Les droits de l'homme sans la loi ?

Conception(s) et effectivité des droits de l'homme en droit français

Cédric Roulhac

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/741>

DOI : 10.4000/revdh.741

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Édition imprimée

Date de publication : 1 juin 2014

Référence électronique

Cédric Roulhac, « Les droits de l'homme sans la loi ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 5 | 2014, mis en ligne le 26 mai 2014, consulté le 08 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/741> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.741>

Ce document a été généré automatiquement le 8 juillet 2020.

Tous droits réservés

Les droits de l'homme sans la loi ?

Conception(s) et effectivité des droits de l'homme en droit français

Cédric Roulhac

- 1 Si la consécration de « droits de l'homme » au sein d'un système juridique national ne peut manquer de poser la délicate question de leurs relations avec la loi¹, les solutions apportées sont nécessairement dépendantes d'un ensemble de représentations subjectives relatives à ces actes juridiques, à l'office des institutions en place, et bien entendu aux propriétés des « droits de l'homme » eux-mêmes. Elles sont donc notamment, mais fondamentalement, d'une question de culture juridique et politique.
- 2 Pour ce qui concerne le système français, les hommes de 1789 portèrent, on le sait, une attention toute particulière à cette problématique. Contrairement à certaines idées reçues, il semble du reste désormais acquis que, dès la période révolutionnaire, la complexité des relations entre les droits de l'homme et la loi fut perçue et soulignée. Relativement à la protection des droits de l'homme *par la loi* d'abord, la pensée révolutionnaire – concrétisée en particulier par le texte de la Déclaration de 1789 – attribue à cet acte un rôle à la fois central et ambigu, puisque la loi a pour fonction, d'une part, d'assurer la « garantie effective » des droits de l'homme, et, d'autre part, de fixer des limites à leur exercice². Relativement à la protection des droits de l'homme *contre la loi* ensuite, le prestige de cet acte n'empêcha pas que se manifeste une certaine méfiance à son égard³. Si le « légicentrisme absolu⁴ » caractérisant cette période fit obstacle à la concrétisation de certains projets visant à organiser un contrôle de la loi, la problématique du contrôle de cet acte n'en fut pas moins esquissée⁵.
- 3 Bien que les droits de l'homme soient perçus et présentés comme des axiomes, des « vérités » immuables qui se trouvent « dans la nature des choses⁶ », et nonobstant les références – au demeurant ambiguës⁷ – au droit naturel, les révolutionnaires ne se désintéressaient nullement de la problématique que l'on vise désormais généralement en France comme étant celle de l'« effectivité » des droits de l'homme. Bien au contraire, les révolutionnaires français apparaissaient, à maints égards, « poursuivis et tenaillés par la question du rapport de leur « théories abstraites » à la réalité⁸ ». En particulier, certains acteurs ont une conscience aigüe de l'insuffisance de la constatation des droits de l'homme, et donc de l'importance d'une mise en œuvre de

ces derniers, à défaut de quoi les proclamations resteraient vaines⁹. C'est à cette problématique de la « mise en œuvre » ou réalisation¹⁰ des droits de l'homme, donc à la première dimension de la dialectique entre les droits et la loi – les droits de l'homme *par la loi* –, que nous souhaiterions consacrer les développements qui vont suivre.

- 4 Dans le contexte de la fin du XVIII^e siècle, une certaine conception du droit et des droits de l'homme conduisent à apporter une solution dépourvue d'équivoque à la question du moyen devant permettre de faire descendre les droits de l'homme « dans la réalité vécue par les hommes¹¹ » : c'est à la loi que doit incomber le rôle de relai. Réputée exprimer la « volonté générale », et en raison des qualités qui lui sont alors volontiers prêtées (précision des énoncés, généralité des normes, rationalité...), la loi apparaît aux acteurs de la Révolution – hommes et femmes engagés dans l'action politique, philosophes et juristes¹² – comme le « canal privilégié¹³ » de la réalisation des droits de l'homme.
- 5 Si, dans la tradition française, issue de la pensée des révolutionnaires attachés à la sacralisation de la loi opérée par les philosophes des lumières (Rousseau, Montesquieu...), la réalisation des droits de l'homme appelle nécessairement une médiation législative, cette conception légicentriste de l'« effectivité » des droits de l'homme est désormais remise en cause. Alors que le juge, dans les constructions intellectuelles de cette époque, avait pour fonction d'appliquer des énoncés législatifs précis, sans se voir reconnaître un pouvoir normatif¹⁴, l'office des juridictions a fait l'objet d'une réévaluation progressive. A partir de quand fut reconnue la vocation des énoncés constitutionnels à être mis en œuvre directement par le juge ? Il s'agira ici de contribuer à éclairer les conditions et l'ampleur de cette rupture entre les droits de l'homme et la loi, en faveur d'une réalisation juridictionnelle des droits de l'homme.
- 6 Qui aspire à traiter la problématique de la réalisation des droits de l'homme sans la loi se trouve cependant d'emblée confronté à de sérieuses difficultés sur les plans terminologique et conceptuel. Trois sources de difficultés appellent ici des remarques préliminaires.
- 7 Une première source de difficultés réside dans la notion même de « droits de l'homme ». Des siècles de réflexion et la profusion de travaux sur cet objet ont largement révélé la diversité des conceptions véhiculées. A cela s'ajoutent, du reste, les rapports ambivalents de cette notion avec d'autres, et en particulier celles de « libertés publiques » et de « droits fondamentaux » qui semblent actuellement les plus usitées au sein de la doctrine juridique française. En effet, selon les usages qui en sont faits ces notions peuvent recouvrir – dans une certaine mesure ou totalement –, celle de « droits de l'homme ». Si des termes différents peuvent renvoyer à un même concept, une étude des discours confirme qu'un même terme peut renvoyer à des concepts distincts¹⁵. Dans le cadre de cette contribution, les « droits de l'homme » seront appréhendés comme un ensemble d'énoncés, intégrés dans les constitutions françaises ou consacrés dans des textes qui ont pu y être rattachés au cours de l'histoire constitutionnelle – Déclaration des droits de l'Homme et citoyen de 1789, Préambule de la Constitution de 1946, Charte de l'environnement.
- 8 Une deuxième source de difficultés a trait au vocabulaire relatif à la réalisation du droit. Si le choix a été fait de nous référer en particulier à la notion d'« effectivité » des droits de l'homme, il convient de souligner d'emblée que la définition cette notion est un enjeu en soi, dont les juristes ne sous-estiment plus l'importance, si l'on se fie au nombre de contributions qui lui sont consacrées¹⁶. Et, là encore, les incertitudes

s'accroissent dès lors qu'on la confronte à d'autres telles que celles d'« efficacité », de « mise en œuvre », « concrétisation » ou encore de « garantie »¹⁷. Si les usages de ces notions, plus ou moins réfléchis ou intuitifs, sont en définitive assez rarement explicités, les éléments de définition parfois avancés mettent en avant des divergences, qui peuvent tenir à certaines conventions¹⁸ ou bien encore à certains présupposés théoriques, ontologiques et épistémologiques sur le droit et l'objet de la science du droit¹⁹. Si de tels enjeux ne peuvent ici qu'être effleurés, à tout le moins apparaît-il possible de chercher, dans une certaine mesure, à « discipliner le désordre²⁰ », en saisissant les difficultés générées par le vocabulaire à partir de la notion d'« effectivité ». En effet, il appert que celle-ci peut être appréhendée dans plusieurs perspectives²¹. Une première approche inscrit la question de l'effectivité dans le cadre des rapports droit/concrétisation ou application du droit. On s'intéresse, ici, au processus par lequel les énoncés ou normes situés dans les strates les plus élevées de ce que l'on se représente généralement comme la « hiérarchie des normes » - Constitution, traités internationaux -, et donc le plus souvent caractérisés par un fort degré de généralité et d'abstraction, sont précisés au sein des strates inférieures du droit positif, par le législateur et par les autorités administratives, ainsi que par les autorités juridictionnelles²². L'effectivité renvoie donc au « degré de mise en œuvre » d'un énoncé général et abstrait au sein du droit positif inférieur²³. A cette première approche, limitée aux relations entre énoncés ou normes juridiques, vient s'en ajouter une seconde, élargie aux relations droit/société, renvoyant à la réalisation d'une règle juridique dans la réalité sociale. Classique, cette conception développée par les travaux de sociologie du droit rapporte donc l'effectivité au respect d'un modèle de comportement par les destinataires de la norme et, dans son autre versant, à la jouissance du droit par les individus. L'objet de la contribution nous conduira à inscrire nos développements dans cette double perspective, puisqu'il s'agit de travailler sur la façon dont a été pensée la mise en œuvre des énoncés pour, *in fine*, produire des effets sur la réalité sociale, sur la situation des individus.

- 9 Enfin, une troisième source de difficultés a trait, plus spécifiquement, au vocabulaire lié à la réalisation des énoncés ou normes constitutionnels, en particulier de ceux ou celles reconnaissant des droits de l'homme. En effet, on a pu assister depuis les années 1980 en France au développement significatif des discours sur l'« effet direct » ou l'« applicabilité directe » des droits de l'homme consacrés par la Constitution. Or, tant le vocabulaire utilisé que les représentations conceptuelles qui les sous-tendent apparaissent affectés de certaines ambiguïtés²⁴. Pour le comprendre, il semble opportun de mettre en avant la tendance développée, au sein de la doctrine juridique française, à appréhender la question de l'« effectivité » des droits de l'homme par le biais d'une échelle sur le plan de leur normativité²⁵. A un premier niveau, se situent les énoncés que l'on présente souvent comme des « déclarations d'intentions », se singularisant par leur absence de normativité. A un second niveau, viennent les énoncés qui, tout en générant des obligations juridiques à la charge des pouvoirs publics, ne seraient pas directement « applicables » aux individus. Ces derniers ne pourraient, sur le fondement des énoncés, en l'absence de concrétisation préalable par le législateur, tirer un bénéfice individuel des droits formellement reconnus. Pour rendre compte de cette idée, la dimension « objective » des droits de l'homme est de plus en plus fréquemment évoquée²⁶. Enfin, un troisième niveau – le degré ultime de la normativité – serait celui des « droits subjectifs », dont les individus peuvent se prévaloir devant les juges pour que ces derniers leur fassent produire des effets sur des situations individuelles. Les

ambiguïtés résultent à la fois du vocabulaire utilisé pour décrire ces niveaux (« déclarations d'intention²⁷ », « programme²⁸ », « droit subjectif », « effet direct » ou applicabilité directe²⁹ »...), et des présupposés sous-tendant les jugements portés et qui peuvent aboutir à associer *a priori* certains énoncés à un régime spécifique qui s'imposerait au juge. Ces dernières années, les juristes ont par ailleurs eu tendance à mobiliser de façon croissante une terminologie développée en particulier pour décrire les effets des actes de l'Union européenne. Ainsi peut-on constater la multiplication de néologismes résultant de l'influence de la littérature juridique étrangère (« *justiciability* », « *invocability* »...), et à partir desquels de nouvelles classifications ont pu être établies (« justiciabilité objective » ou « normative » ; « justiciabilité subjective » ; « invocabilité d'interprétation » ; « invocabilité de réparation », « invocabilité d'exclusion », « invocabilité de substitution »³⁰). Les discours produits par la doctrine à propos de la portée devant les juges de la Charte de l'environnement apparaissent ainsi révélateurs d'une évolution importante résidant dans la tendance à la conceptualisation des garanties juridictionnelles.

