MFJ- Symposium franco-japonais - Tokyo, 17-18 octobre 2009

« Est-il possible de construire une société sans exclusion? Perspectives franco-japonaises »

排除なき社会をつくることはできるか :

日本とフランスの視点

Le droit face à la pauvreté

De la juridicisation de la notion d'exclusion à la justiciabilité des droits sociaux

Par **Isabelle Giraudou**, Institut de recherche de la MFJ, UMIFRE 19, CNRS-MAE

Résumé de l'intervention

1. La saisie – nécessaire mais encore hésitante – de la pauvreté par le droit

Le demi-silence des juristes sur la question de la pauvreté et de l'exclusion serait-il éloquent? Que les organisateurs de cette conférence aient pensé à en confier l'ouverture à un constitutionnaliste francophone, vient heureusement réparer, quoique sur le mode mineur, les trop nombreuses occasions où les juristes français et japonais se sont fait oublier sur le sujet. Que ces mêmes organisateurs aient également profité de ma présence à la Maison franco-japonaise pour me demander de présenter l'état du droit face à la question de l'exclusion – et je les en remercie chaleureusement – m'est tout d'abord apparu, non comme une gageure, mais comme un pari ambitieux. Parce que le monde du droit n'a encore hélas produit que très peu de spécialistes de la question, et que je ne me trouve pas être de ce petit nombre. Mais est-il nécessaire d'être spécialiste pour se sentir interpelée? Non, sans doute. Pari ambitieux cependant, parce que le droit a longtemps borné ce qu'il pouvait dire de la pauvreté à des dispositions d'ordre répressif ou de nature assistancielle. Sur et face à la pauvreté – qui constitue aussi un phénomène juridique – le droit a pourtant nécessairement à dire et à se positionner. Et il

le fait – même en courant après l'horloge – parce que la pauvreté reste un défi lancé aux droits de l'homme.

Si elle a fait l'objet d'interventions juridiques particulières, la pauvreté n'a jamais formé à proprement parler une catégorie juridique. Ne se saisissant le plus souvent que de certains aspects parcellaires, le droit n'a pas véritablement cherché à appréhender la pauvreté *en tant que telle*. Le paradoxe est frappant, puisque l'évocation récurrente de la pauvreté dans les enceintes politique et parlementaire n'a pas permis pour autant d'aboutir à une définition juridique cohérente de celle-ci. Que l'on ait pu assister à une progressive juridicisation du débat est une chose; mais il s'en faut encore de beaucoup pour que la notion de pauvreté s'inscrive dans le droit positif autrement que de manière indirecte (au travers d'autres notions, par exemple celle de besoin).

De sorte que l'on ne saurait parler de la « pauvreté en droit », et qu'il reste plus pertinent de s'interroger sur la manière dont le droit se positionne « *face* à la pauvreté ». La question qui nous intéresse étant alors celle de connaître les mécanismes par lesquels le droit aborde les multiples facettes du problème social de la pauvreté.

Or, et c'est précisément l'objet de ce propos qui se concentrera sur le cas de la France, l'ordre juridique a connu au XXe siècle une mutation dans le domaine de la lutte contre la pauvreté. Différentes mesures adoptées ces dernières années par le législateur ont en effet contribué à renouveler les réponses juridiques face à la pauvreté. La justification historique des mesures juridiques adoptées tenait dans la préservation de la société contre les menaces encourues du fait de l'existence de populations pauvres. Or, de nouveaux fondements apparaissent qui, en germe depuis l'après-guerre, sont devenus explicites depuis une quinzaine d'années. Et l'attention de se déplacer: l'objet premier des dispositions juridiques de lutte contre la pauvreté n'est plus tant la cohésion sociale que la protection de l'individu, plus exactement la protection de ses droits fondamentaux contre les atteintes résultant du dénuement matériel. À cette substitution de fondements fait bien entendu écho une évolution des modalités selon lesquelles le droit appréhende la pauvreté.

Or, les droits dits sociaux – qui, proclamés par les normes constitutionnelles et

internationales dans le champ social, ont pour objet de réduire les injustices économiques (droit au logement, le droit à la protection de la santé, à la sécurité sociale, le droit à l'éducation) – sont au cœur d'un paradoxe : si l'on s'accorde sur leur caractère indispensable, dans le même temps, les discours doctrinaux les assignent à un registre mineur, par opposition aux droits civils et politiques. Cette hésitation sur la nature et le régime des droits sociaux invite à s'interroger sur la pertinence d'une telle distinction. Les droits sociaux, droits des pauvres, seraient-ils donc de pauvres droits?...

