

L'homme dans la société internationale

Mélanges en hommage
au Professeur Paul Tavernier

L'homme dans la société internationale
Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier

MELTAMB
ISBN : 978-2-8027-3805-3



BRUYLANT

www.bruylant.be • www.stradalex.com

L'homme dans la société internationale

Mélanges en hommage
au Professeur Paul Tavernier

Sous la coordination générale de
Jean-François Akandji-Kombé



BRUYLANT

L'homme dans la société internationale

Mélanges en hommage
au Professeur Paul Tavernier

Sous la coordination générale de
Jean-François Akandji-Kombé



BRUYLANT

Pour toute information sur notre fonds et les nouveautés dans votre domaine de spécialisation, consultez notre site web : www.bruylant.be

© Groupe Larcier s.a., 2013
Éditions Bruylant
Rue des Minimes, 39 • B-1000 Bruxelles

Tous droits réservés pour tous pays.

Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement le présent ouvrage, de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

Imprimé en Belgique

Dépôts légaux :
Bibliothèque nationale, Paris : Juin 2013
Bibliothèque royale de Belgique, Bruxelles : 2013/0023/160

ISBN 978-2-8027-3805-3

Ont œuvré à l'élaboration des présents Mélanges, outre Mireille Tavernier, disparue trop tôt, les personnes suivantes, réunies dans le Comité de coordination.

Jean- François Akandji-Kombé

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, co-directeur du Département Droit social de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Caen, coordinateur général.

Laurence Burgorgue-Larsen

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Directeur adjoint de l'Institut de recherche en Droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS).

Jérôme Fromageau

Professeur à l'Université Paris-Sud, Doyen de la Faculté Jean Monnet, membre du Centre d'Etudes sur la COopération Juridique Internationale (CECOJI), co-directeur du Centre de Recherche sur le Droit du Patrimoine Culturel.

Philippe Guillot

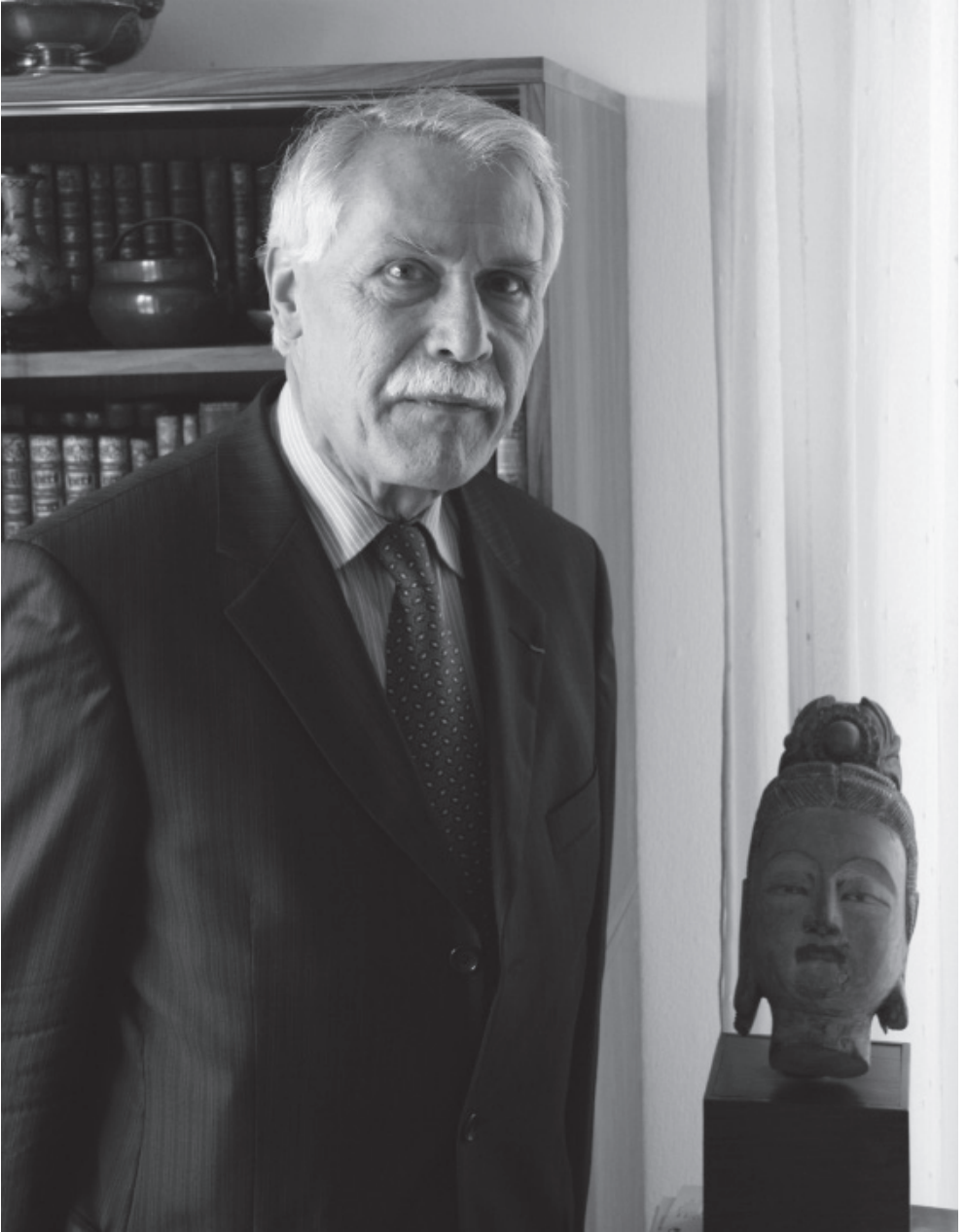
Maître de conférences habilité à diriger des thèses en Droit public à l'Université de Rouen, détaché auprès des Écoles des Officiers de l'armée de l'air, membre associé du CREDHO-DIC, Centre Universitaire rouennais d'Etudes Juridiques (CUREJ – E.A. 4703).

Philippe Lagrange

Professeur à l'Université de Rouen, Centre Universitaire rouennais d'Etudes Juridiques (CUREJ) – E.A. 4703)

Catherine Schneider

Professeur à l'Université Pierre Mendès France Grenoble II, Chaire Jean Monnet, Directeur du Centre d'excellence Jean Monnet de Grenoble.



PARTIE 3

**Droits de l'homme, démocratie,
État de droit**

LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX ET DE LA CHARTE SOCIALE EUROPÉENNE N'EST PAS UNE UTOPIE

Jean-François AKANDJI-KOMBÉ (1)

J'aurais voulu offrir un poème. Las ! Ma plume n'est pas assez créative. Un conte africain en souvenir de nos discussions et projets sur les questions juridiques africaines ? Je ne désespère pas de la réactivation de l'imaginaire qui me permettra de l'écrire un jour. Pour l'heure, cher Paul, il n'y a à t'offrir que quelques arides considérations juridiques. J'ai pensé qu'ayant assisté à mon incursion, infiniment accidentelle, sur le terrain choisi pour ces considérations, il pourrait t'intéresser de savoir où j'en suis. Encore aux interrogations, constateras-tu au-delà d'un titre plein d'une fausse assurance.

I. – La « justiciabilité », valeur et sens : observations liminaires

La Charte sociale européenne est un instrument de protection des droits sociaux. Or, en cette matière, il n'est assurément pas de thème plus en vogue que celui de l'application juridictionnelle. Signe de cet engouement, les langues se sont enrichies d'un mot nouveau pour rendre compte de l'idée. En langue française, il se nomme « justiciabilité ».

Mais il ne s'agit pas seulement de mode. Le mot « justiciabilité », qui sera repris ici faute de mieux, transporte aussi une revendication fondamentale : celle de droits sociaux recevant la même considération et le même traitement que les droits civils et politiques. Or quoi de mieux, pour attester de la réalité d'une telle égalité de statut, que la possibilité pour ces droits d'être protégés par un juge, et spécialement par le juge interne ? La juridictionnalisation de la garantie des droits sociaux attesterait en outre de ce qu'il s'agit bien de « droits », voire de « droits fondamentaux », de même qu'elle serait gage d'effectivité.

(1) Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris Panthéon-Sorbonne, Doyen honoraire de la Faculté de droit de Caen.

Tout cela est connu de plus en plus largement. Les écrits ne manquent plus qui argumentent au soutien d'une telle thèse. Mieux encore, la réalité juridique, on le verra, en apporte à bien des égards confirmation, en même temps que l'acceptation doctrinale s'élargit. On ne peut que se réjouir de cette inscription – inégale et inachevée encore – de la justiciabilité des droits sociaux dans la réalité et dans la légitimité juridiques, dans la mesure où elle traduit un approfondissement de l'exigence de protection de la personne humaine.

Mais s'il faut souhaiter que le mouvement se poursuive en ce sens, il faut également mettre en garde contre tout surinvestissement de « l'argument de justiciabilité ». Il faut, en d'autres termes, prendre garde à ce que la revendication du juge pour les droits sociaux ne débouche pas sur un tropisme judiciaire. Rien ne serait plus inexact – voire même pernicieux – que de croire et/ou de laisser croire qu'il n'y aurait point de droit ni de protection pour les droits en dehors du juge. Autrement dit, s'il faut combattre les thèses qui tendent à disqualifier les droits sociaux au motif d'une prétendue impossibilité de protection juridictionnelle, cela ne doit pas conduire à souscrire à l'idée d'un « juge-oracle » dont dépendraient tout autant la qualité de droit fondamental que l'effectivité des droits. C'est dire que la justiciabilité, pour autant qu'on s'entende bien sur ce que ce mot signifie (B), est une valeur relative (A).