- 10 La question des effets qui peuvent être attachés aux énoncés constitutionnels apparaît particulièrement complexe en France. Elle l'est, d'abord, parce qu'il existe au sein de l'ordre juridique un « catalogue » important de droits de l'homme, comprenant des droits et des libertés liés à ce que la doctrine traditionnelle a pu présenter comme les trois « générations de droits de l'homme ». Elle l'est, ensuite, parce que ni la Constitution du 4 octobre 1958, ni les textes auxquels elle renvoie – Déclaration de 1789, Préambule de 1946, Charte de l'environnement –, n'ont fourni d'indications sur les effets que pourraient – ou ne pourraient pas³¹ – produire les énoncés par le biais des juges. Des auteurs soulignent parfois que les droits de l'homme n'ont pas été formulés en France en vue d'une application par les juridictions, n'ont pas été rédigés en vue d'une « opposabilité juridique³² ».
- 11 A qui alors doit revenir la tâche de « concrétiser » les droits de l'homme ? Autrement dit, et pour retenir une conception classique³³ et largement véhiculée, s'agit-il d'en déterminer précisément la configuration ou le « contenu normatif ». L'enjeu est de taille. Comme l'ont mis en avant des théoriciens du droit tels que Hans Kelsen³⁴, Ronald Dworkin³⁵ ou encore Gregorio Peces-Barba³⁶, la possibilité pour des juges de se prononcer sur le fondement d'énoncés généraux et abstraits entraîne, nécessairement, un déplacement du pouvoir en leur faveur. Fondamentalement liée à la conception de la démocratie et de la séparation des pouvoirs, cet enjeu a trait également à la conception de la Constitution en ce qu'elle implique de concevoir celle-ci comme une norme qui plus est mobilisable par les individus. Il est enfin lié aux représentations relatives aux propriétés des droits de l'homme eux-mêmes. En mettant en particulier l'accent sur ce dernier aspect³⁷, il s'agira dans cette contribution d'éclairer la façon dont a pu être pensée la mise en œuvre des énoncés et l'ampleur de cette rupture entre les droits de l'homme et la loi, en faveur d'une réalisation juridictionnelle des droits de l'homme. Autrement dit, il s'agira de contribuer à rendre compte du traitement, en France, de l'enjeu que constitue la réalisation des droits de l'homme sans la loi.
- 12 Pour ce faire, il semble nécessaire de procéder en deux temps. En effet, le rôle de la loi, et son impact sur la réalisation des droits de l'homme, peut varier en fonction du modèle de garantie des droits de l'homme réalisé dans un pays donné, à un moment donné. Dès lors, une mise en perspective historique est nécessaire dans un premier temps, afin de comprendre dans quelle mesure l'intervention du législateur a pu

conditionner la réalisation des droits de l'homme, et la conditionne aujourd'hui, en raison de réticences pouvant caractériser les décisions d'autorités chargées de veiller au respect de la Constitution (I). Dans un second temps, il s'agira de chercher, dès lors, au sein du modèle en place à saisir l'état du débat sur les rôles respectifs du législateur et des juges dans la concrétisation des droits de l'homme, et à rendre compte de la complexité de la question, au regard notamment d'une réflexion renouvelée sur les classifications des droits de l'homme (II).

I. Les droits de l'homme et la loi : mutations des systèmes de garantie

- 13 Comment garantir ou mettre en œuvre les droits de l'homme sur le plan juridique pour, à terme, produire des effets sur la réalité sociale ? Les réponses à cette problématique générale ont largement et logiquement varié depuis les origines du constitutionnalisme français. L'objectif de réalisation des droits de l'homme a justifié la mise en place de différents moyens qui se sont développés et diversifiés au fil du temps (séparation des pouvoirs, organisation de services publics, aménagement de procédures juridictionnelles, créations d'institutions originales telles que les autorités administratives indépendantes...³⁸). En ce sens, on trouve bien un ensemble de moyens, plus ou moins coordonnés, formant « système ». S'agissant ici de rendre compte du rôle de la loi, il convient de mettre en avant une mutation fondamentale de celui-ci, avec le déplacement du centre de gravité de la garantie des droits de l'homme de la loi (A) à la Constitution (B).

A. Le temps du « légicentrisme »

- 14 Si certains aspects de la pensée et des conceptions des hommes de 1789 demeurent aujourd'hui discutés³⁹, les mystères autour de la « garantie des droits » à laquelle fait référence l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi que ses relations avec le principe de séparation des pouvoirs, ont été progressivement éclairés. Ainsi, l'on ignore plus que, pour les révolutionnaires, à tout le moins les principaux intervenants dans le débat, « la garantie des droits devait résulter, en quelque sorte mécaniquement, d'un bon agencement constitutionnel⁴⁰ ». En cela, s'explique la préoccupation des révolutionnaires pour les règles de compétence : c'est d'une certaine combinaison entre les organes et les fonctions que devait résulter la protection contre l'arbitraire, et la garantie au sein de l'association politique des droits et libertés naturels de l'homme⁴¹. Et, en particulier, la compétence attribuée au législateur pour concrétiser la Loi naturelle constitue le point central du système de garantie des droits de l'homme pensé par les révolutionnaires. A cette époque, la garantie des droits n'implique donc pas de penser les énoncés de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen comme des normes juridiques⁴². C'est la médiation de la loi qui permet de conférer ce statut aux droits et libertés proclamés par ce texte.
- 15 Et de l'entreprise de codification qui permet la protection des droits de l'homme notamment dans les relations interindividuelles, aux lois de la III^e République proclamant et aménageant les libertés dites « publiques » plus d'un siècle plus tard, la loi joua son rôle de relai pour transcrire les droits de l'homme en droit positif. Si sous certains régimes peu libéraux les proclamations solennelles des constitutions furent

démenties par la pratique des gouvernants, les énoncés de la déclaration de 1789 furent donc néanmoins largement concrétisés. Les droits de l'homme dits « individuels » furent, du reste, amplement complétés. En parallèle, se développa une importante législation sociale en matière notamment d'assistance aux démunis. Par ailleurs, furent organisées par la loi des libertés de jouissance collective (loi de 1881 sur la liberté de réunion, loi de 1884 sur la liberté syndicale, loi de 1901 sur la liberté d'association).

- 16 Au cours de cette période allant de la Révolution à la IIIe République, les débats menés à l'occasion des processus constitutifs ou du processus législatif, puis en doctrine, attestent de la formation de certaines représentations qui vont aboutir à la formation de la dichotomie traditionnelle entre droits de « statut négatif » et droits de « statut positif ». Les premiers impliqueraient une obligation de l'Etat de s'abstenir d'agir, les seconds au contraire une obligation d'agir. Alors que la réalisation des premiers – « droits individuels », « libertés individuelles » – relèverait pleinement de la logique juridique, celle des seconds – « droits sociaux », ou « créances » – relèverait surtout du politique, et viserait davantage à la satisfaction de l'intérêt général que des intérêts individuels.
- 17 Si l'aura de la Déclaration de 1789 lui assura une influence incontestable sur la législation française – influence qui pourrait être considérée par certains comme une forme d'« effectivité »⁴³ –, l'autorité juridique du texte fut, elle, largement débattue. C'est principalement sous la IIIe République qu'eut lieu le débat sur la « valeur » et la portée des dispositions de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁴⁴, et plus généralement des du type particulier de document que constituent les « Déclarations de droit ». À ce débat, participèrent plusieurs figures éminentes de la doctrine juridique française. Ainsi, alors que Léon Duguit et Maurice Hauriou défendirent la thèse de la valeur juridique, en quelque sorte supra-constitutionnelle, de la Déclaration⁴⁵, Adhémar Esmein⁴⁶ et Raymond Carré de Malberg⁴⁷, reconnaissaient la valeur historique, morale et politique de ce type de texte – et en particulier de la déclaration de 1789 –, mais en leur refusant toute autorité juridique⁴⁸.
- 18 Au-delà des divergences entre les auteurs sur l'autorité des Déclarations de droits, qui peuvent du reste s'expliquer au regard de leurs présupposés sur le droit⁴⁹, la plupart des juristes – tel fut le cas des quatre auteurs évoqués supra⁵⁰ – s'accordaient à cette époque pour considérer que les droits et libertés inscrits dans ces textes étaient, au regard de la configuration du système juridique et du fait de leur imprécision, privés de toute portée pratique en l'absence d'intervention du législateur⁵¹. Ainsi, voit-on émerger alors certaines considérations, certaines argumentations qui marqueront la réflexion, en France, sur ce type particulier de document que constituent les Déclarations de droits et les préambules.
- 19 La posture des juridictions à l'égard de la Déclaration de 1789 fut, elle aussi, nuancée. Alors que le juge judiciaire mobilisait dès la fin du 18^e siècle des dispositions du texte, en complément des textes législatifs, comme une source légitimante de ses décisions⁵², le juge administratif nia la valeur juridique de ce texte, en refusant jusqu'à la toute fin de la IV^e République de trancher un litige sur le fondement de l'une de ses dispositions⁵³. Réticent à appliquer directement les énoncés de la déclaration, le Conseil d'Etat n'en protégeait cependant pas moins certaines valeurs que consacre le texte, par le biais de la technique des « principes généraux du droit ». Ainsi, dès la IIIe République, certains auteurs concluaient à une application – certes implicite – de certaines dispositions du texte, notamment celles garantissant l'égalité devant la loi et devant l'impôt⁵⁴.

- 20 La période charnière de la III^e République marque une évolution dans les représentations associées au législateur et au juge. D'un côté, cette période est caractérisée par un certain désenchantement à l'égard des mécanismes traditionnels de garantie des droits de l'homme⁵⁵. Les excès du parlementarisme contribuent à discréditer la loi, dont on relativise alors les vertus. D'un autre côté, une réflexion renouvelée sur la sanction de la règle de droit conduit à une revalorisation notable du rôle du juge, des garanties juridictionnelles. Alors que la doctrine juridique encourage le développement du mécanisme du recours pour excès de pouvoir, pour imposer efficacement les lois protégeant les droits de l'homme à l'administration⁵⁶, elle tend par ailleurs à admettre de croissante le principe d'un contrôle de constitutionnalité des lois⁵⁷. Malgré ces évolutions notables, la conception légicentriste de l'« effectivité » domine encore sous ce régime. C'est alors, comme le résume Jean Rivero, « au niveau de la loi, non au niveau de la Constitution, que le droit positif et le sentiment général situaient la véritable garantie des droits de l'homme⁵⁸ ».
- 21 Le « moment 1946 » mérite lui aussi une attention soutenue. La volonté des constituants de 1946 de compléter la « démocratie politique » par ce qui fut présenté comme la « démocratie sociale⁵⁹ » se traduit par une large intégration au Préambule de valeurs que l'on désigne généralement comme les « droits sociaux ». Alors que les débats constituants révèlent encore la prégnance de l'idée que la loi est le meilleur vecteur de liberté⁶⁰, certains juristes influents jouent un rôle déterminant en produisant des discours qui vont asseoir durablement certaines représentations qui se sont développées depuis la Révolution. Ainsi, des analyses relatives à la « nature » des droits et à la précision des énoncés conduisent à une nette scission au sein des droits de l'homme entre, d'un côté, les « droits-libertés » - dont l'« effectivité » impliquerait une abstention de l'Etat - et, de l'autre côté, les « droits-créances » dont la réalisation impliquerait au contraire l'interventionnisme étatique.
- 22 Dans le silence des textes quant aux « modes de réalisation des droits », une partie de la doctrine va mettre à l'épreuve la capacité des énoncés à produire des effets de droit. Parmi les analyses développées à cette période, celle du doyen Vedel et de Jean Rivero constitue, en quelque sorte, l'étude de référence, agissant comme le *framework* sur la question des droits sociaux⁶¹. Dans cette contribution, les deux auteurs entreprennent de départager au sein des énoncés les « règles de droit certaines dont l'effet est incontestablement d'imposer certaines attitudes » des « principes » imposant « plus un état d'âme si l'on peut dire qu'une action ou une abstention déterminées⁶². Les dispositions constitutionnelles qui imposent une obligation d'agir à l'Etat sont considérées comme insuffisamment précises pour être normatives et susceptibles d'application par le juge. Développant une analyse similaire, Georges Burdeau associe quant à lui les « droits sociaux » à la qualification de *programme*, dont les destinataires seraient les seuls pouvoirs publics⁶³. Les dispositions les formulant, « ne constatant pas un *droit immédiatement exigible*, mais traçant le cadre de l'activité législative, n'autorisent les gouvernés ni à se prévaloir du principe énoncé avant sa mise en œuvre législative, ni à invoquer à l'encontre du législateur une obligation juridique de faire⁶⁴ ».
- 23 La majorité des juristes français rejoint ici l'opinion doctrinale allemande dominante sur le caractère d'ordre philosophique et moral des droits sociaux, ou en tout cas certains d'entre eux, à savoir les droits de « statut positif »⁶⁵. Si le droit de grève et la liberté syndicale sont analysés, du point de vue de leur régime juridique, comme des

« libertés » dont la réalisation passerait par une abstention de l'Etat, tant la « nature » réputée imprécise des « créances », que leur caractère jugé difficilement « sanctionnable », aboutissent à marginaliser les énoncés en cause. La réalisation des « droits-créances » implique alors, pour la doctrine comme pour les constituants⁶⁶, une intervention législative pour organiser les grands services publics à défaut desquels le supposé « droit » ne pourrait recevoir satisfaction.