2. La juridicisation de la notion d'exclusion sociale

Cette prise en compte de la question de l'exclusion sociale par le politique va provoquer en quelques années une mutation sensible de l'ordre juridique, un renouvellement de l'approche juridique de la pauvreté. C'est sur le nouveau fondement d'un droit de l'individu à l'insertion conçu comme un véritable droit de citoyenneté qu'une définition juridique de la pauvreté va pouvoir être dégagée.

S'emparant progressivement de la notion, le droit donne de l'exclusion une acception particulière : en droit, l'exclusion sociale désigne ainsi la perte de la jouissance de droits fondamentaux résultant d'une situation de pauvreté.
Tel est bien ce qu'entend signifier, en droit interne, la fameuse loi du 29 juillet 1998, qui fait de la lutte contre les exclusions une « priorité de l'ensemble des politiques publiques de la nation ». Aux termes de l'article 1er de la loi, cette priorité est fondée « sur le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains », afin de « garantir sur l'ensemble du territoire l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux ». Davantage qu'une fin en soi, la lutte contre les exclusions apparaît comme une technique nécessaire à la réalisation de normes supérieures: le respect de la dignité et la protection des droits fondamentaux. Le texte ajoutant que « le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains » passe par la garantie de « l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans les domaines de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice, de l'éducation, de la formation et de la culture, de la protection de la famille et de l'enfance ». Sans définir expressément l'exclusion, la loi – à travers la mention des moyens qu'elle entend mettre en oeuvre pour la réduire – permet de préciser le sens implicite que lui donne le législateur. Et, au niveau communautaire

également, différents textes proposent une approche juridique similaire de l'exclusion. Ces différents textes, quoique d'origine et de portée différente, dotent la notion d'exclusion d'une véritable consistance juridique en l'appréhendant comme une situation de fait constitutive d'une atteinte à la dignité de la personne humaine et d'une violation des droits fondamentaux. La pauvreté – conçue comme un trouble jugé socialement inadmissible dans la jouissance de droits – s'analyse comme une atteinte à la sécurité de l'existence (et pour cause : absence de revenu, de logement, de possibilités de se soigner ou d'accéder à la justice) et comme une atteinte au développement de la personne (faible vie culturelle, familiale et sociale). À partir de la loi de lutte contre les exclusions du 29 juillet 1998 – aux termes de laquelle l'emploi, le logement, la santé, la justice, l'éducation, la formation et la culture, la famille sont menacés par des conditions de vie dégradées – c'est la thématique, maladroitement nommée, de « l'accès aux droits », qui va servir de fondement aux politiques publiques de lutte contre l'exclusion sociale et la pauvreté.

À l'occasion de la présentation, en 1997, du projet de loi sur la cohésion sociale, Alain Juppé revenait sur la nécessité d'affirmer « l'accès de tous aux droits de tous » plutôt que d'ériger la pauvreté en statut. Une année plus tard, à l'occasion de la présentation à l'Assemblée nationale en mai 1998 du projet de loi d'orientation relatif à la lutte contre l'exclusion, Martine Aubry, alors Ministre de l'emploi et de la solidarité, soulignait qu'« il est dangereux de limiter la lutte contre l'exclusion à l'assistance ». Gouvernements de droite comme de gauche se rejoignaient ainsi sur le besoin de dépasser le traitement assistanciel traditionnel pour promouvoir une nouvelle approche de la lutte contre l'exclusion, articulée autour de la sauvegarde des droits fondamentaux. Sortir du schéma assistanciel traditionnel implique non pas d'afficher « des droits nouveaux, des droits spécifiques qui montreraient du doigt les exclus et les stigmatiseraient, mais bien au contraire de leur donner accès aux droits de chaque citoyen dans notre société ».

Constatant un « déficit » dans « l'accès » à des droits qualifiés de fondamentaux, le législateur propose tout un ensemble de mesures destinées à en garantir l'effectivité. Mais la formule « accès aux droits » est maladroite. Et il est plus prudent de distinguer nettement le droit lui-même que la loi entend protéger – droit reconnu à tous, mais dont

le plein exercice peut être compromis par des circonstances particulières – et les mécanismes que la loi instaurent pour protéger le droit en question, ces mécanismes constituant autant de prestations auxquelles il est possible d'accéder. Il est donc plus exact de placer la loi de 1998 sous le signe non pas de l'« accès à des droits », mais plutôt de la sauvegarde de ces droits fondamentaux dont la pleine jouissance est menacée par une situation de pauvreté.