A. LA « JUSTICIABILITÉ », VALEUR RELATIVE

Il importe donc de le rappeler avant toute chose : le juge n'est pas tout, mais un élément parmi d'autres dans un ensemble plus large visant à la réalisation et, partant, à l'effectivité des droits. Le rappel vaut évidemment pour tous les droits. Nul doute cependant qu'il prend un relief particulier s'agissant des droits sociaux, tant il est vrai que les garanties non juridictionnelles revêtent en ce qui les concerne une importance au moins aussi grande que les garanties juridictionnelles.

Parmi ces garanties, entendues comme instruments d'effectivité, il y a lieu de ranger la formulation des droits, tant au niveau constitutionnel qu'au niveau conventionnel. Dans un univers où la précision des énoncés détermine les moyens mobilisés pour en assurer le respect, il importe, dans l'absolu, que la rigueur juridique l'emporte, dans l'énonciation, sur les formules emphatiques ou ampoulées qu'un réflexe juridique primaire conduit généralement à ranger, sans nuances, parmi les déclarations, politiquement importantes certes, mais juridiquement sans conséquence.

Il ne s'agit pas de suggérer qu'il faudrait à tout prix que les dispositions consacrant les droits sociaux soient rédigées en des termes précis et absolument inconditionnels. S'engager dans une telle voie serait faire fi de l'intention des auteurs, dont la formulation de la règle ou du principe n'est qu'un reflet. Or il est un fait que cette intention peut varier quant à la nature de l'engagement souhaitée ou au degré d'exigence de l'obligation acceptée. Mais précisément, qui est attaché à l'effectivité des droits sociaux doit veiller à ce que soit réalisée la juste adéquation entre une intention qui est souvent exprimée de façon catégorique et exigeante en dehors de l'*instrumentum* juridique et la traduction qui en est donnée dans ce dernier. Il faut en prendre acte, mais sans pour autant tenir la manière d'énoncer pour un révélateur absolu de l'intention des États ; c'est-à-dire sans considérer que l'effectivité du droit est nécessairement remise en cause par le recours à des termes généraux, voire à des notions floues, pour en exprimer les exigences. Que l'on songe au destin prodigieux notamment des articles 3, 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, tissé par la jurisprudence nonobstant des notions particulièrement indéterminées telles que « traitement *inhumain* », « traitement *dégradant* », « procès *équitable* », ou encore « vie (privée ou familiale) *normale* ».

La mise en œuvre, notamment législative, est un autre moyen de réalisation de l'effectivité des droits. La place que ce moyen occupe dans les dispositifs d'application des droits sociaux est indiscutablement centrale, puisque la plupart de ces droits, tels que proclamés notamment par la Charte sociale européenne, mais aussi par le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, requièrent pour leur concrétisation une intervention des autorités nationales, laquelle peut être à la fois normative (adoption de lois et de règlements) et matérielle (mise en place et organisation de services publics notamment). Il ne s'agit certes pas là d'une modalité de garantie, au sens de voie de constatation des violations et de réparation des atteintes. Reste qu'en tant que facteur d'effectivité, il mériterait un intérêt plus grand que celui qui lui est accordé aujourd'hui et plus de discussions autour de certaines questions. Ainsi du statut de la mise en œuvre au regard des instruments internationaux pertinents : ceux-ci imposent-ils ou non une obligation de mise en œuvre ? Si oui, quelles pourraient en être les implications et la sanction de la méconnaissance ? Ainsi aussi des techniques de mise en œuvre ou encore du rapport entre la norme internationale de référence et celles qui visent à la mettre en œuvre sur le plan interne.

Sur le terrain même des garanties, et toujours dans la perspective de l'effectivité des droits sociaux, on devrait aussi prêter une plus grande attention aux contrôles autres que juridictionnels, et notamment au contrôle administratif. Il est ainsi intéressant de noter que, dans le champ des droits sociaux liés au travail, la Charte oblige les États parties à se doter d'un système d'inspection du travail (2). La portée de cette obligation européenne informe parfaitement sur l'importance qui lui est accordée dans le système conventionnel et sur le souci d'effectivité des droits sur le plan national. Ainsi, le Comité européen des droits sociaux (C.E.D.S.) considère-t-il que, pour être conforme aux exigences de la Charte, un tel système doit répondre aux conditions d'effectivité et d'efficacité. Cela implique notamment, s'agissant de l'organisation de l'inspection du travail, que cette dernière soit constituée selon une forme juridique appropriée aux missions qui lui sont dévolues, qu'elle soit organisée de manière à couvrir l'ensemble du territoire national, qu'elle dispose d'un personnel en nombre suffisant et des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission (moyens d'investigation et pouvoir juridique de sanction notamment). En ce qui concerne la mise en œuvre de la mission d'inspection, le C.E.D.S. veille aussi tout particulièrement à ce que les visites effectuées dans les entreprises soient bien des visites de contrôle, qu'elles soient effectuées régulièrement et en nombre suffisant, que le temps moyen consacré à chaque visite permette un contrôle effectif, que les sanctions prévues par la réglementation soient effectivement infligées en cas de manquement, etc.

Enfin, il importe de ne pas oublier le rôle important que jouent certains droits dans la garantie des autres droits. On songe ici tout naturellement aux droits de procédure, tels que le droit au recours, au juge, à un procès juste et équitable, dont les exigences s'appliquent aussi bien en matière de droits civils et politiques qu'en matière de droits sociaux, comme on le verra *infra*. Mais les droits de procédure ne sont pas les seuls à remplir une telle fonction. On sait, même si cela est rarement mis en exergue, que, dans le champ des droits civils et politiques, certains droits substantiels, certaines libertés pour être précis, remplissent la même fonction. Tel est le cas de la liberté d'expression (art. 10 C.E.D.H.) dont la Cour eur. D.H. affirme, depuis l'arrêt *Handyside* (3), qu'elle constitue « l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de

(2) Article A de la C.S.E.R.

(3) Arrêt du 7 décembre 1976.

son progrès et de l'épanouissement de chacun ». Tel est le cas aussi de la liberté de réunion et de la liberté d'association que la même Cour tient, en les reliant à la liberté d'expression d'ailleurs, pour essentielles au bon fonctionnement de la démocratie. Outre le retour que marque une telle approche à l'idée fondamentale depuis les révolutions américaine et française selon laquelle la première garantie des droits et libertés se trouve dans l'organisation des pouvoirs publics et dans le régime démocratique, la fonction assignée à ces droits et libertés traduit aussi une autre idée force de la protection des droits de l'homme : la jouissance des droits et leur développement dépendent, par-delà les garanties institutionnelles, de la vigilance et de l'action résolue des titulaires eux-mêmes. Si cette action peut consister à mettre en mouvement les procédures judiciaires, elle ne s'y cantonne pas. Elle se présente plus fondamentalement comme « action sociale et politique » (4). Ainsi s'explique également, cette fois-ci dans le champ des droits sociaux, l'importance conférée – et largement admise – à la liberté syndicale, au droit de grève et au droit de négociation collective. Elle tient à ce que, par l'exercice de ces droits, les personnes concourent à la sauvegarde et, le cas échéant, à l'aménagement des droits qui leur sont reconnus, mais aussi à la conquête de nouveaux droits. Sans doute faut-il observer que cette problématique est propre aux droits sociaux applicables dans le monde du travail et que ces droits-garanties n'ont pas d'équivalent dans le champ, en extension, des droits de cohésion sociale, détachés de toute relation de travail, tels que le droit à l'assistance sociale et médicale (art. 13, C.S.E.R.), le droit au logement (art. 31, C.S.E.R.) ou encore le droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale (art. 30, C.S.E.R.). Il n'empêche que, lorsqu'il s'agit des droits sociaux du travailleur, la justiciabilité doit être associée à ces instruments de « vitalisation » des droits que sont la liberté syndicale et les droits associés ; de la même manière ne doit-on pas, s'agissant des droits sociaux en général, méconnaître les autres facteurs d'effectivité.

Des observations qui précèdent, il ne doit pas être déduit que la justiciabilité serait chose négligeable. En effet, dire que, pour la réalisation des droits, spécialement des droits sociaux, il n'y a pas que l'exigibilité devant un juge, ne remet en aucune manière en cause le

(4) L'expression est empruntée à FR. SUDRE, qui qualifie de « libertés de l'action sociale et politique » la liberté de réunion, la liberté d'association et le droit à des élections libres, in : *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^e éd., Paris, P.U.F., 2008, p. 547.

fait, incontestable, que, dans un État de droit, celle-ci reste le moyen ultime de faire respecter ces droits.

