

Les droits fondamentaux en quête de protection

Yves POIRMEUR

Quels droits fondamentaux faut-il garantir et comment peut-on leur donner pleine effectivité ? Cette préoccupation classique de la doctrine juridique a pris une actualité nouvelle avec les mutations du droit induites par la mondialisation et la globalisation économiques. Si les droits des pauvres sont classiquement de « *pauvres droits* »¹, moins bien protégés que ceux qui bénéficient aux dominants – les droits de propriété et les marchés libres² –, si les libertés reconnues à tous restent largement formelles pour ceux qui n'ont pas les moyens de les exercer³, la recomposition des rapports de domination économique à l'échelle mondiale et le triomphe du capitalisme après l'effondrement de l'Union Soviétique⁴ se sont

- 1 D. ROMAN (dir.), *Droit des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, <http://www.gip-recherche>.
- 2 P. KRUGMAN, *Pourquoi les crises reviennent toujours*, Seuil, coll. « Points », 2009, p. 19.
- 3 La distinction marxiste entre libertés formelles et libertés réelles permet de saisir l'enjeu fondamental que sont les conditions matérielles de l'effectivité – même s'il est préférable d'apprécier celle-ci en termes de gradation, plutôt qu'en terme de « tout ou rien » – dans l'étude du droit, qui pour ne pas être un simple exercice formel et abstrait de dogmatique juridique, ne peut que s'intéresser à son application et se faire ainsi, science appliquée. Pour une illustration : Odenore (Observatoire des non-recours aux droits et services), *L'envers de la « fraude sociale ». Le scandale du non-recours aux droits sociaux*, La Découverte, 2012.
- 4 En 1989. Le mouvement de recomposition a bénéficié du changement de la ligne politique chinoise intervenue en 1978 : ouvrant une autre voie que celle préconisée par les maoïstes radicaux qui entendaient continuer la Révolution culturelle, Deng Xiaoping a engagé la Chine sur « *la route du capitalisme* » : P. KRUGMAN, *op. cit.* (n. 2), p. 15.

accompagnés de celle du droit qui jusqu'alors les garantissait. Déstabilisant les espaces politiques démocratiques institués dans des cadres nationaux⁵, la formation d'espaces économiques mondialisés très autonomes à l'égard du politique et régis par les seules lois du marché, s'est accompagnée de la construction d'espaces politiques internationaux dotés d'institutions faibles, aux capacités régulatrices des plus réduites et dépourvues de légitimité démocratique, dont le rôle consiste pour l'essentiel, en conformité avec la vulgate néolibérale, à évacuer du champ politique les affaires économiques. Consacrant sur le terrain juridique ces nouveaux rapports de force économiques, un droit nouveau est élaboré aux échelles internationale, régionales et nationales qui démantèle peu à peu les systèmes de protection sociale édifiés dans les sociétés occidentales ainsi que les mécanismes de solidarité traditionnelle qui subsistent encore dans les pays en voie de développement happés par l'extension de l'économie de marché qu'accélèrent les politiques d'ajustement structurel⁶. En même temps qu'elle aggrave la condition d'un prolétariat misérable dans de nombreux pays du tiers-monde, cette mondialisation économique entraîne, dans certains d'entre eux, les pays émergents, une élévation du niveau de vie, la formation d'une classe moyenne⁷, un meilleur respect des droits de l'homme et l'introduction des mécanismes de l'État de droit : situation paradoxale et complexe où le basculement économique du monde a des effets très contrastés. Dans ses zones jusqu'alors les plus prospères, elle se traduit par une profonde remise en cause de l'État providence et par une chute d'une partie significative de la population dans la pauvreté et l'exclusion ; dans d'autres, longtemps tenues à l'écart du développement, elle entraîne un décollage économique qui y favorise l'introduction de certains droits sociaux ; enfin, dans certaines régions où les États se sont effondrés et ont perdu durablement le monopole de la violence physique légitime sur leur territoire, elle s'accommode d'une extrême *brutalisation*⁸ des populations qui, livrées à des factions armées souvent économique-criminelles⁹, sont non seulement privées des droits humains les plus élémentaires mais encore victime de crimes internationaux.