Quels sont donc ces droits que le législateur qualifie de « fondamentaux »? Aux termes de l'article 1er de la loi de 1998, sont fondamentaux les droits portant sur « les domaines de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice, de l'éducation, de la formation et de la culture, de la protection de la famille et de l'enfance ». L'apparente limpidité de l'énoncé ne doit pas masquer les divergences doctrinales que l'introduction du terme « fondamental » a pu susciter. Mais le Conseil constitutionnel ne s'est pas opposé en l'occurrence à la qualification par le législateur du caractère fondamental de ces droits, les droits énumérés dans la loi de 1998 répondant d'ailleurs à peu près à ceux consacrés dans le Préambule de la Constitution de 1946. Plutôt donc que de créer de nouveaux droits, la loi de 1998 part de la constatation que les situations d'exclusion correspondent généralement à l'absence de jouissance de tel ou tel droit social fondamental existant. Elle ne fait en ce sens qu'opérer des rappels nécessaires.

D'un rappel au progressif profilage d'un droit englobant, caractérisé par une conception extensive de la citoyenneté : le droit à l'insertion? Car s'il n'est pas proclamé en tant que tel dans les différents textes encadrant les politiques sociales ou instaurant des mécanismes de protection sociale, le droit à l'insertion n'en déduit pas moins son existence de la philosophie générale de ces derniers. Droit non écrit mais nécessairement induit, se dégageant d'un vaste corpus juridique, au-delà des seules dispositions de la loi de 1988 sur le RMI, l'objectif d'insertion irrigue aussi l'ensemble des dispositions de la loi de 1998 sur la lutte contre les exclusions. Cette approche juridique renouvelée de la pauvreté substitue donc aux fondements traditionnels de l'assistance aux pauvres, « l'affirmation d'un droit fondamental de l'individu à rejoindre le corps social et à jouir de l'intégralité des droits découlant de cette appartenance ».

3. Les droits sociaux : droits des pauvres… pauvres droits?

Une distinction doctrinale et juridictionnelle s'est rapidement instaurée entre les "droits-libertés" à dimension civile – qui, relevant de l'État-gendarme, seraient aussi justiciables, garantis, et fondamentaux – et les « droits-créances », à dimension sociale, qui liés à l'État-providence, seraient au contraire injusticiables, virtuels… et accessoires. Or cette distinction doctrinale entre droits civils et politiques d'une part, droits économiques, sociaux et culturels d'autre part, a souvent abouti à cantonner les droits sociaux dans un espace dit d'injusticiabilité.

De provenance anglo-saxonne mais aujourd'hui d'usage commun, le terme de justiciabilité désigne ici la possibilité juridique de soumettre à un tribunal interne ou un organe juridictionnel (ou quasi-juridictionnel) international le contrôle du respect des droits sociaux : le concept de justiciabilité renvoie aux garanties juridictionnelles, et donc à la possibilité d'agir en justice pour obtenir la protection d'un droit. Or, certains auteurs, et non des moindres, ont fait peser sur les droits sociaux une sorte de « présomption d'injusticiabilité ». Pour Jean Rivero, le plus représentatif de ce courant de pensée, les droits de l'homme dits de la 2ème génération, sont « aussi essentiels que ceux qui avaient été initialement reconnus », mais « s'en distinguent pourtant profondément du point de vue juridique ». Les droits sociaux « 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, venant se juxtaposer aux pouvoirs d'agir. Or, les rapports entre ces deux catégories seraient ambigus : à la fois complémentaires et contradictoires, entre désir de liberté et besoin de sécurité. Se fondant sur le postulat de différences irréductibles de mise en oeuvre, l'auteur justifie de faire l'impasse sur leur analyse.

De nombreuses décisions de justice ont elles-mêmes invoqué la particularité des droits sociaux pour justifier leur absence de protection juridictionnelle et inférer une injusticiabilité. Les tribunaux invoquent en général la nature davantage politique que

juridique des enjeux. Très souvent, le juge refuse de déduire d'un énoncé normatif une obligation à la charge des pouvoirs publics, ce *self-restreint* juridictionnel traduisant généralement la crainte du juge de se faire superlégislateur.

L'argument d'injusticiabilité des droits sociaux est particulièrement invoqué par les juridictions françaises. À commencer par le Conseil constitutionnel. Indépendamment de leur consécration textuelle (préambule de la Constitution de 1946), le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel lorsque sont en cause des droits sociaux reste restreint, puisque le juge constitutionnel opère un renvoi systématique à la compétence démocratique du législateur. En autorisant la saisine du Conseil constitutionnel par voie d'exception et en instituant un Défenseur des droits, la récente révision constitutionnelle pourrait amorcer une évolution dont il reste cependant à prendre la mesure.