B. LA « JUSTICIABILITÉ », EN QUEL SENS ?

Mais, précisément, que faut-il entendre par ces termes ? Quelle signification donner à l'expression « le juge, garant du respect des droits (sociaux) » ? Voilà une question, celle finalement du sens à donner au mot « justiciabilité », qui jette à tout le moins le trouble et qui, sans doute en raison de cela, ne reçoit généralement pas de réponse claire, voire pas de réponse propre, la « justiciabilité » s'y trouvant souvent ramenée à des concepts voisins, notamment à ceux « d'effet direct » ou « d'applicabilité directe ». Ne peut-on convenir, ne serait-ce que par raison juridique, que la justiciabilité n'a pas vocation à exprimer ce qu'expriment déjà d'autres notions juridiques, qu'elle est une notion autonome en ce sens qu'elle rend compte d'un fait juridique distinct de celui ou de ceux que tendent à désigner les notions voisines ? Ce fait juridique, qui est ici une qualité, c'est l'aptitude d'une norme à recevoir une application judiciaire. Or il faut bien voir que cette application et, partant, la protection des justiciables connaissent des modalités variées qui renvoient à une gradation de l'intensité du contrôle allant d'une « justiciabilité minimale » à une « justiciabilité renforcée » (5). Si l'on aborde la question du point de vue du justiciable, il est évident que tous les recours ne visent pas le même but. Tel requérant demandera au juge de protéger un droit qu'il tire d'une disposition conventionnelle internationale contre une disposition ou une pratique internes qui la lui dénie ou qui y portent atteinte. Dans un tel cas, l'applicabilité juridictionnelle de la disposition invoquée impliquera que ce juge écarte la réglementation nationale (lorsqu'elle existe) contraire et qu'il lui substitue le texte international pertinent. On a là affaire à la forme de justiciabilité la plus accomplie, que certains auteurs qualifient de « renforcée », et qui correspond *grosso modo* à la mise en œuvre de la théorie de l'effet direct au sens classique. Mais l'objet du recours peut être plus limité, en particulier lorsque celui-ci consiste en la contestation de la légalité – *lato sensu* – d'un acte de portée générale (loi ou règlement). L'enjeu du procès ne sera pas ici la reconnaissance d'un droit subjectif mais exclusivement l'annulation de l'acte ou de la disposition attaquée à raison de son illégalité. Dans une telle hypothèse, le but du requérant est en

(5) Expressions empruntées à D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2001, p. 438.

quelque sorte d'obtenir une décision de *standstill*, garantissant que les possibilités de reconnaissance par le droit interne d'un droit subjectif que le traité fait obligation à l'État de consacrer ne sont pas réduites à néant par un acte qui porterait atteinte audit droit. C'est dire que, dans ce cas précis, la disposition invoquée ne doit pas nécessairement être d'effet direct au sens où on l'a vu précédemment. Il suffira qu'elle soit obligatoire. Cette justiciabilité-là, on la qualifiera, selon une heureuse formule de la doctrine, de « normative » (6). Enfin, dernier cas de figure, le justiciable peut encore invoquer la norme internationale pour obtenir que le juge interne procède à une interprétation conforme des dispositions de droit national qui lui sont applicables. Cette modalité de l'application de la norme internationale est sans doute la plus souple, la moins contraignante pour la règle interne, laquelle poursuit sa vie juridique et voit seulement son sens ou sa portée réévalué. Elle n'en est pas moins intéressante pour le justiciable, plus intéressante même à certains égards que la modalité précédente. Car l'interprétation obtenue est appliquée à l'espèce, de sorte que, le cas échéant, le requérant se voit reconnaître immédiatement un droit dont il ne pouvait se prévaloir directement sur la base du texte international, puisque la justiciabilité (ou invocabilité) d'interprétation conforme n'est généralement mise en œuvre que là où la norme de référence ne peut pas produire d'effet direct par elle-même.

Nul doute que la « justiciabilité » ainsi comprise comme aptitude d'une norme à être appliquée par le juge a vocation à couvrir l'ensemble de ces hypothèses. Et parler en ce sens de justiciabilité des droits sociaux ouvre, on le pressent, des perspectives qui vont au-delà de ce qui, classiquement, se conçoit en matière d'applicabilité juridictionnelle sur la base de l'exigence de l'effet direct.

Mais l'idée de justiciabilité des droits sociaux appliquée aux instruments internationaux n'est pas moins trouble ; notamment en ce qu'elle joue sur une certaine ambiguïté quant à l'objet de ladite justiciabilité. Cet objet, est-ce le droit social lui-même ou plutôt son véhicule juridique qu'est la convention internationale (quelle que soit sa dénomination : traité, convention, accord, charte, pacte, etc.) ? La question peut surprendre en raison de la dichotomie qu'elle opère entre la norme et l'instrument ; elle ne s'en pose pas moins compte tenu des approches de la justiciabilité des droits. C'est en effet une tendance lourde tant

(6) G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, 2001, p. 46.

de la doctrine juridique que de la jurisprudence d'envisager prioritairement, dans la perspective d'une application par le juge interne, le droit lui-même. Celui-ci remplit-il les conditions d'une telle application ? Plus précisément, le droit considéré est-il ou non d'effet direct ? De cela, on inférera son appartenance ou sa non-appartenance à la catégorie des droits de l'homme – tout droit n'est-il pas, lit-on régulièrement, nécessairement subjectif et, partant, exigible devant le juge ? C'est ce raisonnement qui conduit généralement à considérer que les droits sociaux, à l'inverse des droits civils et politiques, ne sont pas justiciables, n'ayant pas la qualité de droits subjectifs directement exigibles. Or une des difficultés d'une telle approche, centrée exclusivement sur le droit garanti, est qu'il fait l'impasse sur l'instrument juridique qui énonce ce dernier et sur les potentialités juridiques de celui-ci. Tout se passe alors comme si la circonstance que le droit est énoncé dans une convention internationale est sans importance, que le régime juridique du droit n'est affecté ni par le caractère obligatoire du traité qui l'énonce, ni par l'obligation qu'a l'État, au titre du régime juridique des traités internationaux, d'exécuter les engagements pris de bonne foi, ni encore par l'autorité interne éventuellement conférée à cette source du droit par la Constitution (à l'instar de la Constitution française dont l'article 55 prévoit que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une *autorité* supérieure à celle des lois »). Cette difficulté se trouve aujourd'hui portée à son faite par la théorie des droits fondamentaux, notamment dans sa version substantialiste, de plus en plus répandue : celle qui recherche dans les droits eux-mêmes la justification de leur « *fondamentalité* ». Mais on doit convenir qu'on parvient au même résultat avec la théorie formaliste, qui répute comme fondamentaux les seuls droits garantis par la Constitution. Dans des ordres juridiques, tels ceux de la France et de l'Espagne, où le caractère fondamental du droit a pour conséquence la mise en œuvre procédurale d'une protection renforcée (parce que constitutionnelle) ou simplement d'une protection par le juge (Espagne), on perçoit aisément ce que ces approches de la « *fondamentalité* » peuvent avoir de neutralisant pour les droits (sociaux) tirés d'un traité international. Il apparaît aussi avec évidence que cette neutralisation est aussi celle de la norme en tant que norme *conventionnelle*.

Cette constatation conduit à considérer qu'il importe, pour évaluer l'applicabilité juridictionnelle des droits garantis par la Charte sociale européenne, de privilégier une approche qui, tout en étant axée sur

l'effectivité de ces droits, veille aussi à sauvegarder l'effet utile de la Charte en tant que traité international liant les États parties.

C'est dans cette perspective que l'on se placera ici. Pour répondre, d'abord, à la question de savoir si la Charte est applicable devant les juridictions nationales (II) et, ensuite, la réponse à cette première question étant affirmative, à celle de savoir quelles peuvent être les conditions et modalités d'une telle application (III).

II. – Du principe de la justiciabilité de la Charte sociale européenne dans les ordres juridiques internes

C'est la question de principe. Une des manières d'y répondre est de s'intéresser au sort fait à la thèse de l'applicabilité juridictionnelle – justiciabilité – de la Charte tant par la doctrine juridique que par les juridictions elles-mêmes ou par d'autres instances de contrôle. Cette approche, qui consiste à partir du fait juridique et juridictionnel, sera préférée ici à celle, convenue, conduisant à inférer l'applicabilité ou l'inapplicabilité d'un ensemble de conditions générales posées *a priori*, tel le caractère moniste ou dualiste du système juridique considéré.

En procédant de la sorte, il apparaît certes que la thèse de la justiciabilité est contestée, mais aussi que cette contestation se heurte à la réalité juridique et jurisprudentielle, nombreuses étant les juridictions ou instances quasi juridictionnelles considérant la Charte comme applicable.

A. JUSTICIABILITÉ CONTESTÉE EN THÉORIE

Trois arguments principaux sont généralement avancés pour dénier à la Charte sociale la qualité de texte judiciairement invocable ou applicable.

Le premier est bien connu. Tiré de la nature de ce texte, il consiste à prétendre que celui-ci est « dépourvu de valeur contraignante » (7). Il ne s'agirait donc pas d'un traité international, mais plutôt d'un document politique, ayant la même portée que les déclarations et résolutions. Disons-le pour ne plus y revenir : l'affirmation ne convainc guère. Il n'est d'ailleurs pas rare qu'une fois énoncé, il soit aussitôt neutralisé par ses propres tenants. Il en est ainsi par exemple lorsque les auteurs

(7) L. FAVOREU *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, Précis, 5^e éd., 2009, p. 543.

précédemment cités écrivent que la Charte « *n'impose* que des objectifs sans créer de véritables “droits” directement invocables, c'est-à-dire “justiciables” », ce qui, loin de renforcer l'affirmation principale, contribuerait plutôt à asseoir l'idée que ce texte a une certaine portée juridique contraignante (minimisée en l'occurrence). Mais, surtout, on observera que les auteurs soutenant une telle thèse se font de plus en plus rares. Et pour cause, car elle ne peut être soutenue que par méconnaissance flagrante non seulement du contenu de la Charte, où il apparaît clairement que « les parties contractantes s'engagent à se considérer comme liées [...] par les obligations résultant des articles et des paragraphes » qui la composent [...], mais aussi de la définition même du traité en droit international (8), que l'on sait indifférente à la dénomination de l'acte et attachée uniquement à l'intention des États de se lier, intention qui ne fait pas de doute dans le cas de la Charte.

