



Re-InVEST.be

REBUILDING AN INCLUSIVE, VALUE-BASED EUROPE OF
SOLIDARITY AND TRUST THROUGH SOCIAL INVESTMENTS

D1.2.2/D1.2.3

Constitutionnalisation et mise en œuvre des droits sociaux.

*Une approche par la conscience du droit
et par les capacités*

par Jean De Munck et Léonard Pardoën

(avec la collaboration de Matthias Rosenzweig)



This project is funded by BELSPO (the Belgian federal science policy office) under the
BRAIN-be 2.0 programme, contract n° B2/191/p3/Re-InVEST.be

Mai 2023

© 2020 – Re-InVEST.be, Rebuilding an Inclusive, Value-based Europe of Solidarity and Trust through Social Investments – contract n° B2/191/p3/Re-InVEST.be

Co-ordination: ides.nicaise@kuleuven.be

p.a. Re-InVEST.be
HIVA - Research Institute for Work and Society
Parkstraat 47 box 5300, 3000 LEUVEN, Belgium

For more information jean.demunck@uclouvain.be; julie.ringelheim@uclouvain.be; leonard.pardoen@uclouvain.be.

Please refer to this publication as follows:

Type the bibliographical reference of the publication

Information may be quoted provided the source is stated accurately and clearly.

This publication is part of the Re-InVEST.be project, This project is funded by BELSPO (the Belgian federal science policy office) under the BRAIN-be 2.0 programme, contract n° B2/191/p3/Re-InVEST.be.

The information and views expressed in this document are those of the author (s) and do not necessarily represent the official opinion of Belspo. Neither Belspo, nor any person acting on their behalf, can be held responsible for any use that may be made of the information contained therein.

Résumé

Ce rapport marque une étape nouvelle dans l'enquête menée sur l'importance du médium juridique de la protection sociale en Belgique.

La première partie du rapport explore le processus de constitutionnalisation des droits sociaux par la réforme de la Constitution belge de 1994. Le contexte est brièvement évoqué ; la signification et la portée de cette constitutionnalisation sont particulièrement discutés. Quatre indéterminations des droits sociaux constitutionnels sont mises en évidence : la question du contenu des droits sociaux ; la question de leur détenteur ; la question des « obligations correspondantes » ; et la question de la justiciabilité des droits sociaux. Ces indéterminations ouvrent la question de l'interprétation.

Dans la deuxième partie du rapport, l'interprétation des droits est identifiée à un processus d'itération démocratique, selon le concept proposé par Seyla Benhabib. Cette conceptualisation permet de faire les distinctions, et donc la complémentarité, entre droits moraux et droits légaux ; entre démarche normative et démarche sociologique ; entre le droit comme signification et le droit comme pouvoir.

La troisième partie établit les balises de l'analyse sociologique du droit. Il est traité sous deux angles. Sous l'angle macrosocial, le droit apparaît comme un système en connexion étroite avec le système du marché, de l'Etat et de la socialisation. Des contradictions caractérisent l'Etat social, qui se répercutent sur le système du droit de la protection sociale et son couplage avec la sphère d'action bureaucratique. Sous l'angle microsocial, ces tensions sont mises en œuvre au travers d'une pluralité de rapports au droit. L'analyse des ces multiples rapports au droit a été entamée par le courant « Legal Consciousness ». Ainsi, en couplant analyse macrosociale et microsociale, le droit, souvent invisibilisé, devient un élément visible et important de la protection sociale réellement vécue.

La quatrième partie s'appuie sur la *Capability Approach* pour porter, sur les phénomènes empiriques éclairés par la troisième partie, un regard normatif appuyé sur une théorie de la justice. On rappelle les composantes normatives fortes de la théorie des droits humains proposée par Amartya Sen, qui doit permettre d'évaluer la mise en œuvre des droits sociaux dans notre pays. Dans le cadre de la *Capability Approach*, le droit apparaît à la fois comme ressources et comme facteur de conversion. De cette façon, on peut esquisser quelques points d'attention pour l'enquête que nous allons mener sur les terrain du droit au logement, comme sur le terrain du droit à la santé mentale.

Table des matières

Résumé	3
Table des matières	4
Introduction	5
1. L'indétermination des droits sociaux	7
1.1 Une révision constitutionnelle dans l'air du temps	8
1.2 Les deux fonctions de la constitutionnalisation des droits sociaux	9
1.3 L'indétermination des droits sociaux	10
1.3.1 La question du contenu des droits sociaux	10
1.3.2 La question du détenteur des droits sociaux	11
1.3.3 La question des « obligations correspondantes »	12
1.3.4 La question de la justiciabilité des droits sociaux	14
2. Itérations démocratiques : la question de l'interprétation des droits	17
3. Les deux versants du droit : système et répertoire d'action sociale	19
3.1 Le droit comme système	19
3.1.1 L'Etat social et le droit	20
3.1.2 Les limites du droit dans l'Etat social	21
3.2 Le droit comme répertoire de l'action	21
3.3 Les limites de Legal Consciousness	23
4. La Capability Approach comme cadre d'évaluation	25
4.1 Les droits humains selon la <i>Capability Approach</i>	25
4.1.1 Première thèse : les droits sont justifiés comme des capacités de décision et d'action libres	25
4.1.2 Deuxième thèse : les droits humains sont d'abord des droits moraux, et secondairement des droits juridiques.	27
4.1.3 Troisième thèse : les droits humains ont une valeur à la fois intrinsèque et instrumentale.	27
4.1.4 Quatrième thèse : la distinction entre droits négatifs et droits positifs doit être dépassée	27
4.2 Evaluer l'usage des droits sociaux en situation de pauvreté	28
4.2.1 Le droit comme ressource et comme facteur de conversion	28
4.2.2 Questions pour une recherche empirique	30
Bibliographie	33

Introduction

En 1994, la révision de la Constitution belge a inclus dans l'article 23 de la Charte fondamentale les droits sociaux. Il n'a certes pas fallu attendre cette révision de la Constitution écrite pour que les droits sociaux soient intégrés au système juridique belge. La juridicisation des conquêtes sociales a accompagné le développement de l'Etat social depuis ses prodromes au XIXe siècle. Cependant, cette constitutionnalisation explicite marque une étape historique importante dans l'histoire politique du pays. Elle participe de l'histoire des démocraties d'Europe occidentale au XXe siècle. Elle participe d'un mouvement plus général de « constitutionnalisation » des droits qui a marqué la fin du XXe siècle, et la transformation du rapport à la question sociale qui l'a caractérisée.

Cette juridicisation du social a fait l'objet d'évaluations contrastées. Certains y voient une nouvelle « cage de fer » juridique qui joue en défaveur de la liberté et de l'égalité de ceux qui méritent d'être protégés. D'autres y voient au contraire une institutionnalisation bienvenue de droits et libertés, appelant de la part de l'Etat des actions positives concrètes, et non de simples déclarations ; et une protection juridictionnelle renforcée. Ces évaluations contrastées, volontiers polémiques, de la juridicisation et de la constitutionnalisation des droits manquent le plus souvent d'une analyse sociologique informée du fonctionnement du droit (et des droits) dans les sociétés concernées.

Nous désirons contribuer à cette discussion en proposant le détour sociologique nécessaire à une appréciation informée. Dans ce document, nous nous bornerons à exposer la démarche épistémologique qui nous permet d'établir des bases conceptuelles de l'enquête. Nous traiterons dans les livrables suivants des résultats empiriques de la démarche.

Nous procéderons en quatre étapes. Dans un premier temps, en prenant le point de vue des discussions internes au législateur, nous soulignerons les indéterminations qui accompagnent un processus de constitutionnalisation. La règle constitutionnelle est, par essence, une règle vague et imprécise, énonçant une orientation générale qui laisse au droit ordinaire le soin de déterminer les modalités concrètes d'exercice des principes sanctuarisés dans la constitution. Quatre indéterminations retiendront notre attention : le contenu des droits sociaux ; le destinataire des droits sociaux ; le contenu des « obligations correspondantes » ; et la justiciabilité des droits sociaux. Ces indéterminations ne sont pas complètement levées par la loi positive, même si elles sont partiellement clarifiées. Elles appellent une interprétation continue.

Dans un deuxième temps, nous nous pencherons sur la structure de cette interprétation continue des droits en prenant appui sur la proposition de Seyla Benhabib : les droits universels font l'objet d'« itérations démocratiques » qui permettent de médiatiser herméneutiquement l'universalité des principes et la particularité des contextes, de même que la continuité de l'histoire juridique avec les nouveautés qui sont liées aux transformations sociales. Cette approche de l'interprétation des droits humains concerne, dans l'œuvre de l'autrice, essentiellement l'instance législative, mais elle peut être élargie sans difficulté aux instances judiciaires et administratives de l'Etat démocratique. L'itération démocratique n'est en effet pas réservée au législateur, même entendu dans le sens élargi que lui donne Seyla Benhabib ; il est en jeu aussi dans les décisions dites d'application et d'implémentation des droits sociaux dans les situations de la vie quotidienne la plus ordinaire.

Pour éclairer les processus effectifs de l'itération démocratique, deux approches doivent être combinées : une approche de sociologie politique empirique, qui rend compte des rapports réels au droit qui forment dans les sociétés contemporaines ; et une approche de philosophie politique, qui rend compte réflexivement

de la base normative à partir de laquelle les droits et principes juridiques d'une société démocratique doivent être interprétés.

Dans un troisième temps, nous traiterons sociologiquement de la réalité décisive qu'est l'usage du droit par l'Etat social. Du point de vue de la sociologie contemporaine, le droit se présente sous deux faces : il constitue un système macrosocial accompagnant d'autres systèmes (économique, politique, familial etc.) ; il constitue un répertoire d'action sociale perçu implicitement ou déployé explicitement par les acteurs, appelant, pour sa description et sa compréhension, une approche microsociale. Cette deuxième dimension sera explicitée en montrant la fertilité d'une inspiration tirée du courant *Legal Consciousness* des trente dernières années.

Il importe de ne pas perdre de vue cette double existence du droit, sans quoi on ne peut comprendre les puissances de mobilisation du droit, les horizons utopiques qu'il ouvre, et en même temps la fermeture idéologique qu'il peut produire et les pathologies sociales dont il est porteur.

Dans un quatrième temps, nous aborderons la théorie normative qui permet d'orienter un jugement moral et politique sur la réalité mise en place par la juridicisation des droits sociaux. Nous prendrons pour cela appui sur la *Capability Approach*. Largement diffusée sur le plan international, cette approche permet d'ajuster des exigences normatives fortes, argumentées dans le champ de la philosophie politique, avec des enquêtes empiriques, descriptives et explicatives. Nous épinglerons quatre standards d'évaluation des droits sociaux issus de la *Capability Approach* : l'ambitieuse visée de l'autonomie réelle des personnes ; le caractère toujours partiel et incomplet des droits sociaux juridiques par rapport aux droits sociaux moraux ; la valeur intrinsèque et instrumentale des droits sociaux ; et l'obsolescence de la distinction entre droits négatifs et droits positifs.

Pour terminer, nous établirons quelques conjectures qui permettent de construire la problématique d'une enquête empirique sur les droits sociaux des plus vulnérables aujourd'hui. Elles naissent à la jonction de l'approche par les capacités et de la sociologie des rapports au droit. Elle s'appuie sur la théorie de l'action de Sen distinguant ressources, facteurs de conversion et accomplissements. De cette manière, il nous semble possible de jeter les bases d'une sociologie évaluative de l'aide sociale médiatisée par le droit. Sans cette base rigoureuse, il est très difficile de porter sur la réalité des systèmes de *Welfare* contemporains un regard à la fois rigoureux et engagé.

1. L'indétermination des droits sociaux¹

Lors de la révision de la Constitution belge de 1994, un nouvel article 23 est inséré dans la Constitution. Il stipule ce qui suit :

« Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. À cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice. Ces droits comprennent notamment :

le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle dans le cadre d'une politique générale de l'emploi, visant entre autres à assurer un niveau d'emploi aussi stable et élevé que possible, le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitable, ainsi que le droit d'information, de consultation et de négociation collective;

le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique;

le droit à un logement décent;

le droit à la protection d'un environnement sain;

le droit à l'épanouissement culturel et social;

le droit aux prestations familiales² ».

L'introduction de cet article correspond à un tournant dans le droit national belge : il reconnaît les droits économiques et sociaux comme une norme fondamentale de l'État au même titre que les droits civils et politiques. La *constitutionnalisation* des droits sociaux ne peut pas, en effet, être confondue avec leur simple juridicisation. Une telle juridicisation des droits sociaux peut être observée depuis le dernier quart du XIX^e siècle. Lois, doctrine et jurisprudence ont accompagné les conquêtes politiques des classes populaires. Le droit du travail, le droit de la protection sociale, se constituent et accompagnent l'institutionnalisation des négociations collectives, des régimes d'assurance et de protection sociale dans l'État social qui se cristallise après la seconde guerre mondiale. Cette juridicisation est passée par la loi ordinaire. Elle n'a pas nécessité de révision constitutionnelle jusqu'aux années 1990.

Pour mieux cerner l'impact de la constitutionnalisation du droit social, nous nous bornerons dans un premier temps à trois commentaires : le premier concerne le moment historique de cette constitutionnalisation (1.1), le deuxième sa double fonction, interne et externe au droit (1.2). Nous terminerons cette section en soulignant la grande indétermination qui accompagne ce changement constitutionnel. Quelle est au juste son contenu, sa portée ? Qui en est le bénéficiaire ? Que signifient les « obligations correspondantes » aux droits ? Pour répondre à ces questions nous passerons à une théorie de l'interprétation des droits, inspirée de l'œuvre de Seyla Benhabib.

¹ Cette partie a été rédigée avec la collaboration de Matthias Rosenzweig, que nous remercions ici.

² Ce droit est ajouté le 6 janvier 2014 dans le cadre d'une révision de la Constitution.