- 24 Et ces représentations ont joué et continuent de jouer un rôle important, alors même que s'est produite une mutation du système de garantie des droits de l'homme. Ce que l'on se représente généralement comme le passage de l'« Etat légal » à l'« Etat de droit » a en effet entraîné au déplacement du centre de gravité de la garantie des droits de l'homme, « d'un point de vue normatif, de la loi à la Constitution, et, d'un point organique, du législateur vers les juges exerçant un contrôle de constitutionnalité⁶⁷ ». Ainsi, après le temps du légicentrisme, vint le temps de ce qui a pu être présenté comme un « constitutionnalo-centrisme⁶⁸ ».

B. Le temps du « constitutionnalo-centrisme »

- 25 La création d'une institution chargée de veiller au respect de la Constitution par le législateur, outre qu'elle entraîne une évolution dans la façon de concevoir l'« effectivité » des droits de l'homme, n'est pas sans effets pour la problématique de la réalisation des droits de l'homme sans la loi. Dès lors que cette institution reconnaît la valeur constitutionnelle des droits de l'homme pour en faire des normes de références pour son contrôle, comme ce fut le cas pour le Conseil constitutionnel à partir de 1971, elle est amenée à participer à la définition de leurs implications, à les concrétiser. Le déplacement du « centre de gravité⁶⁹ » de la garantie des droits de l'homme entraîne une nouvelle dynamique au sein du système juridique. En sanctionnant les débordements et carences de la loi⁷⁰, le Conseil constitutionnel contraint le législateur à prendre en considération ses interprétations de la Constitution, qui ne peuvent du reste manquer d'avoir une incidence sur les postures des juges dits « ordinaires ».
- 26 Si l'on analyse la jurisprudence des autres interprètes de la Constitution que sont la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, on est conduit à constater que si la juridiction judiciaire n'a finalement jamais donné de crédit aux thèses visant à nier la capacité de certains droits de l'homme à être appliqués directement, en raison de leur imprécision⁷¹, la jurisprudence du Conseil d'Etat – conduit plus fréquemment à se prononcer sur les « créances étatiques » – a évolué notamment sous l'influence des décisions rendues par le Conseil constitutionnel⁷².
- 27 Alors que le Conseil d'Etat a su, au terme d'une évolution majeure, faire produire à la plupart des dispositions de la Déclaration de 1789 des effets étendus⁷³, la Haute juridiction a longtemps refusé de se prononcer sur le fondement des énoncés formulant des « créances ». Puis, progressivement, le juge administratif a finalement accepté de les garantir à l'encontre des actes réglementaires⁷⁴. Comme le Conseil constitutionnel lorsqu'il est conduit à se prononcer sur le fondement des énoncés assimilés aux « droits-créances », le Conseil d'Etat exerce alors un contrôle de moindre intensité que celui mis en œuvre relativement aux autres droits de l'homme⁷⁵. Ce changement de posture, entériné par le considérant de principe dans l'arrêt *Commune d'Annecy* rendu en 2008 établissant la valeur constitutionnelle des droits de l'homme⁷⁶, a même quelque chose de radical, quand on sait que sa position fut, jusqu'aux années 1990, comme cela a

été mis en avant, proche de celle de la doctrine qui niait tout effet juridique aux énoncés jugés imprécis⁷⁷. Une auteure a d'ailleurs pu analyser cet arrêt comme un revirement de jurisprudence, eu égard au lien fort désormais établi entre la valeur constitutionnelle des droits de l'homme et ce qu'elle a présenté comme « l'opposabilité des normes qu'elle caractérise à l'administration⁷⁸ ».

- 28 Toutefois, le Conseil d'Etat refuse toujours de concrétiser lui-même les énoncés consacrant les « droits-créances » pour leur faire produire des effets dans le cadre de contentieux dits « subjectifs », autrement dit pour leur faire produire des effets aux droits sur des situations individuelles (attribution d'un bien, d'une prestation, ou à tout le moins d'une compensation). Partant, il s'en tient ainsi à une démarche « négative », pour censurer des dispositions réglementaires qui, visant à mettre le droit, le méconnaît, mais il n'adopte pas une démarche pour le « mettre en œuvre », en l'absence de textes d'application⁷⁹. S'il reconnaît à tous les énoncés une valeur juridique, leur faisant produire des effets dans le cadre de ce que l'on désigne désormais fréquemment comme un contentieux « objectif », on constate ainsi des points de blocages, concernant des énoncés du Préambule de 1946 comme de la Charte de l'environnement.
- 29 La conception des « droits-créances » que révèle actuellement la jurisprudence administrative peut être rapprochée de celle du Conseil constitutionnel. En effet, la doctrine a pu relever la tendance de l'institution à nier la dimension individuelle des droits et libertés consacrés par certains énoncés du Préambule de la Constitution de 1946⁸⁰. La position de l'institution fut explicitée en des termes particulièrement clairs par l'un de ses anciens présidents. Ainsi, Pierre Mazeaud justifia le lien établi par l'institution entre la « nature » de certains droits formulés par le Préambule (« droit aux conditions nécessaires au développement de la famille et de l'individu » formulé par l'alinéa 10 ; « droit à la protection de la santé, au repos, aux loisirs » de l'alinéa 11) par un souci de « réalisme », en précisant qu'« ils doivent être considérés comme n'ayant pas un caractère absolu, n'étant pas d'application directe et s'adressant non aux particuliers mais au législateur pour lequel ils constituent des obligations de moyens et non de résultat. En particulier, ils ne sont pas des droits subjectifs, dotés d'une justiciabilité directe⁸¹ ». En tout état de cause, les décisions de l'institution, considérées dans leur ensemble, semble bien traduire un souci de ne pas concrétiser les énoncés de façon à ouvrir une voie de droit aux justiciables devant les juges ordinaires, et en particulier le juge administratif, pour leur permettre de mobiliser les énoncés au soutien de prétentions individuelles, c'est-à-dire pour en réclamer la réalisation directe par les juges⁸².
- 30 Au sein du système actuel de garantie des droits de l'homme, le traitement asymétrique des énoncés par les interprètes authentiques aboutit à ce que la loi joue un rôle particulièrement déterminant pour la réalisation de certains droits de l'homme. Les réticences des acteurs juridiques, qu'on les regrette ou les trouve justifiées au regard notamment du principe démocratique, ont pour effet de conditionner la réalisation des droits de l'homme à l'intervention du législateur et/ou du pouvoir réglementaire. Et c'est ainsi que, dans le cadre de politiques publiques, de nouveaux « droits » sont régulièrement reconnus par le législateur (RMI en 1988, droit au logement en 1990...), qui peut le cas échéant aménager des procédures spéciales pour ouvrir l'accès des justiciables aux prétoires, comme l'a illustré la mise en place par le législateur de la procédure dite « DALO » en 2007⁸³.

- 31 Néanmoins, les représentations forgées au cours de l'histoire constitutionnelle française, qui avec le temps ont acquis la force de véritables dogmes, sont désormais questionnées par un nombre croissant de juristes, dans des perspectives diverses (théorique, droit comparé...), et dans le cadre d'une dynamique qui dépasse d'ailleurs le cadre national pour s'inscrire dans le contexte européen et international. Ces travaux aboutissent à ouvrir la voie à des réflexions qu'en France, la force des dogmes, et en particulier l'inadaptation présumée du contrôle juridictionnel à certains droits de l'homme, avait pu faire percevoir comme inutile. Ainsi, se trouvent désormais largement questionnée la possibilité et l'opportunité d'une plus profonde rupture entre les droits de l'homme et la loi, pour la réalisation directe par les juges de certains droits de l'homme dont l'« effectivité » apparaît particulièrement problématique.

II. Les droits de l'homme sans la loi : une réalisation juridictionnelle débattue

- 32 Alors que les théoriciens du droit du XXe siècle se sont attachés à révéler le déplacement de pouvoir du législateur aux juges qu'engendre nécessairement la possibilité pour ces derniers de se prononcer sur le fondement des énoncés généraux et abstraits consacrant les droits de l'homme, la doctrine juridique française continue dans une large mesure et dans la lignée des grands juristes classiques (Carré de Malberg, Esmein, Duguit, Hauriou...) à raisonner en termes d'« applicabilité » de la règle de droit. La précision ainsi que la « nature » des droits de l'homme, continuent donc de jouer un rôle déterminant. Si la doctrine traditionnelle avait délimité le champ du « juridiquement pensable⁸⁴ » au regard de ses représentations, le développement d'une réflexion renouvelée sur le thème des classifications de droits de l'homme permet aujourd'hui de « déverrouiller » le débat et, partant, de discuter des enjeux que les constructions traditionnelles avaient abouti à voiler. Ainsi, les évolutions sur le plan des conceptions des droits de l'homme conduisent à reconsidérer la question des techniques de garanties adaptées à leurs caractéristiques (A). Et la redéfinition du champ du possible opérée par une partie de la doctrine conduit elle-même à s'interroger sur le rôle que peuvent jouer les juridictions pour atteindre l'objectif que chacun peut se représenter comme la « pleine réalisation » des droits de l'homme (B).

A. Quelles conceptions des droits, pour quelles techniques de garantie ?

- 33 Depuis le moment fondateur qu'a constitué, en France, la période révolutionnaire sur le plan des représentations liées aux droits de l'homme, certaines représentations ont connus quelques évolutions, voire bouleversements. Tel est le cas, en premier lieu, de celles liées à la « structure » ou « configuration » des droits de l'homme. En effet, si l'opposition entre la catégorie « droits-libertés » associée à l'idée de « statut négatif », d'une part, et la catégorie de « droits-créances » associée quant à elle à l'idée de « statut positif », d'autre part, continue de fédérer dans une large mesure la doctrine française, la stabilité de la terminologie mobilisée ne peut dissimuler une remise en cause croissante des représentations traditionnelles. La dichotomie classique a été largement ébranlée au regard des évolutions du droit positif, avec le développement de la justice constitutionnelle, qui contraignent même la doctrine la plus réticente à admettre peu à

peu que tous les droits de l'homme impliquent, dans une proportion qui peut certes varier pour chacun d'eux, une part d'abstention des pouvoirs privés et publics, et une part d'intervention de ces derniers. Le constat de la diversité des effets attachés aux droits de l'homme au sein des ordres juridiques nationaux, avec le développement de la justice constitutionnelle, contraint la doctrine juridique à réviser certaines constructions dont la rigidité ne permet pas, ou en tout cas ne permet plus, de rendre compte des implications des droits de l'homme. Les juristes intègrent à leurs analyses la structure complexe des droits de l'homme, leur caractère composite⁸⁵.