L'absence de justiciabilité de la Charte est ensuite et surtout déduite de la formulation de ses dispositions substantielles, plus précisément du fait que, dans la plupart des cas, les États « s'engagent à... » reconnaître un droit ou à lui donner consistance dans leur ordre juridique. Il importe de noter que ce raisonnement fait en quelque sorte écho à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme. On sait, en effet, que, dès 1978 (9), interprétant l'article 1^{er} de la dite Convention, qui prévoit que « [l]es Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I », la Cour jugeait qu'en substituant dans cette disposition le mot « reconnaissent » à la formule « s'engagent à reconnaître », les rédacteurs de ce texte avaient voulu indiquer que les droits et libertés du titre I sont directement reconnus à quiconque relève de la juridiction des États contractants. La formule « s'engagent à... » reconnaître devrait dès lors, estime-t-on, signifier que les parties contractantes n'ont pas voulu que la Charte confère par elle-même et directement des droits subjectifs. Ceux-ci ne peuvent exister que lorsque la partie contractante a réalisé l'engagement pris, dès lors qu'elle a effectivement reconnu le droit (par le moyen d'une disposition de droit interne). Autrement dit, l'existence du droit, dont dépend la possibilité de faire appel au juge, est subordonnée à une

(8) Voy. l'article 2, § 1, a), de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 : « [L]'expression “traité” s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière. »

(9) Arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978.

intervention des autorités normatives nationales. Cette conclusion est la plupart du temps générale en ce sens qu'elle est censée valoir pour l'ensemble du texte. Tout au plus certains auteurs concèdent-ils qu'il en va autrement de quelques dispositions de la Charte, les articles 6, paragraphe 4, et 18, paragraphe 4, et cela précisément parce que, plutôt que de s'engager à reconnaître, les États parties « reconnaissent », respectivement, le droit à des actions collectives, y compris le droit de grève et le droit de sortie des nationaux du territoire de leur État.

Il est soutenu encore et enfin que le défaut de justiciabilité se déduirait nécessairement d'une clause particulière de la Charte, celle de l'Annexe (partie III, § 1^{er}), qui énonce que « la Charte contient des *engagements juridiques de caractère international* dont l'application est soumise au seul contrôle visé par la partie IV ». Systématisant le point de vue des tenants de cette thèse, un auteur estimait qu'il faut « interpréter ce passage de l'Annexe relatif à la partie III comme écartant non seulement la compétence des tribunaux internationaux ou d'autres organes interétatiques non spécifiés par la Charte pour appliquer celle-ci, mais aussi celle des tribunaux internes ». Partant, il lui paraissait « difficilement concevable de reconnaître à la Charte [...] le caractère d'un traité qui soit "*self-executing*" ». Cette manière de voir a pu se réclamer des travaux préparatoires de la Charte. Elle constitue assurément le prolongement de certaines opinions exprimées à cette occasion, mais qui s'inscrivaient plutôt dans une discussion sur la nature du contrôle *international* à mettre en place. L'exposé des motifs du projet de recommandation présenté par MM. Heyman et Dehousse lors de la 7^e session de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le 26 octobre 1955, est tout à fait explicite à ce propos et résume bien l'esprit général des discussions qui eurent lieu alors. On peut y lire ce qui suit : « [...] La procédure de mise en œuvre des droits sociaux, économiques et culturels [...] postule, non pas une simple répression mais, préalablement, une action progressive de caractère positif et constructif, se traduisant par un ensemble de mesures législatives, administratives et autres, à promouvoir ou à prendre par les États signataires. Mis à part encore le principe de séparation des pouvoirs, il est évident que cette tâche ne saurait être confiée à un organe judiciaire. Non seulement le recours judiciaire aboutirait à une ingérence directe dans les législations et l'administration des États signataires, mais il devrait porter, pour être efficace, sur des objectifs techniques dont, dans la plupart des cas, les organes judiciaires existants ne seraient point en mesure de

juger » (10). Ainsi, c'est essentiellement de l'impossibilité postulée d'un contrôle international de nature judiciaire qu'il est déduit la non-justiciabilité en droit interne. On se doit de souligner que, dans la balance des arguments, celui-ci, tiré de la clause de l'Annexe, a fini par peser d'un poids considérable, et ce, depuis que le président le plus emblématique du Comité européen des droits sociaux (11), M. Pierre Laroque, l'a fait sien. Ainsi, sur le fondement de l'Annexe, estimait-il, dans un article qui reste une des meilleures références en la matière (12), que « les engagements souscrits par les États sont des engagements d'État à État, dont les seules sanctions, de caractère international, sont celles qui sont prévues par la partie IV », autrement dit, la question du respect de ces engagements par l'État ne peut être connue du juge interne. On doit aussi observer que cette thèse est la plus neutralisante pour la Charte. Elle conduit en effet à lui refuser toute applicabilité juridictionnelle interne – voire toute applicabilité juridictionnelle dès lors que les mécanismes prévus par la partie IV sont d'une autre nature –, sans distinguer entre ses dispositions.

C'est peu dire que ces conceptions ont joué un très grand rôle dans la marginalisation de la Charte sociale parmi les instruments européens de protection des droits de l'homme. Elles ont inspiré la doctrine bien sûr, expliquant la place congrue qui lui est accordée dans les ouvrages et écrits spécialisés, mais aussi la jurisprudence dans la plupart des États parties, convainquant les juges d'écarter les moyens alléguant de la violation de ce texte. Tel est toutefois de moins en moins le cas.

B. JUSTICIABILITÉ ÉTAYÉE PAR LA PRATIQUE

En dépit d'une autorité qui s'est consolidée au fil du temps, les arguments qui soutiennent ces conceptions n'échappent pas nécessairement à la critique. Celle-ci a été conduite de différentes manières. Tantôt en sollicitant le texte même de la Charte. Ainsi, certains auteurs considéraient-ils, par exemple, que l'article 32, qui pose le principe de l'application de la norme la plus favorable (13) repose nécessairement sur

(10) *Travaux préparatoires*, vol. II, p. 162.

(11) Il fut le premier président du Comité des experts indépendants, organe qui s'est transformé ultérieurement en Comité européen des droits sociaux.

(12) « La Charte sociale européenne », *Droit social*, n° 3, 1979.

(13) Principe formulé en ces termes : « [L]es dispositions de la Charte ne portent pas atteinte aux dispositions de droit interne et des traités, conventions ou accords bilatéraux ou multilatéraux qui sont ou entreront en vigueur et qui seraient plus favorables aux personnes protégées. »

le postulat que la Charte peut être appliquée par le juge interne (14). Tantôt, et de plus en plus, c'est sur le terrain théorique, celui de la déconstruction systématique des arguments de non-justiciabilité et de proposition d'un nouveau cadre heuristique, que cette critique se place (15).

On préfère ici insister sur le fait que ces arguments déniaient la justiciabilité à la Charte se heurtent à une réalité juridique évolutive dans laquelle ce texte se voit, dans la vie juridique et judiciaire, conférer de plus en plus une « dignité » juridictionnelle. Concourent à établir une telle dignité autant les éléments du système même de la Charte que les jurisprudences internes.

Du côté de la Charte, le premier facteur à prendre en compte est l'évolution du système de contrôle de l'application de cet instrument par les États parties et, spécialement, la mise en place, depuis 1995, d'une procédure de réclamations collectives. En effet, si l'absence de justiciabilité a pu être inférée du refus initial desdits États de se soumettre à un contrôle européen de type judiciaire, l'institution d'un mécanisme de recours tel que celui des réclamations collectives est de nature à changer la donne. Car la procédure en question s'inscrit bien dans une problématique juridictionnelle. Certes, l'organe de contrôle, le Comité européen des droits sociaux, n'est pas une juridiction. Même si la majorité de ses membres proviennent des juridictions internes, ils siègent au plan européen en tant qu'experts. Mais il n'y a que cet élément formel qui fait défaut. Pour le reste, la procédure emprunte ses traits majeurs des procédures juridictionnelles. D'abord, il s'agit, contrairement à ce qu'on peut observer dans le cadre du contrôle sur rapports étatiques, d'une procédure de recours (16). La réclamation, cet autre nom du recours ou de la requête, y est soumise aux règles habituelles de délais, au respect de conditions de recevabilité strictes et, surtout, son traitement obéit au principe du contradictoire. C'est donc une procédure où il y a des parties – d'un côté, l'organisation réclamante et, de l'autre, l'État mis en cause – et dans laquelle s'institue un débat et s'affrontent des prétentions juridiques sur le mode judi-

(14) Par exemple, M. SUR : « Les effets de la Charte sociale en droit interne », *Turkish year-book of Human rights*, vol. 15, 1993, pp. 91 et s.

(15) M.-J. REDOR, « Dispositions invocables et justiciabilité des droits de l'homme devant le juge administratif français », voy. *infra* et, pour une présentation et une évaluation de ces approches, voy. D. ROMAN, *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Rapport de recherche, novembre 2010.

(16) Pour plus de détails, voy. notre article : « La Charte sociale européenne : la mise en œuvre de la procédure de réclamation collective », *Droit social*, 2000, p. 888.

ciaire. Ce jeu du contradictoire, et c'est là la seconde caractéristique à retenir, débouche sur une décision, rendue par le Comité européen des droits sociaux (C.E.D.S.). Il a parfois été soutenu, sur la base de fragiles arguments de texte, mais surtout d'une pratique à présent révolue du Comité des ministres, que cette décision du C.E.D.S. n'en était pas vraiment une, que le système des réclamations collectives se présentait à cet égard comme un système de justice retenue, dans lequel l'organe de contrôle, le C.E.D.S. en l'occurrence, ne rend que des avis, le pouvoir de décider revenant à l'instance politique qu'est précisément le Comité des ministres. Cette interprétation a été vigoureusement combattue par le C.E.D.S. lui-même, pour qui il résulte du protocole de 1995 instituant la procédure de réclamation que « l'appréciation juridique de la conformité ou non de la situation avec la Charte ressortit au seul Comité européen des droits sociaux » (17). C'est cette interprétation qui a fini par prévaloir. Il est d'ailleurs intéressant de noter que, sur la base de ces éléments, nombre d'auteurs n'hésitent plus à voir dans le système des réclamations collectives un système « quasi juridictionnel » (18), entendant par là pour l'essentiel qu'on est face à une procédure juridictionnelle sans juge.

