. »



## **L'accès au juge, un moyen nécessaire pour assurer l'accès au droit**

Il est classique de présenter le droit sous deux points de vue. D'une part le droit objectif, c'est-à-dire le droit pris comme objet de connaissance, l'ensemble des règles de droit en ce qu'elles peuvent être étudiées pour elles-mêmes. D'autre part le droit subjectif, c'est-à-dire l'ensemble des prérogatives que ces mêmes règles de droit reconnaissent à chacun d'entre nous, sujet de droit. Constitue un droit subjectif une prérogative établie par le droit objectif et associée à la capacité pour son titulaire de la faire valoir en justice<sup>4</sup>.

D'un point de vue procédural, le droit d'action constitue un droit subjectif autonome, « le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci, afin que le juge la dise bien ou mal fondée » (art. 30 du nouveau Code de procédure civile – NCPC). Ce « droit subjectif processuel »<sup>5</sup> assure aux justiciables le droit d'agir en justice, indépendamment du bien fondé des prétentions qui seront formulées par la suite au cours de l'instance. Il en résulte qu'il est, en principe, toujours possible de saisir le juge d'une prétention, sans qu'il soit envisageable d'opposer dès l'origine son caractère mal fondé. Seul le juge pourra en décider, avec les précautions procédurales qui entourent son activité décisionnelle. À l'inverse, ce droit d'action s'oppose à ce que l'on puisse conditionner l'accès au juge à une étude préalable de la demande, pour s'assurer de son sérieux. Ce serait pré-juger sans s'entourer des précautions procédurales respectées devant une juridiction et porter ainsi atteinte au « droit au juge ». La question a d'ailleurs été posée en ces termes lorsque la Cour de cassation s'est dotée d'une procédure d'admission des pourvois (Cottin, 2002).

Par ailleurs, il faut rappeler ici que la décision de justice constitue un titre exécutoire, c'est-à-dire qu'il fournit aux parties la possibilité de la faire exécuter par la contrainte. Elle autorise notamment le recours à la force publique, pour procéder à une expulsion par exemple, comme d'autres formes de contrainte, particulièrement les saisies de valeurs de toutes natures. Si les

---

4. Voir par exemple Larroumet (2006); Malaurie, Morvan (2004); Carbonnier (2004).

5. Cadiet, Jeuland (2006); sur la reconnaissance d'un droit d'agir en justice dans le contentieux administratif, voir par exemple Chapus (2006).

décisions administratives, présumées légales, sont exécutoires de plein droit, le détour par le juge constitue pour un particulier l'un des seuls moyens<sup>6</sup> d'accéder à un titre exécutoire, y compris à l'égard des autorités administratives<sup>7</sup>.

Le passage par le juge constitue donc un passage obligé pour obtenir d'abord l'établissement incontestable de ses droits (autorité de la chose jugée), ensuite la possibilité d'en tirer les conséquences en procédant, si nécessaire, à l'exécution forcée de la décision de justice ainsi obtenue. Obtenir une décision de justice est essentiel, tant pour la reconnaissance d'un droit que pour assurer sa réalisation. Il existe donc des procédures qui ont été conçues pour favoriser l'accès au juge en même temps qu'une affirmation de plus en plus forte d'un « droit au juge ».

### Des procédures conçues pour favoriser l'accès au juge

Notre système juridique accorde depuis longtemps de l'importance à la question de l'accès au juge et les procédés utilisés pour tenter de faciliter cet accès sont classiques.

Il s'agit en général de confier les « petits litiges », entendus comme des litiges qui portent sur les sommes les plus faibles, à des juridictions faciles d'accès, « de proximité » (même si elles n'en ont pas nécessairement le nom), statuant le plus souvent à juge unique – ou avec un seul juge professionnel et des assesseurs non professionnels – et en suivant des règles procédurales plus souples. C'est notamment la possibilité de saisir le juge sans formalité, de conduire son affaire sans avoir l'obligation de recourir à un avocat, ou encore d'avoir l'autorisation de développer ses arguments oralement, sans avoir au préalable rédigé un écrit.

---

6. Article 3, loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution : « Seuls constituent des titres exécutoires : 1° Les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif ainsi que les transactions soumises au président du tribunal de grande instance lorsqu'elles ont force exécutoire ; 2° Les actes et les jugements étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarés exécutoires par une décision non susceptible d'un recours suspensif d'exécution ; 3° Les extraits de procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ; 4° Les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ; 5° Le titre délivré par l'huissier de justice en cas de non-paiement d'un chèque ; 6° Les titres délivrés par les personnes morales de droit public qualifiés comme tels par la loi, ou les décisions auxquelles la loi attache les effets d'un jugement. »

7. Faire exécuter par une administration une obligation judiciairement constatée a été un problème récurrent du droit français. Le juge a disposé pendant longtemps de pouvoirs insuffisants, assez récemment renforcés. Pour un article célèbre décrivant la situation antérieure, voir Rivero (1962).

À ces procédés, dont il faudrait se demander s'ils constituent toujours des faveurs faites aux justiciables<sup>8</sup>, s'ajoute le mécanisme de l'aide juridique. Ce mécanisme constitue une dispense de rémunérer l'avocat choisi. Celui-ci recevra de l'État une contribution versée à la place des honoraires normalement assumés par son client. Pendant longtemps, cette aide a été rattachée à l'aide sociale et elle est soumise à une condition de ressources insuffisantes<sup>9</sup>. Cette condition est appréciée par un bureau d'aide juridictionnelle. Celui-ci peut également refuser les demandes lorsque l'action « est manifestement irrecevable ou dénuée de fondement ». Constituant une forme de pré-jugement de l'affaire, ce motif ouvre un recours au demandeur contre la décision de refus.

L'idée d'un « droit au juge » s'est renforcée dans la période récente, en raison notamment de la place de plus en plus importante prise dans notre droit par la Convention européenne des droits de l'Homme. Elle impose en particulier un accès « effectif » au juge, rendu possible par les dispositions du droit interne et qui implique par exemple la mise en place d'un système d'aide juridictionnelle<sup>10</sup>.

### L'affirmation d'un « droit au juge »

Parallèlement aux dispositions tendant à favoriser l'accès au juge, le renforcement du droit au juge dans la période contemporaine a conduit à diminuer très nettement les hypothèses dans lesquelles le recours juridictionnel reste fermé. Ces domaines ont été réduits, voire supprimés. Ces restrictions de l'accès au juge concernaient classiquement les relations entre les particuliers et l'État, ce qui explique que l'évolution notable se trouve du côté de la jurisprudence du Conseil d'État.

Cette juridiction a approfondi le contrôle du juge administratif sur les décisions pour lesquelles il était autrefois considéré comme devant être écarté ou allégé, afin de préserver le caractère discrétionnaire de la décision prise par l'autorité

---

8. En particulier l'absence d'avocat. Il n'existe pas à notre connaissance de données permettant de comparer les résultats des procédures selon que les instances ont été conduites avec ou sans avocat.

9. À compter du 1er janvier 2007, le plafond mensuel de ressources est de 874 euros pour bénéficier d'une aide juridictionnelle totale et de 1 311 euros pour bénéficier d'une aide juridictionnelle partielle, montants majorés de 157 euros pour chacune des deux premières personnes à charge et de 99 euros pour chaque personne à charge supplémentaire.

10. La Convention impose, outre le respect d'un droit au juge, l'assurance de l'impartialité de ce juge. Cette exigence, qui a abouti à la refonte de la composition des juridictions du contentieux technique de la Sécurité sociale, devrait imposer une réforme de la composition des juridictions d'aide sociale, voir Isabelle Sayn (2005).

administrative. Ce mouvement s'est tout particulièrement développé dans le domaine des « actes de gouvernement » et des « mesures d'ordre intérieur ». Ainsi le domaine d'application des « actes de gouvernement », insusceptibles de recours, a été réduit, tandis que le refus de contrôler les décisions prises « en opportunité » par les autorités administratives a été transformé en un contrôle restreint de ces décisions : dans le contentieux administratif, il n'y a plus de décisions « entièrement discrétionnaires »<sup>11</sup>.

Dans le domaine de l'aide sociale (relevant du contentieux administratif, sous l'autorité du Conseil d'État), cela signifie que les juges vont pouvoir apprécier l'exercice par les autorités compétentes de leur pouvoir d'appréciation des situations dans l'attribution des prestations d'aide sociale. C'est dans le champ de compétence des juridictions judiciaires que subsistent quelques exceptions, en matière de sécurité sociale. La Cour de cassation estime en effet que les décisions prises sur les demandes de remise de dette formées à la suite de demandes de remboursement de prestations versées indûment constituent des décisions prises en opportunité par les organismes de sécurité sociale et qu'à ce titre elles ne doivent pas être contrôlées par le juge<sup>12</sup>.

Dans la conception ainsi exposée, le passage par le juge est donc conçu comme le moyen à la fois nécessaire et suffisant d'accéder au droit lorsque le justiciable rencontre une opposition, un refus, une contestation, un différend... Il permet d'accéder à la fois à l'établissement incontestable de ses droits et à la possibilité légale de recourir à une exécution forcée dans les hypothèses marginales où les règles ne seraient pas spontanément respectées.

Une autre conception s'est développée plus récemment, qui pose une définition plus large de l'accès au droit et introduit de ce fait d'autres moyens que le recours au juge pour y accéder. Il ne s'agit plus seulement de permettre à chacun d'accéder au juge, mais également d'accéder à une connaissance suffisante du droit, connaissance conçue comme un préalable indispensable à une revendication juridique. Il s'agit également d'organiser la reconnaissance ou l'établissement d'un droit ailleurs que devant une juridiction.

---

11. Voir par exemple Rivero et Waline (2002), spé. n° 155, p. 244 et 82 et s.

12. Cass. Soc. 6 mai 1993, Bulletin 1993 V n° 133 p. 92 : « Il résulte de l'article L. 553-2 du Code de la Sécurité sociale que les caisses de sécurité sociale ont seules la faculté de réduire ou de remettre, en cas de précarité de la situation du débiteur, et sauf en cas de manœuvre frauduleuse ou de fausses déclarations, le montant des prestations familiales indûment versées. »

## De l'accès au juge à l'accès au droit

Le passage de la problématique de l'accès au juge, implicitement conçu comme mode d'accès au droit, à la problématique de l'accès au droit induit un déplacement du point de vue. La question n'est plus cantonnée à la seule activité juridictionnelle. Elle s'élargit à l'activité juridique des acteurs du droit, activité dont les juges sont des acteurs importants mais non exclusifs. L'idée de favoriser l'accès au droit en favorisant l'accès au juge n'a pas pour autant disparu, mais la réflexion donne dorénavant une plus grande place aux acteurs et à leurs situations respectives, en amont ou parallèlement à l'accès au juge.

Cette conception implique une perspective nouvelle sur la mise en œuvre du droit. L'application du droit ne va pas nécessairement de soi et elle est en partie soumise à l'activité des acteurs que ce droit concerne. Dès lors, on admet que certains justiciables peuvent avoir plus de difficultés que d'autres pour parvenir à obtenir son application en leur faveur. Cette évolution ne remet pas en cause la conception formelle de l'égalité qui est profondément ancrée dans notre système de référence. En effet, selon une conception formelle de l'égalité « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » (article 1 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789). Affirmer que le droit fonctionne sur le principe de l'égalité en droit, c'est considérer que chacun est conçu comme ayant les mêmes droits, notamment les mêmes droits d'agir en établissement de ses droits, que tout autre. Cette égalité n'est en rien une fiction, mais le principe de l'égalité en droit n'empêche en aucune façon les distinctions. La question est avant tout celle de l'admissibilité de ces distinctions, qualifiées de discriminations lorsqu'elles sont condamnées ou condamnables. Cependant, cette conception est aussi un moyen de ne pas se préoccuper, dans un premier temps, des inégalités de fait; elle permet de rester a priori indifférent aux capacités cognitives ou sociales des titulaires des droits ainsi reconnus à tous.

Quoi qu'il en soit, la transformation de l'« aide juridictionnelle » en « aide juridique » réalisée par la loi du 10 juillet 1991 illustre ce passage de la problématique de l'accès au juge à la problématique de l'accès au droit. La logique ainsi introduite dans le droit positif engage à pousser le raisonnement plus loin et à développer une analyse en termes de situations d'actions, prolongeant la question de l'accès au droit sur le terrain de

l'activité juridique des différents acteurs en présence. Le droit positif fait parfois écho à cette analyse : certains textes tendent à améliorer la situation d'action des justiciables dans leurs relations avec les autorités productrices de décisions individuelles à leur égard.

## De l'aide juridictionnelle à l'aide juridique

La loi du 10 juillet 1991 faisait suite au rapport de la commission de réforme de l'accès au droit et à la justice<sup>13</sup>. Avant la réforme, l'aide juridique était réduite à l'aide juridictionnelle. Dorénavant, l'aide juridique contient à la fois une aide juridictionnelle et une « aide à l'accès au droit ». Comme précédemment, l'aide juridictionnelle a pour objectif de permettre aux personnes qui disposent de revenus modestes d'accéder au système judiciaire sans assumer, en tout ou partie, les frais de procédure. Cette aide concerne dorénavant toutes les juridictions existantes, que l'action soit formée en matière contentieuse ou en matière gracieuse et que le bénéficiaire soit en position de demandeur ou en position de défendeur. L'aide juridictionnelle fait l'objet de critiques récurrentes. Sont contestés les plafonds de ressources retenus et la faiblesse de la rémunération des avocats, rémunération qui serait insuffisante pour qu'ils puissent réaliser un travail de qualité sur ces affaires. Mais la logique d'ensemble reste la même : faciliter l'accès au juge.

À côté de l'aide juridictionnelle a été créée une aide à l'accès au droit. Depuis la réforme introduite par la loi du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, l'aide à l'accès au droit est définie par la loi comme devant assurer à chacun : « 1° L'information générale des personnes sur leurs droits et obligations, ainsi que leur orientation vers les organismes chargés de la mise en œuvre de ces droits ; 2° L'aide dans l'accomplissement de toute démarche en vue de l'exercice d'un droit ou de l'exécution d'une obligation de nature juridique et l'assistance au cours des procédures non juridictionnelles ; 3° La consultation en matière juridique ; 4° L'assistance à la rédaction et à la conclusion des actes juridiques » (art. 53)<sup>14</sup>. Le même texte précise que « les conditions dans lesquelles

---

13. Voir Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice (2001).

14 Cette version de l'article 53 de la loi du 10 juillet 1991 est celle de la loi du 18 décembre 1998. Cette dernière renforce la logique des modes alternatifs dans les dispositifs d'aide à l'accès au droit, alors que le texte initial donnait une place plus importante à la question de l'interaction des acteurs, cf. *infra* sur ce point.

s'exerce l'aide à la consultation en matière juridique sont déterminées par le conseil départemental de l'accès au droit », notamment « dans le respect des dispositions du titre II de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques » et particulièrement de la profession d'avocat. La loi prévoit la création de Conseils départementaux de l'accès au droit, par conventions entre les différents partenaires intéressés, sous la direction du président du Tribunal de grande instance.

Cette aide à l'accès au droit s'incarne notamment dans la création des « maisons de la justice et du droit »<sup>15</sup> qui ont vocation « à rendre la justice plus accessible, plus rapide et plus compréhensible ». Ces maisons ont participé au développement de la coordination de l'intervention judiciaire pénale sur leur territoire, avec l'élaboration de réponses à la « petite délinquance » quotidienne (mesures alternatives aux poursuites pénales). Elles doivent également accueillir, aider et informer le public, notamment par des conseils gratuits et confidentiels donnés par des avocats ou d'autres conseillers juridiques et ainsi pallier les « difficultés d'accès au droit » et à « la méconnaissance des droits ». Elles ont pour rôle de régler les « petits litiges » civils (problèmes de voisinage, problèmes familiaux, de logement...) par la mise en œuvre de solutions à l'amiable. La place faite aux acteurs du droit présumés faibles a été symboliquement renforcée avec la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions. Indépendamment de ses réalisations effectives, elle déclare en effet garantir un « accès effectif à la justice » parmi d'autres droits déclarés comme fondamentaux. Elle prend ainsi acte du fait que l'accès au juge (et donc au droit) peut se heurter à des difficultés particulières pour les plus démunis.

Ces dispositions, très rapidement présentées, constituent une étape importante dans la mesure où les règles de droit ainsi édictées intègrent l'idée de capacités culturelles et sociales différenciées et tentent d'y répondre en créant des institutions à cet effet. Elles montrent que s'est développée une préoccupation en ce sens, en amont de la question de l'entrée dans une procédure juridictionnelle (aide et information sur les droits et les procédures, conseil juridique) ou parallèlement à cette question (aide à la rédaction d'actes, médiation). Mais il reste qu'il s'agit pour l'essentiel, et particulièrement depuis la

---

15 Voir l'article de Jean-Luc Bédos, dans le présent ouvrage.

réforme de 1998, de faciliter l'accès au droit indépendamment de l'accès au juge, en favorisant les modes alternatifs de règlement des différends, que ce soit par le développement de mesures alternatives aux poursuites pénales ou par la médiation pour des litiges qualifiés de « petits litiges ». Le développement de ces modes alternatifs ne va pas sans ambiguïtés si l'on veut bien admettre que l'accès au juge reste conçu comme le mode privilégié d'accès au droit. Or les développements contemporains autour du droit au juge conçu comme un droit de l'Homme démontrent que ce modèle est, plus que jamais, d'actualité.

