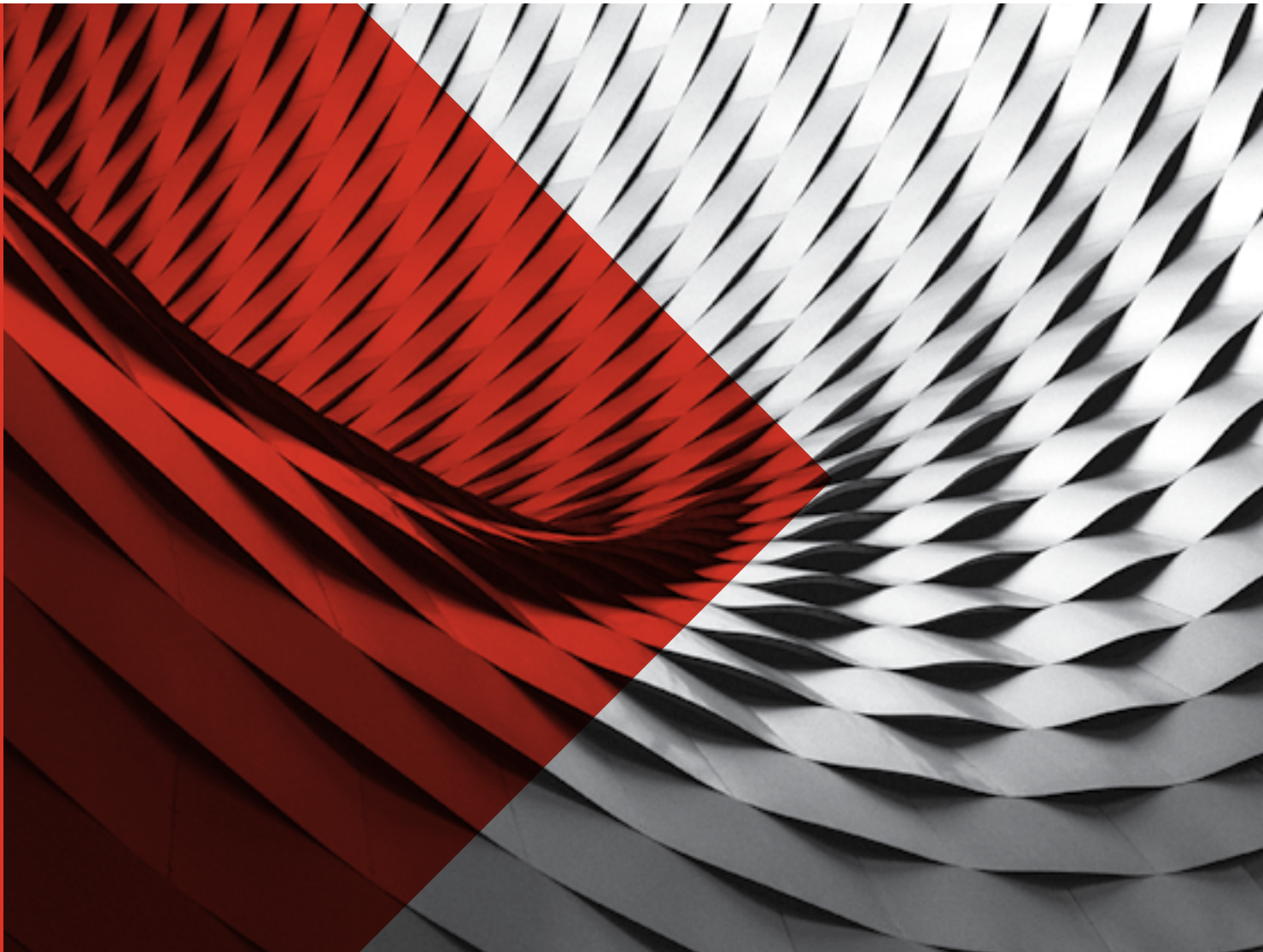

L'INDIVISIBILITE DES DROITS DE L'HOMME DEVANT LA DOGMATIQUE CONSTITUTIONNELLE

José Melo Alexandrino



L'INDIVISIBILITE DES DROITS DE L'HOMME
DEVANT LA DOGMATIQUE CONSTITUTIONNELLE *

José de Melo Alexandrino **

PROMETEU

De deux éclaircissements, je t'en accorde un.
ESCHYLE, *Prométhée enchaîné*, v. 778

INTRODUCTION

Très différemment de ce qui arrive avec l'idée, plausible, d'interdépendance (un autre nom pour *complexité*), le principe de l'indivisibilité des droits de l'homme semble correspondre à ce lot de paradigmes non établis (thêmata *obsessionnels*)¹ sur lesquels reposent très souvent les constructions scientifiques.

Et bien qu'il s'agisse, pour ainsi dire, d'une situation naturelle, puisqu'elle est commune à d'autres domaines du savoir, je dois ajouter à cette première donnée l'existence d'une précompréhension de départ, déjà mentionnée en d'autres endroits², modérément défavorable à l'importance *juridique* d'un principe de l'indivisibilité.

Je constate, en second lieu, que l'idée d'indivisibilité des droits de l'homme est, en soi, postulée ou encore refusée, plus que justifiée juridiquement – circonstance à laquelle n'est pas étrangère le fait de celle-ci avoir été reconnue non pas dans des textes juridiques, mais dans des déclarations et préambules³, ici résidant en grande mesure l'explication du manque de

* Texte de la communication présentée en octobre 2010 à l'atelier n.º 10 (*l'indivisibilité des droits de l'homme*), au VIII Congrès Mondial de l'Association Internationale de Droit Constitutionnel, qui se tiendra dans la ville de Mexico, entre le 6 et le 10 décembre 2010.

** Professeur de la Faculté de Droit de l'Université de Lisbonne.

¹ Edgar Morin, *Science avec conscience*, nouvelle édition, Paris, PUF, 1990, p. 173.

² Notamment, lorsque je défendis que l'acceptabilité de l'idée d'indivisibilité dépend d'un ensemble de conditions, en particulier de deux : "celle qui suppose la différence à établir entre nécessités, moyens et fins et celle qui relève de la réflexion sur la limitation spécifique inhérente aux droits de l'homme sociaux, lorsqu'ils ne présupposent pas une (chaque fois plus complexe et improbable) intervention multidimensionnelle" (cfr. José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 231, note 966).

³ Entre les premières, les textes résultant des deux Conférences Mondiales sur les Droits de l'Homme continuent d'être la référence, celle de Téhéran, en 1968, et la Déclaration et Programme d'Action de Vienne de 1993 (particulièrement son n.º 5) ; entre les préambules, où on ne retrouve aucun des principaux traités universaux ou régionaux des droits de l'homme, se détache aujourd'hui le Protocole Facultatif se rapportant au Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels, adopté le 10 décembre 2008, texte accessible sur <http://www2.ohchr.org/english/law/docs/A.RES.63.117_en.pdf>.

clarté sur le sens et sur l'étendue juridique de la formule, bien comme l'usage rhétorique habituel de celle-ci⁴.