1.1 Une révision constitutionnelle dans l'air du temps

L'inscription des droits sociaux dans la constitution est très dépendante de son époque. Elle résulte de trois évolutions (belge, européenne et globale).

D'abord, au plan national, le renforcement du contrôle constitutionnel est un produit de l'évolution du système juridique belge. Lors de la réforme de 1988, la compétence de la Cour d'arbitrage avait été étendue à un contrôle constitutionnel des libertés fondamentales de l'enseignement, de même qu'au respect du principe d'égalité et de non-discrimination. Ces deux éléments créaient un précédent favorable à une révision étendant, en 1994, l'ensemble des droits constitutionnels portant sur l'égalité des citoyens.

En second lieu, au plan européen, à la suite de la création du Marché unique, la commission Delors avait mis à l'ordre du jour la création d'un dialogue social européen. La Charte européenne des droits sociaux est révisée et renforcée en 1996 à Strasbourg, et va de pair avec l'engagement d'unification monétaire du Vieux Continent. Il faut aussi noter que le droit international relatif aux droits humains ainsi que des constitutions d'États voisins tels que la France, l'Allemagne et les Pays-Bas reconnaissent déjà ces droits économiques et sociaux.

Enfin, au plan global, comme le soulignent C. Jung, R. Hirsch et E. Rosevear (2014 : 60), on assiste à un impressionnant mouvement de constitutionnalisation des systèmes juridiques. Se basant sur une base de données mondiales, ces auteurs constatent que « la suprématie constitutionnelle, qui fut longtemps un pilier de l'ordre politique américain, est à présent partagée de quelque manière par au moins 142 pays et plusieurs entités supranationales à travers le globe ». Dans la foulée, la question des droits économiques et sociaux est remise à l'ordre du jour. « Presque toutes les nouvelles démocraties, et plusieurs de celles qui sont bien établies, ont inclus une forme ou une autre de droits économiques et sociaux dans leurs constitutions, engageant leurs gouvernements, au moins formellement, à la réalisation de standards minimaux de *social welfare*. La plupart ont aussi intégré une protection générale du « droit à la vie » ou de la « dignité humaine » (2014 :1045). Cette « renaissance » des droits économiques et sociaux a été accompagnée d'un renouveau du débat académique sur leurs fondements philosophiques et juridiques.

Cette révision de 1994 ne représente cependant pas la première tentative de constitutionnalisation des droits économiques et sociaux. On ne peut, dans le cas de la Belgique en tout cas, parler d'un ajustement au nouvel ordre international qui suit la chute du mur de Berlin. La construction de l'Etat social en Belgique a été accompagné d'une juridicisation qui contenait, implicitement, portait, au moins virtuellement, une constitutionnalisation.

Le Sénat avait formulé des propositions en 1953 et 1958, mais elles n'avaient pas abouti. En 1965, un projet gouvernemental contient une proposition d'intégrer les droits économiques et sociaux à la Constitution. Les déclarations de révision de la Constitution de 1968, de 1978 et de 1981 affichent également cette volonté, sans jamais se matérialiser en réalisations concrètes. En 1987, une déclaration des chambres entraîne la formulation de cinq nouvelles propositions par le Sénat³ et d'une par la Chambre des représentants⁴. Ces propositions n'aboutissent pas avant la fin de la législature 1987-1991. Elles servent néanmoins de fondement à la révision de 1994. En 1992, le sénateur Maxime Stroobant (Socialistische Partij), soumet une proposition de révision (qu'il avait rédigée lors de la précédente législature). Celle-ci se fait en même temps qu'une proposition alternative à la Chambre des représentants. Un an plus tard, les sénateurs Willy Taminiaux et Roger Lallemand (Parti socialiste) soumettent à leur tour une proposition. Contrairement à la

3 Révision de la constitution, Sénat, s.e 1988, séance du 19 septembre 1988, n°100-10/1 ; Révision de la constitution, Doc. Parl., Sénat, s.o 1988-1989, séance du 19 décembre 1998, n°100-10/2 ; Révision de la constitution, Doc. Parl., Sénat, s.o 1989-1990, session du 7 mars 1990, n°100-10/3 ; Révision de la constitution, Doc. Parl., Sénat, s.e 1988, session du 4 juillet 1990, n°100-10/4 ; Révision de la constitution, Doc. Parl., Sénat, s.e 1988, session du 8 janvier 1991, n°100-10/5.

4 Révision de la Constitution, Doc. Parl., Ch., s.e. 1991-1992, session du 19 février 1992, n°218/1.

proposition Stroobant qui énonce un ensemble de droits⁵, la proposition Taminiaux-Lallemand se veut minimaliste, en ne reconnaissant qu'un droit général « *de mener une vie conforme à la dignité humaine dans le respect des droits économiques et sociaux fondamentaux* », laissant le soin à la loi ordinaire et aux législations des entités fédérées de définir concrètement l'exercice de ces droits. L'opposition entre ces deux propositions est au cœur des débats qui animent les réunions du groupe de travail « droits économiques et sociaux fondamentaux » du Sénat. Le groupe de travail aboutit à une proposition commune en juin 1993. Celle-ci reprend la formulation générale de la proposition Taminiaux-Lallemand, mais y ajoute une liste non exhaustive de droits économiques et sociaux. La Chambre des représentants rejette une première version de l'article, car ses membres craignent qu'elle impose des obligations trop fortes à l'État. Les membres du groupe de travail du Sénat en discutent à nouveau, mais choisissent de la garder quasi inchangée. Après une seconde lecture et des débats avec les membres du groupe de travail, la Chambre se résigne à voter le texte en l'état. Celui-ci est ensuite promulgué dans le cadre de la révision de la Constitution du 31 janvier 1994.

1.2 Les deux fonctions de la constitutionnalisation des droits sociaux

Quelle est la fonction de cette constitutionnalisation des droits sociaux ? On peut donner deux sens à la notion de constitution, l'un interne au droit, l'autre externe.

Au plan interne du système juridique, l'article 23 proclame l'existence de droits subjectifs ayant rang de principes constitutionnels. Comme les droits de l'Homme civils et politiques proclamés dans la Constitution belge, ou par des textes de droit international comme la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1953, les droits sociaux ainsi reconnus acquièrent le statut de droits *subjectifs* modernes. Des tels droits subjectifs ont une valeur de fondements de la loi, et non de dérivés de la loi. Comme l'écrit Gert Verschraegen (2002 : 265), les droits subjectifs sont “*dus*” à un sujet : “*the legal ground is, thus, no longer the social order, but the individual itself, here conceived of as a juridical subject. And rights are no longer seen as an objective thing (res iusta) but as an attribute of the subject itself: the willpower (potestas) or the capacity (facultas) to act freely or to have the disposal over something. Originally, a subjective right was still conceived as the reflexive right of an objective dimension: if I am rightfully (that is, on the ground of my social position) entitled to something, I can lay claim to it. But in the enlightenment tradition, from Hobbes onwards, this subjective right of self-determination is considered an inalienable attribute of the subject, irrespective of the objective legal order*”. C'est pourquoi, quand il est constitutionnalisé, un droit subjectif acquiert le statut d'un principe supérieur. C'est pourquoi son respect est susceptible d'un contrôle de constitutionnalité par les Cours et les tribunaux. Le législateur et l'exécutif ne peuvent porter atteinte à de tels droits subjectifs que sous certaines conditions contrôlables, en principe, par la justice constitutionnelle. Le raisonnement constitutionnel porte sur des principes et non sur des règles dont on peut se dispenser. Le *balancing of rights* doit permettre de juger des conflits de droits dans des situations particulières ; le *principe de proportionnalité* permet d'évaluer la légalité d'une atteinte à un droit fondamental compte tenu d'un objectif d'intérêt public⁶. La constitutionnalisation de ces droits subjectifs institutionnalise donc, dans le droit, un principe de légalité *critique* qui se distingue potentiellement de la légalité positive, au sens où Orts (1993 : 253) définit la légalité critique par opposition à la légalité positive : elle offre le point de vue à partir duquel « des standards peuvent être développés pour évaluer le degré auquel des systèmes juridiques rencontrent des idéaux juridiques ».

⁵ Droit au bien-être et à la prospérité, droit à la participation, droit au travail, droit à la sécurité d'existence, droit à la concertation sociale, droit à l'action collective, droit à la santé, droit à un environnement sain, droit aux loisirs et à l'épanouissement culturel et social, droit au logement et droit à l'assistance juridique.

⁶ A ce sujet, Contiades X. & Fotiadou A., 2012

Si du point de vue interne, la constitutionnalisation des droits sociaux produit des effets qui sont loin d'être anodins, elle a aussi, du point de vue externe, une forte portée symbolique. Comme le disait Luhmann, une constitution est aussi une instance de couplage entre le système juridique et le système politique. Elle exprime, dans le langage du droit, les finalités de l'association politique des citoyens, et du coup établit les principes de légitimité des décisions collectives. En soutenant que la réalisation des droits sociaux est constitutive du pacte fondamental de la société politique belge, la Constitution assigne une feuille de route explicite au gouvernement et au Parlement. Elle soumet du coup le système politique au contrôle potentiel d'un système judiciaire qui lui reste extérieur. On ne peut pas oublier, bien sûr, que cette assignation de finalités est fortement dépendante, dans sa réalisation, de l'état contingent de l'économie belge et des moyens dont dispose l'Etat.

La constitutionnalisation d'un droit présente donc une double signification : elle sert de référence hiérarchiquement supérieure au système du droit, et en même temps elle témoigne de l'engagement de la communauté politique envers les valeurs constitutionnelles. Se pencher sur la constitutionnalisation, c'est donc se pencher sur ce double aspect du processus de juridicisation.

1.3 L'indétermination des droits sociaux⁷

Dès qu'il s'agit de définir avec précision les conséquences exactes de la constitutionnalisation des droits sociaux, on se trouve confrontés à un océan de perplexités. Lorsqu'on se penche sur les travaux parlementaires ou les travaux de doctrine qui ont accompagné la révision constitutionnelle de 1994, on mesure combien ces questions sont restées, du côté du législateur, vagues, floues, imprécises.

1.3.1 La question du contenu des droits sociaux

Le contenu exact des droits sociaux est notoirement indéterminé. Cependant, une certaine précision peut être apportée quant à son fondement, et quant à son extension. Les droits sociaux ne sont pas fondamentalement rapportés au travail dans la constitution, mais à la dignité de la personne. Le professeur de droit Karl Rimanque résume parfaitement cette conception. Plusieurs des propositions de 1988 reprennent sa définition des droits sociaux : « *on pourrait définir les droits fondamentaux comme étant l'ensemble des droits subjectifs qui, à un moment donné, sont spécialement reconnus et garantis en droit parce qu'ils sont considérés comme des conditions essentielles pour pouvoir vivre dans la dignité et s'épanouir dans la société* ». Or, « *les éléments qui sont indispensables pour vivre dans la dignité ne constituent pas une donnée statique, mais une donnée dynamique* »⁸. L'indétermination du contenu précis de ces droits est certes évidente. Elle a, sous certaines plumes, servi à déclarer inexistants des droits. Mais justement, cette indétermination fait partie de leur puissance. Le sujet des droits humains est un sujet défini par le « droit à avoir des droits ». Le contenu précis de ces droits est ouvert à l'évolution historique et dépend de l'activité politique des sujets ainsi reconnus.

Le principe de dignité semble constituer une clef de voûte de la finalité même des droits. Le « *droit de mener une vie conforme à la dignité humaine* » correspond, dans l'article 23 de la Constitution, au droit fondamental à partir duquel tous les autres droits économiques et sociaux découlent. Il en est le « *principe matriciel* » (Joassart et al., 2016 : 156). La liste des droits économiques et sociaux présente dans l'article de la Constitution se veut initialement non exhaustive⁹. Elle doit avant tout contenir des exemples de droits que le législateur peut

⁷ Cette partie du rapport a été co-écrite avec la collaboration de Matthias Rosenzweig, que nous remercions pour son travail.

⁸ Traduction du Sénat, dans *op. cit.*, n°100-10/3, p. 2. Cette définition est ensuite reprise dans d'autres propositions.

⁹ Qui sont initialement, pour rappel, le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle, le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitable, le droit d'information, de consultation et de négociation collective, le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à

intégrer à la loi ordinaire. Néanmoins, ceux qui sont initialement inscrits dans la Constitution contribuent à définir les marges du principe de dignité humaine. Ainsi, certains membres du groupe de travail « droits économiques et sociaux fondamentaux » s'étonnent que la proposition d'article 23 ne contienne pas l'ensemble des droits sociaux présents dans la Charte sociale européenne dont pourtant elle s'inspire. En réponse à cette critique, les auteurs de la proposition se défendent du caractère uniquement indicatif des droits listés. Néanmoins, cette position est difficilement tenable dans le sens que la liste des droits reconnus affecte nécessairement leur exécution concrète, ceux n'étant pas présents ne bénéficient pas du même niveau de protection et n'encouragent pas le législateur à les intégrer à la loi ordinaire. Tout ajout de droits supplémentaires permettrait donc à en élargir le contenu (Vandeburie, 2008, p. 161).

Le principe de dignité est dans ce cadre attaché à « la réalisation effective du bien-être et de la prospérité » de chacun¹⁰. Il dépend tout d'abord d'un niveau minimal de « survie matérielle », mais doit également viser à une réalisation progressive qui permet de mener « une vie civilisée » conformément aux normes de la société dans laquelle l'individu se situe (Dispersyn, 1995, p. 139). Le principe de dignité, ainsi appliqué aux droits économiques et sociaux, implique une intervention et non uniquement une abstention de l'État. Cependant, certains membres du groupe de travail du Sénat proposent une lecture différente du concept de dignité. C'est le cas d'Alex Arts (Christelijke Volkspartij) qui estime « que le vieillissement [de la population] hypothèque lourdement l'avenir de la société d'abondance ». Il estime donc « que la société de demain doit être axée davantage sur l'essentiel, à savoir la survie des individus dans la dignité »¹¹. Contrairement à l'interprétation précédente, il estime que le principe de dignité renvoie essentiellement à la réalisation d'un seuil minimal des droits humains. Il suppose donc que l'introduction des droits économiques et sociaux dans la Constitution justifie que l'État social se concentre davantage sur les politiques d'assistance au détriment des politiques d'assurance. Ce n'est pas la voie que le groupe de travail du Sénat finit par choisir. En effet, ses membres concluent que l'inscription des droits économiques et sociaux dans la Constitution permettrait d'assurer un niveau de réalisation de ces derniers conforme au niveau de développement économique propre à la Belgique.