La conciliation ou la médiation sont souvent présentées comme un moyen plus efficace, moins onéreux, voire plus sûr, de parvenir à une solution satisfaisante que le recours au juge. Il s'agirait donc d'éviter le recours contentieux (le recours au juge) en faveur d'une solution dite alternative. À l'occasion de ce mouvement, les politiques d'évitement du contentieux se sont multipliées, avec la mise en place de la fonction nouvelle de « médiateur » dans les services administratifs concernés. Elles aboutissent à l'organisation dans les services de dispositifs propres à répondre aux réclamations en amont du stade juridictionnel et faisant, de fait, écran entre la demande et le stade juridictionnel. La conception conventionnelle du règlement des différends et des procédures mises en place dans les services pour la développer semble alors s'opposer à une approche en termes d'accès au droit, conception où le juge est par définition institué pour dire le droit, protégeant ainsi les intérêts de la partie dont les droits n'auraient pas été respectés. Préférer une solution amiable, acceptée par les deux parties, à une solution imposée n'est-il pas contradictoire avec la prise en considération du déséquilibre entre les acteurs de la relation et de l'ignorance possible par l'un d'eux de ce qu'il pourrait obtenir « en droit » ? Que faire de cette opposition, notamment si l'accord intervenu ne peut pas, de fait ou de droit, être contrôlé par le juge ?

Dans une toute autre perspective, l'évolution en faveur d'une préoccupation pour les demandeurs de droit démunis peut se manifester dans une plus grande considération des relations qui se jouent entre les protagonistes d'une situation d'action. Les textes ne se centrent alors plus sur un acteur présumé démunis qu'il faut aider en lui ouvrant une voie alternative à un juge trop difficile d'accès. Ils s'intéressent plutôt à l'articulation de l'action des deux acteurs qu'oppose un différend, l'un étant présumé



dans une situation de faiblesse par rapport à l'autre. Il s'agit d'améliorer la prise de décision initiale en offrant une place à la partie faible et en améliorant sa possibilité de faire contrôler la décision par le juge. La formalisation de l'activité décisionnelle non juridictionnelle est alors conçue comme favorisant l'accès au droit subjectif.

### **Des modes alternatifs de règlement des différends à la formalisation des relations des acteurs**

Cette préoccupation pour ce qui se passe, non pas à côté de la demande en justice mais avant l'entrée dans un processus juridictionnel, a pour objectif d'améliorer la situation d'action du demandeur faible, considérant que lui donner une part plus active au processus peut améliorer la qualité juridique de la décision. Deux mécanismes complémentaires concourent à cette amélioration. En effet, améliorer la situation d'action du demandeur faible favorise la coopération des acteurs (échange d'informations et d'arguments) et permet d'utiliser l'anticipation que feront les acteurs du risque d'un contrôle juridictionnel ultérieur : les droits de chacun seront d'autant mieux respectés que le contrôle ultérieur du juge est envisagé. L'objectif n'est pas de soumettre toutes les décisions préalables au contrôle du juge, mais d'affirmer et de valoriser la possibilité d'un contrôle juridictionnel *a posteriori*. Dans la mesure où elles sont diffusées auprès des acteurs concernés, ces décisions judiciaires, mêmes rares, peuvent avoir un effet collectif au-delà de leur autorité à l'égard des parties au procès.

Cette analyse renvoie à des développements théoriques sur l'accès au droit et à la justice qui éclairent le fonctionnement des outils juridiques mis en œuvre. On peut ainsi distinguer les situations de non-recours au juge selon qu'elles constituent des situations d'inaction subie ou des situations d'inaction stratégique, liées à l'existence de dispositifs de gestion des différends organisés en amont du recours juridictionnel. L'inaction subie concerne des individus confrontés de manière exceptionnelle à un différend et qui, par manque de connaissances et d'initiative pour consulter des personnes compétentes, ne passent pas le palier de la mobilisation du droit. L'inaction stratégique concerne en revanche des individus ou organisations qui, ayant un différend avec autrui, bénéficient globalement de la

situation dans laquelle se situe le différend. Dès lors que la configuration du différend est à leur avantage, leur passivité apparente signifie alors moins un non-recours au juge qu'un recours maîtrisé au droit, la conséquence d'une stratégie, résultant du calcul de leur meilleur intérêt, en considération des règles dont la mise en mouvement leur serait préjudiciable<sup>16</sup>. Dans le domaine de la protection sociale, on peut citer l'exemple d'un organisme débiteur de prestations sociales réclamant le remboursement de prestations qu'il considère comme versées indûment. L'organisme préférera vraisemblablement négocier le montant du remboursement des sommes plutôt que de prendre le risque d'une instance juridictionnelle si l'admission des preuves du caractère indu des sommes est incertaine devant le juge, ou si la question de l'indemnisation du préjudice subi par l'assuré, contraint de rembourser à la suite d'une faute de gestion, peut être soulevée. L'inaction subie et l'inaction stratégique rentrent ainsi ensemble sous la catégorie générale de l'absence de recours à un règlement juridictionnel mais l'inaction stratégique de l'institution n'a pas la même signification que l'inaction subie de l'usager. L'inaction stratégique correspondant à un usage tactique du droit de l'acteur informé, joueur récurrent, tandis que l'inaction subie correspond à un défaut d'usage du droit de l'acteur démuné, joueur occasionnel<sup>17</sup>.

Ces développements trouvent un écho dans l'organisation légale de l'articulation des jeux d'acteurs lorsque se trouvent face à face une personne privée présumée démunie et un acteur qui maîtrise suffisamment les règles pour élaborer une stratégie dans l'usage du droit et de la justice. Cette perspective permet d'articuler les points de vue de « la partie faible » et de la « partie forte », particulièrement de la partie « institutionnelle », interlocuteur obligé des bénéficiaires de prestations dans tous les domaines de la protection sociale. La suite de ce texte est d'ailleurs centrée sur les relations entre une personne privée et l'administration entendue au sens large<sup>18</sup> mais bien

---

16. Pour une présentation synthétique de cette perspective, voir Melot (2005). À propos de cette distinction introduite par Blankenburg (1994), l'auteur cite comme exemple d'inaction stratégique l'hypothèse d'une entreprise qui saurait avoir licencié abusivement un salarié et qui ne réclamerait pas certaines sommes dues par ce dernier, écartant ainsi le risque d'une instance juridictionnelle dans lequel pourrait être évoqué, en défense, la question de la légalité du licenciement.

17. Sur cette distinction du joueur occasionnel et du joueur récurrent, voir Romain Melot (à paraître, 2008) qui expose Galanter M. (1974).

18 Pour une analyse du pouvoir qu'offre la maîtrise des règles de droit par l'acteur récurrent appliquée au domaine de la branche famille de la sécurité sociale, voir Isabelle Sayn (à paraître, 2008).

d'autres domaines pourraient faire l'objet du même type d'analyse, notamment les relations entre employeurs et employés<sup>19</sup>, entre consommateurs et commerçants ou entre emprunteurs et organismes de crédits. La question n'est alors pas tellement celle de la « pauvreté » objective d'un acteur mais celle du déséquilibre des pouvoirs entre deux acteurs à l'occasion de leurs relations juridiques : comment les outils du droit peuvent anticiper le déséquilibre des pouvoirs et éviter ses conséquences préjudiciables pour l'acteur démuni.

Dès 1991, cette perspective était présente dans la réforme : l'aide à l'accès au droit était alors conçue comme « l'aide à la consultation et l'assistance au cours de procédures non juridictionnelles » (art. 53 de la loi du 10 juillet 1991 avant sa réforme par la loi du 18 décembre 1998). Un titre de la loi était donc consacré à l'assistance au cours de procédures non juridictionnelles, contenant deux articles importants. L'article 63, selon lequel « L'aide à l'accès au droit peut permettre au bénéficiaire d'être assisté devant les commissions à caractère non juridictionnel. Elle peut aussi comprendre une assistance devant les administrations en vue d'obtenir une décision ou d'exercer un recours préalable obligatoire. » Et l'article 64 selon lequel « Les conditions dans lesquelles s'exerce l'assistance prévue au présent titre sont déterminées par le conseil départemental de l'aide juridique. Celui-ci peut, 1° Prendre en charge en tout ou partie le recours par le bénéficiaire aux services de personnes physiques ou morales compétentes, 2° Conclure des conventions avec ces mêmes personnes en vue de favoriser l'accès à leurs prestations. »

Favorable aux modes alternatifs, la loi de 1998 a abrogé ces deux textes, limitant la place faite à l'accompagnement dans les procédures non juridictionnelles à une simple référence dans la définition du contenu de l'aide à l'accès au droit : l'aide à l'accès au droit comporte expressément (art. 53 2° nouveau) « l'aide dans l'accomplissement de toute démarche en vue de l'exercice d'un droit ou de l'exécution d'une obligation de nature juridique et l'assistance au cours des procédures non juridictionnelles ».

Si les outils développés au bénéfice des plus démunis semblent avoir reculé au titre de l'aide à l'accès au droit, ils se sont

---

19. On peut en effet considérer que dans les décisions prises par l'employeur, notamment à l'occasion des sanctions disciplinaires, se joue le même type de relations juridiques : il s'agit bien pour l'employeur de prendre des décisions unilatérales, encadrées par la loi et qui vont s'imposer à l'employé, sauf recours ultérieur. L'employeur doit donc anticiper la réaction de l'employé et en particulier le risque de recours juridictionnel. Pour un texte qui présente les règles procédurales du licenciement comme un moyen de protéger les droits des salariés, voir Grumbach (2004).

parallèlement développés du côté de l'amélioration des droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations : la loi du 12 avril 2000 tendant à améliorer les « droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations » se situe dans cette logique. Elle a renforcé les règles procédurales qui organisent les relations entre l'institution et l'usager et tente ainsi de modifier la situation d'action de la partie faible, en lui apportant des moyens d'action nouveaux. Cette loi contient des dispositions relatives à l'accès aux règles de droit au sens de l'accès à la connaissance des règles : les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent. La mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent donc une mission de service public et les autorités administratives doivent y veiller<sup>20</sup>. Cette loi contient également des dispositions relatives à l'amélioration des procédures administratives. Elle dispose en particulier que « toute demande adressée à une autorité administrative fait l'objet d'un accusé de réception » et que « les délais de recours ne sont pas opposables à l'auteur d'une demande lorsque l'accusé de réception ne lui a pas été transmis ou ne comporte pas les indications prévues » (art. 19). Ces indications contiennent une explication du mécanisme du délai implicite de refus : la demande doit être considérée comme refusée après l'écoulement d'un délai, généralement fixé à deux mois. Cette décision implicite de refus est alors susceptible d'un recours devant le juge, écartant ainsi l'impossibilité d'agir des justiciables confrontés au silence d'une administration. Ces indications fournissent également une information précise sur les voies et délais de recours : quand, comment et devant quel juge porter son recours. On peut faire ici le parallèle avec la procédure juridictionnelle : la signification d'une décision de justice doit comporter des informations relatives aux voies et délais de recours, sans quoi l'écoulement du délai de recours ne serait pas opposable au justiciable. La comparaison avec la procédure juridictionnelle pourrait être prolongée au titre du respect des droits de la défense : les textes prévoient parfois l'obligation d'entendre les arguments développés par le justiciable et rappellent l'obligation de motiver les décisions, en exposant les motifs de

---

20. Le décret du 7 août 2000 a ainsi créé un service public de la diffusion du droit sur internet : le site « legifrance », placé sous la responsabilité du secrétaire général du gouvernement, donne un accès direct et gratuit aux textes nationaux, européens et internationaux, ainsi qu'aux décisions des juridictions supérieures.

droit et de fait du refus<sup>21</sup>, organisant ainsi une information individualisée des demandeurs sur le droit revendiqué et permettant par là même la critique.

Ces textes constituent une tentative d'améliorer la coopération des acteurs, en amont de la décision et de mieux informer les acteurs des règles du jeu (règles procédurales), améliorant ainsi leur situation d'action, y compris au regard d'un éventuel recours juridictionnel ultérieur. On peut cependant regretter que cette organisation légale de l'articulation des jeux d'acteurs soit écartée dans le domaine de la Sécurité sociale, pourtant particulièrement important pour les justiciables les plus démunis. En effet, la loi exclut de son champ d'application toutes les demandes dont on considère *a priori* qu'elles « n'appelle (nt) pas d'autre réponse que le service d'une prestation ou la délivrance d'un document prévus par les lois et les règlements ». Or, toutes les prestations de sécurité sociale sont incluses dans cette catégorie, y compris lorsque la demande constitue une réclamation à la suite d'un premier refus. Il serait intéressant de s'interroger sur l'origine de cette neutralisation de l'activité décisionnelle des organismes de sécurité sociale, qui se nourrit de l'idée que leur activité serait purement mécanique.

Quoi qu'il en soit, la loi de 2000 améliore la situation d'action des usagers avec des outils procéduraux. Sans doute nombre d'autres textes de nature procédurale pourraient être cités en exemple de tentative d'améliorer la situation d'action des usagers et parmi eux la loi du 2 janvier 2002 « rénovant l'action sociale et médico-sociale » qui prévoit la possibilité pour les acteurs partie faible d'être assistés dans leurs démarches : toute personne prise en charge par un établissement ou un service

---

21. Article 24 loi 12 avril 2000 : « Exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application des articles 1er et 2e de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales. Cette personne peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix. L'autorité administrative n'est pas tenue de satisfaire les demandes d'audition abusives, notamment par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique. Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables (...)».

Article 25 : « Les décisions des organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole de salariés ou de non-salariés ordonnant le reversement des prestations sociales indûment perçues sont motivées. Elles indiquent les voies et délais de recours ouverts à l'assuré, ainsi que les conditions et les délais dans lesquels l'assuré peut présenter ses observations écrites ou orales. Dans ce dernier cas, l'assuré peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix ».

social ou médico-social peut faire appel à une « personne qualifiée » en vue de l'aider à faire valoir ses droits (art. L. 311-5 du Code de l'action sociale et des familles)<sup>22</sup>. Cette forme d'assistance constitue également une tentative de rééquilibrer des relations nécessairement déséquilibrées entre les services et certains bénéficiaires de l'aide sociale cherchant à faire valoir leurs droits : entre les joueurs occasionnels et les joueurs récurrents, elle organise l'intervention d'un troisième acteur venant épauler le joueur occasionnel. D'autres pistes pourraient être suivies et notamment celle des règles relatives à la charge de la preuve des conditions d'ouverture des droits et à la charge du risque lié à l'incertitude sur l'existence d'un droit : les délais et les erreurs possibles associés à la complexité des dispositions de protection sociale sont-ils assumés par les débiteurs de droits ou par leurs créanciers ?

Prendre au sérieux le déséquilibre des situations entre les acteurs dans une relation juridique est sans doute l'un des moyens dont le droit et les juristes disposent pour répondre à la question de la place du droit dans la réponse à la pauvreté. Ainsi appréhendée, la problématique de l'accès aux) droits constitue l'un des aspects de la problématique plus vaste du non-recours au droit et aux services. Le droit constitue alors un outil susceptible d'apporter quelques réponses, en imposant aux acteurs une relation renouvelée avec les plus démunis : si « Le droit est la seule arme des pauvres » (Hirsch, 2006) ce n'est pas seulement parce qu'il peut créer des droits nouveaux en leur faveur. C'est aussi parce qu'il peut leur fournir des armes pour les aider à obtenir la réalisation effective des droits qui leur sont reconnus.

## Bibliographie

- Blankenburg E.**, 1994, « La mobilisation du droit, Les conditions du recours et du non-recours à la justice », *Revue Droit et Société*, Éditions LGDJ, n° 28.
- Bourdieu P.**, 1991, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in Normes juridiques et régulation sociale, *Collection Droit et Société*, Éditions LGDJ.
- Bourdieu P.**, 1986, « La force de droit, Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en Sciences sociales*, n° 64.

---

22. Cette personne qualifiée doit pouvoir être choisie sur une liste établie par le représentant de l'État dans le département et le président du conseil général et elle doit rendre compte de ses interventions.

- Cadiet L., Jeuland E.**, 2006, *Droit judiciaire privé*, 5<sup>e</sup> édition, Éditions Litec, pp. 195 et suivantes.
- Carbonnier J.**, 2004, « Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple », *Droit civil*, Tome I, Éditions PUF, p. 187.
- Carbonnier J.**, 1983, « L'hypothèse du non-droit », in *Pour une sociologie du droit sans rigueur*, collection Flexible droit, 5<sup>e</sup> édition, Éditions LGDJ, p. 25.
- Chapus R.**, 2006, *Droit du contentieux administratif*, 12<sup>e</sup> édition, Collection précis Domat, Éditions Montchrestien, note 4 et 450.
- Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice**, 2001, « La réforme de l'accès au droit et à la justice », *Rapport à la garde des Sceaux*, La Documentation française.
- Cottin M.**, 2002, « La Cour de cassation se dote d'une procédure d'admission des pourvois en cassation », Recueil Dalloz Sirey, pp. 748-750.
- Galanter M.**, 1974, « Why the « Haves » come out Ahead: Spéculations on the Limits of Legal Change », *Law and Society Review*.
- Grumbach T.**, 2004, « Procéduralisation et processualisation en droit du travail », *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Collection Mélanges Études offertes à Jean Pélissier, Dalloz, p. 253.
- Hirsch M.**, 2006, « Le droit est la seule arme des pauvres », [http://blog.dalloz.fr/blogdaloz/2006/10/le\\_droit\\_est\\_la.html](http://blog.dalloz.fr/blogdaloz/2006/10/le_droit_est_la.html)
- Jeammaud A.**, 1990, *La règle de droit comme modèle*, Dalloz.
- Larroumet Ch.** (sous la direction de), 2006, *Introduction à l'étude du droit privé*, Droit civil, Tome I, 5<sup>e</sup> édition, Éditions Économica, p. 9.
- Malaurie Ph., Morvan P.**, 2004, *Introduction générale*, Droit civil (Malaurie Ph. et Aynès L.), Éditions Defrénois, p. 11.
- Melot R.**, 2005, « Les transactions lors de ruptures du contrat de travail », *Travail et Emploi*, DARES, n° 104, octobre-décembre.
- Melot R., Pelisse J.**, à paraître en 2008, « Prendre la mesure du droit : enjeux de l'observation statistique pour la sociologie juridique », *Droit et Société*.
- Rivero J., Waline J.**, 2002, *Droit administratif*, Collection Droit public et science politique, Précis Dalloz, 19<sup>e</sup> édition, spé. n° 155, 244 et 82 s.
- Rivero J.**, 1962, « Le huron au palais royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », Dalloz, chronique, p. 37.
- Sayn I.**, à paraître en 2008, « Le pouvoir de l'organisation : maîtrise des ressources juridiques et maîtrise du recours au juge dans la branche famille de la sécurité sociale », *Revue Droit et Société*.
- Sayn I. et Collectif**, 2005, *Le contentieux de la protection sociale, Procédures comparées (Allemagne, Angleterre, Belgique, France)*, Collection Droit, Presses Universitaires de Saint-Etienne.