- 34 La réflexion renouvelée sur les catégories juridiques classiques n'est pas sans incidences sur la question des techniques de garantie devant conduire à la réalisation des droits de l'homme. L'idée que « libertés et créances ne relèvent pas, en ce qui concerne leur mise en œuvre, des mêmes techniques juridiques⁸⁶ », est discutée par un nombre croissant de juristes et, *in fine*, assez largement relativisée. D'abord, la démonstration du caractère composite des droits de l'homme conduit à admettre que ces derniers peuvent toujours comporter un ou des aspect(s) pouvant faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, dont la réalisation peut être considérée comme immédiate. D'autre part, et surtout, l'idée que la dimension « créance étatique » ne peut être garantie par le juge est contestée. Elle l'est sur le plan théorique ainsi qu'au regard d'expériences de droit comparé par des juristes qui s'attachent à redéfinir le champ du possible. Certes, peu de juristes nient l'intérêt d'une scission au sein des droits de l'homme, pour penser la question de leur réalisation. Ainsi, l'idée demeure largement admise, au sein de la doctrine, que la garantie juridictionnelle des « droits-libertés » et des « droits-créances » « ne se pose pas dans les mêmes termes⁸⁷ », même dans les travaux d'auteurs qui par ailleurs se montrent critiques à l'égard de la dichotomie classique⁸⁸. L'analyse des discours doctrinaux conduit donc à un constat nuancé. Du constat d'une indivisibilité de nature et de valeur, les juristes ne parviennent pas forcément à l'affirmation de l'indivisibilité du régime juridique des droits de l'homme⁸⁹. En définitive et si certaines rigidités anciennes tendent à être progressivement dépassées, peu de juristes franchissent le pas de l'assimilation entre « droits-libertés » et droits-créances » pour s'engager sur la voie d'une conception unifiée des droits de l'homme.
- 35 L'idée d'une spécificité irréductible des « droits-créances » sur le plan de leur réalisation reste donc prégnante en doctrine, mais la question de la précision a fait l'objet d'une progressive réévaluation. D'une part, l'idée même que les « droits-créances » de 1946 seraient plus imprécis que les « droits-libertés » de 1789 se trouve remis en cause par des analyses reposant exclusivement sur la formulation des énoncés⁹⁰. D'autre part, l'idée tend à s'imposer que l'imprécision ne constitue pas un obstacle à la normativité des énoncés juridiques, mais bien plutôt une potentielle limite à leur portée. Très révélateur de cette évolution est le « volte-face » réalisé, sur une assez longue période il est vrai, par le doyen Vedel. Dans son manuel élémentaire de droit constitutionnel, publié en 1949, l'éminent juriste écrivait : « le Préambule [...] fait partie intégrante de la Constitution et a, au minimum, une valeur juridique égale à celle-ci. Il faut excepter cependant de ce principe les parties du Préambule qui, à raison de leur imprécision, ne peuvent être ramenées à des prescriptions assez rigoureuses pour être de véritables règles de droit⁹¹ ». En 1989, soit précisément 40 années plus tard, il se ravisait pour juger finalement que l'imprécision d'une prescription « n'en supprime pas le caractère normatif⁹² ». Après avoir évoqué des jurisprudences du

Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, il relevait que « l'imprécision d'une norme constitutionnelle relative aux droits et aux libertés, si elle peut mettre obstacle à sa mise en œuvre directe sans le relais de la loi, n'empêche nullement qu'elle serve de base à la censure de la loi ou règlement qui lui est contraire. Le degré de son imprécision a, de ce dernier point de vue, pour seul effet d'ouvrir au législateur, à l'Administration ou au juge un pouvoir d'appréciation plus ou moins étendu⁹³ ». Si les débats sur la valeur de la Charte de l'environnement ont marqué une résurgence de positions assez radicales⁹⁴, ils confirment, appréhendés dans leur ensemble, cette évolution.

- 36 Le débat au sein de la doctrine juridique française semble désormais s'articuler autour de la dialectique « objectif »/« subjectif »⁹⁵. Une partie de la doctrine associe – implicitement ou explicitement – certains droits de l'homme – les droits sociaux et les droits et devoirs environnementaux perçus comme des « droits-créances » – à des objectifs, des directives, assignés aux pouvoirs publics, et en particulier au législateur, par opposition à la catégorie de « droits » ou « droits subjectifs ». Reprenant une qualification utilisée par le Conseil constitutionnel, certains auteurs affirment qu'il s'agirait d'« objectif à valeur constitutionnelle⁹⁶ ». En raison d'un lien particulièrement étroit avec la loi, seul un type de garantie serait envisageable pour les droits et libertés en question : le contrôle du juge sur les modalités de leur concrétisation par le législateur. Les droits de l'homme en cause s'en trouvent ainsi réduits à leur dimension d'intérêt général, soumis à la négation de leur dimension individuelle, ce qui justifie ainsi un certain état du droit et les réticences des interprètes authentiques⁹⁷.
- 37 Au contraire, d'autres auteurs s'attachent désormais à penser la dimension « individuelle » des droits dits « créances », notamment au regard d'expériences issues d'ordres juridiques nationaux⁹⁸. Ainsi, est mise en avant l'idée que, confrontés à un énoncé imprécis, les juges peuvent dépasser cette imprécision en déterminant, eux-mêmes, la structure d'une prérogative, autrement dit en désignant les bénéficiaires, des responsables, et en définissant le contenu précis de l'obligation à la charge de ces derniers⁹⁹. Un nombre croissant de juristes admet qu'un juge peut toujours déduire un « droit subjectif » – l'expression désignant ici une prérogative individuelle – d'un énoncé juridique, même imprécis¹⁰⁰. Le chemin parcouru depuis les analyses développées par les auteurs classiques du XIXe siècle est donc considérable.
- 38 Si l'« injusticiabilité de principe » des droits dits « créances », c'est-à-dire la thèse de l'incapacité de certains droits de l'homme à être garantis par les juges, a été largement remise en cause, la déconstruction du dogme conduit logiquement à reposer la question des moyens les plus adaptés pour atteindre l'objectif que l'on peut se représenter comme la pleine réalisation des droits de l'homme. Ainsi, la question d'éventuelles limites liées aux conditions d'interventions des juridictions, et aux moyens dont disposent les juges, ne peut manquer de se poser. En outre, une chose est de reconnaître la capacité du juge à garantir – même efficacement – les droits de l'homme, par le biais de certaines techniques et par la mise en œuvre d'un pouvoir normatif, une autre est d'admettre qu'il puisse en être ainsi, au regard des représentations liées au pouvoir juridictionnel et en particulier à sa légitimité. A qui doit profiter l'imprécision ? La réponse n'a rien d'évident au regard des ambivalences du principe démocratique... En somme, la réflexion renouvelée aboutit à une valorisation de la dimension stratégique de la problématique de la réalisation des droits de l'homme sans la loi.

B. Quelles stratégies, pour quelle effectivité ?

- 39 Le paradigme de l'Etat de droit a conduit à une survalorisation de la figure du juge¹⁰¹. En matière de droits de l'homme, les acteurs juridictionnels sont ainsi perçus comme les meilleurs garants de l'effectivité des valeurs consacrées. Le succès du thème des « droits opposables » n'a fait que confirmer cet état de fait.
- 40 Il en résulte que les conditions de l'intervention des juges sont plus que jamais au centre de l'attention des juristes. Et les oppositions sont plus que jamais visibles, comme l'ont récemment démontré les débats sur la valeur et la portée de la Charte de l'environnement, développés au cours des travaux préparatoires comme en doctrine. Ainsi, alors que des auteurs argumentaient pour minorer les effets de cet instrument, en l'absence de l'intervention du législateur pour en concrétiser les dispositions, d'autres incitaient au contraire les juges à faire preuve d'audace dans leurs interprétations¹⁰², et ceci parfois au nom de la démocratie¹⁰³. En tout état de cause, la conscience du rôle décisif qu'allaient être amenés à jouer les juges explique les efforts déployés par certains pour nier la normativité autonome de la majeure partie du texte, et convaincre de la nécessité d'une loi de concrétisation préalable¹⁰⁴.
- 41 La question de savoir si une loi est, ou non, nécessaire à la réalisation d'un droit de l'homme soulève, à vrai dire, des difficultés sérieuses. Au regard de quelles considérations apprécier le caractère « nécessaire » ou non d'une médiation législative ? Dans quelle mesure cette dernière peut-elle être perçue comme une nécessité technique, et/ou politique ? La doctrine met en avant le fait que l'aménagement d'un encadrement juridique précis conditionne l'exercice de certains droits de l'homme. A titre d'exemple, la liberté d'association requerrait la définition du statut juridique de l'association et de leur mode de constitution¹⁰⁵. La réalisation d'autres droits de l'homme impliquerait un encadrement non plus juridique, mais matériel et institutionnel, avec la mise en place de service public. Tel serait en particulier le cas des « droits-créances », qui peuvent supposer la fourniture de prestations, sans que ceux-ci soient les seuls concernés¹⁰⁶.
- 42 Sur le plan technique, il apparaît guère douteux que ce que l'on peut se représenter comme la pleine réalisation de certains droits de l'homme, tels que le droit à la « sécurité sociale », passe par la mise en place de procédures complexes et générales, qui appellent en premier lieu une intervention du législateur et/ou du pouvoir réglementaire en fonction de la répartition des compétences au sein de l'ordre juridique interne¹⁰⁷. A propos du « droit d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement » garanti par l'article 7 de la Charte de l'environnement, Yann Aguila jugeait « difficilement envisageable qu'un particulier se fonde exclusivement sur cet article pour réclamer le droit individuel d'être consulté¹⁰⁸ ». La nécessité de l'intervention d'un texte pour organiser les modalités de l'association du public à la décision, conduisait ainsi le technicien à exclure l'« invocabilité de substitution » de la disposition, autrement dit la possibilité pour les individus de mobiliser pour en demander la réalisation directement au juge¹⁰⁹.
- 43 Si l'encadrement législatif des droits de l'homme tend dans certains cas à être présenté comme une nécessité pratique, il reste cependant que les différentes modalités d'interventions du législateur mises en avant par certains auteurs et les acteurs

juridiques (« aménagement », « concrétisation », « mise en œuvre »...) restent malaisées à saisir¹¹⁰, de sorte que l'appréciation de la nécessité d'une loi reste subjective¹¹¹. Le rôle que peuvent potentiellement jouer les juges dans la concrétisation des droits de l'homme demeure donc incertain. Soulignons enfin que si l'intervention du législateur peut être jugée nécessaire par certains pour sauvegarder la sécurité juridique, d'autres juristes relativisent l'importance de cette considération au regard notamment d'autres intérêts telles que la flexibilité du droit...¹¹²

44 Par ailleurs, les prises de position à l'égard de la problématique qui nous intéresse apparaissent liées à des conceptions de la démocratie, à des interprétations plus ou moins restrictives du principe de séparation des pouvoirs. Or, si la défense de la nécessité de la médiation législative n'est bien entendu pas étrangère à une volonté de défendre les prérogatives du Parlement¹¹³, de préserver le pouvoir d'apprécier d'une institution dont il n'est finalement guère contesté qu'elle est plus légitime que les juridictions pour adopter des décisions politiques¹¹⁴, des juristes avancent que dans d'autres contextes, des juridictions étrangères ont pu adopter des positions audacieuses. Ainsi, l'activisme de la Cour constitutionnelle colombienne en matière sociale est souvent mis en avant, cette juridiction ayant exploité des ressources telles que la notion d'« Etat social de droit » pour développer une interprétation du principe de séparation des pouvoirs favorables à son pouvoir, et pour assumer un rôle politique¹¹⁵. Si les expériences étrangères démontrent que l'on peut concevoir un contrôle juridictionnel visant à garantir le respect des « créances étatiques », et même dans leur dimension individuelle, elles permettent aussi de constater certaines limites concernant la réalisation des droits de l'homme par les juges, notamment ceux qui ont pourtant su se montrer les plus audacieux dans leur prise de position à l'égard des représentations classiques, et du point de vue des techniques mises en œuvre¹¹⁶. En particulier, un regard de droit comparé permet de mettre en avant les difficultés à dépasser, même dans des contextes *a priori* plus favorables, les obstacles politiques liés au déficit de légitimité des juridictions par rapport aux parlements nationaux¹¹⁷. Il en résulte, notamment, que les obligations mises à la charge des pouvoirs publics par les juridictions sont souvent *a minima*, ouvrant des voies de droit exceptionnelles visant à fournir une assistance minimale aux individus¹¹⁸. La réalisation directe des droits de l'homme par les juges peut donc conduire à des conceptions minimalistes des droits sociaux, fondées sur le droit à la vie, ou le principe de dignité de la personne humaine. Une telle tendance peut fournir des arguments sur les inconvénients d'une possible audace des juges, au regard précisément de l'objectif d'« effectivité » des droits de l'homme. La crainte que les audaces des juges ne jouent finalement en défaveur des droits de l'homme est exprimée au sein de la doctrine française, à propos en particulier des droits sociaux se traduisant notamment par des « créances étatiques »¹¹⁹. Ces considérations, qui démontrent s'il en était besoin l'extrême complexité de la problématique, attestent de ce que le déficit démocratique des juridictions, notamment dans le contexte français, est un paramètre à prendre en considération au regard de l'objectif d'« effectivité » des droits de l'homme.