Dispensant délibérément de procéder à une évaluation du principe de l'indivisibilité sur le plan juridique international⁵, je prétends éclairer ici cette idée sous la double perspective (1) de l'observation des chemins suivis par la jurisprudence constitutionnelle de trois pays dotés d'une "Constitution de droits sociaux" et (2) de l'exposition d'un modèle de grande profondeur théorique, présenté récemment par le constitutionnaliste portugais Jorge Reis Novais⁶, qui prétend justement prouver la viabilité d'une dogmatique unitaire des droits sociaux et des droits de liberté.

Le choix des trois pays, Portugal, Brésil et Afrique du Sud, représentatifs tout d'abord des trois systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, se justifie non seulement par la plus proche connaissance et par les résultats distincts obtenus, mais également pour d'autres raisons : quant au premier pays, pour le parallèle avec la situation du droit international des droits de l'homme, sur le plan universel et régional, étant donné l'option similaire pour la division constitutionnelle en deux catégories de droits ; quant aux deux autres, précisément pour l'option inverse de la non division en deux catégories (aboutissant par là à un rapprochement de l'idée d'indivisibilité).

⁴ En réponse à l'évaluation des résultats, Scott Leckie, «Another Step Towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights», in *Human Rights Quarterly*, 20, 1 (1998), pp. 81-124 ; comme critique quant à la division en deux catégories et quant aux options canadiennes en cette matière, William A. Schabas, «Freedom from Want: How can we Make Indivisibility more than a Mere Slogan?», in *National Journal of Constitutional Law*, 11 (2000), pp. 187-209 ; avec une contestation radicale de l'idée, même du point de vue tactique, Paul Löwenthal, «Ambiguïtés des droits de l'homme», in *Droits Fondamentaux*, n.° 7 (Jan. 2008 – Déc. 2009), accessible sur <www.droits-fondamentaux.org>, le 10 octobre 2010, pp. 16-17 ; cherchant à justifier la thèse de l'indivisibilité à partir de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Ida Elisabeth Koch, *Human rights as indivisible rights: the protection of socio-economic demands under the European Convention on Human Rights*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009 ; dans la doctrine portugaise, comme exemple d'évocation rhétorique, Ana Maria Guerra Martins, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 85, 109.

⁵ Même ainsi, sans autre jugement que celui résultant de l'observation liminaire des textes, les *signes défavorables à la plausibilité juridique de l'idée d'indivisibilité*, qui se recueillent de la lecture des principaux traités de droits de l'homme sont multiples : (i) ne pas pouvoir nier l'existence de hiérarchies entre les droits de l'homme, étant donné l'existence de droits dérogeables et de droits non dérogeables (article 4, n.° 2, du PIDCP et article 30 de la Charte Sociale Européenne) et même de droits élémentaires (article 11, n.° 2, du PIDESC) ; (ii) être expressément admise la différente mesure de garantie des normes de droits sociaux, dans les pays en voie de développement (article 2, n.° 3, du PIDESC) ; (iii) être évidente la relativité des obligations assumées en matière des droits économiques, sociaux et culturels (article 20, n.° 1, de la Charte Sociale Européenne), quand comparée avec l'instantanéité des obligations assumées en matière de droits civils et politiques.

⁶ Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010 ; pour une recension de l'ouvrage, Amanda Costa Thomé Travincas, «Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais», in *Direitos Fundamentais & Justiça* [Porto Alegre], ano 4, n.° 11 (Abr./Jun. 2010), pp. 203-213 ; pour une application récente, Jorge Reis Novais, «Constituição e Serviço Nacional de Saúde», in *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 4, n.° 11 (Abr./Jun., 2010), pp. 85-109.

Le choix de ce modèle concret doctrinal se justifie, à son tour, par la densité du traitement du problème, donnant signal et rendant ainsi hommage à la contribution de la doctrine portugaise, et par le fait que l'auteur prétendait esquisser l'équivalent, sur le plan de la construction technico-juridique (ou dogmatique)⁷ du droit constitutionnel⁸, de la doctrine de l'indivisibilité, ayant analysé de manière critique – dans le sens de mériter une adhésion essentielle – pratiquement tous les modèles alternatifs⁹ présentés jusqu'à aujourd'hui¹⁰.

Par conséquent, si nous nous fixons sur les relations entre droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels¹¹ (ou, par commodité, droits sociaux), les interrogations fondamentales à poser sont les suivantes : (i) la doctrine de l'indivisibilité sera-t-elle compatible avec les postulats d'où part la dogmatique constitutionnelle de référence ? (ii) À la lumière de ces développements théoriques et jurisprudentiels, existera-t-il encore un espace ou un sens juridique utile pour la doctrine de l'indivisibilité ? (iii) Le discours des droits de l'homme devra-t-il continuer à mettre en exergue des affirmations de ce genre ou, au contraire, devra-t-il, lui aussi, se diriger vers les exigences techniques de réalisation effective des droits de l'être humain ? (iii) Ou, en alternative, devra-t-il s'acheminer vers des stratégies plus pragmatiques et efficaces, en particulier face aux exigences de *bonne gouvernance*¹² sur le plan international ?¹³

⁷ Avec Robert Alexy, nous admettons que la dogmatique puisse être conçue comme une discipline multidimensionnelle qui inclut trois activités : celle qui consiste à décrire le droit en vigueur, celle qui le soumet à une analyse conceptuelle et systématique et celle qui élabore des propositions sur la solution adéquate au problème juridique (cfr. *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, p. 308), comprenant les fonctions de stabilisation, développement, réduction de coûts, technique, contrôle et heuristique (*ibidem*, pp. 326 ss.).

⁸ Comme contribution liée à la genèse de ce courant doctrinal au Portugal, cfr. André Salgado de Matos, «O direito ao ensino – Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais» (1998), in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III – *Direito Privado, Direito Público e Vária*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 395-470.

⁹ Nous pensons qu'il manque ici, comme sous-modèle du *minimum social*, la doctrine, inspirée de l'expérience italienne, des "niveaux essentiels des prestations" (*Lep*), qui en est venue à être de manière constante défendue par le Professeur Gomes Canotilho (cfr. «"Bypass" social e o núcleo essencial de prestações sociais», in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 243-268) et qui offre une capacité de résistance aux critiques dirigées aux deux modèles analysés (cfr. J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 194 ss., 199 ss.).

¹⁰ J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 181-250.

¹¹ Ecartant de l'analyse, en particulier, l'extension de l'idée d'indivisibilité aux droits collectifs de solidarité (à laquelle ils ont également été associés), auxquels seront toutefois applicables des conclusions similaires.

¹² Sur le sens du concept en Droit constitutionnel, J. J. Gomes Canotilho, «Constitucionalismo e geologia da good governance» (2002), in *Brançosos e Interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 327 [325-334].

¹³ Comme c'est sous-jacent, d'une certaine manière, aux objectifs de développement du Millénaire – voir les huit objectifs quantifiés au n.º 19 de la "Déclaration du Millénaire" (texte accessible sur <<http://www2.ohchr.org/english/law/millennium.htm>>), laquelle s'abstient, judicieusement, toutefois, d'allusions à l'indivisibilité et d'où nous retirons au moins deux conclusions : (1.^a) cette Déclaration reconnaît la *priorité politique* du combat à un cercle des difficultés sociales ; (2.^a) cette Déclaration reconnaît que, même au

Avant de continuer, nous devons, toutefois, faire face à une question préalable, qui est la suivante : en tenant compte de la différente qualité des textes correspondants, normes, droits et mécanismes de protection, le droit international des droits de l'homme pourra-t-il *importer* ou s'inspirer directement des constructions de la science du droit constitutionnel pour définir un modèle de droits économiques, sociaux et culturels important juridiquement ?