La distinction classique entre assurance et assistance n'est pas utilisée dans l'article 23 de la constitution. En partant du droit de mener une vie conforme à la dignité humaine, nous pouvons identifier les droits qui relèvent soit de l'un, soit de l'autre. Ainsi, le droit à l'aide sociale, médicale et juridique correspond au droit à l'assistance, tel que défini préalablement dans la loi de 1976 sur les CPAS. Néanmoins, il est associé au sein du même alinéa que le droit à la sécurité sociale et le droit à la protection de la santé, davantage associés aux dispositifs d'assurance sociale (de chômage, des pensions, d'assurance maladie-invalidité). Le brouillage des frontières entre droit à l'assistance et droit à l'assurance se comprend à la lumière de l'interprétation quelque peu erronée des principes de noyau dur et de réalisation progressive des droits. Ainsi, les auteurs de plusieurs propositions de révision de la Constitution estiment que le droit international relatif aux droits économiques et sociaux ne contient que des normes minimales de réalisation¹². L'État belge serait alors responsable d'insérer les droits économiques et sociaux dans sa Constitution afin d'en assurer une réalisation plus étendue. Il est dès lors non surprenant de constater que l'article 23 ne distingue pas nettement des droits qui impliquent des niveaux de réalisation différents du droit à une existence conforme à la dignité humaine.

1.3.2 La question du détenteur des droits sociaux

Deuxième problématique importante ouverte par la constitutionnalisation des droits : les droits sociaux sont-ils attachés à toute personne en tant qu'être humain, ou bien « seulement » à toute personne disposant

l'aide sociale, médicale et juridique, le droit à un logement décent, le droit à la protection d'un environnement sain et le droit à l'épanouissement culturel et social.

¹⁰ Op. cit., n°100-2/3, p. 10.

¹¹ Op. cit., n°100-2/4, p. 11.

¹² Op. cit., n°100-10/5 ; op. cit., n°100-2/3.

de la nationalité belge ? La notion de citoyenneté peut – ou non – être confondue avec celle d’être humain. Les droits sociaux constitutionnels sont-ils garantis, en droit belge, à des personnes ne disposant pas de la nationalité belge, mais résidant sur le territoire ? Voilà une question non tranchée par le texte constitutionnel, qui ne manquera pas de rebondir dans les processus de mise en œuvre.

Marchant sur les traces de Hannah Arendt, Seyla Benhabib (2014) a relevé le caractère potentiellement excluant de la citoyenneté dans le cas des migrants. D’un côté, la citoyenneté démocratique est fondée sur une définition universelle des êtres humains : ils sont des êtres libres et égaux en droit. Quiconque se trouve sur le territoire d’un Etat démocratique doit être traité comme tel, quel que soit son statut légal. Mais d’un autre côté, aucune société politique ne peut se constituer sans définir des critères d’appartenance. Une limitation des droits formels par la loi positive est inévitable. Pour Benhabib, cette *double* définition de la citoyenneté doit être maintenue comme une tension constitutive d’un discours juridique constitutionnalisé. Les droits sociaux sont-ils exclusivement d’un des deux côtés de la tension ? En aucune façon. Ils sont distribués sur les deux pôles, l’un pouvant toujours être débordé par l’autre.

Par ailleurs, en introduisant dans la constitution les droits sociaux, le législateur semble accepter une conception universelle des droits sociaux qui les distingue des droits spécifiques des travailleurs. On ne peut en effet méconnaître le fait qu’une part importante des droits sociaux sont historiquement attachés au travail : les assurances sociales dans notre pays plutôt « bismarckien » sont liées à la contribution de chacun. L’attachement des droits sociaux au citoyen rompt avec cette détermination. Cette rupture avait des précédents : le droit à l’éducation et le droit à la vie sont déjà, dans la société industrielle, des droits sociaux universels. Avec l’universalisation de droits dont l’extension reste *a priori* ouverte, la constitutionnalisation fait un pas de plus dans le détachement des droits sociaux de la « société du travail » qui a caractérisé les pays industriels jusque dans les années 1970.

Ces deux déplacements de la caractérisation du porteur des droits sociaux semblent donc constituer une nouvelle étape importante dans la construction d’une citoyenneté sociale, au sens de Marshall. Dans le monde d’après-guerre, la tension était peu perceptible, car la stabilité retrouvée de l’Europe avait fortement réduit le nombre de réfugiés, apatrides, migrants ; le monde du plein-emploi pouvait attacher fortement les droits sociaux au travail. Mais dans le monde contemporain, l’universalisation va de pair avec l’indétermination du titulaire des droits sociaux.

1.3.3 La question des « obligations correspondantes »

Y a-t-il des obligations spécifiques dont la réalisation conditionne l’accès aux droits ? Cette question a fait l’objet d’âpres débats au moment de la discussion parlementaire. La raison en est peu douteuse : la révision se réalise alors que les débats sur l’activation des chômeurs et de l’aide sociale sont déjà en cours, compte tenu de la problématique du chômage de longue durée et des transformations du marché du travail. Ces débats conduiront à une « activation » de l’Etat social dans les années qui suivent. Mais la définition de ces « obligations correspondantes » est restée dans les travaux parlementaires, très indéterminée. Nous pouvons distinguer ici entre les débats politiques (1) et le débat juridique interne au droit (2).

(1) Les « obligations correspondantes » dans le débat politique

La plupart des interventions lors de ces discussions accordent au travail une centralité dans le développement du bien-être des personnes. Dans la proposition du sénat de 1993, le travail est considéré comme étant « *un des moyens les plus importants dont dispose la personne humaine pour s’épanouir et, en même temps, servir la collectivité* ». Ceci implique que le travail est considéré comme la voie principale pour accéder à la prospérité et au bien-être et que pour cette raison il devrait être un *droit* accessible à tous. Mais en même temps il implique une *obligation* sociale, celle de devoir contribuer à la collectivité (Dermine & Dumont, 2014). Cette obligation est remise en question par la proposition des sénateurs Ludo Dierickx et Jean-

François Vaes (Agalev-Ecolo), qui contient un droit pour tous « à un revenu convenable (...) permettant de subvenir à ses besoins essentiels et de participer normalement à la vie sociale, indépendamment de toute participation à la vie active »¹³. Ce droit va au-delà d'un droit à la sécurité sociale et à l'assistance sociale puisqu'il ne suppose aucune contrepartie ou condition. Il peut d'ailleurs faire préfiguration d'une proposition à un revenu universel (Ferry, 1995).

La notion d'obligations correspondantes est intégrée à la proposition de révision de la Constitution dans le cadre des échanges au sein du groupe de travail « droits économiques et sociaux fondamentaux ». Les membres de ce groupe de travail ne traiteront pas d'un droit « utopique » (allocation universelle) dans leurs débats, préférant se centrer sur des droits qui font référence au système social et économique existant. C'est le sénateur Alex Arts qui en suggère l'ajout au sein d'un amendement. Il le justifie par le fait que « dès l'instant où l'individu obtient des droits fondamentaux socio-économiques et culturels, celui-ci a personnellement pour obligation de contribuer à leur réalisation »¹⁴. Les autres membres du groupe de travail adoptent cette proposition, car elle contribue à affirmer les devoirs associés à la reconnaissance des droits économiques et sociaux.

En quoi consistent exactement ces obligations correspondantes ? Le constituant n'offre pour cela aucune réponse satisfaisante qui dépasse la simple note d'intention. Il laisse le soin au législateur et au juge d'en définir leur contenu exact. À la suite de l'introduction de l'article 23 de la Constitution, des hypothèses sont donc formulées. Dans le cadre d'un colloque organisé en décembre 1994 sur l'introduction des droits économiques et sociaux dans la Constitution, soit un an après l'adoption de l'article 23, le professeur en droit Michel Dispersyn suggère que les obligations correspondantes peuvent comprendre toutes les conditions qui s'imposent aux citoyens pour pouvoir bénéficier de certaines prestations sociales : « On songe immédiatement à des applications dans le domaine des allocations chômage, par exemple à de l'obligation d'accepter un emploi convenable, ou à celle de s'inscrire dans une agence locale pour l'emploi, ou à l'exclusion du bénéfice des allocations de chômage pour le chômeur de longue durée. Songeons aussi, dans le domaine du minimum de moyens d'existence, à la condition de disposition au travail, ou à l'acceptation d'un projet individualisé d'intégration sociale » (Dispersyn, 1995, p. 221). Ces obligations peuvent être classées en deux catégories. Les premières sont associées au modèle traditionnel de l'État social qui impose des obligations soit de cotiser, dans le cadre de l'assurance sociale, soit de respecter des conditions de revenus, dans le cadre de l'assistance sociale, ou de composition familiale, dans le cadre des allocations familiales. Une deuxième catégorie d'obligations est associée quant à elle au modèle de l'État social actif. Ce sont toutes celles qui imposent l'établissement d'un « contrat » personnalisé entre bénéficiaires et prestataires de services sociaux contenant un ensemble de dispositions à respecter (D. Dumont, 2012).

À quels types d'obligations le constituant faisait donc-t-il référence ? La rédaction de l'article 23 a lieu aux prémices de l'État social actif en Belgique, sa formalisation politique concrète n'ayant lieu que quelques années plus tard¹⁵. L'État social actif n'est donc jamais mentionné directement dans les discussions. Néanmoins, ces obligations correspondantes sont affirmées comme une nécessité pour préserver l'État social belge tout en reconnaissant ses limites concrètes. C'est le sénateur Alex Arts qui est le plus loquace à ce sujet :

« Certes, on doit souscrire aux réalisations et aux avantages évidents de cet État-providence : celui-ci a mis fin à l'insécurité d'existence pour nombre d'individus, il a atténué les aspects trop tranchés d'une économie de marché pure et dure, il a permis au capital humain de se faire valoir à côté du capital proprement dit, il a réduit les écarts de revenus et enfin, en mettant l'accent sur les notions de sens collectif et de solidarité, il a combattu la division de la société en gagnants et

13 Op. cit., n°100-10/3, p. 4.

14 Amendement, Doc. parl., Sénat, s. e 1991-1992, session du 12 octobre 1993, n° 100-2/3, p. 6.

15 On associe sa formalisation politique en Belgique à l'accord de gouvernement du 7 juillet 1999.

perdants, chose qu'il faut assurément préserver pour l'avenir. Toutefois (...), force est de regarder la réalité en face, particulièrement au moment où l'État-providence est mis en cause par beaucoup, et de comprendre qu'il y a des limites à ce que l'on peut en attendre. Ainsi, poussé trop loin, l'État-providence peut avoir un effet réducteur sur le travail, par exemple en faisant disparaître un certain nombre d'incitations au travail [...] Il est donc nécessaire que chacun fasse un sérieux effort, et c'est finalement la raison pour laquelle il a insisté pour bien faire ressortir également dans le reste la responsabilité de tout un chacun, parallèlement à ses droits »¹⁶.

(2) Les « obligations correspondantes » dans le débat des juristes

L'introduction des « obligations correspondantes » représente une nouveauté dans la Constitution, soulignent volontiers les commentateurs doctrinaux. Cependant, le flou sémantique qui entoure l'expression est difficilement dissipé par une interprétation strictement interne. Isabelle Hachez (2005 : 295) note que l'on peut souligner d'emblée que l'examen de la jurisprudence relative aux dix premières années d'application de l'article 23 conduit, à peu de choses près, à un constat de carence, du moins si l'on y recherche une référence expresse aux termes constitutionnellement consacrés ». Au niveau de la doctrine, cependant, les interprétations vont plutôt dans le sens d'une application du principe de proportionnalité et aussi dans celui d'une horizontalisation des droits proclamés (Hachez, 2005 :295).

Isabelle Hachez rejette la seconde de ces options. L'idée que des particuliers sont débiteurs de droits sociaux, et sont donc dans l'obligation de les satisfaire, ne trouve pas de fondement dans la jurisprudence existante. Même si c'était le cas, elle ne serait pas efficace, car les moyens de contrôle et d'exécution manqueraient (2005 : 323). Il reste donc la première option : reconnaître des obligations correspondantes dans le respect d'un principe de proportionnalité. Aux yeux de l'autrice (2005 :295), ce principe doit se restreindre à la cohérence des restrictions avec le principe de respect de la dignité de la personne : « « les obligations correspondantes fondent des restrictions aux droits consacrés, mais pas toutes les restrictions : seules celles qui poursuivent l'objectif de permettre à chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine y trouvent droit de cité ». La notion controversée doit en effet être interprétée strictement, dans le cadre de l'article 23 qui est centré, comme nous l'avons dit, sur le concept de « dignité ».

1.3.4 La question de la justiciabilité des droits sociaux

Jung, Hirsch et Rosevaer (2014) proposent de distinguer entre deux statuts de l'expression constitutionnelle des droits sociaux : les droits sociaux peuvent avoir un statut purement *aspirationnel*, ou bien ils peuvent ouvrir la porte à un contrôle juridictionnel effectif. Dans le premier cas, il s'agit de la proclamation d'idéaux, de valeurs, d'objectifs souhaitable qui s'imposent à l'Etat. Mais aucune contrainte ne pèse sur lui, pour des raisons de légitimité (une constitution ne peut déterminer l'opportunité d'une politique) ou d'efficacité (aucune obligation ne peut être utilement imposée). Mais une Constitution peut aussi être considérée comme juridiquement contraignante. Dans ce cas, les droits proclamés sont « justiciables » : elle fait l'obligation au législateur de construire les instruments d'un recours judiciaires possible des citoyens en cas de violation de leurs droits. Elle fait aussi l'obligation à l'exécutif et aux administrations de mettre en place les moyens de tels recours auprès des autorités compétentes.