-
- 5 S. STRANGE, *Le retrait de l'État. La dispersion du pouvoir dans l'économie mondiale*, Temps Présent, 2011.
 - 6 Sur ces politiques de libéralisation de l'économie et leurs effets en matière alimentaire : W. BELLO, *La fabrique de la famine. Les paysans face à la mondialisation*, Carnets nord - Éditions Montparnasse, 2012, p. 29 et s.
 - 7 H. KHARAS, *The Emerging Middle Class in Developing Countries*, OCDE, 2010.
 - 8 J. LAROCHE, *La brutalisation du monde. Du retrait des États à la décivilisation*, Montréal, Liber, 2012, p. 110 et s : « La mondialisation des violences non étatiques ».
 - 9 Sur ce genre d'entreprises criminelles dans le cas de la Sierra Leone et du Libéria : Y. POIRMEUR, « Sanctionner l'impunité d'une criminalité transnationale. La condamnation de Charles Taylor par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone », *Chaos international, Passage au crible*, n° 72 septembre 2012, www-chaos-international.org.

À l'instar des économistes qui conceptualisent cette mondialisation économique, la doctrine juridique est absorbée par l'intense travail d'élaboration normative et de mise en place des nouveaux corpus juridiques qu'elle nécessite en provoquant une *confusion généralisée des ordres*¹⁰ où s'entrechoquent l'ancienne raison juridique dont les frontières des États étaient l'ultime horizon et celle d'une régulation mondiale dont les principes se contrarient et qui articule difficilement les ordres étatiques des temps anciens et celui plus labile de la gouvernance multicentrique et multi-niveaux des temps nouveaux. Superposant aux États un réseau d'organisations régionales et mondiales à vocation variable qui prend une part de plus en plus importante à l'engendrement et à l'application du droit¹¹, la mondialisation aggrave le *floû du droit* qu'elle banalise et impose plus que jamais d'« ordonner le multiple »¹². Confrontée à l'immense défi de la remise en ordre et de la remise en principes du droit contemporain dont les sources aux rationalités différentes s'entremêlent et s'opposent, bref à la nécessité d'appréhender la raison – s'il en est une – qui préside à la réorganisation mondiale des systèmes juridiques et leur donne leur cohérence, la doctrine s'en tient souvent modestement, dans la stricte observance des principes¹³ du positivisme juridique¹⁴, à en dégager, en exposer et en interpréter techniquement les règles. La doctrine ne se réduit cependant pas à cette pratique dominante qui fait son miel du commentaire de jurisprudence et des théories de portée limitée. Elle s'attache aussi, en adoptant une démarche critique beaucoup plus ambitieuse¹⁵,

10 A. BERNARD, « La confusion des ordres », *D.* 1997, p. 274 et s.

11 Sur la fin de l'ordre ancien : A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, 2003, p. 17 et s.

12 M. DELMAS-MARTY, *Le floû du droit* [1986], PUF, 2004, préface à l'édition Quadrige, notamment « Construction européenne et banalisation du floû » (p. 13 et s.) et « Désordre mondial et nécessité du floû » (p. 18 et s.).

13 Pour H. HART le positivisme juridique se caractérise par cinq thèses : « 1. Les règles de droit sont des commandements émanant d'êtres humains (étude des commandements humains) ; 2. Il n'y a pas de connexion nécessaire entre droit et morale, ou entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être (indépendance du droit et de la morale) ; 3. L'analyse ou l'étude des significations des concepts juridiques constitue une étude importante qu'il faut distinguer [...] des recherches historiques, des recherches sociologiques, et de l'évaluation critique du droit au regard de la morale, des finalités et des fonctions (autonomie et spécificité du discours juridiques) ; 4. Un système juridique constitue un système logique fermé dans lequel les décisions correctes peuvent être déduites par des méthodes exclusivement logiques, des règles juridiques prédéterminées (déterminisme logique du système juridique) ; 5. Des jugements moraux ne peuvent contrairement au jugements de fait être émis sur la base d'une argumentation rationnelle d'une évidence ou d'une preuve (non cognitivisme dans le domaine éthique) » (*Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976, p. 301).