S'agissant de la jurisprudence administrative française, force est de constater qu'elle n'est pas non plus favorable à une ouverture des prétoires aux réclamations relatives aux droits sociaux. À moins que la loi n'organise elle-même un contentieux spécifique, comme c'est le cas par exemple avec la loi du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable, les tribunaux administratifs français ne retiennent que très difficilement leur compétence en matière de protection des droits sociaux.

Ainsi, en dépit de la reconnaissance de leur importance et de leur proclamation, les droits sociaux sont souvent traités comme des demi-droits, pseudo-droits, droits de portée secondaire ne bénéficiant pas des mêmes garanties que les autres droits fondamentaux.

Pourtant, cette présomption d'injusticiabilité pesant sur les droits sociaux est en passe d'être renversée par le développement d'analyses contraires. Le clivage entre droits fondamentaux tend en effet à être remis en cause, tant par les mouvements sociaux revendiquant en justice un certain nombre de droits sociaux, que par une partie de la doctrine qui tente de repenser l'universalité et l'indissociabilité des droits de l'homme. Cette tendance est alors suivie par certains juges, internationaux comme nationaux, qui contribuent à renforcer la justiciabilité des droits sociaux.

Un survol du droit comparé permet en effet de constater que d'autres raisonnements juridictionnels peuvent être tenus face aux droits sociaux, apparaissant comme autant d'approches alternatives (à l'instar de la désormais célèbre décision Grootboom, prononcée par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, 2001). Certaines cours soulignent ainsi l'interdépendance entre les différents droits au sein du droit des droits de l'homme, en déduisant de cette interrelation une obligation des pouvoirs publics de prendre en considération les droits sociaux lorsque leur non-réalisation menace d'autres droits.

En France, la possibilité d'invoquer en justice le respect des droits sociaux diffère selon les droits reconnus et les procédures aménagées. À cet égard, il est important de revenir sur la réforme législative et de suivre la mise en oeuvre de la loi du 5 mars 2007 instituant un « droit au logement opposable ».

Depuis la loi Besson 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'accession à la propriété ouverts à toutes les catégories sociales ». Selon l'analyse classique, le droit au logement constituait un droit doublement opposable : non seulement 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. En effet, la garantie du droit au logement « constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la nation » et « 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 ».

Mais face à l'insuffisance de ces dispositifs, l'idée d'un système plus contraignant a fini par s'imposer. En 2002, le Haut Comité pour le logement des personnes défavorisées avait plaidé dans un important rapport en faveur de la création d'une obligation cette

fois *de résultat* juridiquement opposable à l'État. Une telle reconnaissance juridique risquant toutefois de créer un conflit avec le droit de propriété qui a une valeur constitutionnelle, le Conseil d'État avait en urgence précisé que le droit au logement ne constituait pas une liberté fondamentale.

Mais à la suite du campement sur les quais de la Seine de plusieurs dizaines de sans domicile fixe soutenus par l'association Don Quichotte, les pouvoirs publics décidèrent de reconnaître un droit au logement opposable en affirmant que « le droit au logement décent et indépendant est garanti par l'État à toute personne qui n'est pas en mesure d'y accéder par ses propres moyens ou de s'y maintenir ». La loi du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale a prévu, à cet égard, la mise en œuvre d'un recours amiable (devant une commission de médiation) précédant le recours devant la juridiction administrative compétente.

… Mais au 31 janvier 2008, sur les 7500 dossiers déposés, 189 seulement avaient été examinés. Début mars 2008, plus de 14 000 dossiers avaient été déposés, les 2 tiers en Ile de France. À Paris, sur 4 339 dossiers, seuls 477 accusés de réception ont été envoyés ; ce qui retarde d'autant le déclenchement du délai de six mois imposé à la commission pour statuer sur les demandes de logement. On estime que 600 000 ménages environ seraient prioritaires au titre du DALO alors que le contingent préfectoral est lui-même estimé entre 40 000 et 60 000 logements. Le gouvernement a, de façon significative, évoqué l'existence « d'un petit bug entre le nombre de dossiers et la capacité de logements disponibles ».

Manque de moyens financiers, mais aussi procédure complexe, révélatrice des hésitations à l'égard d'une justiciabilité totale des droits sociaux : le dispositif mis en place se heurte à plus d'une difficulté. Ce qu'illustre d'ailleurs le propos du Haut comité pour le logement des personnes défavorisées : « 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 ». Car le droit au logement reste un élément de la politique et du droit *du* logement.