Indépendamment de la procédure de réclamations collectives, l'interprétation donnée des dispositions de la Charte vient aussi accréditer l'idée que cet instrument contient des engagements qui doivent recevoir sanction juridictionnelle dans l'ordre interne.

S'il est une affaire symptomatique de cette interprétation, c'est bien l'affaire *Confédération des entreprises suédoises c. Suède* à propos de la liberté syndicale négative (19). En l'espèce, l'organisation réclamante reprochait à l'État suédois la violation de l'article 5 de la Charte garantissant la liberté syndicale, motif pris, d'une part, de l'existence dans certaines conventions collectives de clauses de monopole syndical à l'embauche (*closed shop*) et, d'autre part, de l'obligation faite à des travailleurs non syndiqués de payer des redevances à un syndicat en contrepartie de la surveillance par celui-ci des salaires. La première

(17) C.E.D.S., 12 octobre 2004, *CFE-CGC c. France*, Récl. 16/2003 ; 7 décembre 2004, *CGT c. France*, n° 22/2003 ; 7 décembre 2004, Récl. 18/2003, *O.M.C.T. c. Irlande*.

(18) En ce sens, J.M. BELORGEY : « Gouvernance internationale : la contribution des juges », *Revue politique et parlementaire*, n° 1035/2005, p. 84 ; A. M. SWIATKOWSKI : « The European committee of social rights », in : G. P. POLITAKIS (ed.), *Protecting labour rights as human rights : present and future of international supervision*, Éd. O.I.T., 2007, p. 37 ; J.-F. AKANDJI-KOMBÉ : « Les réclamations collectives dans le cadre de la Charte sociale, bilan et perspectives », *L'Europe des libertés*, n° 28/2009 ; D. ROMAN, *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, op. cit., p. 33.

(19) Récl. n° 12/2002, décision du 15 mai 2003.

question (1^{er} grief) qui se posait dans cette affaire était de savoir si l'État pouvait voir sa responsabilité engagée lorsque des actes posés dans les relations entre personnes privées sont contraires aux exigences de la Charte. Le Comité, se fondant sur la théorie des obligations positives, y répond par l'affirmative. Mais surtout, il saisit l'occasion pour souligner que l'application judiciaire fait partie des modalités d'exécution des obligations imposées par la Charte. Selon cet organe en effet, « la volonté des parties de faire en sorte que la législation interne ou d'autres dispositifs d'application [...] ne portent pas atteinte à la liberté des employeurs et des travailleurs de constituer des organisations implique qu'en cas de clauses contractuelles comportant un tel risque, et quelles que soient les procédures de mise en œuvre de ces clauses, les autorités nationales compétentes – qu'il s'agisse d'instances législatives, réglementaires *ou judiciaires* – sont tenues d'intervenir pour les faire annuler ou en interdire l'application ». Mais c'est surtout en réponse à la seconde question (2^e grief) que l'affirmation de la justiciabilité de l'article 5 de la Charte est la plus nette. En effet, après avoir fixé les principes déterminant la compatibilité d'un système de redevance tel celui en cause avec la liberté syndicale, le C.E.D.S. va renvoyer aux juridictions internes le soin de les appliquer aux espèces qui leur sont soumises. « Il incombe, estime-t-il, aux juridictions nationales de se prononcer à ce sujet à la lumière des principes qu'il a dégagés en la matière et, le cas échéant, au législateur de les mettre à même d'en tirer les conséquences en ce qui concerne la conformité à la Charte et la légalité des dispositions incriminées. »

Loin d'être isolée, cette affaire est caractéristique d'une démarche suivie largement dans les affaires dont est saisi le Comité. Derrière l'idée, mise en œuvre par l'organe européen dans tout le champ de la Charte, que ce texte impose des obligations positives aux États, notamment celle de veiller à ce qu'il ne soit pas commis de violation de la Charte dans les relations entre personnes privées, on voit poindre celle d'un devoir incombant certes au législateur et au pouvoir exécutif, mais aussi aux juridictions internes, d'appliquer la Charte.

Un autre aspect, tout aussi significatif de la jurisprudence du C.E.D.S., mérite de retenir l'attention dans le présent contexte : c'est la consécration d'un véritable droit au recours s'analysant finalement comme droit au juge interne. La consécration est ici essentiellement jurisprudentielle, car, exception faite de l'article 24 de la Charte révisée qui reconnaît le « droit de recours devant un organe impartial » à propos du droit à la protection en cas de licenciement, la Charte, à la différence de

la C.E.D.H., n'énonce nulle part explicitement un tel droit ni, *a fortiori*, un droit *général* au recours. C'est donc là l'œuvre du C.E.D.S. Construit progressivement, ce droit traverse toute la substance de la Charte, apparaissant comme une implication nécessaire de chacun des droits garantis. Pour être méconnue, la jurisprudence de l'organe européen relative à ce droit n'en est pas moins singulièrement élaborée. Ainsi, le Comité pose-t-il que, pour être conformes à la Charte, les recours prévus en droit interne doivent être portés devant un organe (judiciaire) indépendant, être effectifs et efficaces. En application de ces critères, le C.E.D.S. est amené à énoncer, pour chaque droit, des exigences très précises. On n'en prendra ici que deux exemples. C'est ainsi que, dans le cadre de la garantie du droit à une rémunération équitable protégé par l'article 4 de la Charte, le Comité considère que les États doivent protéger les personnes introduisant des recours sur ce terrain d'éventuelles mesures de représailles de la part de l'employeur (20). Ainsi a-t-il également fixé les exigences de la Charte quant à la charge de la preuve dans le contentieux national de la non-discrimination, en considérant que, « lorsque des personnes qui considèrent que le principe de l'égalité de traitement [...] ne leur a pas été appliqué, établissent devant une juridiction des faits dont il découle qu'une discrimination pourrait exister, il appartiendra alors à la partie mise en cause de prouver que cette discrimination apparente est due à des facteurs objectifs qui n'ont pas de rapport avec une discrimination [...] et par conséquent, que le principe de l'égalité de traitement n'est pas enfreint » (21). C'est dans une telle optique qu'il a aussi jugé utile de préciser les exigences de la Charte quant aux pouvoirs du juge dans le cadre de différents contentieux, estimant notamment, s'agissant des actions antidiscriminatoires, que « les juridictions doivent avoir le pouvoir d'écarter l'application d'une stipulation, qu'elle figure dans un contrat individuel de travail ou dans une convention collective dont elles constatent qu'elle méconnaît le principe d'égalité posé par la loi », ou encore, s'agissant cette fois-ci des recours en matière d'assistance sociale et médicale, que le juge saisi doit avoir compétence pour statuer sur le fond de l'affaire, et non seulement sur les points de droit, apprécier l'état de besoin et la nécessité de l'aide, voire le montant sur la base de critères objectifs, et doit disposer du pouvoir d'annuler la décision administrative litigieuse. Ce ne sont là

(20) Voy. notamment Concl. VII, p. 27 ; Concl. IX-1, p. 13 ; Concl. XIII-5, pp. 270 et 271, et Concl. XIV-2, pp. 536 et 537 et p. 419.

(21) Concl. XIII-5, p. 272.

que quelques exemples d'une jurisprudence qui mériterait, ailleurs, des développements plus substantiels (22).

Ces différents éléments tirés du système de la Charte établissent indubitablement une présomption de justiciabilité au profit de cette dernière ; une présomption transformée en fait juridique par les juridictions nationales. Non pas que les juges internes reconnaissent de manière générale l'applicabilité de la Charte. Les résistances ont été et demeurent considérables, selon les pays ou, dans un même pays, selon les juridictions. On peut l'observer avec les positions adoptées par certaines juridictions allemandes qui, suivant en cela la doctrine majoritaire dans ce pays, ont dénié à la Charte tout effet contentieux. L'un des arrêts cités habituellement en ce sens est celui de la Cour du travail de Berlin en date du 10 octobre 1970 (23) ; mais cette position a été confirmée ultérieurement par d'autres juridictions, notamment la Cour du travail de Francfort (24) et la Cour administrative fédérale (25). Dans le même sens, on peut aussi mentionner la jurisprudence constante du Conseil d'État français aux termes de laquelle les stipulations de la Charte ne peuvent être utilement invoquées devant lui en tant qu'elles ne produisent pas d'effet direct (26).

Reste qu'à côté de ces jurisprudences d'exclusion, on enregistre aussi des décisions de juges internes appliquant la Charte. En faire un état exhaustif n'est guère possible, faute de disposer d'une base de données recensant systématiquement pareilles décisions. Mais, même en ne s'en tenant qu'aux sources éclectiques actuelles, dont les rapports du C.E.D.S., force est d'admettre qu'elles se sont multipliées, confortant sensiblement la position de la Charte dans les États parties.

(22) Voy. notamment Concl. XIII-4, p. 59 ; Concl. XIII-4, p. 205 ; Concl. XIV-1, pp. 246 et 786.

(23) Arbeitsgericht Berlin, Kammer 39, 10 octobre 1974, cité par E.-M. HOHNERLEIN, « Federal republic of Germany », in : L. BETTEN et T. JASPERS, *op. cit.*

(24) Landesarbeitsgericht Frankfurt am Main, 17 avril 1979, n° 4/5, Sa 1033/78.

(25) Bundesverwaltungsgericht, 22 février 1995, 1 C 11.94 ; sur tous ces éléments, voy. C. SCIOTTI, *op. cit.*, p. 194.

(26) Pour une expression récente de cette jurisprudence, voy. C.E., 2 octobre 2009, *Union syndicale solidaires Isère*, n° 301014.