# Approcher la décision judiciaire des juges des enfants en contexte de pauvreté

Élise BARBE, Luc-Henry CHOQUET, Benoît DESCORBES

Direction de la protection judiciaire de la jeunesse (DPJJ), ministère de la Justice

**D**e nombreux échos et commentaires ont suggéré que la décision judiciaire des juges des enfants avait lieu fréquemment dans un contexte de pauvreté des familles et des territoires. Pourtant cette question n'a pas pour autant fait l'objet d'approche spécifique, à notre connaissance, à l'exception d'une formation à l'École de la magistrature qui mettait la question au centre de son interrogation<sup>1</sup>. Plus généralement, quelques ouvrages rédigés par des magistrats ont porté de façon générale sur le droit pénal des mineurs ou la pratique du juge des enfants<sup>2</sup> mais peu d'études et de recherches ont décrit et analysé de façon détaillée la prise de décision des procureurs chargés des mineurs et des juges des enfants et son contexte<sup>3</sup>.

En réalité, cette interrogation se pose de manière distincte selon les cadres d'intervention et les modes de saisine du juge des enfants qui intervient selon le cas en assistance éducative,

---

1. Salas, 2000.

2. Bellon L., 2005 ; Pedron P., 2005.

3. Charvin M., Gazeau J-F, Pierre E., 1996 ; Milburn P., 2002 ; Bastard B., Mouhanna C., (à paraître).

au pénal ou dans le cadre de la mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial (remplaçant la mesure de tutelle aux prestations sociales enfants - TPSE) <sup>4</sup>. Elle pourrait s'énoncer de la manière suivante : comment, dans le contexte de la justice des mineurs, prend-on en compte les conditions d'existence des mineurs concernés et de leur famille ?

Il est proposé, pour commencer à apporter des éléments de réponse, de partir des réflexions issues d'un certain nombre de rapports relatifs à ces situations, puis des juges eux-mêmes ou des autres professionnels de la protection de l'enfance, d'envisager les décisions en matière civile, en matière pénale, enfin d'étudier les difficultés éducatives et la déviance dans les familles à fort capital économique, scolaire, etc., pour éclairer *a contrario* les recherches portant sur les décisions concernant les enfants des classes populaires.

### **L'importance du facteur « précarité »**

Parmi les 95 000 enfants qui ont fait l'objet d'un signalement d'enfant « en risque » par les conseils généraux, seuls 13 % l'ont été au titre de la précarité économique de leur famille (chômage, difficultés financières des parents) et 8 % au titre des conditions de vie et d'habitat, qui constituent un « facteur de danger ». Bien que minoritaires, ces signalements n'en constituent pas moins un élément important dans les trajectoires de ces populations. C'est ce qu'indique le dernier rapport de l'Observatoire national de l'action sociale décentralisée (ODAS) : « les risques plus directement liés à une dégradation des conditions matérielles de vie s'affirment comme minoritaires. En revanche ils sont plus préjudiciables à court terme. C'est pourquoi on peut penser que seuls ces risques devraient conduire à un signalement judiciairisé, et au-delà à un placement en cas de désaccord avec la famille. » <sup>5</sup>

Tout le monde s'accorde néanmoins sur l'idée selon laquelle le lien entre situation de vie en précarité économique et intervention des services de l'aide à l'enfance et à la jeunesse est un lien « fort » : « il est impossible de nier l'importance du facteur "précarité" dans les séparations enfants/parents subies <sup>6</sup> ». En effet, sur les 114 situations étudiées, les auteurs du rapport précité

---

4. Cf. art. 20 et 375-9-1, C. Civ. ; L. 222-3, CASF.

5. ODAS, 2005, p.6.

6. Naves P., Cathala B., Deparis J-M, 2000.

n'avaient pas rencontré de ménages ayant des ressources supérieures à 1 500 euros par mois, à l'exception d'une famille qui cumulait allocation aux adultes handicapés (AAH) et allocations de chômage.

Une autre mission effectuée pour le ministre de la Famille soulignait en 2003 que « les données mettent en avant la prégnance des problématiques familiales [mais qu' il faut rappeler que les facteurs de danger environnementaux ne doivent pas être négligés, tout particulièrement la précarité économique. Le facteur "chômage-difficultés financières" continue de progresser: il compte parmi les trois principaux facteurs de danger pour 27 % des départements (contre 20 % des départements en 2001 et seulement 8 % en 2000)<sup>7</sup> ».

Le mouvement ATD Quart monde a par ailleurs conduit un travail comparatif exploratoire ayant notamment pour objectif principal de « rassembler ce que les enfants concernés et leurs parents nous apprennent sur « la pauvreté des enfants », notamment dans des familles vivant des situations de grande précarité et d'exclusion et aux prises avec les interventions des services de protection de l'enfance ou de la jeunesse<sup>8</sup> » Il ressortait de ce tour d'horizon que ce qui était bien perçu en volume ne l'était pas en précision, tant l'état des connaissances sur la question est réduit.

## **L'interrogation se décompose en plusieurs questions**

- La première interrogation rejoint les préoccupations en terme de compréhension du vécu des protagonistes de la scène judiciaire: comment les juges des enfants prennent-ils en considération ces enfants issus de familles en milieu de pauvreté lors des prises de décision de protection de l'enfance ou dans le cadre du droit relatif à la délinquance des mineurs?
- La seconde porte sur les conditions requises pour ouvrir ou poursuivre des dialogues constructifs avec les parents et l'enfant dans un contexte d'incompréhension ou de dénégation du lien entre pauvreté et placement. Dans certain cas, à l'opposé, le magistrat perçoit bien le soulagement qui fait suite à la décision de placement de l'enfant de parents très démunis.

---

7. Odas, 2003.

8. ATD Quart monde, 2003.

- La troisième renvoie à la façon dont les juges font face au risque d'une stigmatisation des parents en situation de pauvreté avec les effets délétères sur l'autorité qui leur est dévolue. Comment, en d'autres termes, penser la famille en difficulté et les inégalités auxquelles elle doit faire face et leur impact sur la situation qui place l'enfant en danger? Comment, par exemple, penser l'absence d'intimité, voire le défaut de salubrité, dans un contexte de surpeuplement du lieu de résidence?
- La quatrième interrogation concerne la légitimité de la décision et le rôle du juge quand le fait de relier pauvreté et placement peut conduire à interroger le sens même de l'intervention judiciaire.
- Enfin, comment, dans le cadre de l'audience, le magistrat parvient-il à la compréhension de la situation et du vécu de la famille et de l'enfant? Comment la rencontre judiciaire autour du contexte et de la problématique parvient-elle à se faire?

L'acuité du problème posé tient notamment aux conséquences de la pauvreté éprouvée dans l'enfance sur les devenir à l'âge adulte. L'Insee a constaté au sein d'un échantillon d'utilisateurs des services d'aide aux sans-domicile que le fait d'avoir été placé se trouvait en lien avec les difficultés financières de la famille d'origine et que l'effet du placement est particulièrement présent dans le cas du risque d'agression (pour les deux sexes) et des démarches auprès du bureau d'aide sociale (pour les hommes)<sup>9</sup>. Le Conseil de l'emploi, des revenus et de la cohésion sociale (Cerc), après avoir déjà souligné le risque que génère l'échec scolaire, a mis l'accent sur la dynamique de reproduction des inégalités d'une génération à l'autre<sup>10</sup>. Cependant, si la pauvreté entraîne des dysfonctionnements, elle n'apparaît pas comme un facteur déterminant de risque de danger, voire de placement pour les enfants. Sans dénier la précarité relationnelle des enfants pauvres, quelle ampleur donner au fait que le problème est aussi celui de la précarité économique dans bon nombre de situations familiales. Comment agir en tant que juges ou professionnels au regard de la complexité de cette articulation pauvreté/mise en danger et face à ces interrogations, tout en conservant à l'esprit l'intérêt de l'enfant?

---

9. Firdion J-M, 2006.

10. Conseil de l'emploi, des revenus et de la cohésion sociale, 2004.

## Le recours au judiciaire parfois ambigu

Lorsque les juges rencontrent des familles en situation de pauvreté connaissant des difficultés d'éducation avec leurs enfants ou leurs adolescents, ils peuvent parfois s'interroger sur le point de savoir si le recours au judiciaire n'est pas avant tout un moyen pour ces familles d'obtenir l'aide qu'elles n'auraient pas reçue dans un autre cadre<sup>11</sup>. La personne en situation « économique favorable » qui rencontre néanmoins des difficultés éducatives, dispose de ressources plus importantes et peut avoir éventuellement recours à des services payants : pédo-psychiatrie en ville, scolarité privée, etc. Elle a, ce faisant, moins besoin d'avoir recours au judiciaire, au dispositif de prévention. C'est en ce sens que les magistrats s'interrogent sur leur éventuelle sollicitation voire « instrumentalisation » par des familles en situation de pauvreté, spontanément ou fortement incitées par certains opérateurs sociaux. Certaines pratiques d'offices publics de logement consistant en une demande de tutelle aux prestations sociales enfants pour attribuer un logement ont, à ce titre, été constatées par certains juges des enfants qui ont déploré ce détournement de la mesure. Cette démarche peut en effet déclencher l'obtention de ressources qui vont être mises à disposition des familles pour les aider dans leur rôle éducatif. Les juges notent tout particulièrement ce phénomène, lors du renouvellement des mesures éducatives, alors même que, selon eux, toute notion de danger a souvent disparu : « On voit beaucoup de parents, dans les cabinets des juges des enfants en assistance éducative, solliciter des renouvellements des mesures, alors même qu'il n'y a plus de situation de danger et que le juge envisage plutôt un arrêt de la mesure. » On peut ainsi penser que, du point de vue de ces populations, l'arrêt de toute mesure d'assistance éducative les prive d'une ressource qui leur est nécessaire, compte tenu du contexte dans lequel ils vivent, de la pauvreté économique qu'ils subissent. L'arrêt de ces aides les prive aussi d'une ressource qui leur permet de faire face à leurs besoins éducatifs. En ce sens, une des fonctions importantes du juge de l'assistance éducative est de résoudre des problèmes liés à la pauvreté que les familles ne parviennent pas ou

---

11. « Contrairement à ce qu'insinuent certains discours, les familles pauvres ne sont pas démissionnaires. Mais, vivre dans la précarité rend plus difficile le rôle de parent. Le vrai combat est donc à mener contre la misère. », in *Secours populaire*, dossier « Parentalité », 2007.

parviennent mal à résoudre autrement. Il y a en quelque sorte une utilisation « intelligente » par les familles du juge des enfants et des services qui gravitent autour, pour résoudre des difficultés ponctuelles ou chroniques.

Une telle question se retrouve également lorsque l'on s'intéresse aux jeunes pris en charge dans le cadre de la protection judiciaire des jeunes majeurs. L'approche des décisions amène à noter, dans certains cas, des tentatives pour faire face à des situations de pauvreté, de voir déclencher ce dispositif de protection qu'accompagnent des prestations de service, alors même que la pertinence de la mesure n'apparaît pas *stricto sensu*.

Ce qui se joue à l'occasion de ces demandes met en lumière la place que l'assistance éducative a prise dans le système de solidarité dans son ensemble. Certains renouvellements apparaîtraient parfois moins motivés par la persistance de la situation de danger que par la nécessité de poursuivre l'action éducative. Autrement dit, le juge pourrait être conduit à considérer qu'il est opportun pour certaines familles de poursuivre une action éducative par le biais des aides apportées dans le cadre de l'assistance éducative, alors même que la situation de danger a disparu.

Par ailleurs, lorsque l'on se réfère à l'évolution des modes de saisine en cette matière, ou lorsqu'on se penche sur des dossiers et sur des rapports d'enquêtes sociales plus anciens, on relève que le point de vue était très fréquemment axé sur des problèmes d'ordre matériel, de pauvreté et d'hygiène, de salubrité : « état de propreté de l'appartement, absence d'argent, problème de malnutrition, etc. » Aujourd'hui, cette modalité de l'analyse est très largement évacuée, notamment parce que de tels contextes sont plus rares. La pauvreté n'est dès lors plus véritablement un motif de saisine dans bien des cabinets de juge des enfants, par rapport à une situation de danger.

Mais, chemin faisant, assiste-t-on sans doute à une perte importante dans l'analyse des problématiques des familles, qui est celle des niveaux de revenus, des difficultés liées au chômage, au surpeuplement et de l'impact de ces phénomènes sur le fonctionnement familial. Ces dimensions sont en partie évacuées au profit d'une analyse qui a tendance à se focaliser exclusivement sur les capacités parentales, sur la qualité des relations intra-familiales.

Plus généralement, plusieurs facteurs conduisent à penser que l'action publique ne cherche plus tant, aujourd'hui, à suppléer la « parentalité » qu'à mener une action pour elle-même en

direction des jeunes, en s'efforçant toutefois d'associer les parents. Le rapport entre le jeune, sa famille et l'État a changé et paraît moins trouver sa trame dans le concours généreux de « l'État subsidiaire » que dans l'inscription d'un nouveau rôle de la famille. Après le modèle « familialiste » d'Ancien Régime et celui post-révolutionnaire de la « communauté intermédiaire », c'est le modèle « fonctionnaliste » qui semble s'imposer aujourd'hui, du moins en partie : la famille devenue « supplétive » est moins sollicitée sur son fondement généalogique que sur celui de ses compétences<sup>12</sup>.

On assiste à un retour de balancier, qui tient à une certaine élévation du niveau de vie qui conduit à moins investir l'organisation de la vie matérielle dans les familles<sup>13</sup>. Mais peut-être perd-on ce faisant une dimension d'analyse intéressante par rapport à la pertinence de l'ouverture d'une assistance éducative et aux axes de travail qui lui sont associés.

## **Le versant pénal**

Sur ce versant, au pénal, le juge qui exerce ses fonctions dans une circonscription où se concentrent des populations précaires, va réaliser son travail dans ce contexte économique dont l'appréhension lui échappe pourtant en grande partie. Magistrat, travailleurs sociaux et professionnels éducatifs vont être dans une posture qui met surtout l'accent sur l'intégration de la loi et des normes dans un registre éducatif. La dimension économique va, le plus souvent, leur échapper. Ainsi l'économie souterraine est une sorte « d'ennemi invisible », qui ne se développe pas nécessairement sur un fond de pauvreté, mais sur un système qui a sa propre logique<sup>14</sup>. Un tel système de vie et d'organisation des territoires échappe aux professionnels. En réalité, ces derniers vont transposer leur approche de l'assistance éducative dans le cadre civil (lors de la prise en charge du jeune au pénal), en relevant prioritairement les échecs scolaires et les dysfonctionnements familiaux, plutôt que la prise en compte du contexte économique du territoire, qui incite le jeune à s'orienter dans ce monde parallèle plutôt que dans la voie de la formation ou de la mise au travail, plus compliquées ou moins rémunératrices et qui peuvent le mettre en opposition avec ses pairs.

---

12. Choquet L.-H., 2003 ; Boisson M., Verjus A., 2003.

13. Salas D., 2000.

14. Tafferant, N., 2007

« La pauvreté ou un contexte de cet ordre, formule un juge des enfants, n'est pas du tout pris en compte par le juge parce que tous sont astreints à la même loi. »

Dans quelle mesure le contexte de pauvreté est-il pris en compte dans la décision du juge pénal? Lorsqu'il en tient compte, le fait-il dans le prononcé de la culpabilité du mineur ou seulement dans le quantum de la peine?