Les critiques quant à la possible justiciabilité ont représenté un des principaux freins à l'intégration des droits sociaux dans la Constitution. Les apports du droit international et la création d'une Cour constitutionnelle nationale permettent cependant d'envisager leur justiciabilité. Des freins persistent néanmoins.

¹⁶ Arts dans op. cit., n°100-2/4, p. 10-11.

Dans le débat politique, certains sénateurs ont ainsi fait remarquer l'hypocrisie de la reconnaissance de certains de ces droits en raison de l'incapacité des pouvoirs publics d'en assurer l'entière réalisation. C'est le cas particulièrement du droit au travail que certains considèrent comme difficilement réalisable en raison du chômage de masse que la Belgique rencontre à ce moment-là¹⁷. Trois craintes émergent d'un tel constat. Premièrement, si les droits sociaux ne sont pas applicables directement, mais qu'ils sont quand même justiciables, alors l'État se met en danger de ne pas pouvoir remplir ses obligations auprès des citoyens. Deuxièmement, l'insertion de certaines dispositions, telles que l'obligation de mener une politique qui vise au plein emploi, relèverait pour certains d'un programme politique, forçant ainsi l'État à mener une politique sociale et économique déterminée. Troisièmement, la fédéralisation d'un certain nombre de compétences relatives aux droits économiques et sociaux suppose que la Constitution impose aux entités fédérées la réalisation de certaines politiques, comme celle de l'emploi, remettant en cause leur autonomie législative tout récemment accordée

Dès les premières propositions d'introduction des droits économiques et sociaux dans la Constitution, les membres du groupe de travail conviennent que la disposition ne doit pas avoir d'effet immédiat. Le législateur fédéral ou des entités fédérées doivent en effet exécuter ces droits dans la loi ordinaire. Si le constituant reconnaît la nécessité pour l'État d'intervenir directement dans la réalisation des droits économiques et sociaux, il convient que la disposition constitutionnelle ne doit avoir pour fonction que d'inciter le législateur à agir par la suite. Elle se doit néanmoins d'avoir une fonction protectrice directe, empêchant l'État et les entités fédérées d'agir de quelque manière qui risquerait de remettre en cause la réalisation de ces droits. Quant à ses effets juridiques, « *le groupe de travail ne souhaite pas que l'on inscrive, dans la Constitution, des droits fondamentaux permettant au citoyen de s'adresser directement au tribunal et d'inaugurer la responsabilité des pouvoirs publics* »¹⁸. Il n'empêche que le constituant souhaite garantir à ces droits une valeur de droit positif, au même titre que les droits civils et politiques déjà présents dans la Constitution

Les élus de la Chambre des représentants critiquent la formulation proposée par le Sénat. En opposition, certains d'entre eux soumettent un amendement qui cherche à transformer la formulation positive de la proposition du Sénat en formulation négative : « *Nul ne peut être privé de ses droits économiques et sociaux fondamentaux que dans les cas et de la manière établis par la loi, le décret ou la règle* »¹⁹ ²⁰. Cette formulation vise à donner un effet immédiat à la disposition constitutionnelle sans toutefois imposer d'obligations de réalisation à l'État. Elle s'inspire, entre autres, de la manière dont les droits civils et politiques sont formulés dans la Constitution. Si le droit international s'est lui-même servi de cette formulation négative pour les droits civils et politiques, il a néanmoins généralement doté les droits économiques et sociaux d'une formulation positive. Cet amendement de la part de membres de la Chambre va donc plus loin qu'un simple effet de mimétisme juridique. En effet, la proposition de la Chambre prône une conception des droits économiques et sociaux qui se fonde sur celle du droit à la propriété. Comme celui-ci, les droits sociaux n'impliqueraient pas une responsabilité de l'État de réaliser, mais uniquement une responsabilité de ne pas remettre en cause la possibilité des citoyens d'en jouir. Les membres du Sénat rejettent plusieurs fois cet amendement, car ils souhaitent doter les droits économiques et sociaux d'une portée positive qui suppose une responsabilité de l'État dans leur réalisation, malgré l'absence d'effet immédiat.

¹⁷ *Op. cit.*, n°100-2/4, p 94, 97.

¹⁸ *Op. cit.*, n°100-2/4, p 87.

¹⁹ *Amendement*, doc. Parl., Chambre., s. o. 1993-1994, session du 24 décembre 1993, n° 1277/2. Plusieurs autres amendements de la Chambre de représentants suivent cette proposition en en reprenant la formulation.

²⁰ Notons néanmoins qu'une proposition précédente à la Chambre avait doté les droits économiques et sociaux d'une formulation positive. Voir *Révision de la Constitution*, doc. Parl., Chambre., s. e. 1991-1992, session du 19 février 1992, n°218/1.

2. Itérations démocratiques : la question de l'interprétation des droits

Nous venons de voir quatre motifs de perplexité concernant les droits sociaux constitutionnalisés. Ces difficultés montrent que le sens des droits n'est pas pré-donné dans un espace constitutionnel clos et protégé de la politique ordinaire. Les droits sont indéterminés dans leur texte, mais les pratiques d'acteurs multiples leur donnent tous les jours une signification précise.

Le sens des droits sociaux doit être dit et répété au fil d'interactions qui les reprennent dans des contextes différents. Ces itérations « non seulement changent les compréhensions établies mais transforment aussi ce qui passe pour l'interprétation valide ou établie d'un précédent de référence » (2004 :180). C'est pourquoi Seyla Benhabib reprend à Cover le terme de « politique iusgénératrice » : le droit est véritablement généré au fur et à mesure de son appropriation par les sujets. L'itération démocratique est le processus sans cesse relancé par lequel les sujets au droit redeviennent des auteurs du droit, via des opérations de re-signification. L'itération démocratique peut être définie par « ces processus complexes d'argumentation publique, de délibération et d'échange à travers lesquels les prétentions à des droits universels sont disputées et contextualisées, invoquées et révoquées, posées et reposées, à travers les institutions juridiques et politiques, autant que dans les associations de la société civile » (Benhabib, 2004 :165). Il s'agit donc de tenir compte d'un inévitable cercle herméneutique qui permet de rencontrer des expériences nouvelles au travers de catégories héritées, qui permet des variations dans la signification des droits et assure une temporalisation des systèmes de sens de la vie sociale. Les droits sociaux indéterminés reçoivent une signification déterminée mais instable au travers de ce processus, qui doit donc être étudié en tant que tel. La constitutionnalisation ne signifie pas qu'une « intention du constituant » est une fois pour toutes figée dans un sanctuaire démocratique. Elle suppose au contraire une permanente réactualisation, qui s'appuie sur trois distinctions.

1/ Il convient d'abord de respecter la distinction entre *droits moraux universels* et *droits légaux institués dans des communautés politiques particulières*. D'un côté, la constitution évoque des droits fondamentaux universels. Ils relèvent simultanément du droit international. Appelons-les les droits n° 1. Mais la législation doit bien sûr donner un contenu précis et déterminé à ces droits. Dans cet ordre, les droits fondamentaux font l'objet d'une explicitation dans des dispositions traitant de situations particulières. Ce seront les droits n°2. On peut soutenir « qu'entre les normes du droit international et les actions des législateurs démocratiques, de multiples « itérations » sont possibles et désirables. Les deux ne sont pas mutuellement exclusifs. Les normes cosmopolitiques sont aujourd'hui incarnées dans la culture politique et juridique de gouvernements singuliers ». Comme elle le dit (2004 :107), « la définition de l'identité d'un peuple est un processus continu d'autocréation constitutionnelle ». Pour le dire autrement, on peut distinguer entre les principes des droits (the *principle of rights*) et les dispositions concrètes de jouissance des droits (the *schedule of rights*).

On peut comprendre sans difficulté cette tension inévitable entre deux usages du mot « droits » en nous référant aux fameux énoncés d'Arendt : « le droit d'avoir des droits ». Seyla Benhabib explique lumineusement que le mot « droit » dans le premier segment de cet énoncé s'adresse à l'humanité en tant que telle, en tant qu'impératif moral : toute personne a droit à avoir des droits. L'usage du mot « droits » dans le second segment désigne en revanche des droits positifs particuliers.

Les droits sociaux présentent cette structure de « droits à avoir des droits ». Le droit au logement, par exemple, est un droit moral, susceptible d'être proclamé par le droit international autant que par le droit

constitutionnel national, en tant que droit n°1. Mais en tant que droit n° 2, le droit au logement se décline dans une foule de dispositions concrètes et conditionnées selon les situations.

2/ Une deuxième distinction importante est méthodologique. Elle concerne l'épistémologie des discours sur les droits. Elle établit la différence entre une analyse *normative* des droits et une approche *sociologique* des institutions juridiques. L'analyse normative doit formuler, dans un langage conceptuel, le sens et la justification des droits. Les droits au logement, à la santé, à l'éducation, peuvent être justifiés par un discours indépendant de la réalité de leur mise en œuvre. On ne retrouve pas nécessairement sur ce terrain les présuppositions du droit naturel, qui confondent métaphysiquement l'ordre de l'être et du devoir-être. Il s'agit d'un registre normatif qui relève de la philosophie morale et politique post-métaphysique.

Cette approche normative peut être complétée par une approche visant à étudier la *réalité* des pratiques institutionnelles qui prétendent mettre en œuvre les droits. Dans ce cas, on a plutôt besoin d'approches empirico-formelles qui rendent compte de la réalisation contradictoire des idéaux dont se réclament les institutions juridiques elles-mêmes. Comme le dit Benhabib (2004:143), « pendant trop longtemps, la théorie politique normative et la sociologie politique de l'Etat moderne ont suivi des chemins séparés ». Il convient de les faire dialoguer, sans pourtant sombrer dans l'illusion qu'une coïncidence parfaite serait possible entre idéaux normatifs et réalités.

3/ La troisième distinction porte sur le droit comme signification et le droit comme structure de pouvoirs. « Cette dichotomie, écrit Robert Cover, manifeste dans les cultures populaires et underground même dans les sociétés les plus autoritaires, est particulièrement visible dans une société libérale qui refuse de contrôler les récits interprétatifs. Le caractère incontrôlé de la signification exerce une influence déstabilisante sur le pouvoir. Les prescrits doivent avoir une signification, mais ils l'empruntent nécessairement à des matériaux issus d'activités sociales qui ne sont pas soumises aux structures de provenance qui caractérisent la production formelle du droit ».

Cette dernière remarque est décisive pour nous. Lorsque Seyla Benhabib évoque ces itérations démocratiques, elle le fait principalement à travers la figure du législateur et à travers celle du juge. Elle perçoit l'interprétation constitutionnelle comme un processus explicite qui se poursuit au travers de discussions dans l'espace public informel, ou dans les enceintes plus formelles des « publics forts » (comme dit Nancy Fraser) que sont les parlements démocratiques. Elle évoque aussi, en contrepoint, la figure du juge, notamment du juge constitutionnel (allemand ou français, 2004 : chap. 4), comme figure exemplaire de l'itération démocratique, pour les mêmes raisons. Dans le schéma habermassien dans lequel elle se place, ces deux figures sont valorisées comme des instances démocratiques de discursivité exemplaire, qu'elle porte sur la loi générale (le législateur) ou sur une application à un cas particulier (le juge). Cette présentation a pour défaut d'invisibiliser, et même de déprécier, deux autres instances de production démocratique du droit, à savoir les administrations et les citoyens eux-mêmes. Tous les jours, dans la vie quotidienne, des interprétations des droits conduisent à des microdécisions : décision de mettre en œuvre tel ou tel droit ; décision d'aider ou de ne pas aider tel personne ; décision de revendiquer des droits, ou au contraire de ne pas les utiliser ou même de les ignorer. La mise en œuvre des droits passe par ces myriades de microinterprétations et de microdécisions dont on peut dégager les configurations régulières par un travail d'enquête empirique.

3. Les deux versants du droit : système et répertoire d'action sociale

Si nous nous penchons, comme nous y incite Seyla Benhabib, sur la réalité institutionnelle du droit, nous devons prendre en compte la double existence du droit : le droit est à la fois un médium d'intégration systémique et un médium d'intégration sociale. La formation du droit dans les sociétés modernes doit être analysée sous cet angle double d'une réalité systémique (3.1) et d'un répertoire d'action contraignant pour les acteurs (3.2).

Une telle théorie du droit relève de la dualité mise en lumière par Margaret Archer suite aux débats de sociologie théorique de la fin du XXe siècle. Dans ce cadre, on admet que tout phénomène social présente deux faces : l'une est systémique et structurelle, l'autre est actionnaliste. En tant que système culturel, le droit est un système de significations sédimentées qui forme l'armature d'une structure des pouvoirs, c'est-à-dire une distribution relativement stable de ressources et de statuts permettant l'action coordonnée. Sa deuxième face est processuelle : le droit offre des schèmes culturels et des pouvoirs institués pour réaliser des finalités poursuivies consciemment par les acteurs. Ces deux moments ne peuvent être confondus : le système précède toujours l'interaction. Le droit précède l'action juridiciée. Cependant l'interaction possède sa propre autonomie relative, sa contingence et son ouverture, qui lui permet de partiellement transformer le système. Les acteurs, en agissant selon le droit ou en le transgressant, modifient le système juridique.