1. UNE QUESTION PREALABLE

L'objection méthodologique est présentée comme suit par l'auteur dont nous essayerons d'exposer le modèle plus avant : “[dans] le domaine du Droit international des Droits de l'homme, où le thème des droits sociaux occupe également une place importante, la séparation entre droits sociaux en tant qu'objectifs politiques et en tant que garanties juridiques est beaucoup plus mince et, éventuellement, mais ce n'est pas notre problème, d'exécution impossible. En effet, en termes de responsabilité internationale, ce qui est ici en cause est l'appréciation, surtout politique, concernant la forme et l'amplitude avec laquelle un Etat déterminé remplit ses obligations internationales, qu'il a assumé pour la réalisation progressive des droits sociaux, c'est-à-dire, dans le fond, est en cause une évaluation politique, de la part d'instances internationales, de politiques publiques d'un Etat relatives à cet objectif”¹⁴.

“Par contre, dans le domaine du Droit Constitutionnel, la situation est qualitativement différente. S'il est certain que nous pouvons également avoir une évaluation juridico-constitutionnelle de la raisonnable ou de l'insuffisance de politiques publiques, notamment lorsque est en cause la vérification d'une éventuelle inconstitutionnalité par omission, il y a, également, en particulier lorsqu'il s'agit de l'invocation d'une garantie constitutionnelle contre l'Etat, un problème ou un conflit juridique ponctuel et concret que le juge doit décider *juridiquement*, fondé strictement sur l'application des normes juridiques au cas concret et indépendamment de l'évaluation qui sera faite des politiques globales de l'Etat dans le domaine des droits sociaux ”¹⁵.

sein des droits économiques, sociaux et culturels, il existe des dimensions qui constituent un devoir de *réalisation prioritaire*, dont l'exécution est l'objet d'engagements de la part de la communauté internationale, en termes de compte-rendu effectif.

¹⁴ J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 30.

¹⁵ *Ibidem*.

Toujours selon le même auteur, «outre la commune référence à la dignité de la personne et à un désir universel de liberté, [les droits de l’homme] ne peuvent être confondus avec les droits fondamentaux, de la même manière que le Droit constitutionnel ne peut être confondu avec le Droit international»¹⁶.

A ce stade, il convient de se demander : la nécessité dogmatique de séparer les droits fondamentaux, sur le plan du Droit constitutionnel, des droits de l’homme, sur le plan du Droit international¹⁷, devra-t-elle amener à comprendre que toute tentative d’exporter la théorie des droits fondamentaux vers les relations internationales «constituerait un échec complet» ?¹⁸ Cette nécessité devra-t-elle conduire à la stricte conclusion que «la réalisation des droits de l’homme doit trouver, dans le domaine des relations internationales, un type de garanties et exigences différentes, une théorisation particulière, des normes spécifiques, des formes de garantie institutionnelle appropriées à la relation pacifique entre cultures, réalités politiques et intérêts stratégiques significativement différenciés» ?¹⁹

Indépendamment d’un refus réitéré du *synchrétisme*²⁰ (actuellement, également au niveau plus vaste des relations entre structures particulières du Droit interne et celles du Droit international), il semble exister quelques preuves de la communicabilité entre les deux univers de concepts, modèles et catégories juridiques, en particulier les suivantes :

- (i) La croissante adoption par la doctrine et par la jurisprudence constitutionnelles de la tripartition, provenant du Droit international, des devoirs de l’Etat, en devoirs de respect, protection et promotion²¹ ;
- (ii) La constatation d’un apprentissage réciproque entre le Droit international des droits de l’homme et le Droit constitutionnel, clairement observable, par exemple, dans la relation entre l’évolution de la jurisprudence constitutionnelle sud-africaine²² et le travail de densification juridique mené par le Comité des

¹⁶ Jorge Reis Novais, «Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares», in *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 83 [69-116].

¹⁷ José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais – Introdução geral*, Estoril, Principia, 2007, pp. 33 ss.

¹⁸ En sens affirmatif, J. Reis Novais, «Os direitos fundamentais...», p. 82.

¹⁹ A nouveau, en sens affirmatif, avec d’autres références, J. Reis Novais, «Os direitos fundamentais...», pp. 82-83.

²⁰ J. J. Gomes Canotilho, «Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais» (1998), in *Estudos sobre direitos fundamentais*, pp. 97-114.

²¹ Jorge Reis Novais, après avoir reconnu que cette division de devoirs en trois dérive du Droit international (cfr. *Direitos Sociais...*, p. 42), non seulement l’accueille et la développe (*ibidem*, pp. 257 ss., 271 ss. e *passim*), mais est disposé à échanger cette partition contre l’alternative germanique de bipartition entre *fonction de défense* et *fonction de prestation* (*ibidem*, p. 273, note 299).

²² Mariette Brennan, «To adjudicate and enforce socio-economic rights: South Africa proves that domestic courts are a viable option» [online], in *Law and Justice Journal*, vol. 9, n.º 1 (2009), accessible sur

Droits Economiques, Sociaux et Culturels de l'ONU (duquel sont exemples l'Observation Générale n.º 7, de 1997, sur les expulsions forcées, ou encore l'Observation Générale n.º 15, de 2002, sur le droit à l'eau)²³ ;

- (iii) Le fait que plusieurs Constitutions, comme c'est le cas des trois pays supra mentionnés²⁴, mettent leurs catalogues de droits fondamentaux et l'application des normes correspondantes sous l'influence directe du Droit international des droits de l'homme²⁵.

Celles-ci et d'autres indices, au-delà de la permanente ouverture à l'interdisciplinarité, imposée par la complexité des phénomènes à analyser²⁶, nous permettent assurément d'avancer dans l'exploration des virtualités de la dogmatique constitutionnelle, en vue d'une application possible dans le champ de la théorie des droits de l'homme, écartant ou nuanciant, par conséquent, une séparation radicale entre le Droit international et le Droit constitutionnel à ce niveau²⁷.

2. DEVELOPPEMENTS DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE: PORTUGAL, BRESIL ET AFRIQUE DU SUD

2.1. Dans le cadre²⁸ d'une Constitution qui a opté pour la "consécration conjointe de droits sociaux et de politiques publiques"²⁹, la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle portugaise en matière de droits sociaux peut peut-être être synthétisée dans les expressions contention, différenciation et perplexité.

http://www.law.qut.edu.au/ljj/editions/v9n1/pdf/South_African_Domestic_Courts_BRENNAN_Publish.pdf>, en 06 octobre 2010, pp. 76 ss. [64-84]; J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 210 ss.

²³V. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/959f71e476284596802564c3005d8d50?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/959f71e476284596802564c3005d8d50?Opendocument)> et <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/402/29/PDF/G0340229.pdf?OpenElement>>.

²⁴V. l'article 16 de la Constitution portugaise, l'article 5, § 2 et 3, de la Constitution brésilienne et la section 39, sous-section 1, alinéa b), de la Constitution sud-africaine.

²⁵V., enfin, l'article 26, n.ºs 2 et 3, de la nouvelle Constitution angolaise de 2010.

²⁶José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. I – *Raízes e contexto*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 82 ss.