Le droit opposable au logement permet au moins – puisque tel est l'objet de la loi – le bénéfice « d'un droit au procès », d'une « aptitude à se prévaloir en justice d'une réglementation ». C'est à la fois peu, mais aussi beaucoup sachant que le droit au logement opposable inaugure ainsi « un droit-créance d'un type assez inédit : le droit créance justiciable ». Ce droit créance que constitue le droit d'obtenir un logement social est, en effet, désormais doté d'un contrôle juridictionnel garantissant aux bénéficiaires de la loi DALO une action positive de l'État à leur égard. Est donc acquis au minimum un « approfondissement de l'État de droit dans le domaine des droits-créances ».

4. Dire enfin sans hésitation, sans prétendre vouloir *tout* dire

Le droit n'a donc pas *rien* dit face à la pauvreté. Et les juristes, qui pendant longtemps sont restés peu loquaces à ce propos, se sont enfin risqués à dire davantage – et surtout *en d'autres termes*. Certes, face à l'exclusion, le juge français se drape encore trop souvent dans un demi-silence. Ses esquives apparaissent aujourd'hui comme autant de défausses, et les droits sociaux ont incontestablement un autre rôle à jouer que celui de parure ornementale : faire beau aux lignes de nos constitutions, flatter aux entournures le texte de nos lois, sans que le juge – pourtant mis en situation – ne se décide à réveiller en sursaut une belle aux bois trop dormants.

On ne saurait alors assez se réjouir de ce que certains tentent le questionnement : « Et, au fait, qu'en est-il des droits sociaux? » ; et provoquent : « Ne sont-ils donc pas justiciables? ». C'est précisément tout l'intérêt d'une réflexion sur la notion de « justiciabilité » que d'appeler le juge « à oser » se saisir des droits sociaux, en surmontant des réserves qui, au regard notamment du droit comparé, n'ont plus lieu d'être. Je profite de l'occasion qui m'est donnée ici pour saluer les efforts développés par le Programme sur la justiciabilité des droits sociaux du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF) de l'Université de Paris X-Nanterre.

Destinés à « faire lien », pourquoi les droits sociaux devraient-ils demeurer le parent pauvre de ces constructions juridiques dont nous nous enorgueillissons tellement? Il y a en effet urgence. Renvoyant à l'incapacité à exercer pleinement des droits, qu'elle vide

ainsi de leur substance même, la pauvreté est synonyme de non-droits. Béance du droit, devrions-nous dire. Si l'exclusion appelle le vide, creuse le trou, distend la maille, les droits sociaux ont incontestablement leur mot à dire ; et il appartient aux juristes de les faire parler – pleinement. Car il n'est rien moins question que de leur effectivité.

Mais le droit, quand bien même le juge se déciderait enfin à jouer plus résolument la partie, ne saurait avoir le dernier mot. Une loi, fut-elle très attendue et bruyamment acclamée, ne joue jamais sur le terrain de l'exclusion que comme « piqûre de rappel ». Et la décision de justice n'a pour principal mérite, une fois la cause entendue, que de frapper les esprits, de provoquer le sursaut. Que faire pour qu'il ne reste pas tout un monde du texte aux rues (aux bois!) où se retrouvent les sans-abri, de la décision de justice à ce quotidien « hors-normes »? Les droits, fussent-ils sociaux *et* justiciables, ne sauraient à eux seuls répondre au défi de l'exclusion; ni clore sur elle-même l'impérative réflexion sur ce qui *fait lien* dans une société aux multiples fractures.

Sources bibliographiques (et chaleureux remerciements!)

- AUBIN (E.), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Paris, Lextenso, 2008.
- BORGETTO (M.), « Le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité et les droits sociaux », *Billets d'humeur dédiés à D. Lochak*, Paris, L.G.D.J., 2007.
- GREEWE (C.), BENOIT-ROHMER (F.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2003.
- IMBERT (P.-H.), « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s)? Réflexions sur les droits économiques et sociaux », *RDP*, 1989.
- Du CHEYRON (P.), GÉLOT (D.) (dir.), *Droit et Pauvreté*, Contributions issues du séminaire ONPES/DREES/MiRe, 2007.
- RIVERO (J.), *Libertés publiques*, Paris, PUF, 2003.

Incontournable référence:

- ROMAN (D.), *Le droit face à la pauvreté*, Paris, L.G.D.J., 2002.
  ---------- , « Les droits sociaux, entre 'injusticiabilité' et 'conditionnalité' : éléments pour une comparaison », *Revue internationale de droit comparé*, n.2, 2009, p. 285-314.

À consulter absolument :

- Site du Programme « Droits des pauvres, pauvres droits? Recherche sur la justiciabilité des droits sociaux » : http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=40