3.1 Le droit comme système

Les inégalités sociales et la pauvreté ne constituent plus, à partir de la modernité, des évidences statutaires liées à la hiérarchie des castes dans la société d'Ancien Régime. Elles apparaissent plutôt comme des réalités produites par le système du marché capitaliste. Comme le dit Brunkhorst (2005 : 83), « la marginalisation et la paupérisation constituent partiellement les conditions de, et partiellement les conséquences, des processus de formation des systèmes, qui sont eux-mêmes arrachés à tous les contextes du monde vécu, à l'incarnation, et qui deviennent indépendants ». En effet, la constitution du marché du travail et la monétarisation de la vie quotidienne établissent des rapports abstraits au travail et aux biens et services. Ces rapports systémiques deviennent partiellement indifférents aux considérations morales ou éthiques qui tissaient le monde vécu communautaire traditionnel. Obéissant aux mécanismes systémiques, la valorisation du capital, du travail, et la distribution des ressources, deviennent cognitivement indépendantes de la moralité sociale, et détruisent pratiquement les liens communautaires traditionnels.

Le droit constitue lui-même un système, qui joue un rôle fondamental dans la constitution des différents systèmes propres à la modernité. Il convient ici de se donner un concept englobant de système. Le système du droit n'est seulement un système de *règles*. Il est certes un tel système, construit selon le schéma de Hart articulant des règles primaires et secondaires. Mais il est aussi un système liant *discursivement* ces règles à des valeurs et des principes d'interprétation (notamment de type « constitutionnel », comme mentionné ci-dessus). En ce sens, le droit est un système discursif à la Dworkin (mais il doit englober, outre le discours du juge, celui d'autres acteurs sociaux). Il s'agit enfin d'un système de *pouvoirs*, structuré par des institutions dont le jeu interne produit des effets conscients et inconscients. Comme système social complexe, le système du droit lie donc un discours spécialisé de type normatif à des pouvoirs d'agir. Il stabilise, comme dit Luhmann, les attentes normatives de comportement.

Il est connecté à d'autres systèmes, à la reproduction desquels il contribue de manière décisive. C'est bien sûr vrai du marché, au sein duquel il remplit à la fois la fonction de distributeur de pouvoirs et de cadre signifiant. C'est surtout vrai de l'Etat, avec lequel il se trouve couplé via le droit constitutionnel.

3.1.1 L'Etat social et le droit

L'Etat social qui émerge à la fin du XIXe siècle, et se stabilise après 1945, présente des caractéristiques complexes, potentiellement contradictoires, qui donnent au droit de nouvelles fonctions.

L'Etat social peut être décrit, en suivant Claus Offe (1976), comme un système dont la fonction centrale est de réguler les rapports difficiles entre deux systèmes qui lui demeurent extérieurs, le système économique du marché capitaliste, et le système de la socialisation.

Laissée à elle-même, la logique d'accumulation capitaliste produit de grandes inégalités sociales. Il faut ajouter qu'orientée vers la croissance et le profit, elle fait peser des contraintes fortes sur les milieux de socialisation : atomisation, désymbolisation, déterritorialisation, migrations, constituent les effets les plus tangibles, bien identifiés par la sociologie, du déploiement incontrôlé des procédures du marché. Aux effets inégalitaires du marché du travail non régulé s'ajoutent donc des effets de destruction du tissu socioculturel. Cependant, les processus de socialisation sont supposés produire des effets bénéfiques pour le système de la production, en reproduisant une force de travail disponible, disciplinée, compétente et dépendante de l'emploi. Il y a cependant une partie significative de la population qui ne peuvent rentrer dans le cadre « normal » du marché du travail, soit pour des raisons d'âge, soit pour des raisons d'inaptitudes permanentes ou occasionnelles : les enfants, les vieux, les handicapés, les malades... L'Etat social a la charge de cette population. Il fournit des services qui pallient les déficiences de la reproduction sous forme de seconde socialisation (école, aide à la jeunesse), de soins de santé, de protection de divers types.

Il est important de noter, dès l'abord, deux contradictions structurelles de l'Etat social.

L'Etat social est un support au capitalisme. Il permet la poursuite de l'accumulation en prenant en charge des effets non voulus d'inégalitarisation et de désymbolisation des relations sociales, qui alimentent la « question sociale ». Mais en même temps, il contredit l'expansion capitaliste en détournant des ressources produites par les entreprises vers des institutions socialisées. Il module aussi l'exploitation du travail par la régulation du contrat de travail. L'Etat social est un obstacle au développement du capitalisme dont le capitalisme ne peut pourtant pas se passer. Il est donc toujours en question du côté des classes capitalistes elles-mêmes

Une deuxième contradiction de l'Etat social tient dans la logique de l'intervention sociale, qui présente une double face de contrôle d'une part, et d'aide sociale d'autre part. D'un côté, il doit prévenir les risques à tous les niveaux de la société (enfance, vieillesse, santé mentale et physique, maladie, handicap...) et donc doit déployer des moyens de contrôle des individus et des groupes (collecte d'informations, identification d'objectifs, dispositifs prescriptifs de comportements, sanctions des déviations). D'un autre côté, cette dimension verticale et surplombante de l'Etat social ne suffit pas à motiver les individus, et resymboliser de manière efficace les rapports sociaux. Il faut *aussi* aider, accompagner, soigner, dialoguer, donner sens, reconstruire des collectifs en vue d'assurer un minimum de cohésion sociale. Or, la logique de l'accompagnement n'est pas celle du contrôle. Pour ainsi dire, les intervenants doivent simultanément se trouver « au-dessus » des personnes assistées, et « à côté » d'elles. De ce côté aussi, des incohérences menacent et fragilisent l'Etat social.

On peut faire l'hypothèse qu'une tentative de solution de cette contradiction, inhérente à l'intervention sociale, se trouve dans la division entre administrations et associations. Les administrations ont la charge du contrôle tandis que les associations d'aide sociale ont la charge de l'accompagnement. Cependant, la distinction des rôles n'est probablement pas toujours très nette. Il faudra mettre cette distinction à l'épreuve du terrain.

3.1.2 Les limites du droit dans l'Etat social

Ces contradictions structurelles internes de l'Etat social concernent aussi le système du droit. L'Etat social s'est en effet constitué par le couplage du pouvoir administratif et du droit. Le médium juridique est nécessaire pour la reconstitution de la solidarité sociale. Celle-ci est produite par l'activation des ressources morales de partage, d'empathie, d'entraide et de réciprocité qui appartiennent au milieu de la socialisation. Mais elle ne peut être généralisée et distribuée de manière homogène que par un médium systémique. Dans l'Etat social, au contraire des sociétés traditionnelles, la solidarité « est nourrie par des sources propres au monde vécu, mais est réalisée au travers des médias principaux de l'intégration systémique, c'est-à-dire de la bureaucratie et du droit » (Brunkhorst, 2005 : 5).

Or, le système du droit est performant pour des distributions standardisées de prestations, mais il présente lui-même des limites qui deviennent visibles dans les Etats sociaux très « matures » comme ceux d'Europe de l'Ouest. Sa réalité est très ambivalente, car il peut épouser autant que contrecarrer la logique endogène du capitalisme, de l'Etat bureaucratique, ou d'autres systèmes (comme le système scolaire, ou le système de santé...) qui produisent de l'exclusion. Des formes d'exclusion continuent de hanter le système de l'Etat social, qui ne peuvent pas être simplement traitées comme des résistances résiduelles à la juridicisation. Les systèmes d'aide eux-mêmes deviennent sources d'exclusion. « Avec le droit, note Brunkhorst (2005 :92), cela est particulièrement frappant. Il échoue comme système juridique dès lors que la différence entre le légal et l'illégal, qui est constitutive du fonctionnement normal, ne fait plus aucune différence auprès des personnes issues des groupes exclus ».

Dans une ligne d'analyse inspirée de Foucault et de Bourdieu, le médium juridique est alors décrit comme un système soutenant la surveillance et la sanction des assistés sociaux. On a pu même noter que le « tournant discursif » noté plus haut concernant les droits sociaux s'est accompagné d'une intensification des politiques de contrôle des bénéficiaires de l'aide sociale (Dubois, 2021). Même si ce type de description est toujours unilatéral et sous-estime les apports bénéfiques de la juridicisation pour la légalisation des conditions, elles pointent néanmoins des effets contre-productifs du droit social qui doivent être objectivement pris en compte.

Les publics vulnérables qui en principe sont pris en charge par les systèmes administratifs se trouvent donc face à des systèmes juridico-bureaucratiques tout aussi complexes que le système du marché, quoique fonctionnant selon des règles totalement différentes. Les effets non voulus de ces systèmes peuvent être favorables ou défavorables à l'insertion des personnes, autant que les effets intentionnels des dispositifs. Seule une analyse empirique permet de distinguer entre les différents types d'effets systémiques. L'analyse est d'autant plus nécessaire que les différents systèmes sont entremêlés et se conditionnent mutuellement. Le système social du droit rencontre et conditionne le système politique, le système politique rencontre et conditionne le système du marché. Les systèmes sont des systèmes, semi-ouverts (Archer, 2019 : 122-123). Ils dépendent partiellement des autres systèmes collatéraux, et de l'action sociale. Nous devons donc nous tourner vers ce deuxième versant du droit.

3.2 Le droit comme répertoire de l'action

Du point de vue des acteurs, le droit se présente aussi, non pas comme un système, mais comme une composante significative de leur conduite. C'est plutôt une démarche d'inspiration wébérienne qui s'impose pour analyser cette deuxième face du droit, qu'on peut qualifier d'actionnaliste. Il s'agit de rendre compte de manière compréhensive de la manière dont les acteurs sociaux se saisissent du droit dans des situations vécues, en raison des rôles sociaux qu'ils endossent et des finalités qu'ils se donnent. Le droit se présente alors comme un répertoire de l'action sociale.

On doit distinguer deux types de mises en œuvre du droit : la mise en œuvre par les acteurs profanes et la mise en œuvre par les professionnels du droit. Les premiers ont affaire à la règle de droit comme à une des multiples contraintes externes qui pèsent sur le cours de l'action. Les seconds sont en charge de missions

définies par le droit. Leur rapport au droit est explicite, alors que dans le premier cas il peut rester implicite, sauf si un problème se présente sous une forme juridique. Dans le deuxième cas, l'activité des professionnels se concentre sur le traitement des litiges, ou sur la mise en œuvre de règles de coordination et de coopération juridiquement définies. Dans l'organisation de l'Etat, ces missions sont nommées « administration » et « judiciaire » ; mais il ne faut pas perdre de vue qu'elles ont des équivalents dans la société civile : le traitement des litiges d'un côté peut prendre des formes non judiciarisées, et la poursuite du droit (ou des droits) peut conduire à des actions politiques non administratives (comme la création de collectifs d'action collective de protestation contre les violations des droits).

L'analyse de ce versant du rapport au droit a été particulièrement étudié par le mouvement *Law and Society* aux Etats-Unis, suivi par le mouvement *Legal Consciousness Studies* (LCS). C'est la discussion induite par ce dernier mouvement qui est la plus pertinente pour l'approche des droits sociaux. On peut résumer en quatre points l'importance des LCS pour l'approche sociologique des droits sociaux.

La distinction idéaux/réalité du droit. D'abord, le point de départ de LCS réside dans le fossé séparant les attentes de justice liées au droit et la réalité vécue des destinataires. Les idéaux du droit sont pris tout à fait au sérieux par les LCS : ces chercheuses voulaient montrer qu'il n'était « pas suffisant de montrer que les institutions juridiques ne fonctionnaient pas comme elles le revendiquai... il était essentiel d'examiner et interroger précisément les idéaux et principes que le droit revendique pour lui-même. Les standards que les institutions juridiques annoncent, bien qu'elles ne parviennent pas à les réaliser complètement, font partie de la manière dont elles créent leur propre pouvoir et leur autorité. Les idéaux du droit – comme les processus transparents et accessibles, l'élaboration des normes régulée, ou le règlement similaire d'affaires similaires – bien qu'ils ne définissent pas exactement la manière dont fonctionne le droit, font néanmoins partie de la compréhension partagée de ce qu'est le droit » (Silbey, 2018 : 760). Ainsi par exemple, les droits sociaux ne sont pas à considérer comme une simple idéologie, car l'adhésion à ces idéaux fait partie intégrante du rapport au droit, et fonde la critique possible que les acteurs eux-mêmes peuvent entretenir à l'égard des dispositifs institutionnels.

La légalité comme structure sociale. Pour parler de la production du droit au quotidien, Silbey et Ewick ont utilisé la notion de légalité. La légalité, c'est « la structure sociale produite activement et constamment à travers ce que les gens disent et font » (Ewick & Silbey, 1998 :30). Elle est tendue entre deux pôles. D'un côté, le droit est routinisé, familiarisé, et quasiment naturalisé. Nos moindres pratiques incorporent du droit. Celui-ci ne devient visible aux yeux des acteurs que lorsque se présentent un trouble normatif, sous forme des difficultés de coordination, de problèmes de qualification des situations. Ces troubles peuvent aller jusqu'au conflit, mettant en question les pouvoirs des acteurs concernés.

La chaîne de la conscience du droit. La légalité comme structure est un effet de microtransactions effectuées réflexivement par des acteurs qui prennent attitude à l'égard du droit. LCS cherchent à prendre compte « la variété des types de participation à la production de la légalité » (Silbey, 2018 : 736). Le système juridique se stabilise et se reproduit donc via des attitudes, des communications et des actes de conscience plus ou moins élaborés. La conscience des acteurs fait partie intégrante du processus de production du droit. Elle est un processus réciproque dans lequel les significations données par les individus à leur monde sont structurées, stabilisées et objectivées. Ces significations, une fois institutionnalisées, s'intègrent dans les documents et systèmes discursifs qui limitent et contraignent la fabrication de significations futures. La conscience implique à la fois le fait de penser et d'agir, de raconter des histoires, se plaindre, exprimer des doléances, travailler, jouer, se marier, divorcer, attaquer un voisin en justice, ou de refuser d'appeler la police ».