²⁷Aujourd'hui, on ne manque pas d'études de comparaison croisée, étant suffisant, en l'espèce, de feuilleter, par exemple, la revue *ICON, International Journal of Constitutional Law*.

²⁸Comme note sur le contexte et sur le profil des ordonnancements ici considérés, José de Melo Alexandrino, *Controlo jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção?* (2009), disponible sur <<http://www.icjp.pt/seccoes/656?page=1>>, le 10 octobre 2010, pp. 5 ss.

²⁹Donnant par là origine à des problèmes constitutionnels complexes, comme est défendu de manière réitérée par Gomes Canotilho (cfr. «Metodologia "fuzzy"...», pp. 112 ss.).

Contention, dans la mesure où celle-ci révèle, en général, une claire condescendance relativement aux marges d'option politique pour la concrétisation des droits sociaux³⁰ : d'un côté, parce que, appelant aux idées de auto-révision, flexibilité et pondération holistique, elle a laissé pratiquement à la merci du législateur la réalisation de la principale dimension de ces droits (même relativement au noyau des droits fondamentaux considérés de base dans le sens de la norme internationale)³¹ ; d'un autre côté, parce que, excepté dans le cadre de l'utilisation intermittente du paramètre de la proportionnalité³², elle n'a pas su tirer les conséquences juridiques importantes de la dimension négative reconnue à certains droits sociaux³³.

Différentiation, dans la mesure de la faveur concédée à un *noyau restreint* de droits sociaux³⁴, mais aussi dans la mesure de la reconnaissance de la *nature analogue* (aux droits de liberté) de certaines dimensions des droits sociaux³⁵ et de l'affirmation d'un éventuel contenu minimal de ceux-ci (outre la reconnaissance de la présence d'impositions précises et déterminées dans certains droits sociaux)³⁶.

Perplexité également³⁷, dans la mesure où dans la décision la plus *marquante* de toutes (l'arrêt n.º 509/2002, sur le *revenu social d'insertion*)³⁸, la Cour Constitutionnelle, au lieu de chercher à identifier (dans le décret qui retirait aux citoyens âgés de 18 à 25 ans la possibilité d'accéder au revenu social) une affectation illégitime du droit à la sécurité sociale³⁹, a opté pour considérer que la solution législative en cause portait atteinte au "droit à une existence digne minimale" : ainsi, la Cour Constitutionnelle a fini par "[mettre] entre parenthèses les

³⁰ Ainsi, J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 378, 380, 389; Jorge Miranda et José M. Alexandrino qualifient, à leur tour, de jurisprudence inoffensive [cfr. P. Bon / D. Maus (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008, p. 341].

³¹ Pour une vision globale de cette jurisprudence, J. Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, pp. 598 ss., 602 ss., 686; J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 377 ss.

³² Avec des références, J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 392 ss.

³³ Jorge Miranda / José M. Alexandrino, in *Les grandes décisions...*, p. 341.

³⁴ Il existe ici un équivalent pragmatique à la discutable option faite sur le plan théorique par Jorge Reis Novais, en isolant à peine six droits de l'ample catalogue des droits économiques, sociaux et culturels (cfr. *Direitos Sociais...*, pp. 40-41).

³⁵ En vertu de l'important article 17 de la Constitution (pour tous, cfr. J. Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, pp. 252 ss. ; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 302 ss.).

³⁶ J. Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 866.

³⁷ On parle également, à ce propos, de *résultat consternant*, de *fragilité* et de *paradoxe* (respectivement, cfr. J. J. Gomes Canotilho, «Direitos sociais e deslocação da socialidade», in *La Constitución portuguesa de 1976 – Un estudio académico treinta años después*, coord. de Javier Tajadura Tejada, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 82 [73-86] ; J. Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 629; J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 395).

³⁸ Pour une synthèse, avec les références, Jorge Miranda / José M. Alexandrino, in *Les grandes décisions...*, pp. 173 ss.

³⁹ Article 63, n.º 1, de la Constitution de 1976.

droits économiques, sociaux et culturels”, résumés à des “réfractions sociales de la dignité de la personne humaine jaugée par rapport aux *standards* minimum d’existence”^{40 41}.

2.2. Le scénario brésilien est différent de celui-ci : les rêves d’une *constitution dirigeante*⁴² y étant encore très vifs, les tribunaux se sont également montrés sensibles au présupposé idéologique, à une argumentation politique et à la logique de “plus on est, mieux c’est”⁴³, ce qui a conduit à une jurisprudence *maximaliste*, de fort activisme judiciaire.

Ce maximalisme se traduit, avant tout, par la reconnaissance au pouvoir judiciaire de la possibilité de proférer des décisions confirmatives destinées à assurer la jouissance d’une prétention de droit social, même dans un scénario de total omission de mesures législatives de concrétisation, le juge étant, en effet, autorisé à modifier des normes d’efficacité limitée “en normes de pleine efficacité et applicabilité immédiate, ce qui soutiendrait les décisions de condamnation face à l’entité fédérative omise”⁴⁴ ; à ce trait fondamental⁴⁵, doit encore s’ajouter l’ouverture manifestée à la reconnaissance d’un droit au minimum d’existence⁴⁶, bien comme la forme comme sont très souvent appliqués le principe de la dignité de la personne humaine ou du droit à la vie⁴⁷.

⁴⁰ Gomes Canotilho, «Direitos sociais e deslocação da socialidade», p. 82.

⁴¹ Dans une autre perspective, entièrement ajustée, on abouti au paradoxe suivant : “la Constitution portugaise consacre un droit à la sécurité sociale en sa pleine qualité de droit fondamental, mais la Cour Constitutionnelle ne le reconnaît pas comme tel ; la Constitution portugaise ne consacre pas un droit fondamental à un minimum d’existence, mais la Cour Constitutionnelle conclut qu’il s’applique dans notre ordre juridique, en toute sa plénitude, en sa qualité de droit négatif, mais également de droit positif” (cfr. J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 395).

⁴² J. Melo Alexandrino, *Controlo jurisdicional...*, p. 14.

⁴³ J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 25.

⁴⁴ Cfr. Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial – Parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 265.

⁴⁵ Auquel un large secteur de la doctrine adhère encore [de manière érudite, cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10.^a ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, pp. 280 ss., 324 ss.].

⁴⁶ Enfin, Eurico Bitencourt Neto, *O direito ao mínimo para uma existência digna*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, pp. 92, 96 ss.

⁴⁷ Malgré tout, uniquement ces dernières années, commencèrent à être l’objet de véritable attention les conséquences *illégitimes* et *néfastes* de cette orientation : ainsi, entre autres, Mariana Filchiner Figueiredo, *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007 ; avec des données statistiques démontrant le manque de protection des plus pauvres, Virgílio Afonso da Silva / Fernanda Vargas Terrazas, *Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded* (2009), disponible sur <<http://ssrn.com/abstract=1133620>>, le 10 octobre 2010 ; Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial...*, pp. 267 ss. ; César Caúla, *Dignidade da pessoa humana, elementos do Estado de Direito e exercício da jurisdição: o caso do fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil*, Salvador, JusPodivm, 2010, pp. 94 ss., 101 ss., 142 ss. ; avec des références supplémentaires, J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 29, note 7.