14 Sur les discours d'autorisation de la doctrine à intervenir dans la production normative : A. BERNARD, Y. POIRMEUR, « Doctrine civiliste et production normative », in A. BERNARD et Y. POIRMEUR (dir.), *La doctrine juridique*, PUF, 1993, p. 131 et s.

15 A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010.

quelquefois militante¹⁶, à monter en généralité pour révéler les dynamiques sous-jacentes à l'œuvre dans ces systèmes juridiques en mutation et en saisir l'esprit, avec pour finalités contradictoires au gré des intérêts de ses membres, de leur sensibilité idéologique et de leur distribution politique, soit d'accompagner doctrinalement la mondialisation économique, voire pour ses plus fervents partisans, de la faciliter en lui procurant des instruments et les conceptions juridiques dont elle a besoin pour s'imposer, soit pour ses adversaires, sinon de la contrecarrer, du moins d'en limiter les conséquences négatives, en objectivant l'arsenal juridique susceptible d'être mobilisé pour lutter contre elle. À cet égard, en prenant comme thème de ce colloque le triptyque notionnel « *droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques* » au cœur de toutes les tensions juridiques induites par la mondialisation, ses organisateurs entendaient sortir des sentiers battus du positivisme juridique et examiner quels mécanismes juridiques pourraient, alors que le néolibéralisme triomphe et avec lui la priorité accordée aux libertés économiques, donner davantage d'effectivité aux droits fondamentaux, à commencer par celui de vivre et donc de s'alimenter. Sans prétendre réduire la diversité ni la richesse des contributions qui ont été présentées, le tableau des mécanismes de protection de différents droits qu'elles brosent les montre tout à la fois mieux protégés pour certains d'entre eux – il en va ainsi comme le montre L. Dumoulin, pour les libertés économiques dont les restrictions (gels d'avoirs, inscription sur une *black list*) prises par l'Union européenne, en dans le cadre des mesures antiterroristes prises par l'application de résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies sont soumises, depuis la jurisprudence *Kadi*, à un contrôle juridictionnel protecteur de la CJUE – et affaiblis, voire très mal protégés pour d'autres, comme le droit fondamental à l'alimentation dont F. Collart Dutilleul analyse les heurs et surtout les malheurs. Identifiant le désordre des axiologies qui orientent le système normatif de protection des droits fondamentaux et sa domination par l'axiologie néolibérale particulièrement corrosive pour les droits sociaux individuels dans le cadre de la globalisation en ce qu'elle donne la priorité aux libertés économiques (I), et celui des mécanismes juridictionnels nationaux et internationaux créés pour en sanctionner les violations (II) susceptibles d'expliquer ce bilan contrasté, les contributions suggèrent, lorsqu'on en fait une lecture transversale, que c'est moins par un référentiel de protection unique, difficile à objectiver, que par la combinaison opportuniste d'instruments et de catégories juridiques diversifiés associée à l'institutionnalisation d'un ordre international démocratique et contraignant qu'il sera possible d'accroître l'effectivité des droits fondamentaux les moins bien garantis (III).

¹⁶ A. SUPLOT, « Le droit du travail bradé sur le marché des normes », *Droit social*, 2005, p. 1087 et s.