III. – Des modalités différenciées de la justiciabilité : démarches judiciaires

A. REMARQUES GÉNÉRALES

Toutes les décisions présentées comme appliquant la Charte ne sont pas de portée identique. Cela est évident. Les demandes faites au juge diffèrent selon les cas, de même que la méthode retenue et les techniques utilisées par celui-ci pour construire sa décision, laquelle ne produit par ailleurs pas toujours les mêmes conséquences à l'égard de la norme interne contestée.

Ces différences procèdent de l'influence de facteurs divers. Le « modèle » de relation entre droit interne et droit international auquel se réfère le système juridique national considéré est de ces facteurs. Il est même souvent présenté comme le facteur décisif. En effet, suivant que le juge saisi est celui d'un État moniste ou d'un État dualiste, il pourra ou non se référer directement au texte international. Nul doute que, parmi les États qui ont ratifié la Charte, c'est la première situation qui, de loin, se rencontre le plus. Il en va ainsi notamment de la Belgique, de Chypre, de l'Espagne, de l'Estonie, de la France, de la Grèce, de la Hongrie, de la Lettonie, de la Lituanie, du Luxembourg, des Pays-Bas, de la Pologne, du Portugal, de la Roumanie, de la Slovaquie, de la Slovénie, de la République tchèque ou encore de la Turquie. Dans tous ces cas, la Charte, sur la base des dispositions constitutionnelles ou, plus rarement, de la jurisprudence (27), a en principe été intégrée au droit interne dès sa ratification et sa force juridique s'est déployée dès son entrée en vigueur pour l'État. Dans le camp des États dualistes, moins nombreux par conséquent, on compte notamment l'Allemagne, l'Autriche, le Danemark, la Finlande, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, Malte, la Norvège, le Royaume-Uni, la Suède ou encore la République tchèque.

À vrai dire, l'impact de cette différence-ci sur les possibilités d'application juridictionnelle des normes issues de la Charte sera souvent assez limité. Elle tiendra exclusivement dans le fait que, dans les États monistes, le juge pourra asseoir sa décision directement sur la Charte, tandis que le juge d'un État dualiste devra en passer par l'acte interne, généralement de nature législative, de réception.

Ce qui, plus profondément, différencie le plus les décisions rendues, ce sera plutôt la plus ou moins grande détermination du juge dans son

(27) Cas de la jurisprudence *Le Ski* en Belgique : Cour de cassation, 27 mai 1971, *Pasicrisie belge*, 1971, p. 887.

rôle de garant du respect des normes internationales ou d'origine internationale, laquelle dépend de l'idée qu'il se fait de la fonction du droit international, de son rôle à l'égard des normes qui en sont issues et des techniques qu'il croit pouvoir mettre au service de l'effectivité de ces normes. En schématisant, il est possible de dire qu'une ligne de partage sépare ceux des juges qui, d'une part, retiennent une conception étroite de l'applicabilité de la Charte, fondée essentiellement sur une version classique de la théorie de l'effet direct, et ceux qui, d'autre part, développent une conception élargie de la justiciabilité. Pour en rendre compte, et comparer utilement, il importe de distinguer les solutions retenues selon qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'un contentieux subjectif ou dans le cadre d'un contentieux objectif.

B. LA CHARTE, LES DROITS SOCIAUX ET LE CONTENTIEUX SUBJECTIF

Ce type de contentieux se caractérise par le fait que le juge interne est appelé à reconnaître au requérant, avec les conséquences juridiques que cela emporte, un droit subjectif dont celui-ci prétend bénéficier en vertu de la Charte. Par hypothèse, si une telle demande est formulée, c'est qu'un acte interne s'oppose à l'exercice du droit en question, soit qu'il dénie un tel droit dans le chef de l'intéressé, soit qu'il lui substitue un droit à la portée plus limitée. Ce contentieux se présente donc habituellement comme celui des décisions individuelles dont le requérant est destinataire ou qui s'appliquent à lui, mais aussi comme celui des contrats passés par ce dernier. Le contentieux des contrats de travail et celui des décisions de licenciement en constituent des exemples types. Participent aussi de ce contentieux les actions en responsabilité, y compris contre l'État.

Saisi de ce type de demande, le juge se posera la question de savoir si la règle invoquée est d'effet direct, si le droit qu'elle énonce et dont le justiciable se prévaut peut être regardé comme subjectif, s'il est suffisamment précis pour être immédiatement exercé. C'est cette démarche qu'adopte, fort justement, la quasi-totalité des juges européens dont la jurisprudence est connue. Elle a conduit le Conseil d'État français à rejeter la contestation, par un agent contractuel de l'administration, de la décision prononçant son licenciement, laquelle était, prétendait cet agent, contraire à l'article 4, paragraphe 4, de la Charte sociale qui prévoit que « les parties contractantes s'engagent [...] à reconnaître le droit de tous les travailleurs à un délai de préavis raisonnable dans le

cas de cessation d'emploi » (28). Pour la Haute juridiction administrative française, cette disposition « ne produit pas d'effet direct à l'égard des nationaux des États contractants ». Mais c'est en adoptant la même démarche que, par exemple, les juridictions suprêmes néerlandaises – Cour suprême (Hoge Raad) et Conseil d'État (Raad van State) – ont admis, depuis un arrêt de la Cour suprême en date du 30 mai 1986 (29), l'applicabilité des articles 5 et 6, paragraphe 4, de la Charte. De la même manière, les juridictions belges ont admis depuis fort longtemps, et de manière générale, l'applicabilité de ces mêmes articles dans le cadre des litiges relatifs aux relations de travail. Mieux encore, s'agissant de l'article 6, paragraphe 4, elles le considèrent comme la source du droit de grève en droit interne. Ainsi que l'exprime la Cour du travail de Bruxelles, à propos du récurrent contentieux des piquets de grève, dans un arrêt récent, « par la ratification de la Charte sociale européenne, dont on peut estimer qu'elle a un effet direct en droit interne, le droit national a reconnu le droit de grève comme un droit subjectif » (30). La Cour du travail de Mons ne dit pas autre chose lorsqu'elle estime que, « à la différence de ce qui est indiqué dans la Charte concernant d'autres droits fondamentaux, le droit à des actions collectives, en ce compris la grève, est ici reconnu d'office sans que le traité ne s'en remette au législateur national pour en organiser la mise en œuvre » (31).

Comme on le voit, cette approche amène nécessairement le juge à opérer un tri, entre les dispositions susceptibles d'effet direct et celles qui ne le sont pas. Le résultat en est, d'une manière générale, que, si la plupart des droits proclamés par le texte européen sont écartés dans le cadre des contentieux subjectifs, il en est néanmoins qui, compte tenu des jurisprudences internes, peuvent fonder l'annulation de décisions individuelles ou de contrats. Les plus incontestables sont le droit syndical (art. 5, C.S.E.R.), le droit à des actions collectives (art. 6, § 4) et le droit de sortie des nationaux du territoire de leur État (art. 18, § 4). Mais au-delà de ces droits, il arrive aussi que tel ou tel juge confère à d'autres, parfois de manière inattendue, une portée subjective à d'autres

(28) Conseil d'État (C.E.), 20 avril 1984, *Ministre de l'Économie et des Finances c. Valton et Crépeaux*, *Recueil Lebon*, p. 148.

(29) Précité.

(30) 5 novembre 2009, *A.E. et Fédération générale des travailleurs de Belgique c. Italian automotive center SA*, RG 2009/AB/52381 ; voy. aussi, de la même Cour, 18 décembre 2003, *J. J-P c. Electrabel*, R.G. 44.216 ; dans le même sens, Cour de cassation belge, 31 janvier 1997, n° C940151N, *Pasicrisie belge*, 1997 (I/56).

(31) 7 mai 2002, *TEC-Hainaut c. S.C., L.E. et C.G.S.P. TEC*, RG 17789/17800.

droits. Ainsi, par exemple, du Tribunal de commerce de Nivelles (Belgique) qui, par une décision du 21 avril 1997 (32), annula une décision de la Commission des Communautés européennes constatant l'incompatibilité d'une aide à des entreprises en difficulté, au motif que cette décision violait le droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail, d'une part, et le droit à une rémunération équitable, d'autre part, garantis respectivement par les articles 3 et 4 de la Charte. Mais, plus sérieusement, on notera que c'est ainsi que firent d'autres juridictions belges de rang supérieur, reconnaissant un effet direct aux articles 1^{er} et 13 de la Charte, considérés comme énonçant un droit subjectif au travail (33) et aux prestations sociales (34).

Cet état de la jurisprudence appelle deux remarques.

En premier lieu, il faut signaler que, si, normalement, la théorie de l'effet direct doit conduire à apprécier l'applicabilité disposition par disposition et donc, comme on l'a vu, à effectuer un tri, il est des cas où ce résultat n'est pas celui auquel le juge parvient. Il en est ainsi en particulier lorsque ce dernier choisit une méthode globale d'évaluation en se posant la question de l'effet direct pour l'instrument dans son ensemble. On trouve un exemple caractéristique du recours à cette méthode globale dans la jurisprudence du Conseil d'État français relative à la Charte sociale (voy. arrêts cités précédemment), l'effet direct étant ici refusé au texte pris en toutes ses dispositions. On s'est parfois demandé si cette position n'était pas partagée par la juridiction suprême française de l'ordre judiciaire, la Cour de cassation. Le fait est que, jusqu'à présent, celle-ci n'a pas admis l'application de la Charte sociale dans le cadre des contentieux subjectifs dont elle connaît (35). Reste néanmoins que la jurisprudence la plus récente de cette juridiction montre que sa position pourrait bien être plus souple sur ce point. On remarquera en particulier que, par un arrêt du 16 décembre 2008, elle a cassé la décision d'une Cour d'appel qui avait débouté le requérant de sa demande de contrepartie financière à une clause de confidentialité figurant dans son contrat de travail, estimant que la décision d'appel avait violé l'article 6, paragraphe 1^{er}, du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), article garantissant le droit de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté,

(32) S.A. *Forges de Clabecq*, aff. 270/97, non confirmée en cassation.