45 En définitive, les jugements sur la nécessité d'une intervention préalable de la loi reposent sur un enchevêtrement de considérations techniques et politiques. Si des préférences subjectives trouvent alors largement à s'exprimer, la problématique n'en laisse pas moins place à des appréciations plus objectives. Eu égard aussi bien aux propriétés des droits de l'homme, que des expériences nationales et étrangères en matière de protection de ces derniers, des juristes remettent en cause l'idée que le

recours juridictionnel serait dans tous les cas le mécanisme le plus adapté pour parvenir à la réalisation des droits de l'homme. Pour Véronique Champeil-Desplats, le juge n'est « pas la seule institution garante de l'effectivité des droits, ni toujours la mieux armée : certaines mesures peuvent évidemment être obtenues de lui (sanction de la violation de la vie privée ou de la liberté d'aller et venir), d'autres non car ses compétences et ses pouvoirs sont inadaptés, insuffisants ou défaillants¹²⁰ ».

- 46 Récemment, les avantages et les limites d'une potentielle réalisation juridictionnelle des droits de l'homme ont fait l'objet de débats à propos de deux enjeux particuliers, tous deux liés aux droits sociaux. La question de la mise en œuvre du droit à la scolarisation des enfants handicapés, d'abord, a mis en avant le fait que si l'intervention du législateur peut conditionner la réalisation d'un droit, elle ne saurait être perçue comme un « gage d'effectivité ». Alors même qu'une loi concrétise un droit de l'homme – ici, le droit à l'instruction garanti par l'alinéa 13 du Préambule de 1946 –, les juges peuvent en effet adopter une interprétation minimaliste, et en l'occurrence considérer que l'Etat n'est tenu que par une obligation de moyen – non de résultat –, et peut dès lors faire obstacle à l'engagement de sa responsabilité s'il peut démontrer qu'il a accompli toutes les diligences nécessaires pour atteindre l'objectif, sans succès¹²¹. Finalement, par l'arrêt *Laruelle* rendu en 2009, le Conseil d'Etat a mis fin aux réticences des juges du fond pour faciliter l'indemnisation des personnes concernées, en sanctionnant l'Etat sans que celui-ci puisse, en particulier, « utilement se prévaloir de l'insuffisance des structures d'accueil existantes¹²² ». La solution a, du reste, été prolongée sur le terrain de la procédure du référé-liberté, témoignant de ce que celle-ci peut constituer une voie pour la réalisation des « droits-créances »¹²³.
- 47 Alors que le juge administratif ouvrait par ailleurs un contentieux indemnitaire en marge du dispositif « DALO »¹²⁴, ces questions spécifiques ont conduit à un débat sur la pertinence du recours en responsabilité devant le juge administratif comme moyen de réalisation des droits de l'homme¹²⁵. Au rang des avantages, sont mis en avant l'exercice d'une pression financière sur les collectivités publiques responsables, qui peut inciter les pouvoirs publics à l'action, ou bien encore l'effet stigmatisant d'une condamnation sur le plan politique. Le juge administratif tendrait ainsi à devenir le garant de l'efficacité des politiques publiques et, indirectement, de l'« effectivité » des droits de l'homme, en contraignant le législateur à intervenir pour faire évoluer les politiques publiques¹²⁶. Quant aux inconvénients, des auteurs s'interrogent sur le fait de savoir si, de façon générale, le procédé permet de considérer un droit de l'homme comme « effectif » ou « réalisé » alors que la réparation intervient, par définition, *a posteriori* d'une violation¹²⁷. Par ailleurs, la question du montant des indemnités ne peut manquer de se poser. A titre d'exemple, pour ce qui concerne en particulier le « droit au logement », peut-il être considéré comme « effectif » si la compensation en question ne permet nullement d'accéder à ce l'on pourrait se représenter comme l'objet du droit, à savoir, un « logement décent et indépendant » ? Si avec le dispositif « DALO », des effets sont désormais bien produits sur des situations individuelles, la question de savoir si droit est « effectif » ne peut manquer de susciter des réactions. De telles divergences d'appréciations ont permis d'illustrer un élément essentiel de la réflexion sur l'« effectivité » des droits de l'homme, et donc notamment de la problématique de la réalisation de ces derniers sans la loi : le subjectivisme qui ne peut manquer de caractériser les appréciations de chacun¹²⁸.

- 48 Le décalage entre les représentations générées par le langage des droits de l'homme, et les effets effectivement produits sur la situation des individus, interpelle les justiciables, comme les juristes. L'usage, parfois rhétorique, souvent peu rigoureux, de formules générales et ambiguës provoque des désillusions à la hauteur des espoirs suscités. Que peuvent et doivent impliquer la « liberté d'expression », le « droit à la santé », le « droit au logement » ou bien encore le « droit à environnement sain et équilibré » ? Nous avons vu que la connaissance des effets potentiels des droits de l'homme a progressé à mesure que les juristes ont redéfini le champ du possible. L'affaiblissement tardif de certaines représentations classiques sur les droits de l'homme permet aujourd'hui le développement ou l'approfondissement de débats fructueux dont on ne saurait faire l'économie. Quant à savoir ce que les droits de l'homme doivent impliquer, et par quel biais – avec ou sans la loi –, le débat est essentiellement politique. Déverrouiller et développer le débat technique, afin de permettre des choix – politiques – éclairés, n'est pas la moins fondamentale des fonctions parmi celles qui peuvent être regardées comme relevant du juriste.

NOTES

1. Entendue ici au sens organique et formel, comme l'acte produit par l'organe législatif selon la procédure prévue par la Constitution.
2. Sur ce statut ambigu de la loi, voir CHEVALLIER Jacques, « Essai d'analyse structurale du Préambule », in *Le préambule de la Constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, KOUBI Geneviève (Dir.), Paris, PUF, « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1996, spéc. p. 31. Relevons, cependant, que ces deux fonctions relèvent pleinement de ce que l'on peut se représenter comme la « mise en œuvre » des droits de l'homme consacrés. Les relations apparaissent plus ambivalentes encore concernant le « citoyen », qui doit obéir à la loi (art. 6) tout en concourant personnellement ou par ses représentant à sa formation (art.7). Sur ce point, *ibid.*
3. Cette méfiance s'exprime notamment sous la plume de Condorcet, pour qui la déclaration de 1789 doit être le « rempart des citoyens contre les lois injustes que leurs représentants pourraient être tentés de faire », et au sein des cahiers de doléances (RIALS Stéphane, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, « Pluriel », 1988, p. 373).
4. PICARD Etienne, « Les droits de l'homme et l'« activisme judiciaire » », in *Pouvoirs*, 2000, n° 93, p. 115.
5. JAUME Lucien, « Garantir les droits de l'homme : 1791-1793 », in *La Revue Tocqueville*, 1993, vol. XIV, n° 1, pp. 49-65 ; BORGETTO Michel, « La genèse du contrôle de constitutionnalité des lois en France (1789-1958) », *Administration*, n°177, 1997, pp. 19-27 ; MAUS Didier, « La naissance du contrôle de constitutionnalité en France », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 713-745.
6. REBÉRIOUX Madeleine, DE BAECQUE Antoine, GODINEAU Dominique, JOUFFRA Yves, VOVELLE Michel, *Ils ont pensé les droits de l'homme : textes et débats (1789-1793)*, Paris, Ligue des droits de l'homme Etudes et documentations internationales, 1989, p. 71.

7. JAUME Lucien, *Les déclarations des droits de l'homme : du débat 1789-1793 au préambule de 1946*, Textes préfacés et annotés par Lucien JAUME, Paris, Flammarion, « GF », 1989, p. 43.
8. GAUCHET Marcel, *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des histoires », 1989, p. 93.
9. Certaines interventions au cours des débats de l'Assemblée constituante des mois de juillet et août 1789 apparaissent révélatrices du souci de veiller à ce que les proclamations solennelles ne restent pas lettre morte, et même de la crainte des effets que peut engendrer la reconnaissance formelle de droits et libertés sans garanties permettant aux individus d'en jouir effectivement. A titre d'exemple : « Convertirons-nous en acte législatif cet exposé métaphysique, ou présenterons-nous les principes avec leur modification dans la constitution que nous allons faire ? Je sais que les Américains n'ont pas pris cette précaution ; [...] Mais nous, messieurs, nous avons pour concitoyens une multitude immense d'hommes sans propriétés, qui attendent, avant toute chose, leur substance d'un travail assuré, d'une police exacte, d'une protection continue, qui s'irritent quelquefois, non sans de justes motifs, du spectacle du luxe et de l'opulence. [...] Hâtons-nous de lui restituer tous ses droits, et faisons l'en jouir plus sûrement que par une dissertation. [...] Opérons tous ces biens, messieurs, ou commençons au moins à les opérer avant de prononcer d'une manière absolue aux hommes souffrants, aux hommes dépourvus de lumières et de moyens, qu'ils sont égaux en droits aux plus puissants, aux plus fortunés. C'est ainsi qu'une déclaration des droits peut être utile, ou insignifiante, ou dangereuse, suivant la constitution à laquelle nous sommes soumis. » MALOUET Pierre Victor, *Gazette nationale ou le Moniteur universel*, séance du 1^{er} août 1789, Paris, Plon, N°31, p. 263.
10. Le terme, ici, doit être compris comme étant vierge de toute connotation spécifique, renvoyant à une problématique générale au-delà des présupposés sur le droit propres à chaque auteur. Pour une démarche similaire, voir PORTA Jérôme, *La réalisation du droit communautaire : essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Clermont-Ferrand Paris, Fondation Varenne diff. L.G.D.J., « Collection des thèses », 2007, p. 24.
11. RIVERO Jean, « Déclarations parallèles et nouveaux droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n°2, 1990, p. 329.
12. Ces activités n'étant, bien étendu, pas inconciliables.
13. KOUBI Geneviève, « Déclaration des droits de l'homme de 1789 et notion d'Etat de droit », in *Les droits de l'homme et la conquête des libertés - des lumières aux Révolutions de 1848*, CHIANÉA Gérard (dir.), Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1988, p. 217.
14. HALPÉRIN Jean-Louis, « Le juge et le jugement en France à l'époque révolutionnaire », in *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, JACOB Robert (dir.), Paris, LGDJ, « Droit et société », 1996, pp. 233-256.
15. CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Des droits de l'homme et libertés économiques : éléments de problématique », in *Libertés économiques et droits de l'homme*, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et LOCHAK Danièle (dir.), Nanterre, Presses universitaires de Paris Ouest, « Sciences juridiques et politiques », 2011, p. 23.
16. Voir notamment HEUSCHLING Luc, « « effectivité », « efficacité », « efficience » et « qualité » d'une norme / du droit. Analyse des mots et des concepts », in *Autour de la qualité des normes*, FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, GAY Laurence, PINI Joseph (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 27-59 ; COHENDET Marie-Anne, « Légimité, effectivité et validité », in *Mélanges Pierre Avril : La République*, AMELLER Michel, ARDANT Philippe, BÉCANE Jean-Claude (dir.), Paris, Montchrestien, 2001, p. 201.
17. CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et LOCHAK Danièle (dir.), Nanterre, Presses universitaires de Paris Ouest, 2008, pp. 11-26.