I. ENQUÊTE SUR LE DÉSORDRE DES AXIOLOGIES

Ne se plaçant pas sur le terrain des critères¹⁷ – formel, matériel ou fonctionnel – d’appréhension des droits fondamentaux qui font sensiblement varier le contenu de la catégorie¹⁸, mais sur celui de la diversité des mécanismes de leur protection¹⁹ et de leurs régimes juridiques qui les montrent affectés d’une *effectivité* et d’une *fondamentalité à géométrie variable*²⁰, les contributions se sont surtout centrées sur les tensions structurelles qui opposent les libertés économiques aux autres libertés fondamentales et plus spécialement aux « droits sociaux ». L’opposition entre les libertés économiques et les droits sociaux est d’autant plus forte que ceux-ci « *ne se traduisent pas le plus souvent, surtout lorsqu’il s’agit de droits dits créance, en droits subjectifs* » alors que les libertés classiques, pour autant que leur proclamation ne relève pas d’un simple affichage idéologique sans portée, « *s’accompagnent du droit à ce qu’elles soient respectées et constituent des droits subjectifs* »²¹. La résolution de ces antinomies juridiques et des contradictions politiques qui les sous-tendent a fait historiquement l’objet de trois problématisations, dont les contributions décrivent les principes et évoquent les difficultés de mise en œuvre. Très discutées par les économistes physiocrates et les réformateurs libéraux au XVIII^e siècle, ces contradictions n’apparaissent qu’en creux dans la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, au titre des rapports entre liberté et égalité²², qui retient une problématisation individualiste et libérale de la protection des droits fondamentaux par un État gendarme. Peu à peu, une seconde problématisation de leur protection s’est imposée, cette fois par un État providence qui répond aux nécessités politiques de reconstituer un tissu social déchiré par les inégalités sociales et la multiplication des

17 B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 10 et s. Si on retient le sens formel, seuls des droits consacrés par des textes placés sinon au sommet de la hiérarchie des normes juridiques du moins dans une position supérieure peuvent prétendre à la fondamentalité (constitution, traités internationaux) ; si on retient le sens matériel, tous les droits auxquels la société accorde une valeur supérieure en relèveront, quelle que soit la position de la norme qui les consacre dans la hiérarchie des normes.

18 J.-F. LACHAUME et H. PAULIAT, « Le droit de propriété est-il un droit fondamental ? », *Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, 1999, p. 373.

19 Peut-on sérieusement considérer comme fondamental un droit inscrit dans un texte de valeur supérieur auquel aucun mécanisme de contrôle ne permet de donner la moindre effectivité ?

20 Peut-on considérer comme fondamental un droit dont la portée est considérablement réduite lorsqu’il est confronté à d’autres droits fondamentaux ?

21 B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.* (n. 17), p. 17.

22 Art. 1 : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l’utilité commune* » ; Art. 6 : « *La loi est l’expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

risques de toutes natures, mobilise les valeurs et les sentiments altruistes de justice et de solidarité²³. Enfin, une troisième problématisation, néolibérale, attachée aux valeurs libérales, à rebours de la précédente, entend borner strictement l'intervention de l'État et faire prévaloir les libertés économiques sur les droits sociaux. Combinée avec la nouvelle configuration de la mondialisation des forces économiques, désormais soumises à « *la logique de l'économie globale* »²⁴, elle a un effet très corrosif sur la protection de ces derniers. En effet, nourrie de la conversion politique des États démocratiques au néolibéralisme et au libre-échange, mais s'accommodant de l'existence d'États non démocratiques qui ne respectent pas les droits de l'homme, n'accordent guère de droits sociaux à leurs ressortissants et laissent seulement jouer les libertés économiques en maintenant, comme le fait la Chine, un cadre protectionniste pour favoriser leur expansion, cette phase de la mondialisation réduit, là où ils existent, l'efficacité des dispositifs d'intervention de l'État providence fondés sur les idées de justice sociale et de solidarité qui donnent une certaine effectivité aux droits sociaux, sans affecter les libertés individuelles qui sont au contraire mieux sauvegardées.