(33) Cour de cassation belge, 31 janvier 1997, n° C940151N, *Pasicrisie belge*, 1997 (I/56).

(34) Voy. Cour du travail de Mons, 27 avril 1999, *Siraut c. CPAS de Mons*, RG n° 15205, se référant notamment à l'article 13 de la Charte comme posant « le principe d'un droit individuel [à l'assistance sociale] par le recours à une logique d'individualisation ».

(35) Voy. p. ex. l'arrêt *Glaziou*, C. Cass., Ch. Soc., 17 décembre 1996, pourvoi n° 92-44.203.

qu'il a estimé « directement applicable en droit interne » (36). Il est à noter d'ailleurs que cet arrêt vient conforter une jurisprudence déjà ancienne (37). Or, compte tenu de l'identité de contenu et de portée entre ce texte et la Charte, dont l'article 1^{er}, paragraphe 2, consacre le même droit, il ne peut être exclu que cette solution soit adoptée un jour à propos de l'instrument européen, ce qui serait d'ailleurs dans la logique de la jurisprudence précitée de la Cour de cassation belge. Nul doute alors que le cercle des dispositions d'effet direct issues de la Charte se verrait du coup agrandi.

En second lieu, on doit noter qu'une certaine dynamique, consistant à apprécier les dispositions de la Charte non plus seules, mais à la lumière des interprétations délivrées par le C.E.D.S., vient en quelque sorte soutenir ce mouvement de reconnaissance élargie de l'effet direct des dispositions de la Charte. Symptomatique de cette dynamique est, notamment, un arrêt récent de la Cour suprême norvégienne à propos des redevances que doivent acquitter des salariés non syndiqués à un syndicat (38). Pour apprécier la licéité desdites redevances, la Cour s'est fondée non seulement sur l'article 5 de la Charte (liberté syndicale), mais aussi et abondamment sur la jurisprudence du C.E.D.S. (39). Ainsi qu'on l'a déjà noté, c'est précisément ce à quoi appelait cet organe dans sa décision *CES c. Suède*, laquelle portait précisément sur la compatibilité de telles redevances avec la Charte. Le cas est intéressant en tant qu'il suggère que les interprétations du C.E.D.S. font corps avec la disposition interprétée et, par conséquent, que l'effet direct de toute disposition envisagée doit s'apprécier eu égard au texte *et* à la jurisprudence du Comité. Envisagés sous ce jour, nombreux seraient les articles du texte européen qui, compte tenu de la précision des exigences qui en sont tirées par le Comité, pourraient se voir reconnaître l'applicabilité juridictionnelle jusque dans les contentieux subjectifs. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à l'exemple de l'article 2, paragraphe 1^{er}, relatif au temps de travail. Comme on sait, les dispositions de cet article, par lequel les États parties s'engagent « à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres

(36) Cass. soc., 16 décembre 2008, *Eichenlaub c. Axia France*.

(37) Not. Cass. Crim., 15 octobre 1991, n° 90-86.791, Cass. Soc., 15 juin 2000, n° 98-12.469 et n° 98-12.467, et Cass. Crim., 30 janvier 2001, n° 00-82.341.

(38) Norges Hoyesterret – Dom, 2008-11-24, *Elin Tasas et al.*

(39) À signaler aussi, dans la même veine, l'arrêt précité de la Cour de travail de Bruxelles en date du 5 novembre 2009, *A.E. et Fédération générale des travailleurs de Belgique*.

facteurs entrant en jeu le permettent », sont fort générales et, de surcroît, formulées en termes d'obligation progressive et conditionnée. Or, de cette formulation, le C.E.D.S. a tiré des exigences extrêmement précises. Ces précisions concernent d'abord la qualité de la législation. Ainsi, l'organe européen estime-t-il que celle-ci doit fixer les bornes précises au temps de travail et, lorsqu'il est renvoyé aux partenaires sociaux le soin de réglementer le temps de travail par voie de conventions ou d'accords collectifs, fixer de manière précise les principes et règles hors du pouvoir de détermination des employeurs et syndicats, mais aussi fixer des périodes de référence raisonnables pour le calcul du temps de travail étant entendu que cette période ne saurait être annuelle (40). Mais la jurisprudence du C.E.D.S. ne s'arrête pas là. Elle va aussi jusqu'à décider de ce qui peut ou non entrer dans le calcul du temps de travail effectif d'un travailleur. Le Comité a, ainsi, notamment décidé que le temps d'astreinte n'était pas purement et simplement assimilable au temps de repos du salarié, étant entendu que ce dernier est tenu, pendant ce temps, de rester à la disposition de son employeur pour accomplir, si ce dernier le requiert, une prestation de travail (41). Dans ces conditions, il ne serait pas absurde d'admettre que le juge interne saisi par un salarié d'un recours fondé sur l'article 2, paragraphe 1^{er}, et tendant à contester des éléments de son contrat de travail qui assimilent le temps d'astreinte à du temps de repos, annule, s'il en a le pouvoir, la clause contractuelle en cause. Si on admet un tel raisonnement, qui, après tout, ne manque pas de logique juridique, et, surtout, si le juge interne l'épouse, c'est potentiellement toute la Charte, compte tenu de l'important travail d'interprétation réalisé par le Comité européen depuis les origines (42), qui serait susceptible de trouver application dans le présent contexte. Il faut bien l'admettre, la réalité jurisprudentielle est loin de ces projections. Pour autant, cette circonstance ne limite pas nécessairement l'impact contentieux de cet instrument, les modalités d'application propres au contentieux objectif venant compléter celles qui sont mises en œuvre dans ce premier cadre.

(40) Notamment C.E.D.S., 16 novembre 2001, *CFE-CGC c. France*, Récl. 9/2000.

(41) C.E.D.S., 12 octobre 2004, *CFE-CGC c. France*, Récl. 16/2003.

(42) Voy. à cet égard l'ouvrage, qui date un peu, de L. SAMUEL, *Droit sociaux fondamentaux. Jurisprudence de la Charte sociale*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1997.

C. LA CHARTE, LES DROITS SOCIAUX ET LE CONTENTIEUX OBJECTIF

On dit habituellement du contentieux qu'il est objectif lorsqu'il vise à contrôler la légalité d'une norme. Correspondent à ce schéma, indépendamment des modalités procédurales qui peuvent varier d'un État à l'autre, aussi bien le contrôle de la légalité des actes réglementaires que le contrôle de constitutionnalité des lois et règlements, mais aussi le contrôle qui, à tout le moins dans les États monistes, est dit de conventionnalité et qui vise au respect des traités internationaux. Ainsi qu'il a déjà été observé, dans le cadre de ce qui, finalement, est un procès fait à la norme, l'enjeu n'est plus de modifier immédiatement la situation juridique du justiciable, mais plutôt de neutraliser une norme inférieure à raison de sa contrariété ou de son incompatibilité avec une norme supérieure déterminée.

S'il est vrai que, pour décrire le rapport entre la norme contrôlée et la norme de référence, spécialement lorsque cette dernière est internationale, on recourt encore aux notions d'applicabilité directe ou d'effet direct, celles-ci n'ont pas et ne sauraient avoir la même signification que dans le cadre d'un contentieux subjectif. En effet, contrairement à ce qu'on a pu observer pour ce dernier cadre, pour que la norme de référence, notamment internationale, puisse produire un effet, il n'est pas nécessaire qu'elle apparaisse comme conférant au requérant lui-même un droit subjectif. L'enjeu du procès fait à la norme tenant exclusivement à la sauvegarde de la hiérarchie des normes, il faut alors, mais il suffit, que la norme invoquée soit obligatoire et qu'elle impose à l'État des obligations précises. Ainsi que le soulignait le Conseil d'État belge dans un arrêt du 6 septembre 1989 (43), rendu à propos d'un recours contre un acte administratif à caractère réglementaire dont le requérant prétendait qu'il avait été pris en méconnaissance des normes en matière d'accès à l'enseignement établies par l'article 13, paragraphe 2, du PIDESC, « la question ainsi posée n'est pas de savoir si le Pacte [...] a conféré aux particuliers des droits subjectifs, mais de vérifier si la législation belge est compatible avec l'objectif inscrit dans la règle claire et précise de l'article 13.2, a), du Pacte ».

Il peut bien sûr arriver que le juge interne exige aussi cette qualité de la norme internationale comme condition de tout effet contentieux. C'est notamment ce que fait, de longue date déjà, le Conseil d'État français lorsque, dans le cadre de recours dirigés contre des actes

(43) Aff. n^{os} 32.989 et 32.990.

réglementaires, il juge encore que la Charte sociale ne peut pas être utilement invoquée parce qu'elle ne serait pas pourvue d'effet direct dans les États parties (44).