18. A titre d'exemple, le terme « garantie » peut être entendu comme renvoyant à l'idée générale de protection (GUASTINI Riccardo, « Réflexion sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation », in *RDP*, 1991, pp. 1080-1081), ou bien peut impliquer une dimension plus procédurale et constituer ainsi une acception plus restrictive (voir notamment RIVERO Jean, « Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français », in *RIDC*, 1977, vol. 29, n°1, pp. 9-23).
19. CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, p. 13.
20. L'expression est de Jean-Louis Bergel (*Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p. 112).
21. En ce sens, déjà, RANGEON François, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, Paris, PUF, « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1988, pp. 126-149.
22. HEUSCHLING Luc, *op. cit.*, p. 44-46.
23. *Ibid.*, p. 44.
24. Pour un constat similaire, voir GREWE Constance, RUIZ-FABRI Hélène, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, « Droit fondamental. Droit politique et théorique », 1995, p. 166.
25. Voir notamment la présentation de Constance Grewe et Hélène Ruiz-Fabri (*ibid.*, pp. 159-169).
26. Voir notamment MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, p. 435.
27. Pour un constat de l'ambiguïté de cette expression, voir notamment AGUILA Yann, « La valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement », in *RFDA*, 2008, p. 1153.
28. Relevons ainsi que l'expression de norme « programmatique »/« programmatoire » est utilisée dans les discours juridiques pour renvoyer aussi bien au premier qu'au second niveau.
29. Constatant que ni la terminologie ni les concepts ne sont « complètement fixés », Constance Grewe et Hélène Ruiz-Fabri relèvent néanmoins que l'« applicabilité directe » pourrait se concevoir « tant vis-à-vis de l'individu qu'au regard des pouvoirs publics » (*op. cit.*, p. 166) ; Sur cette notion, voir notamment MELLERAY Fabrice, « De quelques distinctions à opérer à propos de la notion d'applicabilité des normes constitutionnelles », in *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic. Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 185-192 ; Pour une référence à l'« effectivité directe » des énoncés constitutionnels, voir HUTEN Nicolas, *La protection de l'environnement dans la Constitution française. Contribution à l'étude de l'effectivité différencié des droits et principes constitutionnels*, Thèse, Droit public, Université Panthéon Sorbonne, 712 p. (dactyl.), p. 64.
30. Voir notamment RIBES Didier, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux : recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, Thèse droit public, Université Aix-Marseille 3, 2005, pp. 288-294 ; DESAULNAY Olivier, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2009, p. 95 et s. ; RENOUX Thierry et DE VILLIERS Michel (dir.), *Code constitutionnel, institutions, droits fondamentaux, QPC*, édition 2014, Paris, LexisNexis, 2013, 1772 p. spéc. pp. 484-488 ; AGUILA Yann, « La valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement », *op. cit.*, p. 1154 ; FOUCHER Karine, « La consécration du droit de participer par la Charte de l'environnement ; quelle portée juridique ? », in *AJDA*, 2006, pp. 2316-2321, spéc. p. 2319 ; Pour une référence plus « ancienne » à l'« invocabilité de substitution », voir CHÉROT Jean-Yves, « Le principe de participation des travailleurs e droit constitutionnel », in *Gaz. Pal.*, 1994, p. 842.
31. Ainsi, l'article 41 de la Constitution suisse adoptée en 1999 prévoit expressément, après avoir posé un certain nombre de « buts sociaux » (sécurité sociale, soin, protection de la famille, exercice d'un travail dans des conditions équitables, bénéfice

d'un logement approprié à des conditions supportables...) qu'« aucun droit subjectif à des prestations de l'Etat ne peut être déduit directement des buts sociaux ».

32. LE POURHIET Anne-Marie, « Définir la démocratie », in *RFDC*, 2011, p. 462.

33. Kelsen Hans, *Théorie pure du droit*, Paris, Bruxelles, LDGJ, Bruylant, « La pensée juridique », 367 p., spéc. p. 235 et s. ; PFERSMANN Otto, Préface, in BARBÉ Vanessa, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, Paris, LGDL-Lextenso éditions, « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2009, pp. V-VII ; RIBES Didier, *op. cit.*, p. 95 et s.

34. Voir notamment Kelsen Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », in *R.D.P.*, 1928, pp. 239-241.

35. DWORKIN Ronald, Les problèmes constitutionnels, in *Prendre les droits au sérieux*, trad. Rossignol Marie-jeanne, Bouretz Pierre, Limare Frédéric, Michaut Françoise, Paris, PUF, « Léviathan », 1995, p. 174.

36. PECES-BARBA Gregorio, « De la fonction des droits fondamentaux », in *Le patrimoine constitutionnel européen : Actes du séminaire UniDem organisé à Montpellier (France) les 22 et 23 Novembre 1996 en coopération avec le Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Faculté de droit, Université de Montpellier, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, Collection Science et technique et de la Démocratie*, 1997, p. 216.

37. Sur les rapports entre pouvoir juridictionnel et principe démocratique, voir en particulier TROPER Michel, « Le pouvoir judiciaire et la démocratie », in Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, 2011, Paris, PUF, « Léviathan », pp. 199-212 ; CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La théorie générale de l'Etat est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus politicum*, n° 8, <http://www.juspoliticum.com/La-theorie-generale-de-l-Etat-est.html>

38. Pour un exposé synthétique des principaux mécanismes juridiques et non juridiques pouvant contribuer à l'« effectivité » des droits de l'homme, voir CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, p. 17 et s.

39. TROPER Michel, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 », in TROPER Michel, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, « Léviathan », 1994, pp. 317-328 ; WACHSMANN Patrick, « Déclaration ou constitution des droits », in *1789 et l'invention de la Constitution*, actes du colloque de Paris, 2, 3 et 4 mars 1989, TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, « La pensée juridique moderne », 1994, pp. ; Pour une contribution récente aux débats sur les conceptions des hommes de 1789, ANSELME Isabelle, *L'invocation de la déclaration des droits de l'homme et de la Constitution dans les débats de l'Assemblée législative (1791-1792)*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain », 2014, 342 p.

40. RIALS Stéphane, *op. cit.*, p. 375.

41. CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La théorie générale de l'Etat est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus politicum*, n° 8, <http://www.juspoliticum.com/La-theorie-generale-de-l-Etat-est.html>, p. 5.

42. *Ibid.*

43. Une conception de l'« effectivité » associe en effet cette dernière à l'influence ou « force de résonance » d'une norme au sein d'un système juridique (HEUSCHLING Luc, *op. cit.*, pp. 46-48).

44. HUTEN Nicolas, *La protection de l'environnement dans la Constitution française. Contribution à l'étude de l'effectivité différenciée des droits et principes constitutionnels*, Thèse, Droit public, Université Panthéon Sorbonne, 712 p. (dactyl.), p. 64.

45. Quant à la position du juriste bordelais, voir notamment DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Tome II : La théorie générale de l'Etat, Paris, De Boccard, 3^e éd., 1928, pp. 182-188, spéc., p. 184 : « la vérité est, à mon avis, que les Déclarations des droits sont aujourd'hui en

vigueur. Les Déclarations des droits contiennent des dispositions impératives, mais elles s'adressent à l'Etat et non aux sujets ». Voir également p. 186 : « la Garanties des droits, comme les Déclarations des droits, sont des dispositions impératives pour l'Etat lui-même, parce qu'elles formulent une règle antérieure et supérieure à l'Etat, qui s'impose à lui » ; Quant à la position du juriste toulousain, ses écrits traduisent une évolution sur ce point. Alors qu'il adhéra d'abord à l'opposition classique entre déclarations des droits et garanties des droits (voir HAURIOU Maurice, *Principes de droit public*, Paris, Larose, 1910, rééd. Dalloz, 2010, 734 p.), il reconnut par la suite la valeur juridique du premier type de document. Voir notamment HAURIOU Maurice, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1930, p. 243 : « Ayant une valeur juridique, les déclarations de droit ont une valeur constitutionnelle. Sans doute, elles ne sont pas incorporées au texte même de la constitution, elles lui servent de préambule, mais cela signifie qu'elles contiennent des principes constitutionnels supérieurs à la constitution écrite (...). Ces principes des diverses libertés survivent avec leur valeur constitutionnelle, en tant que principe, malgré le silence gardé par notre constitution actuelle ; ils font partie de la légitimité constitutionnelle » (cité in HUTEN Nicolas, *op. cit.*, p. 67).

46. La position d'Adhémar Esmein traduit l'adhésion à l'opposition classique entre *Déclaration des droits* et *Garanties des droits*. Voir notamment ESMEIN Adhémar, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 6^e éd., 1914, réimpr. Panthéon-Assas, 2001, pp. 554-564, spéc., p. 554 : « Les déclarations de droit émanent donc de corps possédant une autorité légale et même souveraine, d'assemblées constituantes ; mais ce ne sont pas des articles de lois précis et exécutoires. Ce sont purement et simplement des déclarations de principes (...) ».

47. Voir notamment CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome 2, Paris, Sirey, 1922, p. 580-581. Après avoir rappelé la thèse, soutenue en particulier par Léon Duguit, de la valeur juridique de la déclaration de 1789, le juriste développe une argumentation en soutenant, notamment, qu'il n'est pas possible d'admettre concurremment que la déclaration était située en dehors de la Constitution de 1791, et qu'elle continuait de former un élément de la Constitution française sous la III^e République : « De deux choses l'une : ou bien elle faisait partie intégrante de la Constitution de 1791 et, en ce cas, elle a disparu avec cette Constitution. Ou, au contraire, elle était distincte de l'acte constitutionnel de 1791, et elle ne faisait qu'énoncer les idées essentielles et fondamentales qui devaient servir de base à la Constitution future. Mais alors, elle n'avait plus que la portée dogmatique d'une déclaration vérités philosophiques, ainsi que le montre M. Esmein ; ou plutôt, elle se ramenait à l'énoncé de concepts de droit naturel, qui ont bien pu inspirer la Const. de 1791 et dont la grande influence sur la formation du droit public est, à cet égard, indéniable, mais qui ne sauraient être considérés comme des prescriptions juridiques ayant l'efficacité de règles de droit positif ».

48. HUTEN Nicolas, *op. cit.*, p. 67.

49. RAYNAUD Philippe, « Des droits de l'homme à l'Etat de droit : Les droits de l'homme et leurs garanties chez les théoriciens français classiques du droit public », in RAYNAUD Philippe, *Le juge et le philosophe. Essai sur le nouvel âge du droit*, Paris, Armand Colin, coll. « Le temps des idées », 2009, pp. 46-61 ; CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La théorie générale de l'Etat est aussi une théorie des libertés fondamentales », *op. cit.*, pp. 6-10.

50. Léon Duguit avança ainsi l'idée que les déclarations des droits s'adressent non aux individus mais à l'Etat (*op. cit.*, p. 184) ; HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1929, p. 631 : « La première chose est de remarquer qu'un droit individuel n'existe d'une façon pratique que lorsqu'il est organisé. On n'en peut point user, bien qu'il figure dans une déclaration des droits, avant qu'il n'ait été l'objet d'une loi organique. » ; ESMEIN Adhémar, *op. cit.*, pp. 562-563 : « Pour que les citoyens puissent exercer un droit ou jouir d'une liberté, il ne suffit pas que l'exercice et la jouissance en soient garantis par la Constitution. En effet, quelques légitimes que soient les droits individuels, ils n'ont pas une portée illimitée. Ils ont, au contraire, deux

limites nécessaires : le respect du droit égal chez autrui, et le maintien de l'ordre public. Leur exercice suppose donc une réglementation que doit en faire le législateur et, tant que cette réglementation n'a pas eu lieu, le droit déposé, garanti dans la Constitution, ne peut être exercé ; il reste là comme une simple promesse. (...) On voit quelle importance a dans notre droit la réglementation des droits individuels par le législateur » ; CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome 2, Paris, Sirey, 1922, p. 580-581 : « A la différence des garanties des droits, qui sont incorporées dans la Constitution même, et qui, d'ailleurs, ne présentent elles-mêmes d'utilité juridique positive qu'autant qu'elles déterminent avec précision l'étendue et les conditions d'exercice du droit individuel garanti, la déclaration de 1789, ainsi qu'on en a souvent fait la remarque, n'est pas, à proprement parler, une déclaration de droits, mais seulement une déclaration de principes : elle ne formule pas des règles juridiques, qui soient susceptibles d'être appliquées pratiquement par un juge ; elle ne met pas les citoyens en état de faire valoir devant les tribunaux telle ou telle faculté individuelle nettement délimitée ; les vagues et générales affirmations auxquelles elle se borne, laissent entière la question de la réglementation ».