A. L'axiologie libérale du « *laissez faire* » : l'État gendarme

En nous transportant au XVIII^e siècle, au moment charnière où les physiocrates « *n'avaient d'yeux que pour les propriétaires et les grands fermiers entrepreneurs de culture* » et pour dogmes « *le progrès économique par la 'libéralisation' d'un marché de type nouveau* » et « *la concentration agraire* »²⁵, A. Bernard a rappelé le caractère structurel de la tension entre libertés économiques et la satisfaction d'un ensemble de besoins ordinaires, qui seront érigés dans les siècles suivants en droit fondamentaux. La constitution de marchés nationaux et internationaux de denrées alimentaires et leur désencastrement des petits terroirs locaux qui en fixaient jusqu'alors l'horizon ultime²⁶, entraîne

23 Sur la généalogie de ce discours : J. CHEVALLIER, D. COCHART, « Présentation », in J. CHEVALLIER (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain ?*, PUF, 1992, p. 6.

24 C.-A. MICHALET, « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », in E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 30 et s. Dans cette configuration, « *la stratégie et l'organisation des firmes sont soumises à la recherche du taux de rentabilité qui peut être obtenu par des investissements alternatifs sur le marché financier* ».

25 F. GAUTHIER et G.-R. IKNI « Introduction », in F. GAUTHIER et G.-R. IKNI (dir.), *La guerre du blé au XVIII^e siècle*, Les Éditions de la Passion, 1988, p. 8.

26 M. WEBER souligne que « *pour que puisse exister un commerce professionnel autonome, certaines conditions techniques doivent être données. Il faut avant tout que soient présentes des possibilités de transport, réglementées et d'une manière quelconque prévisibles.* », in *Histoire économique*, Gallimard - NRF, 1991, p. 221. Sur l'organisation du commerce et les luttes autour du monopole du marché municipal et les luttes internes à la classe commerçante pour l'égalité des chances : *op. cit.*, p. 239-243.

une dépossession par les populations du pouvoir particulier qu'elles détenaient sur leurs moyens de subsistance et une « *perte de contrôle des communautés et des hommes sur leurs propres destins* » (A. Bernard). Alors que grands propriétaires terriens et bourgeois réclamaient la consécration des libertés économiques et obtenaient la libéralisation du commerce des grains²⁷, en faisant cause commune avec l'État caractérisé par son *absolutisme faible*²⁸ qui cherchait à stimuler le capitalisme pour répondre à ses propres impératifs politiques²⁹, tout le haut personnel politique n'était pas converti aux idées du « *laisser faire et laisser passer* » des économistes physiocrates : nombre de ses membres entendaient sinon maintenir l'ordre ancien auquel ils avaient intérêt, du moins le faire évoluer lentement, incités en cela par les révoltes frumentaires conduisant à réactiver provisoirement le « *vieil arsenal protectionniste* » et à vouloir « *tout contrôler* »³⁰. En Angleterre, la résistance au mouvement des enclosures³¹ contrariait les revendications libérales et

27 La dérégulation du commerce des céréales est réalisée par les édits Bertin (1763) qui autorise le transport des grains dans le royaume et L'Averdy (1764) qui libéralise leur exportation. La libre circulation qui reste entravée par les multiples péages, octrois, droits de hallage, n'en suscite pas moins de grandes inquiétudes dans la population et des retours en arrière : J. NICOLAS, *La rébellion française. Mouvements populaires et conscience sociale, 1661-1789*, Folio, 2008, p. 378.