Il y a manifestement, dans cette jurisprudence, un excès d'exigence. Fort heureusement, elle n'est pas partagée par tous les juges, y compris en France. Ainsi, la Cour de cassation admet-elle, depuis un arrêt du 14 avril 2010, l'invocabilité de la Charte sociale à l'encontre d'une loi. L'applicabilité est reconnue, en l'espèce, à l'article 5 (liberté syndicale) combiné avec l'article 6, paragraphe 4 (droit de négociation collective), mais la question reste posée de savoir si cette reconnaissance peut valoir pour d'autres dispositions de l'instrument européen. Compte tenu du contexte procédural, on serait fondé à répondre par l'affirmative. Dans l'affaire qui a conduit à cette décision, la loi était invoquée devant le juge de première instance pour faire échec à la décision prise par un syndicat à la suite d'élections professionnelles de désigner un délégué pour siéger au comité d'entreprise, institution représentative du personnel. Or le syndicat dont la décision était contestée, tout en admettant que celle-ci était contraire aux prévisions de la loi, soutenait à son tour l'incompatibilité des dispositions légales avec divers instruments internationaux et européens dont la Charte sociale européenne. Il soulevait ainsi une exception d'illégalité, appelant le juge, avant de statuer sur la contestation à caractère subjectif – contestation du droit du syndicat à désigner un tel délégué – à opérer un contrôle abstrait de la loi, ce second examen, techniquement autonome du premier, procédant d'un pouvoir reconnu à tout juge en France. Si, comme il est soutenu ici, l'on admet qu'un tel contrôle est possible à chaque fois que la disposition invoquée ayant un caractère normatif, impose à l'État une obligation claire et précise, force sera de considérer que ce qui est ici acquis pour les articles 5 et 6, paragraphe 4, de la Charte pourrait l'être pour toute autre disposition du même texte.

La voie ainsi suivie par la Cour de cassation mais aussi par bien d'autres juridictions nationales n'est pas, en pratique, la seule qui se soit imposée pour l'application de la Charte dans le cadre du contrôle juridictionnel des normes. Les juges internes recourent également à la technique de l'interprétation conforme, ou plus exactement à une technique qui, tout en évoquant cette dernière, procède plutôt d'une

(44) Voy. p. ex. C.E., 28 janvier 1994, Fédération des services C.F.D.T., *Revue de jurisprudence sociale*, n° 4/1994, n° 480.

démarche combinatoire. Un exemple en est fourni par la jurisprudence des Cours constitutionnelles espagnole et belge établie dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois.

Il n'est ainsi pas rare de voir la Cour d'arbitrage belge, face à des moyens fondés sur une pluralité de textes, internes et internationaux, combiner exigences constitutionnelles et exigences conventionnelles pour en dégager une norme de référence unique à partir de laquelle elle procédera à l'appréciation de la loi. On trouve, de cette démarche, une illustration topique dans une décision de la Cour d'arbitrage en date du 15 mai 1996 (45), décision par laquelle la Cour a annulé certaines dispositions législatives – issues de la loi du 9 décembre 1994 – relatives à la gendarmerie et au statut de son personnel, prises, selon elle, en méconnaissance, notamment, de l'article 1^{er} de la Charte. Dans cette espèce, les requérants prétendaient que l'obligation, faite par cette loi, aux membres du personnel de la gendarmerie de rembourser tout ou partie des traitements perçus pendant leur formation lorsqu'ils quittent prématurément le corps, c'est-à-dire avant « d'avoir pu rentabiliser les investissements liés à leur formation », était contraire au droit au libre choix d'une activité professionnelle garanti par l'article 1^{er} de la Charte. La Cour, en réponse à ce moyen, va d'abord établir, en se référant à la Constitution et à la Charte, que le droit invoqué appartient bien à l'ordre juridique belge. En suite de quoi elle observe que la loi attaquée restreint certes la liberté de choix d'activité professionnelle des gendarmes, mais que cette restriction est fondée sur des raisons d'intérêt général (l'indispensable continuité d'un service public dédié au maintien de l'ordre). Ainsi est-elle justifiée dans son principe. Ce qui, néanmoins, va la conduire à rendre une décision d'annulation, c'est, estime-t-elle, le caractère disproportionné de l'atteinte portée à la liberté du travail par rapport au but poursuivi (46). La démarche est remarquable, car elle épouse en tous points celle de la Charte ou plus exactement celle adoptée par le Comité européen des droits sociaux, notamment sur le terrain du contrôle des ingérences dans l'exercice des droits consacrés. Il importe de dire que cette décision n'est pas isolée. Elle a été précédée et suivie de bien d'autres, parmi lesquelles on signalera l'arrêt du 15 juillet 1993 relatif à la loi sur les statuts du personnel du cadre actif

(45) *M.B.*, 1996, p. 16036 ; voy. aussi l'arrêt du 14 décembre 1995 sur la même loi, *M.B.*, 1996, p. 42.

(46) En l'occurrence, la loi permettait au Roi de fixer le remboursement à un montant pouvant atteindre la totalité des traitements perçus pendant la formation et ne fixait pas une durée minimale du service au-delà de laquelle ce remboursement serait exigé.

de la gendarmerie (47), celui du 22 décembre 1999 relatif à la loi sur le statut du personnel du corps opérationnel de la gendarmerie et organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats du personnel du corps opérationnel de la gendarmerie (48), celui du 6 avril 2000 relatif à l'organisation d'un service de police intégré (49) ou, plus récemment, celui du 17 avril 2008 relatif à certaines dispositions législatives en matière de cumul d'indemnités pour maladies professionnelles avec une pension ou une prestation octroyée en raison d'un accident du travail (50), celui du 12 février 2009 relatif à certaines dispositions législatives relatives à la lutte contre le racisme et la xénophobie (51). En tout, entre 1993 et fin 2010, on compte une quarantaine de décisions du juge constitutionnel belge mettant en œuvre cette démarche.

C'est une démarche comparable que met en œuvre, spécialement dans le cadre du recours d'*amparo*, le Tribunal constitutionnel espagnol, à tout le moins pour ce qui concerne le contrôle du respect par le législateur du principe de la liberté syndicale et du droit de grève, comme en attestent plusieurs décisions récentes dans lesquelles il combine les dispositions constitutionnelles de référence – articles 7 et 28 – et les normes internationales pertinentes, dont les articles 5 et 6, paragraphe 4, de la Charte sociale (52).

Il ne serait pas surprenant que le juriste français tout comme l'italien ou l'allemand éprouvent, pour des raisons différentes, quelque perplexité face à pareille approche. Le juriste français fera observer qu'elle est inconcevable en France et pour cause. Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité des lois y sont structurellement, et durablement, séparés. Le premier relève de la seule compétence du Conseil constitutionnel, tandis que le second est exercé exclusivement par les juridictions ordinaires, civiles, pénales et administratives. Quant à son homologue allemand, il fera valoir que, par hypothèse, dans un système juridique de type dualiste comme le sont ceux de l'Italie et de la R.F.A., toute référence directe à l'instrument international est hors de propos. Celui-ci ne s'appliquant que par le truchement de l'acte

(47) *M.B.*, 1993, p. 17733.

(48) *M.B.*, 2000, p. 1124.

(49) *M.B.*, 2000, p. 16768.

(50) *M.B.*, 2008, p. 24527.

(51) *M.B.*, 2009, p. 21696.

(52) Arrêts 112/2004 du 12 juillet 2004, *BOE-suppl.* 2004, n° 193, p. 9 ; 142/2004 du 13 septembre 2004, *BOE-suppl.* 2004, n° 248, p. 40 ; 358/2006 du 18 décembre 2006, *BOE-suppl.* 2007, n° 22, p. 13 ; 259/2007 du 19 décembre 2007, *BOE suppl.* 2008, n° 19, p. 50.

interne de réception, c'est, en toute hypothèse, ce dernier acte qui se trouvera invoqué devant le juge.

Est-ce alors à dire que la démarche décrite est marquée du sceau d'un contexte juridique particulier, celui de systèmes juridiques monistes où contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité ne sont guère procéduralement différenciés ? Certes oui. Mais de là à affirmer que les droits sociaux reconnus par les textes internationaux ne seraient susceptibles de participer au contrôle juridictionnel que dans un tel contexte, il y a un pas qu'il serait hasardeux de franchir. La dichotomie entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité n'empêche pas le juge constitutionnel d'être attentif au droit international, notamment conventionnel. Il n'est donc pas à exclure d'emblée que les textes du droit social et des droits sociaux jouent dans ce cadre. La différence d'avec la situation en Belgique ou en Espagne tiendra seulement ici au fait que les normes internationales joueront sans se révéler comme telles, étant finalement absorbées par la norme constitutionnelle. C'est une situation voisine que, nécessairement, l'on connaîtra dans les États dualistes. Il n'y a donc pas impossibilité pour les Cours de ces pays de mettre en œuvre la méthode combinatoire décrite précédemment ou, à tout le moins, de recourir à la technique de l'interprétation conforme. Seul l'observateur pourrait trouver à redire à une telle situation, parce que certaines des applications des droits sociaux en droit national lui échapperont nécessairement. Mais on conviendra qu'il y a situation plus délicate !

Que conclure au terme de ces développements ? Rien de définitif, assurément, sur la justiciabilité des droits sociaux ou de la Charte sociale européenne. L'ambition n'était d'ailleurs pas celle-là. Elle était plutôt de rassembler différentes données du droit appliqué et de les interroger sur le point de savoir si ces droits et les instruments qui les portent peuvent faire l'objet d'un traitement juridictionnel ou, plus exactement, d'observer comment, en dépit de nombreuses préventions théoriques et doctrinales, des juges appliquent effectivement ces droits et ces instruments. C'est ce qu'on a tenté de faire ici, à partir de données éparées, glanées ici et là, en ayant conscience que la non-systématicité de ces données est une limite et en rêvant que le rassemblement des sources (dans une base de données par exemple) permette un jour de la repousser.

Reste l'essentiel de l'enseignement, qu'une computation plus systématique des données ne pourra que renforcer. Il est que le juge dispose,

compte tenu des pouvoirs qui lui sont reconnus dans un État de droit et des techniques à sa disposition, des moyens de transcender les obstacles à un authentique règne du droit, lequel ne saurait s'entendre à l'exclusion de certains des droits fondamentaux, et notamment des droits sociaux. Les considérations qui précèdent auront atteint leur objectif si elles arrivent à convaincre de ce que la justiciabilité des droits sociaux et de la Charte sociale européenne est finalement affaire de volonté et de détermination judiciaires.

Paris, décembre 2010