La conscience du droit n'est pas un phénomène homogène. Au contraire, selon les acteurs et les situations, la posture à l'égard du droit varie. On connaît la célèbre distinction entre les positions « with the law », « before the law » et « against the law », établies par Silbey et Ewick dans *the Commonplace of Law*²¹. Il s'agit dans ce cas d'une conceptualisation idéale-typique des narrations (des compte-rendus) de l'expérience juridique par les acteurs qui les ont vécues. Elle éclaire sur une attitude globale de ces acteurs à l'égard du droit. Mais des facteurs organisationnels ou situationnels peuvent aussi être pris en compte. Austin Sarat a

2121 Pour une présentation succincte, cf. Silbey, 2005

mené une enquête fameuse (sur les bénéficiaires de l'aide sociale légale aux Etats-Unis. Il a pu, à travers son ethnographie menée dans ce contexte administratif précis, mesurer combien les bénéficiaires de l'aide et les fonctionnaires en charge développent une double conscience du droit. D'un côté, le droit est vécu comme un système de règles, de contrôles, de subordinations oppressantes ; d'un autre côté, il est perçu comme un lieu de résistances, d'opportunités. « Les bénéficiaires du *welfare* voient le droit des bureaux d'aide juridique comme quelque chose de faible et de puissant à la fois, et leurs propos combinent vénération et cynisme vis à vis de ces institutions », écrit Austin Sarat en conclusion de son enquête.

Les usagers sont aussi importants que les professionnels dans les usages du droit. Comme le remarque Emilia Schijman (2013), le droit fait certes l'objet d'interprétations diverses par les fonctionnaires. Bourdieu avait souligné le « jeu avec la règle » : passe-droits, illégalismes, contournements. Mais il y avait vu seulement le pouvoir de l'Etat, alors que le même jeu peut être observé du côté des usagers qui ne sont pas entièrement soumis aux règles. : « le droit lui-même présente des passages, qui habilitent les acteurs ordinaires à avancer et pénétrer dans son champ. Qu'une règle d'en haut soit inappliquée, et c'est une brèche qui s'ouvre. Qu'une mesure de contrôle soit abandonnée, et c'est un usage qui s'installe et qui sera revendiqué comme tel.... Il en va de même des passes de recours (Lascoumes, Le Bourhis, 1996) qui consistent à s'introduire avec habileté dans les procédures administratives et auprès des agents des guichets. C'est une façon pour les habitants de « travailler par en bas » l'accès au contrat, de jouer sur les notions juridiques et sur les failles des contrôles administratifs » (Schijman, 2013 :52).

Suzan Silbey note avec justesse que ces multiples prises sur le droit ne constituent en aucune façon des contradictions affaiblissant le droit. Au contraire, on doit les voir comme des formes de renforcement du « règle du droit ». « Nous supposons, dit-elle, que la durabilité et la force du droit (en tant que structure de l'action sociale) provient directement de cette complexité des schémas dans la conscience des gens... Par exemple, les critiques adressées à l'autorité légale sur base de l'idée qu'il ne s'agit que d'un jeu peuvent être contredites (explicitement ou implicitement) en évoquant les finalités transcendantes, réifiées, de la légalité. Pareillement, les rejets du droit sur base de l'idée qu'il ne convient pas aux gens ordinaires et à des affaires quotidiennes – il n'appartient qu'à un raisonnement professionnel mené dans le monde des abstractions réifiées – peuvent être contrés par les possibilités du droit de fonctionner comme un jeu » (2005 :342).

Les effets systémiques du droit. Prendre le droit sous l'angle d'une production de significations située localement n'empêche nullement de prendre en compte les effets globaux de ces processus comme établissement d'un système juridique au niveau macrosocial. Margaret Archer (1996) a insisté à juste titre sur le caractère dual que doit prendre aujourd'hui toute théorie sociale : agency et système ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, mais constituent des niveaux de description complémentaires. Suzan Silbey n'hésite pas, pour sa part, à parler du droit comme d'un système « acéphale » qui combine de manière imprédictible des effets voulus et non-voulus. Les LCS sont conscientes de la transformation bureaucratique du droit dans les Etats modernes, et des effets de distorsion qui en résultent : les républiques sont devenues des bureaucraties, ces « tyrannies sans tyran », comme les nommait Hannah Arendt (Silbey, 2018 : 576). Le but de notre démarche est mieux comprendre comment les contradictions systémiques de l'Etat social, et du droit dans l'Etat social, sont saisies et interprétées par les acteurs placés dans des situations pragmatiques où ils composent des ressources juridiques avec des ressources non juridiques.

3.3 Les limites de Legal Consciousness

On peut émettre à l'égard du mouvement 'Legal Consciousness' deux réserves. La première porte sur le rapport trop direct établi par Ewick et Silbey entre droit et pouvoir. En reprenant le critère wébérien de la juridicité, Suzan Silbey explique que le droit est pour elle la règle qui porte, en dernière instance, sur l'usage de la force physique. La force est sans conteste constitutive du pouvoir social. Le droit distribue des places et des positions dotées de pouvoir d'agir, et ultimement de faire usage, ou de faire appel à ceux qui font usage, de la force. Cependant, il ne faudrait pas en déduire que la signification dont le droit est aussi porteur est directement lié au pouvoir. Un espace de variation considérable existe dans l'ordre de l'interprétation de

la règle de droit, comme le souligne Seyla Benhabib. Le droit comme espace d'itération interprétative doit donc être distingué du droit comme structure de reproduction du pouvoir. Sans cela, on rabat le droit sur l'idéologie (au sens marxiste), c'est-à-dire au bout du compte sur des procédures d'inculcation ou de « violence symbolique ». De là vient l'usage abusif, dans le mouvement LCS, de la notion d'hégémonie, que lui reproche à juste titre Jacques Commaille (2018). Un tel rabattement ne permet pas de rendre compte des potentialités de résistance et d'émancipation qui trouvent dans le droit leur ressort et leur ressource.

Il est plus fructueux de considérer le droit comme un espace ambivalent de domination et d'émancipation, de contrôle et de résistance, que comme un ensemble destiné, au bout du compte, à reproduire une hégémonie globale. Cela signifie qu'on peut prendre le droit non seulement comme une idéologie, mais aussi comme une utopie, comme le suggère Paul Ricoeur (1997). Comme idéologie, le droit est voué à la reproduction des systèmes de pouvoir et d'autorisation de la société. Mais comme utopie, il désigne, à partir d'un point de vue externe aux pouvoirs en place, un éventail de variations imaginatives. Le droit en ce sens donne aussi accès à des mondes possibles alternatifs.

La deuxième réserve qu'on peut avancer à l'égard du mouvement LCS concerne sa propre position normative en tant qu'observateur de la réalité juridique. Suzan Silbey, Austin Sarat, Patricia Ewick, et d'une manière générale tous les *legal scholars* qui les accompagnent, ne font aucun mystère de leurs intentions critiques à l'égard du fonctionnement du droit. Retrouvant l'inspiration du mouvement réaliste américain, mais en étant moins réformiste, elles entendent contribuer à une politique progressiste sans illusion. Dans son récit de l'histoire du mouvement LCS, Suzan Silbey (2018 : 736) n'hésite pas à citer, à côté du réalisme juridique et du pragmatisme, l'école de Francfort et l'œuvre de Gramsci. Mais une position critique appelle une justification normative, pas seulement la révélation de mécanismes de domination. C'est pourquoi le point de vue de la philosophie politique et de la philosophie morale est indispensable, comme le soutiennent Jürgen Habermas ou Seyla Benhabib (ci-dessus). Nous nous tournons à présent vers ce cadre d'évaluation.

4. La *Capability Approach* comme cadre d'évaluation

La *Capability Approach* d'Amartya Sen offre un cadre épistémologique qui permet d'interpréter la description et l'usage des droits sociaux proposée par une théorie du droit à double entrée (système et action) dans une perspective évaluative et critique. L'intérêt de ce cadre épistémologique est double. D'un côté, il fournit une théorie de la justice qui permet d'évaluer les situations au regard de la liberté entendue comme mise en œuvre effective des capacités de mener la vie qu'on désire. D'un autre côté, la *Capability Approach* fournit une approche de la pauvreté et de la vulnérabilité qui est riche d'indications permettant une construction riche de son objet. Du point de vue de Sen, la pauvreté est multidimensionnelle. Elle ne peut pas être ramenée au seul manque de ressources et mesurée par le seul revenu, même si ce manque est important.

Amartya Sen a développé explicitement une théorie des droits humains. Il ne s'agit pas d'une théorie interne au droit, mais d'une théorie politique, qui peut déboucher sur le droit, mais qui peut aussi connaître des prolongements dans les politiques économiques. De cette façon, la théorie de Sen fournit une base de justification aux droits qui a le mérite d'inclure de manière centrale et explicite les droits sociaux. La théorie discursive, inspirée de Habermas et de Frost, que défend pour sa part Seyla Benhabib, présente certains avantages, mais elle est essentiellement destinée à la justification des droits civils et politiques. Elle fait peu de cas de droits concrets comme le droit à l'éducation, le droit au logement ou le droit à l'alimentation. L'approche d'Amartya Sen présente plutôt l'intérêt d'offrir une base non métaphysique aux droits sociaux. Nous allons présenter les principales lignes de force de la théorie normative des droits sociaux que nous pouvons extraire de l'approche proposée par Amartya Sen.

4.1 Les droits humains selon la *Capability Approach*

De l'approche des droits humains par les capacités, nous voulons retenir quatre enseignements importants qui permettent d'orienter notre enquête sur les droits sociaux.

4.1.1 Première thèse : les droits sont justifiés comme des capacités de décision et d'action libres

Amartya Sen rapporte les droits humains à l'objectif général de la théorie de la justice qu'il défend : le but de la société humaine est de permettre à chacun et chacune de ses membres de disposer des *capacités* lui permettant de *choisir*, selon des raisons publiquement partageables, entre des formes de vie accessibles et de *mener effectivement sa vie* en accord avec ses options. Comme le dit Sen (2008 :143), « l'importance des droits humains est liée à la signification des libertés qui en forment le contenu. On trouve dans les droits humains autant l'aspect « opportunités » que l'aspect « processus » de la liberté ». Il ne s'agit pas seulement de liberté « négative » puisque les *capacités* réelles de choisir et de vivre sont incluses dans la formulation du but de l'association politique. Il ne s'agit pas seulement non plus d'une théorie du bien-être, car la référence à l'agency (activité) de chacun est primordiale dans cette définition.

La liberté n'est pas d'abord une revendication à l'égard d'autrui, mais un ensemble de capacités de la personne. Mais il y a beaucoup de capacités qui peuvent être mobilisées pour faire une liberté. Les droits humains ne couvrent pas toutes les capacités. Ils couvrent des capacités qui sont particulièrement importantes en général, et dans tous les lieux ; et pour lesquelles la coopération sociale est très importante (Sen, 2008 : 150-152). Il ne fait pas de doute qu'un certain nombre de capacités, malgré leur importance pour une liberté, ne peuvent pas être encouragées socialement de façon très significative. Prenons par exemple la capacité de se faire des amis. Il s'agit sûrement d'un aspect important de la liberté, qui garantit l'accès à des formes d'entraide. Mais que signifierait un « droit à se faire des amis » proclamé dans une *Bill of rights* solennelle ?

La capacité, c'est donc l'opportunité de combiner des « fonctionnements humains » (Sen, 2008 :153). Il ne s'agit pas seulement de ressources, mais de « conversion » des ressources. Giacomo Bazzani suggère de préciser ces différentes formes de conversion en distinguant utilement entre adaptation, autonomie et influence. Dans la situation d'adaptation, la personne cherche activement l'inclusion dans un milieu sans pour autant abaisser ses attentes. L'autonomie représente « la capacité de se distancier des rôles, normes et institutions de son contexte social. Le moi « peut s'échapper de la logique propre aux individus sur-socialisés et de dévier de ce qu'on attend de lui » (Bazzani, 2022). L'influence, enfin, est le plus haut degré de la capacité d'agency individuelle : elle signifie la capacité de formater, plus ou moins consciemment, le contexte qui est ordinairement une source de contraintes pour l'agency ».

On comprend que la visée de liberté à laquelle renvoie la *Capability Approach* constitue un standard « fort », exigeant, très volontariste, permettant de mesurer la réalisation des droits sociaux. IL ne s'agit nullement, au contraire de ce que croit Samuel Moyn (2018), d'une version minimaliste des droits sociaux.

Comme on le sait, cet auteur soutient que le tournant des politiques sociales vers une politique des droits humains a représenté, dans notre histoire récente, un affaiblissement considérable des ambitions réformatrices. Alors que la construction des politiques d'après-guerre, soit sous forme d'Etat social, soit sous la forme d'un ordre international post-colonial juste, avait été orientée jusque dans les années 1980 vers la construction d'un égalitarisme social et sociétal général placé sous la direction d'un Etat-nation intégrateur, les politiques des « droits humains » ont signifié, à ses yeux, le resserrement des ambitions sur une visée de minima sociaux. Il ne s'agit plus de lutter pour l'égalité, mais d'assurer un minimum de subsistance aux populations pauvres. Il ne s'agit plus d'une grande entreprise nationale, mais d'un procédé de gestion de la globalisation. Les stratégies d'intervention humanitaire au plan international, et les politiques de lutte contre la pauvreté au plan national, auraient été conçues « à la baisse ». Les « droits humains » ne signifieraient rien de plus que l'abandon du pouvoir gouvernemental, si puissant dans le moment interventionniste de l'Etat social, au profit d'interventions judiciaires rares et impressionnistes, peu susceptibles de transformer la réalité des rapports sociaux ; et une rhétorique individualisante qui désarme les mouvements collectifs. Aux yeux de Moyn, les droits humains sont très inefficaces, et c'est bien la raison pour laquelle ils ont été si compatibles, depuis trente années, avec le néolibéralisme en expansion. Parmi les auteurs qui ont favorisé, par leur production savante, ce « tournant », Samuel Moyn place, à côté de Haq, Amartya Sen, qu'il associe (d'une manière peu claire) à l'école des « *basic needs* » des années 1970-1980.