2.3. En Afrique du Sud – dans le contexte, cette fois, d’une “*transformative constitution*”, où, différemment des deux ordres juridiques précédents, la consécration des droits sociaux ne s’est pas accompagnée de la constitutionnalisation des politiques publiques⁴⁸ –, la Cour Constitutionnelle a admis très tôt la possibilité de contrôle judiciaire de la réalisation positive des droits sociaux, sans rejeter, comme au Portugal, la justiciabilité de cette dimension principale des droits sociaux⁴⁹ ; par ailleurs, malgré les contraintes politiques et sociales similaires, on n’est pas non plus tombé, comme au Brésil, “dans le simplisme de concevoir une protection pour toute personne dont les nécessités socio-économiques sont en danger”⁵⁰.

Plus encore : ayant résisté à l’importation des modèles du *minimum d’existence* et de la *prohibition du recul social*, appelant dans un premier temps à un *test de rationalité* (Aff. *Soobramoney*, de 1997), la Cour Constitutionnelle sud-africaine en est venue à développer et à améliorer un nouveau paramètre au cours de la dernière décennie (surtout à partir du fameux Aff. *Grootboom*)⁵¹ : le *modèle de raisonnabilité*⁵² ; en outre, la Cour traite différemment le contrôle du respect des dimensions négatives ou constitutionnellement déterminées des droits sociaux (Aff. *TAC*) ; finalement, même les critiques ne peuvent ne pas signaler la contribution de cette jurisprudence pour “l’implantation des principes critiques de transparence, de responsabilité (*accountability*) et de participation”⁵³.

3. UN MODELE DE DOGMATIQUE UNITAIRE DES DROITS FONDAMENTAUX

Face à la relativisation des droits sociaux, le propos central du récent ouvrage de Jorge Reis Novais a été de procéder, sur le plan strictement juridique⁵⁴, à la *réhabilitation*

⁴⁸ Sur l’exemple de la forme de la consécration des droits sociaux dans la Constitution de 1996, J. Melo Alexandrino, *Controlo jurisdicional...*, p. 16 ; J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 211, note 237.

⁴⁹ Cass R. Sunstein, «Direitos sociais e económicos? Lições da África do Sul», in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, vol. I, tome II, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 16 [11-28] ; Mariette Brennan, «To adjudicate and enforce...», pp. 76, 83.

⁵⁰ Cass R. Sunstein, «Direitos sociais...», p. 12.

⁵¹ Texte accessible sur <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>>, le 10 octobre 2010.

⁵² Pour une exposition et évaluation du modèle, J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 209-222.

⁵³ Dennis M. Davis, «Socioeconomic rights: Do they deliver the goods?», in *I.CON, International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, n.°s 3 e 4 (2008), p. 710 [687-711].

⁵⁴ Ecartant, par conséquent, tant sur le plan politique, que, pour les mêmes motifs, sur le plan du Droit international (cfr. J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 13 s., 23 ss., 38).

*dogmatique des droits sociaux en tant que droits fondamentaux*⁵⁵, partant pour ce faire de deux thèses de base : (1^{ère} thèse) celle qui ne fait pas place aux distinctions purement fondées sur des classifications ou typologies de droits fondamentaux, dès lors qu’aucun droit fondamental ne peut avoir plus ou moins de protection que celle qui lui est due de part sa valeur constitutionnelle ; et (2^{ème} thèse) celle selon laquelle les distinctions, bien qu’elles puissent exister, ne découlent pas d’une quelconque distinction ou opposition, mais bien d’autres facteurs de différenciation⁵⁶ influencés par l’exécution effective des différents droits⁵⁷.

Selon l’auteur, les principaux *facteurs de différenciation* du traitement technico-juridique des droits fondamentaux sont au nombre de trois : en premier lieu, “le facteur de densité normative constitutionnelle, c’est-à-dire le problème de la nature *prima facie* ou définitive, de la *règle* ou du *principe*, du contenu de la norme de garantie du droit fondamental” ; en second lieu, “la nature du devoir de l’Etat associé à la faculté, prétention ou droit particulier en cause dans le cas concret”⁵⁸ ; en troisième lieu, la distinction entre droit positif et droit négatif⁵⁹.

Par ailleurs, subsistent encore, pour ainsi dire, quelques observations de caractère général préalables au concept de droit social : une d’elles est liée à la reconnaissance du fait que la consécration d’un droit social a toujours un *sens directement politique*⁶⁰ (étant par conséquent naturel la marque politique ou l’imprégnation politique de la défense des droits sociaux)⁶¹ ; la deuxième est liée à la reconnaissance du fait que le problème juridico-constitutionnel des droits sociaux est une *question de séparation de pouvoirs*⁶², qui peut être résumée comme suit : une fois reconnus comme droits fondamentaux, il importe savoir qui est compétent pour fixer l’effet ou la portée définitive de ces droits⁶³ ; finalement, la troisième observation est liée à la nécessité de prendre en compte une *distinction capitale* : la distinction entre droits fondamentaux sociaux comme un tout (dont l’invocation n’est jamais faite en

⁵⁵ L’objectif secondaire consista à essayer d’appliquer aux droits sociaux la métaphore des droits fondamentaux conçus comme *atouts* contre la majorité (cfr. J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 16, 319 ss.), bien qu’admettant, dès le départ, la spécificité de la relation entre la majorité politique et le bien-être, lorsque comparée avec la “correspondante relation potentiellement conflictuelle entre la majorité politique et la liberté” (*ibidem*, p. 16).

⁵⁶ Ou, comme il écrit également, “d’autres caractéristiques ou vicissitudes” (*ibidem*, p. 15).

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 9-10.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 15.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 20.

⁶¹ *Ibidem*, p. 23.

⁶² *Ibidem*, p. 33.

⁶³ *Ibidem*, p. 33.

pratique) et les facultés concrètes qui découlent d'une norme de droit fondamental social (avec laquelle nous nous sommes toujours confronté)⁶⁴.

La désignation donnée par l'auteur à ce nouveau modèle semble être celle d'un "modèle général de la théorie des restrictions aux droits fondamentaux tenant compte des réserves qui affectent les droits sociaux en particulier"⁶⁵.

Quant à l'explication subséquente, celle-ci sera restreinte (1) à la *caractérisation conceptuelle* des droits sociaux, (2) à l'exposition sommaire des *composants centraux* de ce nouveau modèle doctrinal, bien comme (3) à l'inventaire des principaux *effets juridiques* développés par les droits sociaux⁶⁶.

3.1. Les droits sociaux⁶⁷ présentent deux caractéristiques communes et décisives : "(i) l'objet respectif de la protection concerne l'accès individuel aux biens de nature économique, sociale et culturelle absolument indispensables à une vie digne, mais (ii) avec la particularité de s'agir de biens rares, *couteux*, auxquels les individus ne peuvent accéder que s'ils disposent, eux-mêmes, de leur fait ou par le biais des institutions où ils s'intègrent, de ressources financières suffisantes ou s'ils obtiennent de l'aide ou les prestations de l'Etat correspondantes"⁶⁸.

La clarification de ce concept – complétée par la réponse à une série d'objections⁶⁹ dans des termes auxquels nous ne pouvons donner l'attention requise⁷⁰ – implique, ensuite, d'attirer l'attention vers un groupe de six éléments technico-juridiques⁷¹ :

- (i) *Avant tout*, la définition de droit social présuppose la maîtrise de la distinction entre norme et énoncé de la norme, bien comme la distinction entre dimension objective et dimension subjective ; quant à la première, il revient à la doctrine et

⁶⁴ *Ibidem*, p. 34.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 239.