Les approches nécessaires pour répondre à ces questions renvoient à plusieurs disciplines : le droit, la sociologie, la psychologie, etc. Les situations concernées interrogent toujours le sens ordinaire de la justice et du droit, la tradition juridique, l'habitus des professionnels. Une multiplicité d'éléments joue en ce sens et l'ensemble laisse imaginer un « algorithme » de la décision compliqué. Aussi convient-il de s'interroger sur la gamme des expériences dans ce genre d'affaires et de faire émerger les contraintes du jugement. D'une certaine manière, il s'agit de problèmes de raisonnement juridique, même s'il n'est pas toujours aisé de relever des traces des activités cognitives, du raisonnement utilisé, qui résident, comme l'indique C. Perelman, d'une certaine manière, entre les attendus et le dispositif du jugement : « C'est l'analyse [des] attendus, et de leur rapport avec le dispositif qui comporte la décision judiciaire, qui pourra nous éclairer sur la spécificité du raisonnement juridique<sup>15</sup>. »

Des modèles d'analyse de décision, construits à partir de jeux de variables statistiques ont également été pris en considération<sup>16</sup>. Ces modèles construisent l'espace des variables pertinentes, à partir d'une production formalisée des acteurs, puisqu'il s'agit de construire une base de mesures, d'indicateurs tirés des décisions. Pour expliciter ou formaliser le processus de décision, on suppose implicitement un calcul, toujours le même, à peu près, et on regarde simplement les variables qui pèsent plus ou moins, ce qui fait basculer ou pas dans tel sens.

Il serait également intéressant, dans le même esprit, d'examiner la mise en œuvre de la loi de mars 2007 relative à la protection de l'enfance, concernant la mesure d'accompagnement

---

15. Perelman C., 1990. Il a consacré toute une série de réflexions au raisonnement juridique, s'opposant à la réduction de la logique à la seule logique formelle, tentant de caractériser une logique spécifique au droit. Simplement, il s'arrête à la lecture des jugements, et il exclut de son projet, comme exorbitante, toute tentative de restitution des aspects implicites de l'activité de raisonnement : « On pourra nous objecter qu'il est important de connaître « les motifs des motifs » ou les raisons qui ont fait prévaloir telles considérations sur telles autres. Sans doute, mais celles-ci, outre qu'elles risquent de nous échapper dans une très grande mesure ne relèvent pas de la logique juridique. », *ibid*.

16. Sofer C., Sollogoub M. 1994 ; Sollogoub M., Sofer C., 1990 ; Choquet L.-H., 1994.



éducatif en matière d'économie sociale et familiale ainsi que la mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial remplaçant la mesure de tutelle aux prestations sociales enfants (TPSE). Le délégué à la tutelle, devenu délégué aux prestations sociales, prend désormais toutes décisions, en s'efforçant de recueillir l'adhésion des bénéficiaires des prestations familiales, pour améliorer les conditions de vie des enfants ; il exerce auprès de la famille une action éducative visant à rétablir les conditions d'une gestion autonome des prestations.

Les conditions de mise en oeuvre de la mesure diffèrent de celles de l'ancienne TPSE : la loi introduit en effet une subsidiarité à l'exercice de la mesure judiciaire. Cette mesure ne sera plus mise en place que si l'accompagnement administratif en économie sociale et familiale apparaît insuffisant et si les prestations familiales ne sont pas employées pour les besoins liés au logement, à l'entretien, à la santé et à l'éducation des enfants. La question se pose, dès lors, de savoir si le dispositif prévu dans un objectif social sert plutôt à pallier des problèmes de surendettement qui relèvent plus d'une politique d'encadrement du crédit (4 % des familles interrogées dans une enquête récente attribuent à des difficultés personnelles autres que financières l'origine de l'instauration de la TPSE : difficultés morales, alcoolisme<sup>17</sup>) ; la question se pose également de savoir si la référence au logement dans la loi ne tendra pas à pérenniser des dérives constatées qui voyaient les organismes de logement social exiger une tutelle judiciaire avant d'accorder des délais de paiement, ou un relogement.

### ***A contrario*, du côté des « familles aisées »**

Cette question peut aussi bénéficier de l'approche différentielle qui conduit à étudier les difficultés éducatives et la déviance dans les familles qui sont situées à l'autre extrémité, familles à fort capital économique, scolaire, culturel et social, pour éclairer par contraste les recherches sur les situation des enfants des classes populaires.

D'après les rares enquêtes de délinquance auto déclarée, le nombre d'actes susceptibles de faire l'objet de poursuites venant de jeunes issus des classes moyennes et supérieures est loin d'être négligeable, leur traitement empruntant d'autres voies que les voies classiquement étudiées du traitement de la

---

17. Observatoire départemental de la famille, 2003.

délinquance ordinaire<sup>18</sup>. Par ailleurs, dans les propos informels tenus par les magistrats ou les travailleurs sociaux en protection de l'enfance, le risque de maltraitance et les situations de danger sont également mentionnés dans ces milieux, même s'ils sont difficiles à repérer, à quantifier et à caractériser. Enfin, les propos et les écrits des psychiatres et des psychothérapeutes mettent en évidence l'importance des conduites à risques, des consommations d'alcool et de stupéfiants, celles-ci rapportées à des dysfonctionnements familiaux répandus dans l'ensemble de la société. Au total, si le déterminisme de la reproduction sociale semble ne faire de doute pour personne<sup>19</sup>, cette évidence se révèle plus fragile, comme le souligne le sociologue Rémi Lenoir, lorsque l'on interroge les intéressés, les familles elles-mêmes voire les institutions de la régulation sociale<sup>20</sup>.

Mais cette réalité est caractérisée par son invisibilité, qu'il serait utile de lever par des recherches, sans dissocier la dimension pénale et la dimension éducative, ni les difficultés des familles et leur prise en charge.

Les priorités de cette investigation pourraient être les suivantes :

- étudier les dossiers judiciaires (au civil et au pénal) disponibles dans les juridictions pour mineurs en vue de vérifier, à partir d'archives judiciaires, si on rencontre des situations-types de danger ou des illégalismes – types propres à ces milieux.
- analyser les interventions des magistrats et des travailleurs sociaux au profit de ces mineurs et de leur famille, pour saisir les difficultés propres à des situations qui sortent de l'ordinaire. On peut faire l'hypothèse que les ressources mobilisées par ces familles ont un effet sur les procédures pénales ou éducatives et le travail relationnel mis en place (ceci concerne les tribunaux pour enfants, les cabinets des juges des enfants, la Protection judiciaire de la jeunesse, l'Aide sociale à l'enfance (administrative et judiciaire), les associations intervenant dans le champ de la protection de l'enfance délinquante et en danger).
- enquêter directement auprès des familles concernées en recensant les événements biographiques qui signalent une difficulté, notamment en rapport avec le cursus scolaire, et les interventions qui en découlent en rapport à une diversité

---

18. Roché S., 1999.

19. Ce que tente de déconstruire Muchielli L., 2000.

20. Lenoir R., 2003.

d'institutions qu'il s'agirait de bien repérer : des écoles privées de « rattrapage » aux psychothérapeutes, aux médecins, en passant par le juge aux affaires familiales et le commissariat de police.

- une alternative consisterait à cibler des établissements scolaires dans certains quartiers de Paris *intra muros* pour y étudier les transgressions de la norme et leurs sanctions (conseils de discipline par exemple, mais aussi rôle du personnel infirmier, du psychologue scolaire, etc.).

Il s'agirait alors de mettre en évidence des « carrières déviantes » et les situations de danger caractéristiques de ces milieux sociaux.

## Une approche d'ensemble

De notre point de vue, il ne s'agit donc pas seulement de combler une lacune mais aussi d'éclairer la déviance et le danger dans leur ensemble, et dans l'ensemble des groupes sociaux plus ou moins traditionnellement ciblés en faisant varier les éléments de contexte et de situation.

Les difficultés économiques et les transformations sociales ont un impact fort sur une part importante de la population structurellement vulnérable. Cette augmentation de la précarité rend difficile l'exercice des institutions chargées des réponses sociales dont, tout particulièrement, l'exercice du juge et celui de la protection judiciaire de la jeunesse. Ce paysage et ce climat placent les magistrats et les professionnels de l'action éducative en première ligne dans la prise en charge des mineurs en difficulté, dans le registre civil comme au pénal. L'éclairage des décisions prises dans ces contextes peut éclairer, symétriquement, les dilemmes et les modalités de décision, lorsque les difficultés économiques et sociales des situations sont au premier plan<sup>21</sup>.

---

21. « Place singulière, originale et unique du juge des enfants dans le débat social et dans la justice, dans la prise en compte de l'acte, dans la prise en considération de la personne, sur fond d'autorité parentale et de responsabilité individuelle... », cf. Salas, 2000.

## Bibliographie

- ATD Quart monde**, 2002, Précieux enfants, Précieux parents - Miser sur les « liens fondamentaux » dans la lutte contre la pauvreté des enfants en Europe/Repérages pour un dialogue, Document de travail européen, novembre.
- Bastard B., Mouhanna C.**, à paraître, *Recherche sur la profession de juge des enfants*, CSO-CNRS.
- Bellon L.**, 2005, *L'atelier du juge - À propos de la justice des mineurs*, Eres, coll. « Trajets ».
- Boisson M., Verjus A.**, 2003, La parentalité : une action de citoyenneté. Synthèse des travaux récents sur la fonction parentale, CNAF, novembre.
- Charvin M., Gazeau J.-F., Pierre E.**, 1996, *Recherche sur les juges des enfants : approches historique, démographique, sociologique*, rapport final et annexes, Ministère de la justice, Conseil de la recherche, La Documentation française.
- Choquet L.-H.**, 2005, « De "l'État subsidiaire" à la famille "supplétive". La prise en considération des familles et ses formes juridiques », *Rencontre annuelle du Research Committee on Sociology of Law*, Paris, juillet.
- Choquet L.-H.**, 1994, *Approcher le raisonnement juridique et la décision judiciaire : l'exemple des conséquences financières des ruptures familiales*, Association pour le développement des recherches et études sociologiques, statistiques et économiques.
- Conseil de l'emploi, des revenus et de la cohésion sociale (Cerc)**, 2004, *Les enfants pauvres en France*, Rapport n° 4.
- Firdion J.-M.**, 2006, « Influence des événements de jeunesse et héritage social au sein de la population des utilisateurs des services d'aide aux sans-domicile », *Économie et statistique*, Insee, n° 391-392, octobre.
- Lenoir R.**, 2003, *Généalogie de la morale familiale*, Le Seuil.
- Milburn P.**, 2002, *La réparation pénale à l'égard des mineurs*, Mission de recherche Droit et Justice, coll. « Arrêt sur recherches ».
- Muchielli L.**, 2000, « Familles et délinquances. Un bilan pluridisciplinaire des recherches francophones et anglophones », *Études et données pénales*, Cesdip, n° 86.
- Naves P., Cathala B., Deparis J.-M.**, 2000, *Accueils provisoires et placements d'enfants et d'adolescents : des décisions qui mettent à l'épreuve le système français de protection de l'enfance et de la famille*, Rapports publics, 30 juin.
- Observatoire départemental de la famille**, 2003, *La perception de la mesure par les familles bénéficiaires d'une TPSE*, Union départementale des associations familiales (UDAF) des Pyrénées-Atlantiques, juin.

- Observatoire national de l'action sociale décentralisée** (Odas), 2005, *Protection de l'enfance - Pour mieux adapter, observer, évaluer*, Rapport.
- Observatoire national de l'action sociale décentralisée** (Odas), 2003, *La décentralisation et la protection de l'enfance : quelles réponses pour quels dangers?* Rapport, octobre.
- Pedron P.**, 2005, *Droit et pratiques éducatives de la protection judiciaire de la jeunesse - Mineurs en danger, mineurs délinquants*, Gualino.
- Perelman C.**, 1990, *Éthique et Droit*, Éd. de l'Université de Bruxelles.
- Roché S.**, 1999, *La délinquance des jeunes : les 13-19 ans racontent leur délit*, Le Seuil.
- Salas D.**, 2000, « La justice des mineurs est "surinformée" sur les individus et nullement sur les contextes », in *Le juge des enfants est-il soluble dans la crise ?*, École nationale de la magistrature.
- Sofer C., Sollogoub M.**, 1994, « Divorce alimony : an estimation of its determinants and its amount », *Labour*, volume VIII, n° 2.
- Sollogoub M., Sofer C.**, 1990, *Le divorce : approches économiques*, Centre de recherche sur l'emploi et la production (Crep).
- Tafferant, N.**, 2007, *Le business, une économie souterraine*, PUF, Le Monde Editions.



## L'accès au droit et la lutte contre l'exclusion : la nécessité du « lien »

Jean-Luc BÉDOS

Avocat à la Cour, membre fondateur de l'association Droits d'Urgence et président d'Accès aux Droits Solidarité, Paris

Matthieu PERDEREAU

Coordinateur, association Accès aux Droits Solidarité, Paris

« MONDE JURIDIQUE » et « lieux d'exercice du droit » s'opposent quotidiennement aux « zones de non-droit », à la pauvreté et à l'exclusion. Autrement dit, un véritable gouffre sépare, en France, le monde juridique des exclus, et ce, pour plusieurs raisons. La première relève du sociologique : l'exercice du droit a toujours été réservé à une population privilégiée (sans parler de la « noblesse de robe »). La seconde renvoie au champ de l'économique : la compréhension du ou des droits nécessite l'intervention de spécialistes et, dès lors, s'engagent des obligations de financement. L'aide juridictionnelle est venue en partie pallier les besoins des plus démunis mais le dispositif est aujourd'hui confronté à la fois à une très forte progression des demandes et aux revendications de revalorisation des barèmes de rétribution des avocats. Comme l'indique un rapport d'information du Sénat, le système est-il « à bout de souffle » [Du Luart, 2007] ? Une troisième raison tient à ce que le monde juridique est généralement perçu par les exclus comme étant de nature répressive ; justice et police sont très fréquemment confondues. Enfin, la mise en œuvre de décisions juridiques (du fait des tribunaux ou des administrations) peut générer

de nouvelles causes d'exclusion (licenciement, expulsion de logements, placement d'enfants, etc.).

Au même titre que le monde médical a investi le champ de la lutte contre l'exclusion, il est nécessaire que le monde juridique se rapproche et intervienne auprès des exclus. Le « lien » entre les professionnels du droit et les exclus doit être construit. L'accès au droit peut constituer un outil de ce rapprochement. Pour rappel, la loi définit l'aide à l'accès au droit comme<sup>1</sup> :

- l'information générale des personnes sur leurs droits et leurs obligations. Elle recouvre également leur orientation vers les organismes chargés de la mise en œuvre de ces droits ;
- l'aide dans l'accomplissement de toute démarche en vue de l'exercice d'un droit ou de l'exécution d'une obligation de nature juridique ;
- l'assistance au cours des procédures non juridictionnelles (transaction, médiation) ;
- la consultation en matière juridique et l'assistance à la rédaction et à la conclusion des actes juridiques dans le respect et les limites fixées par la loi de 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques En effet, la loi stipule précisément les personnes et organismes habilitées à délivrer des consultations juridiques et à rédiger des actes juridiques.

Avec la loi du 10 juillet 1991 et plus encore celle du 18 décembre 1998, l'aide juridique, longtemps limitée à une aide à l'accès à la justice (aide juridictionnelle), s'est progressivement étendue à des procédures non juridictionnelles et à la prévention des conflits par une meilleure information en amont.

Partant du constat que les situations d'exclusion trouvent souvent leur origine dans une rupture de droit (à la suite de la perte d'un emploi, d'un logement ou d'une séparation, par exemple), l'accès à l'information juridique devrait permettre les conditions d'un travail juridique approprié pour anticiper et éviter les situations d'urgence. Connaître ses droits devrait permettre de les faire valoir et de les défendre. De façon plus imagée, « le juridique viendrait au secours du judiciaire », au même titre que « la médecine préventive vient au secours de la médecine curative ».

Il est clair que la mission régaliennne que poursuit l'institution judiciaire ne facilite pas son positionnement dans la mise en œuvre d'une politique publique vis-à-vis des exclus. Face à l'affaiblissement du tissu social et à la disparition des solidarités

---

1. Loi n° 91-647 relative à l'aide juridique modifiée par la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, article 53.



locales, les pouvoirs publics ont cherché à réinscrire le droit dans la cité, en développant principalement une politique de régulation sociale par le droit. Mais la recherche d'un équilibre entre justice individuelle et justice sociale s'avère d'autant plus délicat qu'il est soumis à des priorités politiques changeantes.

Au-delà de la réponse strictement juridique, l'objectif est bien de recréer du lien social, de rompre l'isolement et de lutter contre la désaffiliation sociale. Reste à déterminer si les dispositifs juridiques mis en œuvre répondent à cette attente, et en particulier pour ce qui concerne les personnes les plus démunies.

Quelles sont les modalités existantes permettant d'agir concrètement? La méthodologie développée par l'association « Droits d'Urgence », consistant à aller au devant des publics les plus précaires en investissant des lieux de passage et d'accueil de ces populations, doit être soulignée<sup>2</sup>.

Le développement de ce nouveau levier que constitue l'accès au droit ne participe-t-il pas à apporter une réponse à cette interrogation : « Comment un système juridique opaque, fabriqué et contrôlé par des experts, indifférent aux conditions concrètes d'accès au droit, centré sur le règlement technique des conflits à l'aide de dispositifs de justice quasi entièrement verrouillés par les professionnels, peut-il effectivement nouer des liens? » [Peyrat, 2007].

Distinguer « accès à la justice » et « accès au droit » ne permettrait-il pas de donner au droit toute sa valeur symbolique, en tant qu'outil de conquête de la citoyenneté et d'accès de tous au statut de sujet de droit? Un vrai « accès au droit » devrait permettre de donner corps à l'objectif d'égalité devant la loi<sup>3</sup>.