Samuel Moyn pointe, à juste titre, une tendance assez forte du néolibéralisme, tant au plan du discours que de la pratique institutionnelle. A l'intérieur du discours constitutionnaliste, la sélection du seul standard de la dignité de la personne (comme expliqué ci-dessus, 1.3.3.), va sûrement dans le sens de cette réduction. Cependant, ce diagnostic manque les nuances importantes pour apprécier équitablement le « human rights turn » des politiques sociales. Les recensions critiques ont montré l'unilatéralité des vues du livre de Moyn concernant le discours des droits humains en matière socio-économique (par exemple, de Burca, 2018). On a ainsi pu souligner combien sa perception du mouvement était américano-centrée, manquant les variations fortes qu'on peut constater entre les différents types de capitalismes (au sens de Hall et Soskice, 2001). L'Europe de l'Ouest une société où l'Etat social a mieux résisté qu'ailleurs au néolibéralisme. On aussi souligné à quel point Moyn manquait la multivocité des droits humains, pourtant bien documentée par les

sociologues du droit et des mouvements sociaux. Comme l'ont montré Sally Engle Merry et Peggy Levitt (2017), les droits humains peuvent faire l'objet d'une « vernacularisation » qui les ajuste à des contextes de lutte particuliers. Mais on ne peut pas plus se méprendre que Moyn sur l'intention et la portée de la contribution d'Amartya Sen au débat. Il ne cite d'ailleurs jamais, dans son histoire des droits sociaux à la fin du XXe siècle, la *Capability Approach* comme telle. Il se contente d'évoquer l'intervention de Sen comme expert des organisations internationales, sans citer le programme de la *Capability Approach* dont il est l'auteur.

4.1.2 Deuxième thèse : les droits humains sont d'abord des droits moraux, et secondairement des droits juridiques.

Amartya Sen distingue fortement, dans son approche des droits, la dimension morale des droits de la dimension juridique. À ses yeux, le droit constitue d'abord une revendication morale qui a trait aux conditions d'une vie humaine accomplie. Les droits subjectifs expriment les conditions socialement significatives de la liberté des personnes. En soulignant que les droits ne sont ni les « enfants de la loi » ni ses « parents » (Sen, 2008), il détache nettement le concept moral et politique de droit humain de son usage légal.

En effet, le droit ne se réduit pas, en modernité, à la morale, ni l'inverse. Si les contenus matériels des propositions du droit et de la morale peuvent certes se recouper, leur validation n'obéit pas du tout à la même logique. Les conditions de validité du droit moderne sont formelles et procédurales ; les conditions de validité de la morale moderne sont substantielles (adéquation aux valeurs). Cela signifie que les droits *moraux* subjectifs sont toujours en excès par rapport aux dispositifs sociaux (juridiques, politiques, éducatifs, économiques...) qui peuvent les honorer. On ne peut pas dire que dans toutes les circonstances, l'expression juridique d'un droit humain sera bénéfique. Il y a d'autres voies que le droit pour réaliser les droits humains, et notamment les droits sociaux.

4.1.3 Troisième thèse : les droits humains ont une valeur à la fois intrinsèque et instrumentale.

Sen conteste la thèse utilitariste (« welfariste ») qui considère les droits humains comme de simples instruments au service d'autre chose qu'eux-mêmes, à savoir le bien-être économique des populations. Dans ce cas, on pourrait imaginer une économie prospère qui viole systématiquement des libertés individuelles. Mais il conteste aussi l'idée de Nozick, celle d'une contrainte purement déontologique des droits s'imposant aux conduites humaines sans considération des conséquences, c'est-à-dire des situations sociales produites par le respect de libertés purement négatives (le « laisser faire » dans le respect strict des libertés individuelles). Une telle version procédurale des droits reste aveugle aux effets pervers des conduites, car elles peuvent diminuer les libertés d'autrui de manière très indirecte.

Comme l'explique Polly Vizard (Vizard, 2006), « if rights are purely instrumental (e.g. in the utilitarian moral approach) then there is no case for including the realization of rights in the specification of the fundamental objectives of a system. If on the other hand rights are viewed as fundamental but are characterized in terms of negative libertarian constraints (as in the Nozickian framework), then individuals can pursue their self-interest within the system of negative constraints but are not under positive obligations to pursue the goal of the maximization of rights-fulfilment or the minimization of rights-violations ». C'est pourquoi Sen imagine un système de « droits-buts » qui reconnaît simultanément la valeur des droits humains comme des moyens et comme des finalités intrinsèques du développement social.

4.1.4 Quatrième thèse : la distinction entre droits négatifs et droits positifs doit être dépassée

Dans le débat sur les droits sociaux, une nette distinction semble s'imposer, entre les droits-libertés et les droits-créances. Cette opposition reflète la distinction établie par I. Berlin entre libertés négatives et libertés positives. Les droits négatifs ont pour caractéristique que le devoir correspondant s'exprime dans une *obligation d'abstention* des tiers, spécifiquement de l'État. Les droits positifs au contraire enjoignent à des tiers déterminés un *devoir d'agir* pour les satisfaire.

Un argument récurrent contre les droits sociaux tend à superposer droits civils et politiques et libertés négatives, droits sociaux et libertés positives. En effet, le droit de propriété, ou le droit de culte, ou le droit d'association conduisent à obliger l'État non à intervenir, mais à s'abstenir d'intervenir dans l'exercice des libertés individuelles. En revanche, la proclamation d'un droit au logement, ou à l'éducation, semblent bien obliger l'État à intervenir. La question dans ce cas devient celle du contenu obligatoire exact de cette intervention, et de sa contradiction potentielle avec les libertés négatives. Berlin craignait même que les libertés positives ne conduisent à des formes d'autoritarisme contraires à la démocratie.

Cette distinction a fait l'objet d'une critique soutenue. En effet, il ne va pas du tout de soi qu'un droit puisse être uniquement négatif ni qu'un droit positif implique nécessairement un État autoritaire.

Dans leur livre *The Cost of Rights* (1999), Stephen Holmes et Cass Sunstein ont souligné que « all legally enforced rights are necessarily positive rights, as the legal maxim 'where there is a right, there is a remedy' highlights ». Même les droits civils et politiques exigent des formes d'intervention publique : le droit de vote appelle l'organisation d'élections, le droit de propriété doit être protégé par des pompiers, un système judiciaire doit être disponible pour résoudre les conflits nés de la liberté contractuelle, etc. Ils avancent donc un argument « budgétaire » qui implique qu'au fond, tous les droits, quels qu'ils soient, font l'objet de négociations et de transactions. C'est dire aussi qu'aucun d'entre eux n'est exercé de manière absolue. La conception des droits humains que défend Sen va donc dans le sens de Holmes et Sunstein.

4.2 Evaluer l'usage des droits sociaux en situation de pauvreté

Ces indications normatives issues de la *Capability Approach* ne prétendent pas rendre compte des appréciations normatives des acteurs eux-mêmes. Celles-ci font plutôt l'objet d'une approche descriptive et compréhensive en termes de conscience juridique (*legal consciousness*) telle qu'elle est exposée ci-dessus. Nous désignons plutôt ici la base normative des observateurs que nous sommes en tant que sociologues critiques. Elle fournit des repères, des standards généraux, une heuristique d'appréciation. L'intérêt de la *Capability Approach* est d'explicitier, au fur et à mesure du travail d'exploration, les intuitions normatives le plus souvent implicites qui guident les chercheurs. La recherche empirique doit se centrer sur des réalités susceptibles d'être décrites de manière *pertinente* par rapport à ces indications normatives. Toutes les modalités de description vraie de la réalité ne sont en effet pas utiles pour rencontrer ces critères d'appréciation et d'évaluation. Nous pensons que ce n'est que sur la base de ce double travail de description/explication de la réalité et explicitation raisonnée des orientations normatives que nous pouvons donner des indications de *politique* publique. La suggestion d'interventions matérielles, de transformation de procédures, de procédés institutionnels, découle non point d'une description de la réalité mais de l'appréciation rationnelle et critique de cette réalité.

4.2.1 Le droit comme ressource et comme facteur de conversion

Dans la perspective ouverte par Sen, les droits juridiques ne constituent donc qu'une des expressions possibles de la poursuite de la réalisation des droits sociaux moraux. Elle n'est pas très importante dans des sociétés peu juridicisées, comme les sociétés africaines subsahariennes, par exemple. Mais elle est dominante dans les sociétés ouest-européennes d'Etat social, comme nous l'avons déjà dit ci-dessus.

Sen a proposé un schéma désormais bien connu de l'action humaine comme conversion de ressources en réalisations effectives. Les capacités peuvent être distinguées en capacités individuelles, sociales et institutionnelles. Elles permettent de transformer des ressources données aux personnes en « fonctionings », c'est-à-dire en accomplissements effectifs. Ce sont ces capacités qui conditionnent les choix dans leur rapport aux opportunités.

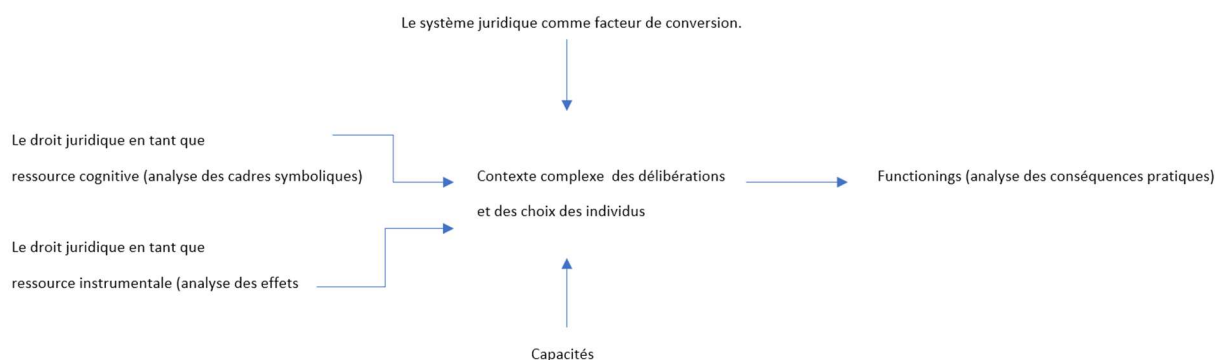
Du point de vue du schéma de Sen, on peut considérer les droits sociaux comme des ressources de l'action ; et le système juridique comme un facteur de conversion. Deux types d'usage des droits sociaux méritent d'être distingués : l'usage symbolique et cognitif des droits sociaux, et les usages stratégiques des droits sociaux comme outils en vue d'obtenir certains gains dans un jeu de pouvoirs.

D'abord, les droits sociaux permettent de qualifier des situations et d'orienter les perspectives d'action vers des buts partagés. Il s'agit dans ce cas d'un usage assez diffus et informel des droits, où ceux-ci fournissent un répertoire de traitement des problèmes. Pour approcher cette dimension du droit, il convient de s'attacher à ses usages pragmatiques dans les procédures de qualification des problèmes. Cette dimension inclut, mais dépasse largement celle des acteurs du système juridique en tant que tel, c'est-à-dire les juges, les législateurs, les juristes spécialisés, les auteurs de doctrine, etc. Les citoyens ordinaires ne cessent de parler du droit, de leurs droits, pour mettre en forme leurs motifs d'action et de réclamation. On rejoint sur ce point une des préoccupations du courant « Legal Consciousness », qui est soucieux de la perception et de l'expérience quotidienne du droit par les profanes.

En second lieu, l'usage des droits sociaux peut présenter un aspect stratégique déterminé. Dans ce cas, les droits sociaux sont dotés d'une fonction d'outillage au service des acteurs. Les droits sont garantis par un pouvoir (l'État) qui peut être directement sollicité pour leur réalisation. Ils permettent d'obtenir trois types d'avantages précis :

- D'abord, les droits sociaux sont des droits subjectifs qui fournissent un pouvoir d'agir, une capacité de faire, protégée institutionnellement. On peut dire que de ce point de vue, les droits subjectifs constituent des ressources statutaires. Leur détention ouvre un espace d'opportunités à un sujet de droit.
- En second lieu, certains droits donnent accès à des ressources matérielles, soit monétaires, soit en nature. De ce point de vue, les droits constituent des modes de connexion minimaux des personnes en difficulté au système de l'échange économique.
- En troisième lieu, certains droits ouvrent la possibilité d'une réclamation auprès des instances institutionnelles, soit administratives, soit judiciaires. Les droits offrent ainsi la possibilité d'obtenir une protection, ou une réparation.

On peut donc dire que le système *juridique* des droits sociaux offre aux acteurs des ressources importantes pour la réalisation des droits au sens *moral* du terme. Cependant, l'usage de ces ressources ne prend sens qu'en conjonction avec d'autres ressources, et qu'en tenant compte de facteurs de conversion qu'il convient d'identifier. Il se pourrait que les facteurs de conversion neutralisent le potentiel des droits sociaux (par exemple, parce que leur mobilisation serait trop coûteuse en argent, en temps, en qualifications cognitives). Une recherche sociologique doit précisément se pencher sur les conditions empiriques de mise en œuvre des droits moraux sociaux, notamment au travers des ressources juridiques apportées (ou non) aux acteurs. Le tableau qui suit traduit, dans le langage de la *Capability Approach*, la conceptualisation de l'usage des droits sociaux par les personnes concernées. Cette conceptualisation doit nous permettre d'élaborer un cadre d'évaluation des dispositifs juridiques existants. La section qui suit détaille trois pistes d'approche de la question de la pauvreté dans cette perspective.