⁶⁶ Concentrés donc au chapitre IV de l'ouvrage en cause (cfr. *Direitos Sociais...*, pp. 251-318), sans nécessité de descendre à la théorisation de l'idée d'*atouts* (*ibidem*, pp. 319-331).

⁶⁷ Etant donné que l'auteur, alléguant que ceux-ci sont ceux qui ont suscité des doutes et des débats (*ibidem*, p. 41), se limite à un *corpus* central de six droits : le droit au minimum d'existence, le droit à la santé, le droit à un toit, le droit à la sécurité sociale, le droit au travail et le droit à l'enseignement (*ibidem*, pp. 40-41).

⁶⁸ *Ibidem*, p. 41.

⁶⁹ L'auteur contestant ici les trois prétendues caractéristiques naturelles des droits sociaux, à savoir : "a) le fait des droits sociaux valoir sous réserve du (financièrement) possible ; b) le fait des droits sociaux présenter une structure de droits positifs ; et c) la non déterminabilité du contenu constitutionnel des droits sociaux" (*ibidem*, p. 87).

⁷⁰ Pour une synthèse, Amanda Travincas, «Direitos Sociais...», pp. 206 ss.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 45-64.

à la jurisprudence d'extraire le sens normatif de chaque énoncé ; quant à la seconde, il n'y a pas de doute qu'il existe, dans les droits sociaux, une primauté logique et juridique de la dimension objective ;

- (ii) En *deuxième lieu*, lorsqu'un droit est qualifié comme social, "nous sommes en train de considérer la dimension principale du droit ou celle du droit à titre principal"⁷² ;
- (iii) En *troisième lieu*, comme c'est le cas avec les libertés, les droits sociaux sont également des "droits exclusivement ou principalement dirigés contre l'Etat"⁷³, même face aux menaces provenant de tiers ou même lorsque la norme constitutionnelle implique, éventuellement, que les particuliers supportent directement un droit social (comme c'est le cas, par exemple, avec la garantie d'un salaire minimum)⁷⁴ ;
- (iv) En *quatrième lieu*, les droits sociaux comprennent une condition essentielle, qui est la suivante : "l'Etat doit disposer et être en condition de disposer des ressources financières correspondantes objectivement exigées pour la réalisation de ces droits"⁷⁵, il en résulte que, logiquement, dans une situation de manque modéré de ressources, "la réalisation des droits sociaux oblige à une définition de priorités, d'options politiques, au sujet de la canalisation des ressources disponibles, mais présuppose également, encore, la nécessaire progressivité et flexibilité d'exécution "⁷⁶ ;
- (v) En *cinquième lieu*, bien que correspondant à des situations très différenciées, il existe également des prestations normatives qui peuvent être l'objet de droits sociaux (comme c'est le cas du déjà mentionné droit à un salaire minimum) ;
- (vi) En *sixième lieu*, dans les droits sociaux considérés comme un tout, on trouve tout aussi bien des droits opposables à l'Etat de *facere* comme de *non facere* : sur ce plan, les droits sociaux comprennent également "des droits ou des devoirs de l'Etat de non intervention ou de non affectation négative de l'accès déjà garanti, subjectivé ou non, à de tels biens"⁷⁷.

⁷² *Ibidem*, p. 50, avec une autre référence.

⁷³ *Ibidem*, p. 54.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 57, 61.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 59.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 59.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 63.

3.2. Selon l'auteur, "être un droit fondamental signifie, dans un Etat de Droit constitutionnel, avoir une importance, dignité et force constitutionnelle reconnues qui, dans le domaine des relations générales entre l'Etat et l'individu, élèvent le bien, la position ou la situation par celui-ci protégée, à la qualité de limite juridique constitutionnelle de l'action des pouvoirs publics"⁷⁸.

Par conséquent, dans les Constitutions ayant résolu ce problème, ce qu'il faut discuter ce sont les conséquences dogmatiques de cette reconnaissance⁷⁹, sachant dès lors que les droits sociaux, dans leur dimension principale, sont sujets "à une réserve du financièrement possible, avec des répercussions significatives dans le domaine de la séparation de pouvoirs et, donc, des marges de décision et d'appréciation qui, malgré la nature juridique fondamentale des droits sociaux, appartiennent au législateur démocratique et au pouvoir judiciaire"⁸⁰; mais sans cesser, également, de remarquer la "communion ou conjonction de caractéristiques" qui se vérifie dans les libertés et dans les droits sociaux dans les différentes fonctions de défense, protection et prestation et dans les devoirs correspondants de l'Etat de respect, protection et promotion⁸¹; et encore que la classification faite par la doctrine traditionnelle n'a de sens que lorsque les droits sont conçus comme un tout, alors que "dans la réalité quotidienne, les droits fondamentaux ne sont jamais ou rarement applicables comme un tout"⁸².

Partant alors de la formule de Hans Jarass, selon laquelle "*une dogmatique de droits fondamentaux doit être aussi simple que possible et aussi compliquée que nécessaire*"⁸³, l'auteur commence par affirmer qu'il n'y a pas de méthodologies, normes de contrôle et principes constitutionnels utilisables dans les libertés, qui ne sont pas susceptibles d'application aux droits sociaux dans les mêmes moules; mais, d'un autre côté, il reconnaît également que, dans le monde des droits fondamentaux, "il y a beaucoup de différences", non seulement quand on considère le droit comme un tout, mais également lorsqu'on prend en compte chacun des devoirs spécifiques – dans le premier cas, la dogmatique est *simple*, dans le second, il faut *compliquer*.

Or, comme il mentionna déjà précédemment, "il y a trois grandes différences dans l'univers des droits fondamentaux, concernant (i) l'option normative du législateur

⁷⁸ *Ibidem*, p. 250.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 253.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 253-254.

⁸¹ *Ibidem*, p. 264.

⁸² *Ibidem*, p. 265.

⁸³ *Ibidem*, p. 267, avec la référence correspondante.

constituant, (ii) la nature du devoir corrélatif de l'Etat, selon s'il est associé au respect, à la protection ou à la promotion du droit fondamental, et (iii) la structure négative ou positive du droit fondamental⁸⁴. Et celles-ci sont “les différenciations qu'il faut prendre en compte, qui sont décisives du point de vue doctrinaire, puisque c'est en fonction de leur présence respective, et non d'une intégration abstraite dans une des libertés ou dans un droit social, que les niveaux d'obligation juridique, les normes de contrôle constitutionnel, les marges respectives, qui doivent être reconnues au pouvoir public démocratique ou au pouvoir judiciaire, changent”⁸⁵. Par conséquent, la dogmatique des droits fondamentaux peut “être aussi simple qu'elle permet de traiter conjointement les deux grands types de droits, libertés et droits sociaux”, et doit “être aussi compliquée qu'elle puisse permettre de répondre à ce qui doit être différencié”⁸⁶.