Mais donner sa place à l'accès au droit nécessite un changement de regard et de pratiques. Il faut d'abord dépasser les clivages traditionnels existant entre professionnels de l'action sociale et professionnels du droit. Il faut, au contraire, mettre en œuvre un partenariat, une coordination, entre intervention sociale et juridique. Cela implique également la mise en place d'un suivi et d'un accompagnement pour les personnes les plus vulnérables, pour lesquelles la prise en compte du temps est primordiale. Il faut remettre les personnes en situation de pauvreté dans une perspective d'insertion, tout en rappelant que le droit a son temps propre, parfois difficilement conciliable avec les contingences de l'urgence.

---

2. Droits d'Urgence, association loi 1901, [www.droitsdurgence.org](http://www.droitsdurgence.org).

3. Pour la distinction entre valeur symbolique et instrumentale de l'accès au droit, voir Faget, 1995.

## L'accessibilité et la proximité

L'absence de toute présence judiciaire dans la plupart des lieux de précarité, et le besoin de rapprocher l'institution du justiciable, ont poussé à l'émergence de la justice de proximité. La réduction des distances suppose un rapprochement à la fois géographique, temporel, relationnel et social [ministère la Justice, 2001].

La même volonté préside au développement de l'accès au droit qui repose sur une politique partenariale et décentralisée. Dans chaque département, il a été mis en place un organe pilote, le conseil départemental de l'accès au droit (CDAD), chargé de recenser les besoins, de définir une politique locale en matière d'accès au droit, et de dresser et diffuser l'inventaire des actions menées. Présidé par le président du tribunal de grande instance, ce groupement d'intérêt public est composé de représentants de l'État, du département, des différentes professions judiciaires (avocats, huissiers, notaires) et d'une association œuvrant dans le domaine de l'accès au droit. Le procureur de la République y représente l'administration, en sa qualité de commissaire du gouvernement.

Les politiques locales d'accès au droit reposent avant tout sur la gratuité, la proximité et l'accessibilité. Cette volonté s'est concrétisée essentiellement par la mise en place des maisons de la justice et du droit (MJD), des antennes de justice et des points d'accès au droit.

Des sondages et enquêtes de satisfaction, réalisés à l'initiative du ministère de la Justice en 2001 et 2006 ont révélé le succès rencontré par les MJD auprès du public<sup>4</sup>. Force est néanmoins de constater que certains publics restent à l'écart de ces lieux.

### Les maisons de la justice et du droit (MJD)

Les premières MJD apparaissent à partir de 1990 et sont élevées au rang d'institutions judiciaires en 1998. Elles sont à ce titre inscrites dans le Code de l'organisation judiciaire<sup>5</sup>. Ce sont des établissements judiciaires présidés par les chefs de Cour. Les MJD sont implantées dans des quartiers en difficulté ou dans des lieux de peuplement éloignés des tribunaux. Elles

---

4. Sondage CSA/Ministère de la Justice, 2001, « Les Maisons de justice et du droit vues par leurs utilisateurs et le grand public. Satisfaction, images et attentes », mars.

5. COJ, art. L. 7-12-1-1, introduit par la loi n° 98-1163, 18 décembre 1998.

assurent une présence judiciaire de proximité et concourent à la prévention de la délinquance, à l'aide aux victimes et à l'accès au droit. Ce sont de véritables plate-formes multiservices qui regroupent des acteurs associatifs et institutionnels. Maisons du Droit, on y trouve généralement des permanences juridiques généralistes ou spécialisées (logement, consommation, droit des étrangers, etc.), effectuées par les avocats du Barreau ou des associations, celles des délégués du Médiateur de la République. Maisons de la Justice, elles accueillent les délégués du Procureur de la République et constituent des lieux privilégiés pour la mise en œuvre des mesures alternatives aux poursuites pénales comme la médiation pénale<sup>6</sup> et de certains modes de résolution amiable des conflits (conciliation, médiation).

Fin janvier 2006, on dénombrait 117 MJD et 67 antennes de justice. Néanmoins, le succès rencontré par les MJD auprès du public ne doit pas occulter les difficultés pratiques auxquelles elles font face, essentiellement en termes de personnel. Leur fonctionnement est normalement assuré par un greffier assisté d'un adjoint administratif mais de nombreuses structures sont confrontées à des problèmes récurrents d'effectif qui sont généralement résolus par le recours à la conclusion de contrats aidés, par nature précaires et dont la pérennisation n'est pas garantie. Les contrats d'avenir ont parfois pris le relais des contrats emplois-jeunes [Association des maires des grandes villes de France, 2003 ; Conseil national des villes, 2003].

À l'heure de la réforme de la carte judiciaire, on peut légitimement s'interroger sur le renforcement des moyens accordés aux MJD et sur leur articulation avec les juridictions de proximité développées depuis 2002 et chargées de connaître des litiges civils de la vie quotidienne et des infractions sanctionnées par les amendes des premières classes.

### Les points d'accès au droit

Un point d'accès au droit (PAD) est un lieu d'accueil gratuit et permanent permettant d'apporter à toute personne confrontée à des problèmes juridiques ou administratifs une information de proximité sur ses droits et devoirs. Contrairement à une MJD, un PAD traite uniquement de l'accès au droit et n'a aucune compétence en matière judiciaire. Y sont organisées des consultations d'avocats, des permanences juridiques associatives et parfois des permanences des délégués du Médiateur de la République

---

6. CPP, art. 41-7, introduit par la loi du 4 janvier 1993.

ou d'écrivains publics. La structure, qui peut être portée par une collectivité locale, un service public préexistant ou une association, doit être labellisée par le CDAD.

Plate-forme ressource en matière juridique ou simple porte d'accès à une première information, la définition d'un point d'accès au droit n'est pas totalement uniformisée et sujette à des interprétations locales, notamment en ce qui concerne la continuité du lieu. À Paris, la notion de relais d'accès au droit a été retenue pour des permanences ponctuelles dont la fréquence est hebdomadaire. Cette accumulation de définitions et cette utilisation de dénominations différentes ne facilitent pas la lecture et la compréhension immédiate de ces réalisations.

Il faut souligner l'implantation et le développement de points d'accès au droit en milieu pénitentiaire destinés à faciliter l'accès au droit des détenus qui constituent une catégorie de population particulièrement exclue. Actuellement, on dénombre environ une centaine de points d'accès au droit au sein des 188 établissements pénitentiaires. Le PAD a pour objectif d'apporter aux personnes détenues et à leurs proches, une aide juridique gratuite. Ce service permet à tout détenu qui en fait la demande, d'avoir accès à une information sur ses droits et devoirs, et de bénéficier d'une aide dans ses démarches. Bien que les problématiques soient sensiblement les mêmes qu'en milieu ouvert (surendettement, problèmes familiaux, etc.), le sentiment d'isolement est exacerbé par l'enfermement qui complique la mise en œuvre des démarches même les plus simples. Il faut ici préciser que ce service en milieu pénitentiaire ne traite pas des questions de nature pénale (réservées aux seuls avocats des prévenus et des détenus), mais uniquement des questions juridiques de nature « sociale ».

### L'intervention *in situ* : un changement de point de vue

Si les dispositifs d'accès au droit que nous venons de rappeler répondent bien à une demande sociale d'information juridique, il n'en est pas moins vrai qu'ils restent éloignés des publics les plus défavorisés. L'expérience montre que les plus démunis ne franchissent pas les portes de lieux jugés trop institutionnels, souvent par volonté de ne pas être une fois de plus en situation de demande auprès d'un guichet anonyme. C'est pourquoi la démarche de certaines associations d'aller au-devant des personnes a pour objectif de mieux répondre aux attentes des publics les plus défavorisés.

Le travail réalisé par l'association Accès aux Droits Solidarité Paris est à ce titre révélateur. Organisant des permanences juridiques gratuites dans des structures institutionnelles (maisons de la justice et du droit, points d'accès au droit, services sociaux de secteur) et associatives, l'association réalise environ 22 000 entretiens chaque année. Les chiffres d'activité montrent clairement la différence des publics en fonction de la structure accueillante.

Dans les permanences organisées dans les MJD, structures identifiées comme lieux ressource en matière juridique, près de la moitié des personnes accueillies exercent une activité professionnelle et près de trois sur quatre sont locataires. Dans les permanences associatives où la première demande est d'ordre social ou médico-social, les personnes accueillies présentent des profils totalement différents. Celles exerçant une activité professionnelle représentent une infime minorité et les locataires seulement un quart du public reçu. Au contraire, le nombre de personnes sans ressources, hébergées en hôtels, en centre d'hébergement ou à la rue y est beaucoup plus important. Prenant exemple sur l'action du monde médical et la méthodologie des dispositifs d'urgence sociale, la prise en compte de certaines difficultés implique d'investir les lieux où la réponse juridique est absente : les accueils de jour, les centres de soins généralistes ou spécialisés pour les toxicomanes, les centres d'hébergement, ou enfin les hôpitaux. Cette démarche entraîne un changement de regard et la révision des pratiques traditionnelles d'intervention juridique. Il s'agit notamment de sortir des murs du Palais ou des cabinets pour se rendre dans les lieux que fréquentent quotidiennement les personnes les plus démunies, d'expliquer et de vulgariser les procédures et le vocabulaire, de favoriser le règlement amiable des litiges et de développer l'articulation et la collaboration avec les intervenants sociaux.

## **La coordination des interventions**

### **L'articulation des interventions juridiques et sociales**

La complexification des dispositifs et des règles d'action et de protection sociale rend capitale l'articulation des interventions juridiques et sociales. Cette démarche permet un traitement global des situations, de préférence dans un même lieu. Elle offre un soutien aux travailleurs sociaux de plus en plus confrontés à des questions juridiques dans le cadre de l'accompagnement

social qu'ils sont chargés de mettre en place auprès des populations en situation d'exclusion.

Ce besoin est d'autant plus important que les risques d'exclusion, tout comme les perspectives d'insertion (travail, logement), sont souvent conditionnés par le traitement en amont de difficultés juridiques ou administratives. La question du droit des étrangers est à ce titre révélatrice. Le non-renouvellement d'un titre de séjour peut avoir des conséquences désastreuses en matière de travail, de logement et de protection sociale. Dans le cadre de l'examen de situations relevant de matières complexes et changeantes, la connaissance des procédures et des leviers qu'offre la justice fait du professionnel du droit un appui fondamental pour les travailleurs sociaux. Le diagnostic juridique « devient le levier prioritaire pour sortir le travail social de son rôle de simple gestionnaire de la précarité » [Maille, 2007].

Pour que le partenariat fonctionne, il est essentiel que les rôles soient clairement identifiés et qu'une véritable collaboration se forme au service des publics. Comme le remarquait déjà Jacques Faget, « seule la coopération horizontale et non hiérarchique entre professions juridiques et acteurs sociaux spécialisés permettra de faire face efficacement à l'intensification de la demande sociale de droit » [Faget, 1995, p. 367-378].

La coordination de ces deux types d'intervention est loin d'être simple en ce sens qu'elle confronte deux cultures de travail où les méthodes diffèrent largement. L'échange de pratiques est fondamental afin de faire comprendre les exigences en matière juridique comme le recours à l'écrit, le respect des délais, le renvoi systématique aux textes juridiques de référence.

À défaut d'une intervention conjointe au sein d'un lieu unique, la mise en réseau des acteurs révèle une préoccupation commune. Il s'agit de fournir aux professionnels questionnés les outils nécessaires à une information complète de la personne et faciliter ainsi les démarches de celle-ci. Cette « rencontre » de compétences évite également les phénomènes de dilution des responsabilités que peuvent entraîner les réflexes d'orientation vers un autre professionnel, dans un autre lieu. En contrepoint, elle facilite la mise en place éventuelle d'un suivi des personnes et leur accompagnement jusqu'à la résolution de leur problème.

L'expérience développée dans le cadre du Plan de cohésion sociale pilotée par la Direction générale de l'Action sociale avec la labellisation des pôles d'accueil en réseau pour l'accès aux droits sociaux (PARADS) est à ce titre intéressante. L'objectif de

ces pôles est d'améliorer l'accès effectif aux droits sociaux, et en particulier pour les publics en difficulté. Une attention particulière est portée à la qualité de l'accueil, et les usagers sont associés à la réflexion sur la création de ce pôle d'accueil partant du principe que leurs expériences permettent d'éviter un certain nombre d'écueils. Un point d'accès au droit pourrait tout à fait trouver sa place dans cette démarche collaborative qui vise à associer des compétences complémentaires.

### Les difficultés liées à la formation

Les questions touchant à la précarité ou à l'exclusion (expulsions locatives, surendettement, action sociale, séjour des étrangers) ne sont jamais abordées dans le cadre du cursus juridique classique de formation initiale des professionnels du droit (magistrats, etc.), mais uniquement dans le cadre d'enseignements spécialisés. *A fortiori*, les formations à l'accueil ou à la technique d'entretien n'apparaissent pas dans ces programmes. Ainsi, un juriste, titulaire d'un diplôme de niveau I, n'est absolument pas préparé à intervenir auprès de certains publics et les connaissances qu'il a acquises restent éloignées d'une certaine réalité sociale. Tout repose sur ses qualités et capacités personnelles. À ce titre, des associations comme Droits d'Urgence ont mis en place des programmes de formations spécifiques à destination des salariés et des bénévoles. Elles sont fondées sur le principe d'une intervention en binôme : en général, un avocat est assisté d'un juriste ou d'un étudiant qui pourra ainsi se former au contact d'un professionnel « aguerri ». En 2007, l'association a développé un programme de formation destiné aux professionnels de l'accès au droit dans le ressort de la Cour d'appel de Paris. Les stagiaires ont bénéficié d'une formation à l'accueil, de formations juridiques (logement, étrangers, lutte contre les discriminations) et ont été invités à participer à un groupe de supervision. S'il faut souligner l'originalité de la prise en compte de l'importance de la dimension psychologique des interventions dans ce programme de formation, l'idée sous-jacente est de créer du lien entre des partenaires naturels, partageant des problématiques communes et confrontées à des situations similaires, afin de favoriser l'émergence d'une culture commune. De nombreux acteurs se plaignent encore d'un sentiment d'isolement, non pas en raison d'un manque de structures ressources, mais plutôt d'un manque d'échanges concernant tant les connaissances que les pratiques.

## **L'accompagnement et le suivi des personnes**

Répondre aux besoins des personnes démunies nécessite beaucoup plus qu'une simple information. Elle implique la mise en place d'un accompagnement et d'un suivi de la personne dans la durée. Plusieurs rencontres sont souvent nécessaires pour comprendre une problématique individuelle qui n'est pas toujours clairement énoncée ni même identifiée, collecter les documents nécessaires pour l'aide à la personne et faire comprendre les règles du droit pour qu'elles soient acceptées. Cette mission se situe dès lors au-delà de l'intervention juridique classique. Elle demande un travail d'explication, de vulgarisation du vocabulaire et des procédures et suscite parfois son prolongement par un accompagnement physique auprès des administrations concernées.

Il s'agit également d'aider à la constitution des dossiers et de faire le lien avec les auxiliaires de justice (avocats, huissiers, notaires) pour faciliter l'accès à la justice. Il est néanmoins important que la personne reste acteur de la situation pour qu'accompagnement ne rime pas avec assistanat.

Or, de nombreuses permanences se limitent à une première information sans possibilité d'engager un véritable suivi des personnes. Si cette offre correspond parfaitement aux besoins de celles qui sont en mesure d'agir de manière autonome, elle ne prend pas en compte ceux pour qui la moindre démarche relève au mieux du « parcours du combattant ». Le travail d'accompagnement s'effectue dans la durée et la notion de temps est fondamentale. Or, cette exigence est difficilement conciliable avec des impératifs de gains auxquels sont notamment soumis les avocats. C'est pourquoi ce champ d'action relève souvent du bénévolat. Il y a cependant place pour des professionnels dont les missions ne sont pas définies en termes de rentabilité et dont les connaissances juridiques (notamment au niveau procédural) permettent de réagir rapidement, même en urgence.

Relativement récente, la notion d'accès au droit s'est largement répandue ces dernières années et a donné lieu au développement de nombreuses initiatives et de multiples dispositifs. Cette accroissement de l'offre ne doit pas cacher l'insuffisante concertation et coordination des différents acteurs (Justice, collectivités locales, associations) qui pousse à s'interroger quant à la cohérence des implantations, l'information sur l'existant et les échanges sur les méthodes de travail. La mise en place d'un



référentiel commun faisant appel à des éléments quantitatifs et qualitatifs est indispensable afin de rationaliser l'offre, harmoniser les pratiques et mesurer si les services proposés répondent à l'ensemble des besoins du public et en particulier à ceux des personnes les plus démunies.

Si certaines expériences méritent d'être valorisées et peut-être étendues, la réponse ne peut pas être uniforme et doit tenir compte des spécificités locales en termes de taille du territoire, de niveau d'urbanisation, de ressources disponibles et des caractéristiques de la population. Avant toute implantation, il est indispensable de procéder à une analyse des besoins et de définir une méthodologie d'intervention qui doit favoriser la coordination entre les intervenants du secteur social, les administrations et les professions judiciaires. Il s'agit également de reconnaître la place centrale et stratégique de l'accueil en valorisant la fonction.

Comme pour les dispositifs d'urgence sociale, le constat d'une transformation des publics et des problèmes qu'ils rencontrent a marqué la nécessité de réviser les modalités d'intervention traditionnelles. On peut évidemment regretter que des dispositifs pensés comme temporaires s'institutionnalisent (hébergement d'urgence, 115) et révèlent une certaine impuissance à trouver des réponses adaptées.