51. HUTEN Nicolas, *op. cit.*, pp. 67-68.

52. HALPÉRIN Jean-Louis, « La Constitution de 1791 appliquée par les tribunaux », in *1791, la première constitution française*, actes du colloque de Dijon, Paris, Economica, « droit public positif », 1993, pp. 369-381 ; DESAULNAY Olivier, *op. cit.*, pp. 13 et s.

53. C'est avec l'arrêt « Condamine » rendu en 1957 que le Conseil d'Etat accepta pour la première fois d'examiner au fond un moyen reposant sur la méconnaissance de la Déclaration de 1789, en l'occurrence de ses articles 8, 9 et 10. C.E., 7 juin 1957, *Condamine*, *RD publ.*, 1958, note Marcel Waline, pp. 98-101.

54. Pour une application par le biais de cette technique du principe d'égalité devant la loi : CE 9 mai 1913, Roubeau, *Rec. 521*, *RDP*. 1913. 685, note Jèze. Pour l'égalité devant l'impôt : CE 23 nov. 1936, Abdoulhousen, *Lebon* 1015, *S.* 1937. 3.25, note M. L. Pour l'égalité de traitement entre usagers d'un service public : CE, ass., 1er avr. 1938, *Sté l'alcool dénaturé de Coubert*, *Rec. 337*, *RD publ.* 1938. 487, concl. Latournerie.

55. REDOR Marie-Joëlle, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine juridique française. 1879-1914*, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, « Droit public positif », 389 p., spéc., p. 152 et s.

56. *Ibid.*, p. 186 et s.

57. BAUMERT Renaud, *La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique : les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Paris, LGDJ, coll. "Fondation Varenne", 2010.

58. RIVERO Jean, « Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français », in *RIDC*, 1977, p. 11.

59. Voir notamment CAPITANT René, *Ecrits constitutionnels*, Paris, éd. du CNRS, 1982, p. 167 ; COSTE-FLORET Paul, "Rapport sur le projet de Constitution du 9 août 1946", in *Pouvoirs* n° 76, 1996, p. 3.

60. Voir les citations mises en avant in CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Normativité et effectivité des droits économiques et sociaux dans les débats constitutifs de 1946 », in Commission nationale consultative des droits de l'Homme, acte du colloque *La Déclaration des droits de l'Homme (1948-2008) - Réalité d'un idéal commun ?*, Paris, La Documentation Française, 2009, pp. 31-40, spéc. p. 37.

61. HERRERA Carlos-Miguel, « Sur le statut des droits sociaux - La constitutionnalisation du social », in *RUDH*, 2004, vol. 16, n° 1-4, p. 38.

62. RIVERO Jean et VEDEL Georges, « Les principes économiques et sociaux de la constitution : Le préambule », in *Collection Droit social*, T. XXXI, 1947, p. 20.

63. BURDEAU Georges, *Manuel de droit public. Les libertés publiques, les droits sociaux*, Paris, LGDJ, 1948, p. 292.
64. BURDEAU Georges, *Traité de science politique. Tome 3 : le statut du pouvoir dans l'Etat*, Paris, LGDJ, 1950, pp. 128-130.
65. Pour un tel parallèle, MEINDL Thomas, *La notion de droit fondamental dans les doctrines et jurisprudences constitutionnelles françaises et allemandes*, Paris, LGDJ, 2003, p. 120 ; Pour une comparaison de cette démarche avec celle des positivistes allemands de la fin du XIXe siècle, début du XXe siècle, voir HEUSCHLING Luc, « La Constitution formelle », in *Traité international de droit constitutionnel. Tome 1. Théorie de la Constitution*, TROPER Michel, CHAGNOLLAUD Dominique (dir.), Paris, Dalloz, « Traités Dalloz », 2012, pp. 286-287.
66. Relevons que dans la déclaration des droits de l'homme intégrée au projet de constitution du 19 avril 1946, la seconde partie consacrée aux « droits sociaux et économique » débute par une disposition introductive posant que « Tout être humain possède, à l'égard de la Société, les droits qui garantissent, dans l'intégrité et la dignité de sa personne, son plein développement physique, intellectuel et moral », et qui prévoit par ailleurs expressément que « La loi organise l'exercice de ces droits » (art. 22). Pour une étude du rôle de la loi dans cette déclaration, voir CHEVALLIER Jacques, *op. cit.*, p. 32 et s.
67. CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La théorie générale de l'Etat est aussi une théorie des libertés fondamentales », *op. cit.*, p. 15.
68. *Ibid.*, p. 13.
69. *Ibid.*, p. 13.
70. La possibilité pour le Conseil constitutionnel de contraindre le législateur à l'action fut récemment illustrée par la sanction, à plusieurs reprises, dans le cadre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC), de la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence pour mettre en œuvre le droit de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement, garanti par l'article 7 de la Charte de l'environnement (Cons. constit. n° 2011-183/184 QPC ; Cons. constit. n° 2012-269 QPC ; Cons. constit., n° 2012-269 QPC ; Cons. constit., n° 2012-270 QPC).
71. En ce sens, voir DESAULNAY Olivier, *op. cit.*, spéc. p. 125 : « La Cour de cassation n'adhère à aucun moment à la thèse des dispositions programmes ou n'instaure de hiérarchie matérielle entre les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux. Même si elle n'explicite guère l'applicabilité directe des dispositions constitutionnelles auxquelles elle a recours, jamais elle ne fait dépendre celle-ci d'une quelconque concrétisation législative rendue nécessaire en raison du caractère faiblement déterminé du principe considéré. »
72. Pour un lien établi entre la posture du Conseil constitutionnel et les évolutions de la jurisprudence administrative, CLAPIÉ Michel, « le Conseil d'Etat et le Préambule de la Constitution de 1946 », in *Revue administrative*, 1997, p. 280 ; FOULQUIER Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2003, p. 561.
73. Pour une étude sur la jurisprudence administrative relative à la Déclaration de 1789, voir VERPEAUX Michel, « Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs – Normes de référence », *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif*, 2013, §§ 167 et s.
74. Pour une analyse de ce « revirement tendanciel » de jurisprudence, voir CLAPIÉ Michel, *op. cit.*, pp. 285-289 ; Sur les incertitudes affectant néanmoins la posture du Conseil d'Etat, voir ROBLOT-TROIZIER Agnès, « L'applicabilité directe du Préambule de la Constitution de 1946 », in *Le préambule de la Constitution de 1946*, GAUDEMET Yves (dir.), Paris, Editions Panthéon Assas, 2008, pp. 29-44, spéc. pp. 39-41.
75. Sur le constat d'une inégale protection entre dispositions regardées comme formulant des « libertés » et formulant des « créances », voir notamment DESWARTES Marie-Paule., « Droits

sociaux et Etat de droit », *op. cit.*, p. 977 ; PRETOT Xavier, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Dr. Soc.*, 1991, n°3, p. 194 ; ROMAN Diane, « Constitution et solidarité », in *LPA*, 2009, n° 16, p. 76.

76. CE Ass., 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, req n° 297931, Rec. 322.

77. Voir en particulier CLAPIE Michel, *op. cit.*, pp. 278-289.

78. CARPENTIER Elise, « Le juge administratif et la Charte constitutionnelle de l'environnement », in *RDP*, n°2, 2009, p. 452 et s.

79. ROMAN Diane, *Le droit public face à la pauvreté*, Paris, LGDJ, 2002, p. 282.

80. A titre d'exemple, ROBLLOT-TROIZIER Agnès, *op. cit.*, pp. 29-44.

81. MAZEAUD Pierre, « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », conférence prononcée à Erevan, 2005, consultable sur le site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/20051001erevan.pdf

82. Relevons que dans la décision relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe (2004-505 DC), le Conseil constitutionnel a du reste semblé entériner la distinction opérée entre deux catégories de dispositions parmi celles intégrant des valeurs au sein du traité par le biais de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Pour apprécier la compatibilité de cet instrument à la Constitution, le Conseil constitutionnel rappela que la Charte « comporte, à côté de « droits » directement invocables devant les juridictions, des « principes » qui constituent des objectifs ne pouvant être invoqués qu'à l'encontre des actes de portée générale relatifs à leur mise en œuvre » (cons. 15). Ce faisant, il conforte une opposition qui fut introduit par les rédacteurs du texte pour limiter la portée desdits « principes » devant les juges à l'interprétation et au contrôle de la légalité des actes généraux, excluant ainsi la possibilité seulement ouvertes pour les « droits » de mobiliser les énoncés au soutien de prétentions individuelles. Cette posture finalement ambiguë du Conseil constitutionnel a pu être interprétée en doctrine comme la manifestation d'un souci de protéger « protéger les juges contre des revendications exigeant des politiques sociales d'envergure qui dépassent les compétences juridictionnelles » (CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n°2004-505 DC du 19 novembre 2004 relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe », in *RTD eur.* 41 (2), 2005, p. 569).

83. Sur les mouvements allant des droits sociaux aux politiques sociales, puis des politiques à la reconnaissance de nouveaux droits par le législateur, voir BORGETTO Michel, « Des droits de l'homme aux politiques sociales », in *Les droits sociaux, entre droits de l'homme et politiques sociales : quels titulaires pour quels droits ?*, ROMAN Diane (dir.), Paris, LGDJ-Lextenso, 2012, pp. 177-183.

84. POIRMEUR Yves, « La réception du préambule de la constitution de 1946 par la doctrine juridique. La construction de la juridicité du préambule par ses premiers commentateurs », in *Le préambule de la Constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, *op. cit.*, p. 102.

85. Pour une analyse exhaustive des effets divers attachés par le Conseil constitutionnel aux énoncés du Préambule de 1946 généralement perçus comme formulant des « droits-créances », voir GAY Laurence, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, « Collection de droit public comparé et européen », 2007, 826 p.

86. RIVERO Jean, MOUTOUH Hughes, *Libertés publiques*, tome 1, Paris, PUF, « Thémis. Droit public », 2003, pp. 90-91.

87. CAPITANT David, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2001, p. 202.

88. Pour une prise de position caractéristique, PONTHEAU Marie-Claire., *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica « droit public », 2010, p. 361.
89. Pour des démarches en ce sens, cependant, REDOR Marie-Joëlle, « L'indivisibilité des droits de l'homme », in *Les Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n°7, 2009, pp. 75-85 ; HERRERA Carlos Miguel, « Démocratie, pouvoir judiciaire, droits sociaux », in *La démocratie. Entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, HERRERA Carlos Miguel, PINON Stéphane (dir.), Paris, Kimé, 2012, 60-78.
90. Certains auteurs tendent ainsi à reconnaître une égale imprécision ou généralité des énoncés. Voir notamment MEINDL Thomas, *op. cit.*, p. 222 ; RIBES Didier, *op. cit.*, pp. 81-95 ; CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, p. 16 ; ROMAN Diane, *Le droit public face à la pauvreté*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », 2002, pp. 290-291.
91. VEDEL Georges., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 326
92. VEDEL Georges, « La place de la Déclaration de 1789 dans le “bloc de constitutionnalité” », In *La Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25 et 26 mai 1989, p. 54.
93. *Ibid.*, p. 56.
94. De nombreuses analyses ont ainsi avancé l'idée d'une absence de normativité de certaines dispositions de la Charte. Voir notamment CHAHID-NOURAI Noël, « La portée de la Charte pour le juge ordinaire », in *AJDA*, 2005, p. 1175 et s. ; MATHIEU Bertrand, « La portée de la Charte pour le juge constitutionnel », in *AJDA*, 2005, p. 1170 et s.
95. Alors que les références au « droit subjectif » demeuraient marginales dans les débats de 1946, on peut être surpris par l'importance des références à ce concept dans les développements doctrinaux consacrés à la charte de l'environnement.
96. Voir en particulier MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, 791 p. ; L'usage de cette expression est largement controversée. Pour une critique, voir PRIEUR Michel, « La Charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ? », in *Pouvoirs*, n° 127 - Droit et environnement - novembre 2008 - p.49-65 ; RENOUX Thierry et DE VILLIERS Michel (dir.), *op. cit.*, p. 485.
97. BOUCOBZA Isabelle, « La justiciabilité des droits sociaux dans la doctrine constitutionnaliste », *Raison publique*. Consultable en ligne : <https://www.raison-publique.fr/article498.html>
98. A titre d'exemple, voir le dossier « les droits sociaux en Europe » paru à la *Revue internationale de droit comparé*. Dans une contribution introductive, Claire Marzo justifie l'intérêt sur ce thème au regard, notamment, de décisions de justice rendues par des juridictions en Inde, en Afrique du Sud et en Colombie. Les évolutions dans ces pays, énonce l'auteur, « doivent être comparées au contexte européen » (« la protection des droits sociaux dans les pays européens », in *RIDC*, n° 2, 2011, p. 204).
99. CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique latine », in *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, *op. cit.*, pp. 223-235, spéc. pp. 230 et 231.
100. Pour Thomas Meindl, par exemple, « eu égard à la pluralité des méthodes d'interprétation des textes et à l'absence de directives claires et prédéfinies d'utilisation de ces méthodes, il semble toujours possible de déduire un droit subjectif de dispositions objectives contraignantes » (*op. cit.*, p. 292) ;
101. CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien-Lextenso, 2010.
102. CANIVET Guy, « Vers une dynamique interprétative », in *RJE*, n° spécial, 2005, pp. 9-13 ; PRIEUR Michel, « La Charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ? », in *Pouvoirs*, n° 127 - Droit et environnement - novembre 2008 -, pp. 49-65.
103. COHENDET Marie-Anne, « Les effets de la réforme », in *RJE*, n° spécial, 2003, pp. 51-68 ; ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, « Qu'est-ce qu'un texte directement applicable ? A