3.2.1. Concernant le premier facteur de différenciation, dès lors qu'il existe dans la Constitution des normes de densité très différente, lorsque l'interprète se trouve face à une imposition normative précise (avec une *règle*), alors, indépendamment du type de droit, “la force juridique qui résulte de la norme constitutionnelle est entière, la norme est directement applicable et le contrôle judiciaire sur l'application respective est total”⁸⁷ ; par contre, quand ça n'est pas le cas, l'application de la norme, même si elle est *self-executing*, “dépend de pondérations de cas concrets, orientées autant que possible par des décisions préalables du législateur ordinaire, sujettes à un contrôle judiciaire plus atténué ou complexe”⁸⁸.

3.2.2. Quant au second facteur de différenciation, *la différente nature des devoirs de l'Etat* assume une importance centrale, par le fait de “intéresser et démontrer ce qui se trouve à la base des différentes marges de décision et contrôle appartenant aux différentes branches du pouvoir public”, l'auteur donnant, en l'espèce, l'exemple de trois situations distinctes, considérées globalement dans le cadre de la liberté religieuse : la prohibition de l'utilisation de symboles religieux dans les écoles ; la criminalisation de satyres antireligieuses ; et le paiement par l'Etat de l'enseignement de la religion dans les écoles publiques⁸⁹.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 268-269.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 269.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 269.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 270.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 271.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 272.

La variation de la marge de décision dont le juge dispose “se doit exclusivement à la nature différente du devoir de l’Etat qui est en cause dans chacune de ces trois situations et aux différentes réserves auxquelles, dans chacune d’elles, le droit fondamental ou le devoir corrélatif de l’Etat est sujet”⁹⁰ : concernant les devoirs de respect, le juge dispose d’une marge totale d’appréciation (prohibition de symboles religieux) ; concernant les devoirs de protection (la criminalisation d’un comportement), parce qu’il existe plusieurs moyens de protéger, ceux-ci sont sujets à une *réserve du politiquement approprié ou opportun*, ne pouvant être contrôlés par le juge que lorsqu’il existe un contenu suffisamment déterminé ou lorsqu’il existe une lésion du droit par violation du principe de la prohibition du déficit⁹¹ ; enfin, dans les devoirs de promotion de l’Etat, lesquels constituent la principale dimension des droits sociaux, outre une réserve immanente de pondération et de réserve du politiquement approprié ou opportun, s’applique la *réserve du financièrement possible*, qui constitue un conditionnement réel, une limitation intrinsèque du contenu de certains droits fondamentaux⁹².

Or, cette dernière réserve a l’effet d’atténuer “de manière significative les possibilités de contrôle judiciaire des actions et, surtout, des omissions, que le pouvoir public justifie sur la base d’un tel conditionnement”⁹³, d’où il résulte que la dépendance intrinsèque de la dimension principale des droits sociaux de la réserve du possible conduise au “manque de déterminabilité du contenu normatif respectif”, avec “la conséquente non applicabilité directe des normes correspondantes et la réduction de la marge du contrôle judiciaire de l’action du législateur”⁹⁴. Néanmoins, conformément à ce que l’auteur ajoute aussitôt, “cette non déterminabilité du contenu des droits sociaux est surmontée par le biais de l’activité d’encadrement et de densification du propre législateur ordinaire”⁹⁵.

3.2.3. Quant au troisième facteur de différenciation, d’un côté, s’agissant de droits négatifs (et il existe, en effet, une dimension négative dans les droits sociaux qui n’est pas dépendante de la réserve du financièrement possible), toute l’effectivité des droits fondamentaux est garantie à travers une norme de contrôle de constitutionnalité des

⁹⁰ *Ibidem*, p. 273.

⁹¹ *Ibidem*, p. 277.

⁹² *Ibidem*, pp. 278-279 (déjà dans le même sens, *ibidem*, pp. 72, 89 ss., 91).

⁹³ *Ibidem*, p. 279.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 281.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 282.

restrictions⁹⁶ ; par contre, dans la généralité des droits positifs associés aux devoirs de protection et de promotion de l'Etat, pour différentes raisons, “la norme spécifique de contrôle des restrictions aux droits fondamentaux n'est pas facilement applicable”⁹⁷ ; par ailleurs, “dans le cadre du contrôle d'inconstitutionnalité des omissions, même lorsque le pouvoir judiciaire est compétent pour déclarer l'existence d'une omission inconstitutionnelle, l'exécution de *la* mesure considérée adéquate pour suppléer à une telle omission manque, par contre, de la capacité, compétence et légitimité pour s'imposer aux pouvoirs publics et, encore moins, pour les remplacer dans cette action”⁹⁸.

Pour conclure ce point : “il y a une différence sensible et inévitable dans la comparaison entre droits négatifs et droits positifs qui exige un traitement dogmatique différencié pour chacun d'eux et qui abouti à un contrôle judiciaire plus atténué et complexe dans le cas de l'affectation/non réalisation des droits positifs, lorsque comparés, du point de vue dogmatique, avec les mécanismes, déjà stabilisés et développés, de contrôle des limitations aux droits négatifs”⁹⁹.

3.3. Enfin, quant à *l'importance juridique des droits sociaux*, c'est-à-dire quant aux effets juridiques développés par les droits sociaux, ceux-ci sont successivement analysés selon qu'ils concernent la dimension positive ou négative des droits sociaux, étant dès lors identifiées trois zones d'identité absolue de traitement entre libertés et droits sociaux (qui sont les suivantes : dans les cas où la norme constitutionnelle fixe des *devoirs définitifs de l'Etat*, dans les cas de *devoirs de l'Etat de respect de l'accès individuel aux biens auxquels les particuliers ont eu accès par le biais de ressources propres* et dans les cas des *devoirs de protection de l'Etat*)¹⁰⁰.

Laissant ici de côté les effets relatifs à la dimension négative des droits sociaux¹⁰¹, nous nous concentrerons sur des thèmes concis de droits sociaux *en tant que droits positifs*¹⁰² :

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 289 ss.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 293.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 297.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 301.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 302-303.

¹⁰¹ Non seulement devant l'inhérente complexité des situations, mais également pour les réserves que cette théorisation nous suscite (bien qu'admettant, malgré tout, l'applicabilité des principes de la prohibition de l'excès et de la “prohibition de récréation d'omissions inconstitutionnelles”).

¹⁰² *Ibidem*, pp. 311 ss.

- (i) Dans sa dimension positive et dans le cadre des devoirs de promotion de l'Etat (c'est-à-dire dans la *dimension principale* des droits sociaux), les droits sociaux présentent des difficultés d'efficacité juridique, dues à l'indéterminabilité de son contenu respectif, de par la multiplicité des moyens à utiliser pour atteindre l'objectif visé et de par la conséquente soumission des devoirs correspondants de l'Etat à la réserve du politiquement approprié et opportun, particulièrement renforcée dans ce cas par la réserve du financièrement possible¹⁰³ ;
- (ii) Les conséquences directes du poids accru de ces réserves sont l'augmentation des marges de décision politique et la "significative diminution réfléchie des possibilités de contrôle judiciaire"¹⁰⁴, sans préjudice de la possibilité d'un recours accessoire aux surnommés *garde-fous* des droits sociaux (les principes d'égalité, de prohibition de l'excès et de protection de la confiance)¹⁰⁵ ;
- (iii) Il est, toutefois, possible d'élaborer un principe de *prohibition du déficit* dans ce domaine ("principe de la prohibition de la prestation insuffisante"), dont la portée juridique, étant donné la présence de deux logiques distinctes, se sous divise en deux sous-principes : (1) le principe de la réalisation du *minimum* ; et (2) le principe de la raisonabilité¹⁰⁶ ;
- (iv) D'un côté, il existe un niveau minimal de conditions de fait qui doivent être assurées, "dans le sens de la garantie de ces conditions de survie sans lesquelles l'individu est incapable d'une véritable autodétermination" ; et, bien que celui-ci puisse être relativisé et variable, la réalisation de ce minimum n'est pas dépendante de motifs de séparation de pouvoirs, l'affectation respective devant être traitée comme une véritable restriction¹⁰⁷ ;
- (v) D'un autre côté, le contrôle de raisonabilité se situe non pas sur le plan du contenu du droit (en effet, en l'espèce, la situation est d'omission), mais plutôt sur le plan de l'évaluation des conséquences de la non réalisation du droit social dans la sphère des intéressés, ces conséquences devant alors être comparées à un