Mais l'essor des dispositifs d'accès au droit et le succès rencontré auprès des personnes ne doivent cependant pas être analysés comme l'émergence d'une sous-justice. Il révèle au contraire une autre façon d'envisager le recours au droit, une autre manière d'appréhender le droit. Le droit devient ressource, permettant de pacifier certaines situations et sortir de la culture du conflit en facilitant le dialogue et la restauration du lien social. Parallèlement, il faut accepter le rôle critique de ces dispositifs de proximité, au plus près des difficultés concrètes, vis à vis de certaines pratiques administratives et de leurs répercussions concrètes en termes d'insertion et d'intégration.

## Bibliographie

**Association des maires des grandes villes de France**, 2003, « Les maisons de Justice et du Droit dans les grandes villes et agglomérations », *Études*, n° 203, août.

**Conseil national des villes**, 2003, *Avis du CNV sur les maisons de Justice et du Droit, adopté par l'Assemblée plénière de Clichy-sous-Bois, le 20 juin 2003.*

**Du Luart R.**, 2007, « L'aide juridictionnelle, réformer un système à bout de souffle », *Les rapports du Sénat*, rapport d'information n° 23, Sénat, 9 octobre.

**Faget J.**, 1995, « L'accès au droit, logiques de marchés et enjeux sociaux », *Droit et société*, n° 30/31, p. 367-378.

**Maille D.**, 2007, « Du travail social à l'action juridique », *Plein Droit*, n° 72, mars.

**Ministère la Justice**, 2001, *La politique judiciaire de la ville*, Guide méthodologique, avril.

**Peyrat D.**, 2007, *Face à l'insécurité refaire la cité*, Buchet Chastel.

# L'influence du droit international sur la lutte contre la pauvreté et l'exclusion en Belgique

Jacques FIERENS

Avocat au barreau de Bruxelles, professeur extraordinaire aux Facultés universitaires Notre-Dame de la paix à Namur, chargé de cours à l'Université de Liège

IL SERAIT évidemment présomptueux de vouloir résumer en peu de mots comment la Belgique mobilise le droit pour tenter d'éradiquer la pauvreté qui, comme dans tous les pays riches, y subsiste et souvent s'y accroît. On choisira donc de centrer le propos sur l'influence des normes internationales en matière de droits fondamentaux sur la législation et la jurisprudence belges. Ce type d'interaction est souvent transposable, mutatis mutandis, dans un État comme la France, dont le système juridique demeure particulièrement proche de celui de sa voisine du nord.

Dans l'effort pour mobiliser le droit dans la lutte contre la pauvreté, il convient sans doute de distinguer celle-ci de la précarité<sup>1</sup>. En Belgique, si le refus de toutes les discriminations est

1. Voy. Conseil économique et social français, *Grande pauvreté et précarité économique et sociale*, J.O., *Avis et rapports du CES*, 28 février 1987 : « La précarité est l'absence d'une ou plusieurs des sécurités permettant aux personnes et familles d'assumer leurs responsabilités élémentaires et de jouir de leurs droits fondamentaux. L'insécurité qui en résulte peut être plus ou moins étendue et avoir des conséquences plus ou moins graves et définitives. Elle conduit le plus souvent à la grande pauvreté quand elle affecte plusieurs domaines de l'existence, qu'elle tend à se prolonger dans le temps et devient persistante, qu'elle compromet gravement les chances de reconquérir ses droits et de réassumer ses responsabilités par soi-même dans un avenir prévisible. » Cette définition devrait toutefois être encore nuancée. Les précarités visées, dont l'accumulation peut conduire à la grande

envisagé par la constitution et par la loi<sup>2</sup>, les personnes qui n'ont pas basculé dans la grande pauvreté bénéficient en fait davantage des avancées législatives ou jurisprudentielles en la matière. Ce phénomène est connu sous la dénomination d'« effet Matthieu »<sup>3</sup>. Dans un contexte idéologique mondial peu capable d'appréhender la misère comme autre chose qu'un défaut de moyens matériels, on ne peut s'en étonner. L'explication réside dans le fait que, s'il est depuis longtemps acquis, du moins sur le plan des principes, que l'élimination de la misère implique l'effectivité de l'ensemble des droits fondamentaux, qu'ils soient qualifiés de droits politiques, civils, économiques, sociaux et culturels ou encore de droits de la solidarité<sup>4</sup>, la tentative d'éradiquer des situations de précarité ou de pauvreté a plus particulièrement concerné les droits économiques, c'est-à-dire la garantie d'un revenu financier<sup>5</sup>.

## **L'influence des normes internationales sur la législation belge destinée à lutter contre la pauvreté**

Une loi du 31 janvier 1994 a inséré dans la Constitution belge un article 24bis devenu ultérieurement, dans la nouvelle numérotation, l'article 23<sup>6</sup>. Il est ainsi libellé :

---

pauvreté, n'ont pas toujours pour conséquence de priver des personnes et des familles de la jouissance des droits fondamentaux. Les droits reconnus aux pauvres, dans les démocraties occidentales et spécialement en Belgique sont nombreux et sans doute suffisants, à l'exception notable des droits des étrangers en séjour illégal sur le territoire du Royaume. La précarité et la pauvreté compromettent plutôt très souvent l'exercice de ceux-ci. Cette distinction théorique entre jouissance et exercice ne doit cependant pas être durcie: des situations de fait peuvent rendre l'exercice d'un droit à ce point impossible que sa jouissance n'a plus aucun sens.

2. Voir l'article 11 de la constitution, la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, ou encore la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

3 L'« effet Matthieu » renvoie en manière de clin d'œil à la phrase de Jésus rapportée notamment par saint Matthieu: « Car à tout homme qui a, l'on donnera et il aura du surplus; mais à celui qui n'a pas, on enlèvera même ce qu'il a. » (*Mt* 25, 29; Voir aussi *Mt* 13,12; le premier évangéliste a été curieusement privilégié par les sociologues inventeurs de l'expression, puisque la sentence se retrouve par ailleurs en, *Lc* 8, 18, *Lc* 19, 26, ainsi qu'en *Mc* 4, 25.)

4. Voir entre autres la Résolution du 14 mars 2001 de l'Assemblée générale des Nations Unies, sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, A/RES/55/106.

5. Pour un état des lieux récent de divers aspects de la précarité et de la pauvreté en Belgique, voir Service de lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale, *Lutter contre la pauvreté. Évolutions et perspectives. Une contribution au débat et à l'action politiques. Rapport - décembre 2007*, disponible sur [www.luttepauvrete.be](http://www.luttepauvrete.be) (janvier 2008).

6. Voy. Fierens J., « L'article 23 de la Constitution, une arme contre la misère ? », *Droit en Quart Monde*, 1994; du même, *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution. Actes du*

« Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine.

À cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice.

Ces droits comprennent notamment :

1° • le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle dans le cadre d'une politique générale de l'emploi, visant entre autres à assurer un niveau d'emploi aussi stable et élevé que possible, le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables, ainsi que le droit d'information, de consultation et de négociation collective ;

2° • le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique ;

3° • le droit à un logement décent ;

4° • le droit à la protection d'un environnement sain ;

5° • le droit à l'épanouissement culturel et social<sup>7</sup>. »

Bien que l'appareil législatif et réglementaire existant en 1994 ait concrétisé depuis longtemps de nombreux droits économiques, sociaux et culturels, l'insertion de cette nouvelle disposition constitutionnelle se voulait correspondre à l'état du droit international. La Belgique se trouvait en effet depuis la fin de la Seconde guerre mondiale en porte-à-faux vis-à-vis de ses engagements internationaux en matière de droits fondamentaux. Elle avait ratifié la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 qui consacre les droits économiques, sociaux et culturels (même si sa portée juridique est bien inférieure à son prestige<sup>8</sup>). Elle a

---

*colloque tenu à l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 décembre 1994, Bruxelles, Bruylant, 1995. On consultera aussi le rapport fait au nom de la commission de la révision de la constitution et des réformes des institutions par M. Arts et Mme Nelis, Doc. parl., Sénat, sess. 1991-1992, n° 100 - 2 avril*, ci-après cité « Rapport ». Il contient également le rapport fait au nom du groupe de travail « droits économiques et sociaux fondamentaux » par M. Stroobant, pp. 24-103. Ce groupe a tenu ses discussions en 1991 et 1992. Le Rapport retiendra particulièrement l'attention parce qu'il révèle mieux que d'autres documents parlementaires comment et pourquoi l'article 23 a été adopté dans sa formulation définitive. Pour un aperçu des ultimes objections de la Commission de la Chambre, finalement non retenues, on se référera à *Doc. parl., Chambre, sess. 1993-1994, n° 1274/4*.

7. Les lois sont en Belgique l'œuvre du législateur fédéral. Les décrets sont l'expression législative des Communautés et des Régions. « La règle visée à l'article 134 » vise les ordonnances, normes votées par le Conseil régional de Bruxelles-capital.

8. Au niveau interne, la Cour d'arbitrage, actuellement Cour constitutionnelle, a souligné l'absence d'effet obligatoire de la Déclaration universelle (C.A., n° 22/94, 8 mars 1994, B. 1). Il en va de même de la Cour de cassation (Cass. 15 mars 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 734 ; Cass. 30 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 356 ; Cass. 10 mars 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 844 ; Cass. 1<sup>er</sup> décembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 365 ; Cass. 6 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 15) et du Conseil d'Etat, section administration (C.E., 9 février 1966, *Pas.*, 1966, IV, 97 ; C.E., 1<sup>er</sup> décembre 1983, *R.A.C.E.*, 1983, 2196 ; C.E., 7 mars 1985, *R.A.C.E.*, 1985. C.E. 12 mars 1993, *R.A.C.E.*, 1993).

également ratifié le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961, et nombre d'instruments spécialisés élaborés au sein de l'Organisation internationale du travail (OIT) ou du Conseil de l'Europe. Il était donc normal que la formulation du projet démocratique de l'État fédéral, à travers sa constitution, s'aligne sur les engagements pris à l'égard des autres États ou des organismes supranationaux.

Il convenait également de tenir compte du fait que la constitution de plusieurs États membres de l'Union européenne mentionne des droits économiques, sociaux et culturels (notamment les Pays-Bas, l'Allemagne, la France ou le Portugal)<sup>9</sup>. Certains membres du groupe de travail, constitué pour préparer la rédaction du futur article 23 de la Constitution, ont par ailleurs observé que « l'Europe sociale est pour ainsi dire inexistante<sup>10</sup> ». Il est toutefois permis de regretter que le principe de respect de la dignité humaine ne soit explicitement lié qu'aux droits économiques, sociaux et culturels, ce qui confirme l'étroitesse de l'angle d'approche du constituant belge, comme si les garanties relatives au principe de respect de la dignité ne dépendaient que de cette catégorie de droits<sup>11</sup>.

Le droit à l'aide sociale (alinéa 3, 2°) est ainsi devenu en Belgique un droit constitutionnel, deux siècles après son apparition dans la Constitution française de 1791 en tant que droit aux secours publics. Ce droit était consacré comme tel depuis près de deux décennies, à travers la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale, dont l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, indique que : « Toute personne a droit à l'aide sociale. Celle-ci a pour but de permettre à chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine ».

Curieusement, la proximité de la formule insérée en tête de l'article 23 de la Constitution belge avec celle qui consacre le droit à l'aide sociale dans la loi organique n'a guère été évoquée durant les discussions du groupe de travail ou de la Commission de la révision de la constitution et des réformes des institutions du Sénat, si ce n'est incidemment, non pas à propos du principe général du respect de la dignité humaine, mais à propos de la

---

9. *Rapport*, p. 27.

10. *Rapport*, p. 63.

11. En matière d'aide sociale, le Conseil d'Etat, section d'administration, a même réussi à qualifier la dignité humaine de principe *limitatif*. (C. E., 21 mai 1981, n° 21.190, *Rec.*, p. 731.) Sur la pertinence et l'efficacité de l'invocation de la dignité humaine en droit, on se permet de renvoyer à Fierens J., 2002; du même, 2002, pp. 577-582.

garantie particulière de l'aide sociale de l'alinéa 3, 2°. « Un membre rappelle que dans les faits, nous bénéficions d'un droit à l'aide sociale. Il faut consacrer cette notion dans la Constitution. Le fait de l'indiquer dans la Constitution lui confère une valeur particulière<sup>12</sup>. »

Les travaux préparatoires de la loi du 8 juillet 1976 ne font pas allusion aux normes internationales relatives à l'élimination de la pauvreté. En 1976, les centres publics d'aide sociale, devenus depuis centres publics d'action sociale, n'avaient pas été créés en vue de répondre d'abord à ce problème, que l'on considérait comme devenu marginal : « La façon dont se présentent les besoins sociaux et dont ils requièrent une solution dépasse dans une large mesure la notion d'assistance en cas d'indigence. Alors que dans le passé, les besoins matériels et les maladies constituaient les problèmes les plus dignes d'être reconnus par la société et partant de requérir une solution, ce sont, à l'heure actuelle, des problèmes tout à fait nouveaux qui réclament notre attention. (L'évolution socioéconomique généralement favorable a donné naissance à un bien-être croissant. Des régimes de sécurité sociale élaborés ont vu le jour et assurent une sécurité d'existence à des groupes importants de la société<sup>13</sup>. » Aux yeux du gouvernement de l'époque, certains problèmes sociaux nouveaux étaient la conséquence de la création de la sécurité sociale elle-même, comme la solitude des personnes âgées dont le revenu ne « soulage ni la solitude, ni le désarroi »<sup>14</sup>.

Il faudra donc vingt ans d'existence des centres publics d'action sociale (CPAS) pour que le législateur admette que la précarité n'a pas disparu : « Malgré le développement de notre sécurité sociale, une pauvreté subsiste et elle pose des problèmes aigus dans les centres urbains et à l'égard d'une population particulièrement exclue (...)»<sup>15</sup>. »

Le droit à l'aide sociale avait été précédé par la consécration du droit à un minimum de moyens d'existence (« minimex ») institué par la loi du 7 août 1974, qui constituait une garantie distincte<sup>16</sup>. La loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration

---

12. *Rapport*, p. 99.

13. Exposé des motifs, **Pasin.**, 1976, p. 1309.

14. *Ibidem*.

15. Projet de loi contenant un programme d'urgence pour une société plus solidaire, Exposé des motifs, *Doc. parl., Ch.*, sess extr. 1991-1992, n° 630/1, p. 1.

16. Selon une jurisprudence constante, le droit à l'aide sociale est subsidiaire par rapport au droit à l'intégration sociale.

sociale a entendu réformer le système du minimum de moyens d'existence, jugé obsolète. En réalité, beaucoup ont vu dans cette réforme un durcissement des conditions de garantie d'un revenu minimum. La loi du 7 août 1974 visait en effet une garantie financière au bénéfice de ceux qui échappent à la sécurité sociale « classique »<sup>17</sup>. La loi du 26 mai 2002 fait du versement d'un « revenu d'intégration » une prestation éventuelle, dans la plupart des cas subsidiaire par rapport à l'offre d'un emploi ou d'une formation. L'article 2 est ainsi libellé : « Toute personne a droit à l'intégration sociale. Ce droit peut, dans les conditions fixées par la présente loi, prendre la forme d'un emploi et/ou d'un revenu d'intégration, assortis ou non d'un projet individualisé d'intégration sociale. Les centres publics d'aide sociale ont pour mission d'assurer ce droit ».

Cette loi est bâtie avant tout, comme son nom l'indique, sur l'idée d'intégration, résultat du triomphe du concept d'exclusion sociale, et rejette explicitement la seule approche financière : « C'est pourquoi l'intégration des personnes les plus démunies doit correspondre à une politique dynamique tournée vers l'insertion sociale et la solidarité responsable en permettant à chacun de se voir garantir un droit à l'émancipation personnelle remplaçant une politique d'assistance strictement financière<sup>18</sup>. » La loi consacre dès lors au profit de certaines personnes le droit à l'intégration sociale, dont la principale caractéristique est un prétendu droit à un « emploi adapté à sa situation personnelle et à ses capacités » à l'égard des moins de 25 ans. Ce droit n'est cependant pas reconnu aux mineurs, à de rares exceptions près, ni aux étrangers non ressortissants d'un État de l'Union européenne s'ils ne sont pas réfugiés ou apatrides reconnus (Art. 2, al. 1<sup>er</sup>). De plus, l'obtention d'un emploi adapté n'est pas considérée par la jurisprudence comme une obligation de résultat à charge des CPAS, mais seulement comme une obligation de moyens, ce qui en appauvrit à l'évidence la portée juridique et l'efficacité. L'exposé des motifs du projet gouvernemental qui a abouti à la loi concernant le droit à l'intégration sociale ne fait pas non plus allusion aux normes internationales. Du point de vue des sources d'inspiration explicites de la norme, parmi les initiatives belges les plus importantes en matière de lutte contre la précarité, seule l'introduction de l'article 23 de la constitution s'y réfère donc.

---

17. Voir l'important arrêt de la Cour d'arbitrage n° 5/2004 du 14 janvier 2004, statuant sur les mérites d'une requête en annulation de nombreuses dispositions de la loi, introduite par la Ligue des droits de l'homme. Les arrêts de la Cour d'arbitrage, devenue récemment Cour constitutionnelle, peuvent être consultés sur le site de la Cour, <http://www.const-court.be>.

18. Exposé des motifs, *Doc. parl. Ch.*, sess. 2001-2002, n° 1603/001, 23 janvier 2002, p. 3.



## **L'influence des normes internationales sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle**

### Le droit d'action devant la Cour constitutionnelle

La Cour constitutionnelle (anciennement Cour d'arbitrage) statue notamment sur la violation par une loi fédérale, un décret communautaire ou régional ou encore une ordonnance applicable en région de Bruxelles-capitale, des articles contenus dans le Titre II de la Constitution : « Des Belges et de leurs droits ». La Cour est saisie par un recours en annulation ou par voie de question préjudicielle, par toute autorité que la loi désigne, par toute personne justifiant d'un intérêt ou, à titre préjudiciel, par toute juridiction<sup>19</sup>.