4.2.2 Questions pour une recherche empirique

Notre enquête empirique portera sur deux terrains : le droit au logement et le droit à la santé mentale. Nous allons nous centrer sur l'interprétation des droits sociaux effectuées par acteurs dans leurs rapports aux usagers. Il s'agit de rentrer dans la machine complexe de l'administration quotidienne de l'Etat social dans le médium du droit sur deux terrains d'enquête : le logement et la santé mentale. Quatre catégories d'acteurs peuvent être sommairement distinguées :

	Logement	Santé mentale
Agents publics	CPAS	CPAS
Agents associatifs	Aide locative Lutte contre le sans-logisme	Institutions hospitalières et ambulatoires Mutualités
Acteurs du marché	Propriétaires Sociétés de logement	Psychiatres, psychologues, médecins
Usagers	Publics vulnérables	Publics vulnérables

Nous pouvons rassembler en 5 orientations les lignes de recherche pertinentes, du point de vue de la *Capability Approach*, de la recherche sur l'usage des droits sociaux.

4.2.2.1 Hors-du-droit et dans-le-droit : les conditions du passage

Du point de vue d'une sociologie de la légalité telle que définie plus haut, personne n'est jamais hors du droit. On peut certes se trouver en situation de déviance, et donc se trouver « hors-la-loi » de cette manière. Mais la déviance est encore une manière de se rapporter au droit.

Cependant, les situations de pauvreté sont depuis longtemps décrites par la littérature spécialisée comme une situation d'exclusion du droit dont la non-demande de droits n'est qu'une forme. Ce qui est dans ce cas visé sont des situations de personnes qui ne se sentent pas concernées par les droits ou auxquelles on ne s'adresse jamais à elles au nom de leurs droits. Cette problématique est bien connue des spécialistes de la lutte contre la pauvreté. On peut parler avec Amartya Sen d'exclusion, qu'on peut distinguer de l'inclusion

structurellement défavorable (Sen, 2000). L'exclusion du droit peut cependant avoir deux sources : une exclusion partielle ou totale *de droit* du système juridique ; ou bien une exclusion partielle ou totale *de fait* du système juridique.

L'exclusion (totale ou partielle) *de droit* concerne les personnes se trouvant sur le territoire en séjour illégal ou bien les personnes qui ont été privées de droits (prisonniers, chômeurs sanctionnés...). Elle relève de ce que Sen (2000 :15) appelle une exclusion active, c'est-à-dire délibérée. L'exclusion (totale ou partielle) *de fait* concerne les personnes qui ont des droits selon le régime légal en vigueur, mais n'y accèdent pas non parce que le droit les exclut explicitement, mais parce que des causalités internes ou externes au droit interfèrent de manière négative dans la conversion des ressources en réalisations. Il faut donc dans ce cas chercher les causes systémiques qui affecte la liberté des personnes de choisir et réaliser leurs options.

Ces raisons de fait peuvent être structurelles, psychologiques, culturelles. Mais elles relèvent aussi du rapport au droit. Le medium juridique n'est pas un medium transparent et garantissant immédiatement une efficacité. La conscience du droit peut être entravée par des formes de mise en œuvre du droit qui inhibent, paradoxalement, la conscience des droits. Un exemple de cela peut être la soumission des allocataires sociaux lors de contrôles très formalistes de leur situation, ou de communications très codées juridiquement de la part de leurs aidants.

La question de la reconnexion des exclus des droits dans le droit constitue une question pratique très importante, qui n'est pas solutionnée automatiquement par des aides spécialisées (des avocats par exemple). Celles-ci peuvent développer un rapport aux droits qui est contre-productif pour les personnes concernées.

4.2.2.2 Les conditionnements systémiques des droits

Un des mérites évidents de la *Capability Approach* a été, dans le débat mondial des années 1980-2000, de reformuler à nouveaux frais la question de la mesure de la pauvreté. Elle a permis une redéfinition de la pauvreté comme étant multiple et diversifiée.

Ce faisant, elle est corrélée à une théorie différenciée de la société moderne. Si nous devons tenir compte des multiples capacités des acteurs, c'est bien parce que leur exercice ne relève pas d'une seule, mais de multiples normativités, et aussi de multiples causalités. Les causes systémiques par lesquelles un pauvre se trouve privé de contacts sociaux dans son voisinage ne sont pas les mêmes que celles par lesquelles il ne trouve pas un emploi.

La définition plurielle des droits sociaux est une conséquence de cette pluralité de la pauvreté. Dans les sociétés modernes, les droits sociaux généraux sont respecifiés dans des structures systémiques très différenciées. Le droit à la santé s'exerce dans le champ médical et thérapeutique. Le droit au logement s'exerce sur le marché locatif. Le droit à l'éducation s'exerce dans le monde scolaire. Le droit à la vie familiale s'exerce dans le système familial en évolution profonde. La réalisation des droits sociaux suppose donc une aide sociale chaque fois différenciée selon les domaines d'action. La monétarisation de l'aide (le revenu de remplacement, le minimum social) résout certes des questions d'exclusion des marchés, mais pas automatiquement d'exclusion d'autres systèmes (politique, éducatif, santé, etc.).

La liaison systémique des droits sociaux (droits au logement, droits au revenu, droits à la santé, etc.) peut prendre une forme vertueuse, mais elle peut aussi prendre la forme de cercles vicieux. Ainsi le manque de revenu, du à l'absence d'emploi, peut constituer un obstacle au droit au logement. Un statut de situation irrégulière peut entraîner une non-jouissance de droit à la santé, ou de droit à l'éducation etc. Dans ces cas, le système juridique remplit une fonction facteur positif ou négatif de conversion des ressources en fonctionnements.

4.2.2.3 La conscience des conflits de droits humains

La vie quotidienne met souvent en tension des droits différents. Ainsi en va-t-il par exemple du conflit potentiel entre respect de la vie privée et droit social conditionné par des situations observables. Comme le

dit Vincent Dubois (2021 :436), « le *topos* le plus commun du discours critique à l'égard du contrôle consiste à dénoncer son caractère attentatoire à la vie privée. On le retrouve sous la forme militante et/ou juridique de la protection du droit qui y est associé, sous la forme savante d'une partie des *Surveillance Studies*, et jusque dans les préventions et précautions institutionnelles au début de la politique de contrôle ». En se référant à l'étude de J. Gilliom (2001), l'auteur souligne que les assistés ont moins de réserve à l'exposition de leur vie privée que les autres personnes en raison de l'habitude acquise du contrôle. Ce type de problème apparaît aussi dans les pratiques relatives à la cohabitation.

La problématique de l'accès à des modes de résolution des litiges est également importante dans le champ de la lutte contre la pauvreté. Selon notre démarche méthodologique, nous devons élargir la notion de « justiciabilité » au-delà des institutions judiciaires, où le confine le discours interne au droit (la doctrine juridique). Si en principe la résolution judiciaire des conflits est toujours ouverte, l'accès à ce type de solution est extrêmement coûteux et culturellement inaccessible aux personnes vulnérables. Il faut donc examiner comment peuvent se constituer des procédures de résolution de conflits, en amont du traitement judiciaire, entre propriétaires et locataires, entre personnes et fonctionnaires, entre travailleurs sociaux et usagers. Dans ces formes informelles de résolution des conflits, les droits sont sans cesse invoqués et négociés, et la plupart des traitements se réalisent « à l'ombre du droit », c'est-à-dire sous la menace d'un recours au droit officiel.

4.2.2.4 Les positions des agents vis-à-vis des droits : administration et associations d'aide

On peut faire l'hypothèse que le statut des agents administratifs constitue un facteur important conditionnant leur rapport au droit. Les fonctionnaires des CPAS sont soumis au contrôle de leur hiérarchie ; le statut des travailleurs en association dépend de leurs missions et du type de contrat qui les lie au pouvoir de contrôle. En conséquence, on peut s'attendre à ce que les travailleurs de l'association développent un rapport au droit moins formaliste que les fonctionnaires. Mais d'autres facteurs rentrent en jeu, comme la couleur politique du président du CPAS, ou la culture organisationnelle. Une des questions importantes de cette recherche est de prendre la mesure de la pluralisation des intermédiaires du droit dans la lutte contre la pauvreté.

Bibliographie

- Archer, Margaret S. 1996. *Culture and Agency. The Place of Culture in Social Theory*. Cambridge University Press Cambridge.
- Brunkhorst, Hauke. 2005. *Solidarity: From Civic Friendship to a Global Legal Community*. Cambridge, Mass: MIT Press.
- de Búrca, Grainne. 2018. « Review of "Not Enough: Human Rights in an Unequal World" ». *International Journal of Constitutional Law* 16(4): 1347 80.
- Commaille, Jacques. 2018. « Les Legal Consciousness Studies selon Suzan Silbey : une dissonance entre données empiriques et ressources théoriques? » *Droit et Société* (100): 657 64.
- Contiades, Xenophon, et Alkmene Fotiadou. 2012. « Social Riights in the Age of Proportionality:Global Economic Crisis and Constitutional Litigation ». *International Journal of Constitutional Law* 10(3): 660 86.
- Dermine, Elise, et Daniel Dumont, éd. 2015. *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*. Peter Lang B. <https://www.peterlang.com/view/title/51017> (20 mai 2022).
- Dispersyn, Michel. 1995. « le droit à la sécurité sociale ». In *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la constitution: actes du colloque tenu à l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 décembre 1994*, Collection de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles: Bruylant, 193 230.
- Dubois, Vincent. 2021. *Contrôler les assistés. Genèses et usages d'un mot d'ordre. Raisons d'agir*.
- Ewick, Patricia, et Susan Silbey. 1998. *The common place of law. Stories from everyday life*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Ferry, Jean-Marc. 1995. « Pour un revenu de citoyenneté ». In *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la constitution: actes du colloque tenu à l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 décembre 1994*, Collection de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles: Bruylant, 21 42.
- Gilliom, John. 2001. *Oversees of the poor. Surveillance, Resistance and the Limits of Privacy*. Chicago: University of Chicago Press.
- Hachez, Isabelle. 2005. « "Les obligations correspondantes" dans l'article 23 de la Constitution ». In *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, Bruxelles: Bruyant, 294 324.
- Joassart, Pierre, Anne Rasson-Roland, et Marc Verdussen. 2016. « Belgique ». *Annuaire international de justice constitutionnelle* 31(2015): 149 72.
- Jung, Courtney, Ran Hirsch, et Evan Rosevear. 2014. « Economic and Social Rights in National Constitutions ». *The American Journal of Comparative Law* 62(4): 1043 93.
- Lascoumes, Pierre, et Jean-Pierre Le Bouhris. 1996. « Des "passe-droits" aux passes du droit ». *Droit et Société* (32): 51 73.
- Merry, Sally, et Peggy Levitt. 2017. « The Vernacularization of Women's Human Rights ». In *Human Rights Futures*, Cambridge: Cambridge University Press, 213-.
- Moyn, Samuel. 2018. *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Offe, Claus. 1976. « Crisis of Crisis Management : Elements of a Political Crisis Theory ». *International Journal of Politics* 6(3): 29 67.
- Orts, Eric W. 1993. « Positive Law and Systemic Legitimacy: A Comment on Hart and Habermas* ». *Ratio Juris* 6(3): 245 78.
- Ricoeur, Paul. 1997. *Idéologie et utopie*. Paris: Seuil.
- Sarat, Austin. 1990. « "... The Law Is All over": Power, Resistance and the Legal Consciousness of the Welfare Poor ». *Yale journal of law and humanities* 2(2): 343 79.
- Schijman, Emilia. 2013. « Usages, pactes et "passes du droit". L'accès au logement social à Buenos Aires ». *déviance et société* 37(1): 51 65.
- Sen, Amartya. 2000. « Social Exclusion: Concept, Application and Scrutiny ». *Social Development Paper* (1).
- . 2008. « Eléments d'une théorie des droits humains ». In *La liberté au prisme des capacités, Raisons pratiques*, Editions de l'EHESS, 21 50.
- Silbey, Susan. 2005. « Everyday Life and the Constitution of Legality ». In *The Blackwell Companion to the Sociology of Culture*, Malden, MA, 332 45.
- Silbey, Susan S. 2018. « After legal consciousness ». *Droit et société* (100): 571 626.

- Sunstein, Cass R., et Stephen Holmes. 1999. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company.
- Vandeburie, Aurélien. 2008. *L'article 23 de la constitution : coquille vide ou boîte aux trésors ?* Bruxelles: La charte.
- Verschraegen, Gert. 2002. « Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory ». *Journal of Law and Society* 29(2): 258-81.
- Vizard, Polly. *Poverty and Human Rights: Sen's « Capability Perspective » Explored*. Oxford: Oxford University Press.
- Vizard, Polly, Sakiko Fukuda-Parr, et Diane Elson. 2011. « Introduction: The Capability Approach and Human Rights ». *Journal of Human Development and Capabilities* 12(1): 1-22.

Re-InVEST.be - Rebuilding an Inclusive, Value-based Europe of Solidarity and Trust through Social Investments

The purpose of Re-InVEST.be is to re-frame the main federal anti-poverty policies and instruments from a remedial into a proactive mode – from a ‘survival’ to a sustainable and inclusive perspective, and to uncover open and hidden discrimination processes that risk ‘locking in’ some population groups into persistent poverty. Social inclusion is re-examined from an innovative, social investment perspective, with a particular focus on the interactions between social protection, housing and health

Co-ordinator

Ides Nicaise (HIVA-KU Leuven)



RESEARCH INSTITUTE FOR
WORK AND SOCIETY

Partners

HIVA-KU Leuven • HIVA-Research Institute for Work and Society, Katholieke Universiteit Leuven • Belgium
Combat Poverty, Insecurity and Social Exclusion Service • Belgium

CriDIS • Centre de recherches interdisciplinaires Démocratie, Institutions, Subjectivité, Université catholique de Louvain • Belgium



Steunpunt tot bestrijding van armoede,
bestaansonzekerheid en sociale uitsluiting
Service de lutte contre la pauvreté,
la précarité et l'exclusion sociale
Combat Poverty, Insecurity and Social
Exclusion Service