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 304-305.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 305.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 306.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 307.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 308, 312, 314.

cadre alternatif (avec une autre *constellation* possible)¹⁰⁸ de conséquences constitutionnellement acceptables et raisonnables¹⁰⁹.

4. IDEM: UNE EVALUATION PRELIMINAIRE DU MODELE

Pour d'évidentes raisons, ce n'est assurément pas le lieu de procéder à une analyse structurée de semblable modèle doctrinal. Nous nous sommes limité à tracer quelques considérations générales à ce sujet, toujours dans l'optique du problème de l'indivisibilité des droits de l'homme.

a) Il existe, de mon point de vue, deux plans extra-juridiques qui marquent également la spécificité des droits sociaux : en amont, les dimensions historique, philosophique et politico-constitutionnelle ; en aval, tout l'ensemble des conditions de réalisation de ce type de droits, dans la mesure où, en l'espèce, ni la démocratie, ni la primauté du Droit, ni l'existence de lois ou d'options politiques sont suffisantes ; la production de richesse et, très souvent encore, une intervention multidimensionnelle sont également nécessaires.

b) En second lieu, sur une base de *différentiation*, un modèle ample de justification de l'importance juridique des droits sociaux, fondamentaux ou humains, ne peut ne pas intégrer les trois facteurs suivants : (i) l'*importance* (morale, sociale et juridique) et la *priorité* (historique, politique et systématique) de la garantie de l'objet principal des libertés et de la gravité des devoirs de respect et de protection correspondants ; (ii) les différentes *limites* aux droits fondamentaux (prenant en compte les différents conditionnements et réserves qui les accompagnent); (iii) les *affectations* dont sont passibles les droits fondamentaux (une fois que, par exemple, les droits sociaux, dans leur dimension principale, ne sont pas passibles de "limitation", ils sont, néanmoins, passibles de violation et également de "non-exécution")¹¹⁰.

c) Dans ce cas, concernant la première thèse (celle *selon laquelle les distinctions purement basées sur des classifications ou typologies de droits n'existent pas*), il me semble

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 311.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 310-311.

¹¹⁰ Pour une systématisation d'un tableau d'affectations applicables aux libertés, J. Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 105 ss.

s'agir à peine d'un récit différent : d'un côté, pour celui qui prétend invoquer les données historiques, philosophiques et politiques, en se concentrant sur la dimension principale des droits, il est naturel de voir une grande utilité dans la distinction entre libertés et droits sociaux¹¹¹, du fait qu'elle s'ajuste au sens de ces données¹¹² ; qui, au contraire, opte pour se concentrer sur des aspects essentiellement analytiques, n'a aucun besoin de cette distinction¹¹³.

d) Concernant la seconde thèse, nous ne pourrions être davantage en accord avec le désir de différenciation¹¹⁴ : à commencer par la distinction capitale entre droits fondamentaux considérés comme un tout (*situations complexes*) et droits fondamentaux considérés sur un plan analytique¹¹⁵, toutes les successives différenciations identifiées par l'auteur sont totalement pertinentes et justes.

e) En cinquième lieu, une attention particulière est due à la caractérisation de la notion de droit social, faite à travers six points d'appui complexes, lesquels se traduisent en fin de compte en tout autant de spécificités de ces droits, la plus réitérée d'entre elles étant l'identification de son contenu principal¹¹⁶.

f) Enfin, il y a sans nul doute – actuellement – une conjonction suffisante de caractéristiques qui permet de parler d'une "dogmatique unitaire". Mais nous pouvons nous demander : de quoi dépend une dogmatique unitaire ? Et la réponse est simple : elle dépend à peine de la capacité des juristes d'analyser les divers phénomènes comme une unité. Mais alors, ici aussi, il faut retenir une règle : *plus le champ des phénomènes à analyser est ample, plus il faudra tenir compte de distinctions et différenciations à l'intérieur de cette dogmatique unitaire.*

¹¹¹ Cette perspective a toujours été la mienne (cfr. *A estruturação do sistema...*, I, pp. 39 ss.).

¹¹² J. Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, pp. 103 ss., 189 ss., 212 ss., 241 ss.

¹¹³ Toutefois, Jorge Reis Novais, dans son ouvrage majeur, n'a pas manqué de qualifier cette distinction générale comme *essentielle* (cfr. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 40), *décisive* (*ibidem*, p. 132), *marquante* (*ibidem*, p. 145) – ici aussi, une question de récit.

¹¹⁴ Sur la "maxime de la différenciation", J. Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 717.

¹¹⁵ J. Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 23 ss.

¹¹⁶ Avec une rare insistance dans cette note, cfr. J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 16, 23, 43, 45, 50, 51 ss., 64, 97, 100, 101, 107, 110, 114, 135, 151, 153, 173, 262, 278, 280, 281, 304, 325, 327, 343 ss., 375, 377.

CONCLUSION

En réponse à chacune des questions initialement posées, nous pouvons affirmer que l'idée d'indivisibilité des droits de l'homme se révélera *difficilement compatible* avec les exigences complexes et successives, notamment au niveau des multiples différenciations à établir, qui se posent à la réalisation des droits de l'être humain, soit sur le plan interne, soit sur le plan international.

Même ainsi, il reste encore un peu d'*espace* pour l'idée de l'indivisibilité : dès lors, l'espace moral, politique et social où se jouent, de manière identique, les droits de l'homme ; ensuite, également le champ d'action de ces droits, lorsque compris comme des situations complexes.

En troisième lieu, si l'observation de l'évolution enregistrée dans le cadre du Droit constitutionnel est d'une quelconque utilité (concentrée comme elle l'est dans l'ajustement de catégories juridiques successives), il semble évident que le Droit international des droits de l'homme a tout à gagner avec l'apprentissage, l'intériorisation et l'*application de modèles technico-juridiques similaires*, qui permettent de justifier sur le plan rationnel (et pas seulement en rhétorique) la construction juridique des droits de l'homme.

Enfin, lorsqu'on espère d'elles d'importantes conséquences juridiques, les conceptions qui réclament une "importance égale" pour tous les droits de l'homme sont *erronées et illusoire*s, (1) non seulement pour éluder la différente gravité des maux à combattre et la différente urgence des nécessités à combler, (2) mais pour porter atteinte à l'ordre de priorités déterminées sur le plan moral et décidées sur le plan politique, (3) ou encore pour fuir la respective responsabilité du fait des résultats obtenus.