Selon une jurisprudence constante, les associations sont ainsi habilitées à former un recours en annulation de tout ou partie d'une norme qui porte atteinte aux intérêts spécifiques, distincts de l'intérêt général, qu'en vertu de son objet social, elle poursuit de manière durable, si cet intérêt n'est pas limité aux intérêts individuels des membres. La norme entreprise doit être susceptible d'en affecter l'objet social. Cette ouverture a fréquemment permis à des organisations non gouvernementales comme la Ligue des droits de l'homme, ou Défense des enfants international d'attaquer en annulation diverses dispositions relatives à des lois, des décrets ou des ordonnances qu'elles estimaient critiquables. Parfois même, les associations et singulièrement les syndicats, sont reçus dans leur action devant la Cour constitutionnelle<sup>20</sup>.

Certaines normes attaquées par des particuliers ou des associations, voire par des entités fédérées, concernaient des initiatives en matière de protection contre la pauvreté ou d'aide sociale au sens large, et la jurisprudence qui s'est ainsi formée mérite évidemment l'attention. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle dans des affaires qui n'ont guère de rapport avec ces matières est cependant parfois éclairante également,

---

19. Voir l'article 142 de la Constitution tel que modifié par la loi du 7 mai 2007 et la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

20. « Les organisations syndicales qui sont des associations de fait n'ont pas, en principe, la capacité requise pour introduire un recours en annulation devant la Cour d'arbitrage. Il en va toutefois autrement lorsqu'elles agissent dans les matières pour lesquelles elles sont légalement reconnues comme formant des entités juridiques distinctes et que, alors qu'elles sont légalement associées en tant que telles au fonctionnement des services publics, les conditions mêmes de leur association à ce fonctionnement sont en cause. » (Arrêt n° 71/92, 18 novembre 1992, B.1.2.)

dans la mesure où elle permet de percevoir aisément les perspectives qu'elle ouvre dans le domaine qui nous préoccupe.

### Les normes internationales lues à travers les articles 10, 11 et 191 de la Constitution

Les normes le plus souvent invoquées en matière de précarité ou de pauvreté devant la Cour constitutionnelle sont tout d'abord les articles 10 et 11 de la Constitution, parfois combinés avec l'article 191, qui consacrent le principe d'égalité, de non-discrimination, et octroient la jouissance des droits aux étrangers si une loi ne les limite pas. Ces dispositions sont ainsi libellées :

- Art. 10. Il n'y a dans l'État aucune distinction d'ordres. Les Belges sont égaux devant la loi ; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers. L'égalité des femmes et des hommes est garantie.
- Art. 11. La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination. A cette fin, la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques.
- Art. 191. Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi. »

C'est particulièrement à travers ces articles, que la Cour exerce un contrôle de conformité des lois, décrets et ordonnances aux normes internationales et aux droits fondamentaux consacrés à l'échelle internationale. Ceux-ci sont lus à travers les articles 10, 11 et, le cas échéant, 191 de la Constitution, au sens où la Cour voit dans la loi visée à l'article 10, dans les droits et libertés reconnus aux Belges par l'article 11 ou dans la protection due aux étrangers par l'article 191, non seulement les droits consacrés dans l'ordre interne, mais également ceux que les justiciables tiennent de l'ordre international : « Parmi les droits et libertés garantis aux Belges par l'article [11] de la Constitution figurent bien les droits et libertés résultant de dispositions conventionnelles internationales liant la Belgique et rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment. Il en est ainsi à tout le moins des droits et libertés résultant de dispositions ayant effet direct, ce qui est le cas de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>21</sup>. »

---

21. C.A. n° 18/90, 23 mai 1990, B.11.3. Pour rappel, l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme consacre la liberté de réunion et d'association.

Comme on peut le lire, dans un premier temps, la Cour d'arbitrage avait exigé pour la prise en compte des normes internationales qu'elles soient susceptibles d'effets directs, sans toutefois donner les conditions de cette applicabilité directe. Ces conditions devaient, pensait-on, être trouvées dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Selon cette dernière, pour qu'une norme internationale soit directement applicable il faut que les obligations de l'État contractant soient exprimées complètement et de manière précise et que les parties à la convention aient eu l'intention d'accorder des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus au moyen du traité<sup>22</sup>. Plus récemment, la Cour constitutionnelle a adopté une position beaucoup plus souple. Peu importe, indique-t-elle en substance, de déterminer exactement les effets juridiques de la norme internationale dans l'ordre interne. À partir du moment où la Belgique met en œuvre des engagements internationaux, il lui revient de le faire de manière non discriminatoire : « Compétente pour apprécier si une norme législative viole les articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour doit, lorsqu'elle est interrogée sur une violation de ces dispositions combinées avec une convention internationale, non pas examiner si celle-ci a effet direct dans l'ordre interne, mais apprécier si le législateur n'a pas méconnu de manière discriminatoire les engagements internationaux de la Belgique<sup>23</sup>. »

Cette jurisprudence aboutit à un élargissement considérable de la possibilité d'invocation des droits fondamentaux, notamment. Les plaideurs pourraient sans doute fonder leur argumentation sur des normes internationales qui ne sont certainement pas contraignantes. Dans affaire récente toutefois, relative à une réforme du droit pénal des mineurs, les associations requérantes avaient soutenu qu'il n'est pas nécessaire de s'interroger sur les effets juridiques propres, dans l'ordre interne, de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ou de l'Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing). Dès lors que les règles que ces instruments contiennent sont mises en œuvre par l'État belge, elles doivent l'être sans discrimination<sup>24</sup>. La Cour ne prend

---

22. Cass., 21 avril 1983. Ces deux conditions ont été critiquées, la première parce que l'intention des parties ne doit intervenir dans l'interprétation que lorsque le texte n'est pas clair ; la seconde parce que ce n'est pas la précision qui permet le contrôle des normes à contenu variable, mais le contrôle qui donne la précision. Voir Fierens J., mai 2000, pp. 165-213.

23. C.A. n° 106/2003 du 22 juillet 2003, B.4.2.

24. Affaire n° 4125, requête de l'ASBL Défense des Enfants – International – Belgique – Branche francophone (D.E.I. Belgique) et de l'ASBL Ligue des droits de l'homme, inédite.

pas position sur l'applicabilité éventuelle de certaines dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant, mais estime, à propos des Règles de Beijing, décide qu'« à défaut d'inscription de ces « règles » dans un texte normatif de valeur contraignante, la Cour ne peut contrôler le respect de ces dispositions<sup>25</sup>. »

### La question de l'« effet cliquet » de certaines dispositions internationales

La Cour constitutionnelle a par ailleurs reconnu l'existence d'un effet dit de *standstill* ou « effet-cliquet »<sup>26</sup>, qui peut s'attacher aux droits imposant à l'État une obligation de faire. Celui-ci vise l'interdiction pour l'État partie de régresser, à tout le moins de manière significative, dans la mise en œuvre de la norme internationale ou de réduire les droits accordés pour réaliser son objectif. La détermination de cet effet-cliquet est particulièrement intéressante pour l'invocation des « droits-programmes ». Ainsi, la lecture combinée de l'article 13. 2. et de l'article 2. 1. du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels fait apparaître que l'égalité d'accès – imposée par le Pacte – à l'enseignement supérieur « en fonction des capacités de chacun » doit être instaurée progressivement dans les États contractants, en tenant compte des possibilités économiques et de la situation des finances publiques spécifiques à chacun de ces États, et non pas selon des conditions temporelles strictement uniformes. L'article 13. 2., *littera* c, du Pacte n'a donc pas d'effet direct dans l'ordre juridique interne et, en soi, ne fait pas naître un droit à l'accès gratuit à l'enseignement supérieur. Cette disposition s'oppose toutefois à ce que la Belgique, après l'entrée en vigueur du Pacte à son égard – le 6 juillet 1983 –, prenne des mesures qui iraient à l'encontre de l'objectif d'une instauration progressive de l'égalité d'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun, compte tenu de la situation des finances publiques<sup>27</sup>.

---

25. Arrêt n° 49/2008 du 13 mars 2008, B.2; arrêt n° 50/2008 du 13 mars 2008, B.5.2.

26. Voir l'image suggérée par Fierens J., 1999/1, pp. 46-57. M. Lambert qualifie le terme « *standstill* » de barbare, ce qui n'est pas gentil pour les anglophones. Il propose « non-retour » (Lambert P., 1995, p. 116). MM. De Schutter et van Drooghenbroeck S., 1999, parlent de « non-rétrogression » (par ex. p. 396, note 19). Moins barbare aurait peut-être été « non-régression » ou « non-rétrogradation ».

27. CA, n° 33/92, 7 mai 1992, B.4.3. L'effet de *standstill* a été reconnu d'abord par le Conseil d'Etat (C.E., 6 septembre 1989, *Rev. tr. D.H.*, 1999, p. 184, obs. M. Leroy; *J.L.M.B.*, 1989, p. 1294, note P. Henry; *A.P.T.*, 1989, p. 276 et l'avis de l'Auditeur général adjoint Dumont) puis par la Cour de cassation (Cass. 20 décembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, pp. 1 199 et note R. Ergéc, « Le minerval exigé des élèves étrangers et les effets directs des droits économiques et sociaux »).

## L'invocation d'un traitement inhumain ou dégradant devant la Cour constitutionnelle

Dans le cadre d'un contentieux récurrent devant la Cour constitutionnelle, des associations ont soutenu que, dans la mesure où des restrictions de l'aide sociale, pourtant fondée sur le respect de la dignité humaine<sup>28</sup>, frappent des étrangers en séjour illégal en Belgique, celles-ci constituent un traitement inhumain ou dégradant. En effet, des restrictions au respect de la dignité, ou l'instauration d'un concept de dignité humaine différent pour les Belges et les étrangers autorisés à séjourner sur le territoire du Royaume, d'une part, pour les étrangers en séjour illégal, d'autre part, contrevenaient, aux yeux des requérantes, à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'il convenait de lire, selon le mécanisme déjà décrit, à travers les articles 10 et 11 de la Constitution. Si la Cour d'arbitrage n'a

---

28. Voy. supra, p. 3 Les restrictions critiquées sont contenues dans l'article 57, § 2, de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale. Cet article a été modifié de nombreuses fois, suite aux critiques politiques qui le visaient, et surtout suite aux multiples controverses juridiques qu'il a provoquées. Dans sa dernière version, il est libellé comme suit :

Par dérogation aux autres dispositions de la présente loi, la mission du centre public d'aide sociale se limite à :

1° l'octroi de l'aide médicale urgente, à l'égard d'un étranger qui séjourne illégalement dans le Royaume;

2° constater l'état de besoin suite au fait que les parents n'assument pas ou ne sont pas en mesure d'assumer leur devoir d'entretien, à l'égard d'un étranger de moins de 18 ans qui séjourne, avec ses parents, illégalement dans le Royaume.

Dans le cas visé sous 2°, l'aide sociale est limitée à l'aide matérielle indispensable pour le développement de l'enfant et est exclusivement octroyée dans un centre fédéral d'accueil conformément aux conditions et modalités fixées par le Roi. La présence dans le centre d'accueil des parents ou personnes qui exercent effectivement l'autorité parentale est garantie.

Le Roi peut déterminer ce qu'il y a lieu d'entendre par aide médicale urgente.

Un étranger qui s'est déclaré réfugié et a demandé à être reconnu comme tel, séjourne illégalement dans le Royaume lorsque la demande d'asile a été rejetée et qu'un ordre de quitter le territoire exécutoire a été notifié à l'étranger concerné.

L'aide sociale accordée à un étranger qui était en fait bénéficiaire au moment où un ordre de quitter le territoire exécutoire lui a été notifié, est arrêtée, à l'exception de l'aide médicale urgente, le jour où l'étranger quitte effectivement le territoire et, au plus tard, le jour de l'expiration du délai de l'ordre de quitter le territoire.

Il est dérogé aux dispositions de l'alinéa précédent pendant le délai strictement nécessaire pour permettre à l'étranger de quitter le territoire, pour autant qu'il ait signé une déclaration attestant son intention explicite de quitter le plus vite possible le territoire, sans que ce délai ne puisse en aucun cas excéder un mois.

La déclaration d'intention précitée ne peut être signée qu'une seule fois. Le centre informe sans retard le Ministre qui a l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers dans ses compétences, ainsi que la commune concernée, de la signature de la déclaration d'intention.

S'il s'agit d'un étranger qui est devenu sans abri suite à l'application de l'article 433quaterdecies du Code pénal, l'aide sociale visé à l'alinéa quatre et cinq peut être fournie dans un centre d'accueil tel que visé à l'article 57ter.

pas suivi l'argumentation, sans guère motiver sa décision sur ce moyen, la possibilité de la questionner sous cet angle méritait d'être soulignée. « La limitation, résultant des dispositions attaquées, du droit à l'aide sociale ne constitue ni une torture, ni un traitement inhumain, ni un avilissement ou une humiliation grave<sup>29</sup>. »

### Le droit au recours effectif

Aux yeux de la Cour, des garanties en matière d'aide sociale peuvent se déduire de droits fondamentaux à première vue sans rapport direct avec elles. C'est en effet par le détour du droit au procès équitable que la Cour d'arbitrage a finalement tranché en son temps une des controverses relatives à l'aide aux étrangers en situation irrégulière, jugeant les restrictions mentionnées contraires aux principes d'égalité et de non-discrimination. La Cour d'arbitrage a ainsi décidé qu'il lui appartient d'examiner si de telles restrictions ne sont pas discriminatoires en ce qu'elles portent atteinte, au détriment d'une catégorie de personnes, au droit à l'aide sociale et au droit à l'exercice effectif d'un recours juridictionnel. Dès lors qu'il existe une procédure permettant de filtrer les recours dilatoires, il est excessif de prévoir que sont privés du droit à l'aide sociale tous les demandeurs d'asile dont la demande a été rejetée et qui ont reçu un ordre de quitter le territoire, alors qu'ils ont attaqué devant le Conseil d'État la décision du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides prise en application de l'article 63/3 de la loi ou celle de la Commission permanente de recours des réfugiés<sup>30</sup>.

### Les effets juridiques de l'article 23 de la Constitution

La question des effets juridiques de l'article 23 de la Constitution, évoqué plus haut, a aussi fait l'objet de décisions de la Cour d'arbitrage. Elles sont particulièrement intéressantes à au moins deux titres. Cette disposition constitutionnelle, on l'a vu, consacre en son alinéa 1<sup>er</sup> le principe du respect de la dignité humaine. Or, il convient de s'interroger sur la portée de cette consécration. Elle met en outre en œuvre à travers ses alinéas 2 et 3, en droit belge, les garanties économiques, sociales et culturelles consacrées préalablement par les traités internationaux, singulièrement par la Charte sociale européenne (non révisée à l'époque de l'insertion de l'article 23 de la constitution). L'ensei-

---

29. Arrêt n° 51/94 du 29 juin 1994, B.5.4.

30. Arrêt n° 43/98 du 22 avril 1998, B.34 et ss.

gnement de la jurisprudence constitutionnelle est que l'absence d'effets directs de plusieurs dispositions de ces traités ne revient pas à leur dénier tout effet juridique.

La Cour d'arbitrage a reconnu un effet de *standstill* à l'article 23 de la Constitution lui-même. Elle a souligné qu'« il ressort des travaux préparatoires, d'une part, qu'en garantissant le droit à l'aide sociale, le Constituant avait en vue le droit garanti par la loi organique des CPAS (Doc. parl., Sénat, S.E., 1991-1992, n° 100-2 avril, pp. 99 et 100), d'autre part, que l'adoption de l'article 23 entraînerait l'obligation, sans pour autant conférer des droits subjectifs précis, de maintenir le bénéfice des normes en vigueur en interdisant d'aller à l'encontre des objectifs poursuivis (obligation dite de *standstill*) (*ibid.*, p. 85). Il s'ensuit, sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur la portée normative de l'article 23 dans son ensemble, qu'en matière d'aide sociale, cette disposition constitutionnelle impose aux législateurs de ne pas porter atteinte au droit garanti par la législation qui était applicable le jour où l'article 23 est entré en vigueur. Cette obligation ne peut toutefois s'entendre comme imposant à chaque législateur, dans le cadre de ses compétences, de ne pas toucher aux modalités de l'aide sociale prévues par la loi. Elle leur interdit d'adopter des mesures qui marqueraient un recul significatif du droit garanti par l'article 23, alinéa 1<sup>er</sup> et alinéa 3, 2<sup>o</sup>, de la Constitution, mais elle ne les prive pas du pouvoir d'apprécier de quelle manière ce droit sera le plus adéquatement assuré<sup>31</sup>. »

Plus récemment, la Cour, devenue Cour constitutionnelle, a précisé que « l'article 23, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Constitution dispose que chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine et l'alinéa 3, 2<sup>o</sup>, inscrit parmi les droits économiques, sociaux et culturels le droit à la sécurité sociale et le droit à la protection de la santé. Ces dispositions ne précisent pas ce qu'impliquent ces droits dont seul le principe est exprimé, chaque législateur (des entités fédérales ou fédérées) étant chargé de les garantir, conformément à l'article 23, alinéa 2, en tenant compte des obligations correspondantes. Il découle de l'article 23, alinéa 2, de la Constitution que le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine peut être atteint notamment par l'ensemble des droits économiques, sociaux et culturels, qui se conjuguent de façon à permettre à toute personne d'en jouir. Le droit à la sécurité sociale, duquel relève le droit aux allocations familiales, est un de ces droits. Le législateur compétent dispose, afin de garantir le droit à la sécurité sociale, d'une large

---

31. C.A. n° 169/2002, 27 novembre 2002, B.6.4. et ss.

marge d'appréciation. La Cour ne pourrait censurer les mesures prises par lui afin d'atteindre cet objectif que si elles procédaient d'une appréciation manifestement déraisonnable<sup>32</sup>. »

En ce qui concerne le droit à l'intégration sociale, la Cour dira que « s'il est exact que les articles 10 et 11 de la Constitution imposent, en principe, de comparer la situation de deux catégories de personnes différentes, et non la situation d'une même catégorie de personnes sous l'ancienne et sous la nouvelle législation, à peine de rendre impossible toute modification de la législation, il n'en va pas de même lorsqu'est invoquée, en combinaison avec ces dispositions, une violation de l'effet de 'standstill' de l'article 23 de la Constitution. Celui-ci interdit en effet, en ce qui concerne le droit à l'aide sociale, de régresser de manière significative dans la protection que les législations offraient, dans cette matière, au moment de l'entrée en vigueur de l'article 23<sup>33</sup>. » Ou encore : l'article 23 de la Constitution implique, en ce qui concerne la protection de l'environnement, une obligation de « standstill », qui s'oppose à ce que le législateur compétent réduise sensiblement le niveau de protection offert par la législation en vigueur, sans qu'il existe pour ce faire des motifs liés à l'intérêt général<sup>34</sup>.