28 Cette faiblesse, que la France partageait avec l'Espagne, résulte « *de la rencontre d'un État relativement déficient et d'une société bien organisée, dans laquelle existaient de puissants acteurs locaux, dont l'État n'a obtenu que la coopération partielle, le roi se sentant obligé de respecter les droits et privilèges de leurs sujets. L'intégration partielle des élites a eu pour effet d'élargir la coalition des rentiers en absorbant tout d'abord l'aristocratie traditionnelle, puis la bourgeoisie urbaine. Ces élites ont préféré échanger leur pouvoir contre un rang social et une participation dans l'État, non pas sous la forme d'une représentation politique, mais sous la forme d'un droit sur les recettes fiscales de l'État. [...] C'est ce qui conduisit à l'absolutisme faible, où l'État d'un côté, ne voyait son pouvoir limité par aucune contrainte constitutionnelle et, de l'autre, avait hypothéqué son avenir entre les mains d'un groupe d'individus puissants contre lesquels il ne pouvait agir. Cette faiblesse étatique s'est révélée mortelle pour les régimes monarchiques de la France et de l'Espagne. La France ne pouvait rivaliser avec une Angleterre beaucoup plus petite mais dotée d'une fiscalité légitime fondée sur l'approbation du Parlement* » (F. FUKUYAMA, *Le début de l'histoire. Des origines de la politique à nos jours*, Éditions Saint-Simon, 2012, p. 401 et s.).

29 A. SKORNICKI montre parfaitement les obstacles rencontrés par l'État dans sa stratégie de puissance et les contraintes résultant de l'encastrement des marchés dans de multiples compromis sociaux, et l'incitant à trouver les moyens d'obtenir des ressources en brisant ces compromis et en développant des activités économiques qui y échappent. Le libéralisme apparaît ainsi comme une pensée d'État qui permet à la monarchie administrative de lutter contre les tendances féodales, l'emprise de la Cour, les logiques clientélistes et le cadre patrimonial dans lesquels s'inscrivent la plupart des marchés, in *L'économie, la Cour et la patrie*, CNRS-Éditions, 2011, p. 43-44.

30 Blocage des « *sorties de grains* », interdictions d'exporter, visites domiciliaires, fixation de prix maximum. Sur cet arsenal et les oscillations de l'État entre ces deux politiques : J. NICOLAS, *op. cit.* (n. 27), p. 379. Sur l'importance des émeutes lors de la *guerre des farines* et l'édit de Turgot sur la liberté intérieure du commerce des grains (1774), *ibid.*, p. 380 et s.

31 M. WEBER estime qu'en France ce fut grâce à des légistes formés au droit romain que la royauté put « *mettre un frein extraordinairement efficace à l'éviction des paysans par les seigneurs fonciers* » (*op. cit.* [n. 26], p. 359).

conduisaient aussi à avancer prudemment³². C'est en effet à toute l'*économie morale* et à la conception du droit et du politique qui la sous-tendait que se heurtaient les prétentions du libéralisme économique, les émeutes de subsistance étant avant tout l'expression de ces facteurs socioculturels³³. Dans ces conditions, tous les libéraux n'étaient pas convaincus par la thèse émergente du marché autorégulateur et ne prétendaient pas cantonner l'État dans une sphère d'intervention résiduelle. D'aucuns avançaient l'idée que certaines *marchandises fictives* ne peuvent pas être entièrement soumises à des mécanismes de marché sans que cela ait des effets destructeurs sur la société³⁴, et qu'elles doivent donc être placées sous un régime de circulation particulier³⁵. C'est le cas du marché des grains qui a la triple caractéristique de fournir « une part considérable de l'alimentation », donc d'avoir ainsi un caractère vital pour la population, d'être soumis à une extrême variabilité des prix selon l'importance des récoltes, et enfin, de déterminer le prix d'un élément essentiel à la formation de très nombreux revenus³⁶. Marché vital pour le peuple – c'est une *affaire de faim et de crainte de manquer* –, marché hautement spéculatif pour le propriétaire et le marchand de grains qui peuvent développer des stratégies de stockage et de dissimulation pour entretenir la