propos de la Convention internationale sur les droits de l'enfant et de la Charte constitutionnelle de l'environnement », in *RTDCiv.*, 2005, n°3, pp. 556-561, spéc p. 561.

104. ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, *op. cit.*, p. 560.

105. HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz « Hypercours : cours et travaux dirigés », 2013, pp. 244-245.

106. *Ibid.*, p. 245.

107. En ce sens, MILLARD Eric, *Famille et Droit public*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », 1995, p. 163.

108. AGUILA Yann, *op. cit.*, p. 1154.

109. *Ibid.*

110. En ce sens, également, VIDAL-NAQUET Arianne, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2007, p. 269 ; Pour une analyse soulignant l'ambiguïté du concept de « loi de mise ne œuvre » sur laquelle s'appuie la théorie des principes programmatiques, voir CARPENTIER Elise, *op. cit.*, p. 465.

111. Cela ressort parfois d'une confrontation des analyses doctrinales. A titre d'exemple, Thierry Renoux et Michel De Villiers ont pu considérer, à l'encontre de ce qui ressortait des travaux préparatoires, comme de la plupart des analyses consacrées à la portée potentielle des énoncés de la Charte de l'environnement, que l'article 5 de ce texte consacrant le principe de précaution nécessite « dans certains cas, la médiation de la loi » (*op. cit.*, pp. 479-480).

112. Voir notamment PICHARD Marc, *Le droit à. Etude de législation française*, Paris, Economica, « Recherches juridiques », 2006, pp. 306-307 ; MARZO Claire, *op. cit.*, p. 222.

113. En Italie, la doctrine des principes programmatiques fut utilisée afin « tenter de limiter l'efficacité de la Constitution » et de « sauver le rôle primordial de la loi dans le système des sources (du droit) » (ZAGREBELSKY Gustavo, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, EGES, 1984, p. 104, cité par CARPENTIER Elise, *op. cit.*, p. 466).

114. Cela n'est pas contesté par des auteurs qui, à l'étranger, ont joué un rôle pionnier pour la protection juridictionnelle des droits sociaux : ABRAMOVICTH Victor et COURTIS Christian, « Le cadre conceptuel de l'exigibilité des droits sociaux », in *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, *op. cit.*, pp. 309-328.

115. HERRERA Carlos Miguel, « Démocratie, pouvoir judiciaire, droits sociaux », *op. cit.*, spéc. pp. 62-63.

116. Sur les limites de la jurisprudence audacieuse développée par la Cour constitutionnelle colombienne, notamment au regard des exigences d'égalité entre les justiciables, et de considérations telles que la cohérence et rationalité voir en particulier MOLINA Carlos, « La protection des droits sociaux en Colombie », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 3 | 2013, mis en ligne le 02 janvier 2014, consulté le 14 mars 2014. URL : <http://revdh.revues.org/432>

117. ROBITAILE David, « Section 3. La justiciabilité des droits sociaux en Inde et Afrique du Sud », *La Revue des droits de l'homme*, n° 1, 2012, pp. 158-175.

118. ROMAN Diane, « Section 5. La justiciabilité du droit au logement et du droit à la sécurité sociale », *La Revue des droits de l'homme*, n°1, 2012, pp. 279-293.

119. A titre d'exemple, voir la position de Laurence Gay qui considère qu'il ne revient pas au juge constitutionnel de créer *ex nihilo* des droits sociaux, et que cela conduirait à des droits *minima*, ne concernant « que des situations extrêmes ». « Dans le souci de faire accepter ses décisions, développe l'auteure, le juge cantonnerait l'accès à des prestations matérielles à des cas limites, comme celui où un droit à des prestations sanitaires est admis en raison d'un risque pour la vie même de la personne ; ce serait réduire les droits sociaux à bien peu de choses... », conclut-elle (GAY Laurence, *op. cit.*, pp. 755-756).

120. CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, p. 25.

121. Voir notamment TA Cergy-Pontoise, 18 déc. 2003, n° 0205215 : *AJDA* 2004. 1431, note Alzamora ; CAA Versailles, 27 sept. 2007, *Min. de la Santé et de la Solidarité*, n° 06VE02781.
122. C.E., 8 avril 2009, Laruelle, n° 311434 ; *RDP*, 2010, p. 197, note Thomas BOMPARD ; *RDSS*, 2009, p. 556, note Hervé RIHAL, D., p. 1508, note Philippe RAIMBAULT.
123. CE, réf., 15 décembre 2010, *Ministre de l'Education nationale c/ M et Mme B.* n° 344729, au *Lebon - Actualités droits-libertés* du 22 décembre 2010 par Serge Slama.
124. BELRHALI-BERNARD Hafida, « L'action en responsabilité : recours de la dernière chance pour le DALO ? », in *AJDA*, 2011, pp. 690-696.
125. Pour une contribution spécifiquement consacrée à cette question, BELRHALI-BERNARD Hafida, « la responsabilité administrative au service de la protection des droits de l'homme », in *Droit naturel et droits de l'homme*, MATHIEU Bertrand (dir.), Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2011, pp. 359-380 ; voir également BOMPARD Thomas, « Éducation des enfants handicapés : droit-créance et carence de l'État (à propos de l'arrêt du CE, 4^e et 5^e sous-sections réunies, 8 avril 2009, n° 311434, Laruelle) », *RDP*, pp. 197-215.
126. En ce sens, à propos du « droit au logement » et de la loi DALO, voir RAIMBAULT Philippe, « Quelle signification pour le mouvement de subjectivisation du droit public ? », in *La démocratie. Entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, *op. cit.*, p. 107.
127. En ce sens, BELHALJI-BERNARD Hafida, *op. cit.*, p. 375 et s. ; BOMPARD Thomas, *op. cit.* ; Pour Eric Millard, l'impossibilité de penser la réparation en matière de droit de l'homme caractérise même ces derniers en tant que catégorie intellectuelle (« Effectivité des droits de l'homme, in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, ANDRIANSIMBAZOVINA Joël J., GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric (dir.), Paris, PUF, 2008, p. 279).
128. CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, p. 16.

RÉSUMÉS

Depuis le moment fondateur pour la théorie des droits de l'homme qu'a constitué en France la période révolutionnaire, la loi se trouve placée au centre de la réflexion sur ce que l'on vise désormais généralement comme la problématique de l'« effectivité » des droits de l'homme. A cette époque, les caractéristiques prêtées à la loi par les hommes engagés dans l'action politique, les philosophes et les juristes, assurent son prestige et conduisent à considérer cet instrument comme le vecteur nécessaire pour une concrétisation des droits de l'homme au sein du système juridique. Dans la tradition française, c'est à la loi qu'il revient de préciser les droits de l'homme, d'en définir les implications concrètes en vue d'une application pratique. Cette conception légicentriste de l'« effectivité » des droits de l'homme est cependant remise en cause. Des bouleversements au niveau des représentations liées notamment à la Constitution, à la figure du juge, ainsi qu'à la classe des droits de l'homme et des catégories classiques par le biais desquelles ils ont pu être pensés - droits individuels, droits sociaux, « droits-libertés », « droits-créances »... - conduisent à envisager une réalisation des droits de l'homme directement par les juges. Progressivement, des évolutions se produisent sur le plan du droit positif comme sur le plan doctrinal, permettant de penser les conditions d'une plus profonde rupture entre la loi et les droits de l'homme, ainsi que les avantages et les inconvénients du phénomène que constitue la réalisation juridictionnelle des droits de l'homme.

Since the founding moment of human rights theory that is the revolutionary period in France, law is at the centre of what we henceforth generally design as the theme of « effectivity » of human rights. At this period of time, the characteristics assigned to the law by politicians, philosophers and jurists, ensure its prestige. Law has been regarded since then as a necessary instrument for the realization of human rights. In the French tradition, law specifies human rights and defines the precise implications in order to permit their practical application. This conception of effectivity of human rights is nevertheless reconsidered. Changes in the representations related to the Constitution, the office of judges, and the traditional categories of human rights thinking – such as individual rights, social rights, negative rights, positive rights... – lead to consider the realization of human rights directly by judges. Progressively, evolutions occur in positive law as in science of law, that allow the discussion on the conditions and the opportunity of a deeper rupture between law and human rights, as well as on the advantages and disadvantages of the phenomenon constituting the jurisdictional realization of human rights.

Desde el momento fundador, para la teoría de los derechos humanos, que el periodo revolucionario ha constituido en Francia, la ley se encuentra ubicada en el centro de la reflexión sobre aquello que se refiere en lo sucesivo generalmente como la problemática de la "efectividad" de los derechos humanos. En esta época, las características prestadas a la ley por las personas comprometidas en la acción política, los filósofos y los juristas, aseguran su prestigio y conducen a considerar este instrumento como el vector necesario para una concretización de los derechos humanos en el seno del sistema jurídico. En la tradición francesa, es la ley quien precisa a los derechos humanos, quien define las implicaciones concretas con miras a una aplicación práctica. Esta concepción *legicentrista* de la efectividad de los derechos humanos es sin embargo puesta en duda. Desde los cambios a nivel de las representaciones ligadas sobre todo a la Constitución, hasta la figura del juez, la clase de derechos humanos y las categorías clásicas por medio de las cuales pudieron ser pensados –derechos individuales, derechos sociales, “derechos-libertad”, “derechos-crédito”... – conducen a contemplar en una realización de los derechos humanos directamente por los jueces. Progresivamente, evoluciones se producen en el plano del derecho positivo así como en el marco doctrinal, permitiendo pensar las condiciones de una ruptura más profunda entre la ley y los derechos humanos, así como también en las ventajas y los inconvenientes del fenómeno que constituye la realización jurisdiccional de los derechos humanos.

INDEX

Mots-clés : Loi - Constitution - Droits de l'homme - Justice constitutionnelle - Juges ordinaires - Effectivité - Effet direct - Applicabilité - Concrétisation - Droits sociaux - Droits-libertés - Droits-créances

Keywords : Law - Constitution - Human rights - Judicial review - Effectivity - Applicability - Social rights - Positive rights - Negative rights - Liberties

Palabras claves : Ley - Constitución - Derechos humanos - Justicia Constitucional - Jueces ordinarios - Efectividad - Efecto directo - Aplicabilidad - Concretización - Derechos sociales - Derechos-libertad - Derechos a prestación

AUTEUR

CÉDRIC ROULHAC

Cédric Roulhac est attaché temporaire d'enseignement et de recherche (ATER) en droit public (Université de Panthéon-Assas – Paris II) et doctorant au CREDOF.