Cette jurisprudence concerne l'ensemble de l'article 23. La doctrine a cependant souligné à plusieurs reprises que l'alinéa 1er devrait se voir reconnaître une « autonomie normative » parce qu'il consacre le principe de respect de la dignité humaine avant que le texte précise que les divers législateurs garantiront les droits économiques, sociaux et culturels énoncés de manière non limitative. On se trouverait dès lors, avec l'alinéa 1er, en présence d'un droit directement applicable, à l'instar des normes internationales protégeant contre les traitements inhumains ou dégradants, du moins dans un sens négatif : nul ne peut se voir contraint de subir une situation contraire à la dignité humaine. Ainsi, « à supposer qu'il n'organise aucun droit-créance, l'article 23, alinéa 1er est à tout le moins attributif de compétence négative : nulle autorité, qu'elle soit législative, administrative ou locale, ne peut prendre une mesure contraire à ce droit dont les contours sont laissés au tracé de l'interprète<sup>35</sup>. »

---

32. C. Const. n° 66/2007, 26 avril 2007, B.10.2 et ss.

33. C.A. n° 5/2004, 14 janvier 2004, B.25.3.

34. C.A. n° 145/2006, 28 septembre 2006, B.5.1.

35. P. Martens, « Les communes et les droits économiques et sociaux », *Revue de droit communal*, 1996, p. 207.



La Cour de cassation n'a pas dédaigné se référer à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 23 pour en apprécier la portée au contentieux subjectif, ce qui laisse entendre que des effets immédiats y sont attachés. Le Tribunal du travail d'Anvers semble aussi avoir fait application de cette autonomie de l'alinéa 1<sup>er</sup>, en décidant que la caution de l'étranger demandeur ne peut être imposée à un demandeur d'asile résidant légalement sur le territoire belge car ce serait contraire au droit garanti à chacun par l'article 23 de la Constitution de mener une vie conforme à la dignité humaine, ce qui comporte le droit d'agir en justice pour faire valoir ce droit, conformément à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

## **Droit fondamentaux et pauvreté dans la jurisprudence des tribunaux de l'ordre judiciaire**

Devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, les droits fondamentaux, tels que consacrés par les instruments internationaux ou la constitution, ont permis d'appréhender indirectement, avec un succès relatif, des situations de précarité ou de pauvreté, et ont parfois permis au juge de mettre fin à certaines situations. À nouveau, les illustrations qui suivent n'ont aucune prétention à l'exhaustivité, mais sont peut-être de nature à stimuler l'imagination des plaideurs et des tribunaux, français ou belges.

### **L'interdiction des traitements inhumains et dégradants**

L'interdiction des traitements inhumains et dégradants, telle que portée par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, a été retenue en matière d'expulsion d'un logement. Dans une décision déjà ancienne, le Tribunal de police de Tubize a décidé que « le fait pour un tribunal belge de prononcer le déguerpissement de sept personnes, alors que le chef de famille est victime d'un accident de travail et que la mère de famille est enceinte de sept mois, constitue de toute évidence un traitement inhumain, d'autant plus que ce déguerpissement est requis pour le 31 mars soit moins de deux mois avant la parturition, que le père premier défendeur est en état d'incapacité de travail et que la famille se compose de cinq tout jeunes enfants ; que dès lors l'administration de la justice belge ne saurait prêter la main à pareille demande contraire à un engagement international solennellement souscrit par la Belgique<sup>36</sup>. »

---

36. Pol. Tubize, 12 mars 1980, *Ann. Conv.*, vol. XXIV, p. 508.

En matière de droit à l'aide sociale, les restrictions de l'aide accordée aux étrangers en séjour illégal ont entraîné une jurisprudence pléthorique, y compris des phénomènes de résistance évidente des juridictions du fond à l'égard de la jurisprudence de la Cour de cassation ou de la Cour constitutionnelle. L'existence ou la menace d'un traitement inhumain ou dégradant a permis à certaines d'entre elles, à travers une véritable guerre des juges, de refuser d'appliquer la loi au nom de la prééminence de la norme internationale d'application directe. Ainsi, il a été jugé que le refus de l'aide sociale pendant l'examen des demandes de régularisation expressément prévues par la loi enfreint l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>37</sup>. Ou encore, la suppression de l'aide sociale à l'égard d'une personne qui n'a pas de travail, ne dispose pas de revenus de remplacement et qui se trouve dans un état de besoin, revient à condamner celle-ci à la mendicité, au travail clandestin, voire à la criminalité, à des conditions de vie extrêmement précaires mettant en péril sa santé physique et morale ainsi que celle de sa famille, ce qui constitue certainement une situation d'humiliation et d'avilissement contraire à la dignité humaine et dès lors une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>38</sup>. Priver de régularisation le demandeur qui se trouve dans l'impossibilité de subvenir lui-même à ses besoins, de l'aide sociale nécessaire pour vivre conformément à la dignité humaine, le contraint à la mendicité et est contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>38</sup>. L'interdiction légale d'aide sociale à un demandeur en régularisation de séjour (dont il faut encore vérifier qu'il ne peut bénéficier ou acquérir des moyens de subsistance conformes à la dignité humaine pendant la durée de la procédure en régularisation de son séjour) fait en l'espèce l'objet d'une décision administrative, c'est-à-dire volontairement et individuellement appliquée par le CPAS, au demandeur : cela peut être une violation au principe contenu notamment dans l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui interdit les traitements inhumains ou dégradants<sup>40</sup>.

---

37. C.T. Bruxelles, 8 juin 2000, *J. dr. jeun.*, 2000, liv. 197, 44 ; *Rev. dr. étr.*, 2000, 305 ; *Chron. D.S.*, 2000, 397

38. C. T. Bruxelles, 11 janvier 2001, *T. Vreemd.*, 2001, 139.

39. C.T. Bruxelles, 22 janvier 2002, *Rev. dr. étr.*, 2002, liv. 117, 106, note.

40. C.T. Liège, 5 mars 2002, *J. dr. jeun.*, 2002, liv. 215, 26 ; *J.T.T.*, 2002, liv. 832, 303, note ; *Rev. dr. étr.*, 2002, liv. 117, 93, note ; *Chron. D.S.*, 2002, liv. 11, 529.

Il a cependant été jugé en sens contraire que, dès lors que les demandeurs de régularisation se trouvent dans une situation plus favorable que celle des personnes pour lesquelles la Cour d'arbitrage a estimé (arrêt n° 51/94 du 29 juin 1994) que la limitation de l'assistance à l'aide médicale urgente n'était ni inhumaine, ni dégradante, on n'aperçoit pas pourquoi l'article 57, § 2 de la loi du 8 juillet 1976 organique des CPAS serait en contradiction avec l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>41</sup>. La décision selon laquelle l'étranger en séjour illégal ayant introduit une demande de régularisation n'a droit qu'à l'aide médicale urgente n'est contraire ni aux articles 10 et 11 de la Constitution, ni aux obligations conventionnelles internationales de la Belgique, notamment les articles 3, 6, 8, 13 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que l'article 26 du Pacte international de New York du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques<sup>42</sup>.

Par jugement du 6 janvier 2006, le Tribunal du travail de Bruxelles a jugé que si l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme est une disposition malheureusement galvaudée dans la mesure où elle est trop souvent invoquée dans des situations certes difficiles mais qui ne présentent pas l'intensité requise pour qu'il puisse être question de traitements cruels, inhumains ou dégradants au sens de cette disposition, pareille qualification pourrait être retenue en l'espèce dans l'hypothèse où cette famille venait, par l'exécution de l'ordre de quitter le territoire dont elle fait l'objet, mettre brutalement un terme aux patients efforts d'intégration qu'elle a déployés en apprenant les deux langues nationales, ainsi qu'aux traitements mis en place en sa faveur par l'équipe pluridisciplinaire précitée pour lui permettre de reprendre peu à peu confiance et retrouver un semblant de vie normale. Le principe de la préservation de l'unité familiale, consacré par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, trouve une particulière application en l'espèce, tant il serait inconcevable que la famille fût divisée dans pareille situation. Il s'ensuit que le requérant ne peut se voir appliquer l'article 57, § 2, de la loi du 8 juillet 1976, et qu'il doit dès lors être déclaré admissible au bénéfice de l'aide sociale, consacré par les articles 1<sup>er</sup> et 57 § 1<sup>er</sup>, de ladite loi<sup>43</sup>.

---

41. C. T. Bruxelles, 21 mars 2002, *J. dr. jeun.*, 2002, liv. 215, 34.

42. C. T. Bruxelles, 17 avril 2002, *J.T.T.*, 2002, liv. 832, 295.

43. [www.sdj.be](http://www.sdj.be) (consulté en février 2006).

## Le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine

Le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine a justifié l'injonction de mettre fin à une interruption des fournitures de gaz et d'électricité. La Présidente du tribunal de première instance de Charleroi a en effet estimé que par l'adoption du nouvel article 23 de la Constitution, le parlement a consacré en droit interne les droits économiques sociaux et culturels qui étaient déjà consacrés par de nombreux instruments en droit international ; si l'article 23 n'a pas d'effet direct, il n'en a pas moins une portée réelle par l'obligation qui est faite au juge d'interprétation des textes en conformité avec la Constitution ; eu égard au contexte social et familial de la Dame S. ainsi qu'aux conditions climatiques actuelles, d'une part, et la situation monopolistique de la SA Electrabel qui exerce une mission de service public, d'autre part, l'exception d'inexécution, telle qu'elle est avancée, paraît assurément en contradiction avec la notion de dignité humaine<sup>44</sup>.

Une lecture optimiste d'un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles permettrait de voir dans le respect de la dignité humaine un principe général de droit. Elle a en effet déclaré que « toute personne doit être protégée dès lors que ses droits à mener une vie conforme à la dignité humaine seraient compromis (Pour des raisons de stricte humanité, le distributeur ne peut priver l'abonné d'électricité tant que le litige n'est pas tranché au fond, d'autant plus que les plaidoiries au fond sont fixées dans un délai relativement rapproché. L'abonné doit cependant payer la consommation actuelle et à venir, à défaut le distributeur peut suspendre la mise à disposition de puissance électrique<sup>45</sup>. »

## Le droit de propriété

Le droit aux allocations de chômage a été considéré comme relevant du droit de propriété au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. En raison de l'article 14 de la Convention, une distinction selon la nationalité n'est par conséquent permise que moyennant une justification objective et raisonnable<sup>46</sup>.

---

44. Trib. Charleroi (Réf.), 19 janvier 2000, *Revue générale de droit civil belge*, 2000, pp. 594, obs. J. Fierens.

45. Bruxelles, 24 décembre 1992, *Iuvis*, 1994, 203, note P. Bouwens.

46. T.T. Bruges (sect. Ostende), 29 juin 1998, A.J.T., 1998-99, 580, note J.Put ; *Chron. D.S.*, 1999, 591.

## Le droit de choisir son domicile

Lorsqu'un lieu obligatoire d'inscription est désigné à un demandeur d'asile dans une commune déterminée, il ne peut recevoir d'aide que du CPAS de cette commune<sup>47</sup>. En vertu de l'article 2, § 1<sup>er</sup>, du quatrième protocole additionnel du 16 septembre 1963 à la Convention européenne des droits de l'homme, l'intéressé peut cependant choisir en toute liberté son domicile, y compris dans le territoire d'une autre commune. S'il fait des travaux d'aménagement de l'appartement pris en location dans une autre commune, il a droit à l'équivalent à une prime d'installation, à la charge du CPAS de la commune d'inscription obligatoire. La circulaire ministérielle qui impose que les frais de logement aient été exposés dans la commune du centre compétent, vaut dans les relations entre l'État et le CPAS, mais ne touche pas aux droits fondamentaux du demandeur d'asile<sup>48</sup>.

## Être capable de mobiliser le droit dans la lutte contre la pauvreté ?

La précarité et la pauvreté sont tout autant des situations juridiques qu'économiques, sociologiques, psychologiques. On est toujours pauvre ou riche par rapport à d'autres, objectivement et subjectivement. La pauvreté est de ne pouvoir exercer comme d'autres ses droits fondamentaux. Elle est un rapport juridique. Les droits de l'homme, qu'ils soient inscrits dans les instruments internationaux ou dans les constitutions des États, constituent des leviers puissants dans les efforts législatifs ou jurisprudentiels destinés à faire advenir des États plus justes ou à empêcher des situations incompatibles avec l'égalité des citoyens, y compris celle qui devrait rendre impossible la différence inadmissible qui perdure entre les pauvres et les riches. Platon la dénonçait déjà comme la principale menace sur la cohésion des cités<sup>49</sup>. Les exemples présentés ci-dessus, de la manière dont les droits fondamentaux ont inspiré le législateur belge ou la jurisprudence, s'ils montrent souvent que l'imagination juridique peut être sollicitée avec succès, ne concernent pas souvent des situations de grande pauvreté. Ainsi, le contentieux de l'aide

---

47. Voy. l'article 2, § 5, de la loi du 2 avril 1965 relative à la prise en charge des secours accordés par les centres publics d'aide sociale

48. T.T. Bruges (sect. Ostende), 10 avril 2000, Chron. D.S., 2002, liv.11, 540.

49. Voy. PLATON, *La République*, IV, 422d ; 552a.

sociale est largement monopolisé, en Belgique, par la situation des étrangers en séjour illégal. Le propos n'est évidemment pas de minimiser les souffrances qu'ils endurent ou les questions posées à la démocratie par le sort qui leur est réservé. Il apparaît toutefois clairement que les avancées interviennent souvent lorsque se font entendre ou lorsqu'agissent en justice des individus ou des groupes sociaux capables de mobiliser le droit, de se faire représenter, de se défendre. Les plus misérables demeurent la plupart du temps mal connus des législateurs et n'ont toujours pas la possibilité de gravir les marches qui mènent au prétoire, non seulement du fait de leur propre impuissance, mais parce que, fondamentalement, les intervenants, législateurs, magistrats, avocats ne les reconnaissent pas comme sujets de droit à part entière. C'est encore un autre défi, pour le droit, que de faire en sorte qu'il n'en soit plus ainsi.

## Bibliographie

- Arts M. et Nelis**, 1991-1992, Rapport de la commission de la révision de la constitution et des réformes des institutions, *Documents parlementaires, Sénat*, session 1991-1992, n° 100 - 2 avril°.
- Conseil économique et social français**, (28 février 1987), *Grande pauvreté et précarité économique et sociale*, J.O., Avis et rapports du CES.
- De Schutter O. et van Drooghenbroeck S.**, 1999, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier.
- Fierens J.**, 2002, « Encombrante dignité humaine », *Cahiers de la Faculté de droit de Namur*, n° 30.
- Fierens J.**, 2002, « La dignité humaine comme concept juridique », *Journal des tribunaux*.
- Fierens J.**, 2000, « L'efficacité juridique de la consécration des droits économiques, sociaux et culturels », *Formation permanente CUP, Le point sur les droits de l'homme*, volume 39, mai 2000.
- Fierens J.**, 1999/1, « La violation des droits civils et politiques comme conséquence de la violation des droits économiques, sociaux et culturels », *Revue belge de droit international*.
- Fierens J.**, 1995, « L'article 23 de la Constitution, une arme contre la misère? », *Droit en Quart Monde*, 1994 ; du même, *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution. Actes du colloque tenu à l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 décembre 1994*, Bruxelles, Bruylant.

- Lambert P.**, 1995, « La mise en œuvre juridictionnelle des droits économiques, sociaux et culturels », dans R. ERGEC (dir.), *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution. Actes du colloque tenu à l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 décembre 1994*, Bruxelles, Bruylant.
- Martens P.**, 1996, « Les communes et les droits économiques et sociaux », *Revue de droit communal*.
- Stroobant M.**, 1991-1992, Rapport du groupe de travail « droits économiques et sociaux fondamentaux ».