- 32** E. P. THOMPSON, *La formation de la classe ouvrière anglaise* [1963], Seuil, coll. « Points », 2012, p. 79. L'auteur souligne que « l'expansion commerciale, le mouvement des enclosures, les premières années de la révolution industrielle se déroulèrent à l'ombre des potences ».
- 33** E. P. THOMPSON montre que les nombreuses émeutes pour le pain « tiraient leur légitimité des présupposés d'une économie morale plus ancienne, selon lesquels il était injuste et immoral de s'enrichir sur le dos du peuple en spéculant ». Selon lui, « dans les communautés rurales et urbaines, la conscience du consommateur précéda les autres formes de conscience politique et sociale. Le révélateur le plus fidèle du mécontentement populaire n'était pas le niveau des salaires, mais le coût du pain. Les artisans, les hommes de métier indépendants, ou encore les mineurs d'étain de Cornouailles, où la tradition du 'mineur' libre resta vivace jusqu'au XIX^e siècle, considéraient que leur salaire était déterminé par la coutume ou par leur propre marchandage. Ils estimaient normal d'acheter leurs denrées à des prix également régis par la coutume, y compris en période de disette. (Les 'lois' providentielles de l'offre et de la demande, où la rareté se traduisait inévitablement par une hausse des prix, n'étaient nullement acceptées par la conscience populaire, qui restait attachée aux traditions antérieures de marchandage direct.) Chaque augmentation brusque des prix provoquait une émeute. Un mélange subtil de loi et de coutume régissait le 'Tarif du pain' (Assize of Bread), le poids et la qualité de la miche. Même la tentative pour d'imposer la mesure-étalon de Winchester pour la vente du froment contre une mesure traditionnelle pouvait se terminer en émeute » (op. cit. [n. 32], p. 81-82).
- 34** Ceci n'a rien de nouveau, comme le montre K. POLANYI, *La subsistance de l'homme. La place de l'économie dans l'histoire de la société*, Flammarion, 2011. Dans la Grèce antique, l'approvisionnement de la population est un souci politique contant : À Athènes « l'économie de la polis [...] comprenait trois éléments que nous considérerions aujourd'hui comme hétérogènes : une redistribution au sein des unités domestiques ; une redistribution au niveau de l'État ; et des éléments d'économie de marché » (p. 254).
- 35** Pour une analyse des positions doctrinales de d'Argenson, Turgot et Necker sur la spécificité du commerce des blés et de la formation de leurs prix : Ph. STEINER, « La liberté du commerce : le marché des grains », *Dix-huitième siècle*, n° 26, 1994, p. 209-214.
- 36** Rente des propriétaires, gains des fermiers, salaires des ouvriers et, par voie de conséquence, capacité de leurs bénéficiaires à payer des impôts : *ibid.*, p. 210.

rareté et profiter au mieux d'une mauvaise récolte ou d'une récolte incertaine en faisant monter démesurément les prix – c'est une *affaire d'argent et d'intérêt* –, marché opaque mettant aux prises des agents inégaux, sur l'état duquel les acheteurs ont une très faible visibilité, il est de ce fait extrêmement sensible « pour l'administration qui a en charge l'ordre public »³⁷. Libéral, mais s'opposant aux physiocrates sur la liberté du commerce des blés, L.-S. Mercier ajoute aux considérations classiques sur le « danger d'essuyer des révolutions » qu'elle fait peser sur le gouvernement, bien perceptible lors de la *guerre des farines*, un argument d'ordre social pour justifier son organisation par l'État. C'est une sorte de *droit à l'existence*³⁸ qui est avancé pour faire prévaloir les exigences du ravitaillement de la population sur le libre jeu du marché : « le blé, écrit-il, est une denrée top nécessaire et trop peu chère, eu égard à sa nécessité, pour la confier et l'abandonner aux combinaisons des marchands altérés de la soif de l'or [...], c'est mettre la vie du pauvre à leur discrétion, et l'on sait que le salut du peuple doit être la loi suprême »³⁹. *Affaire de l'État*, qui a pour fonction d'assurer l'harmonie sociale, la liberté du commerce demande à être institutionnellement construite pour ne pas être mise en échec et produire des injustices. À cet égard, le gouvernement doit, ne serait-ce que pour *assurer son repos*⁴⁰, spécialement veiller sur les marchés de denrées alimentaires – on dirait aujourd'hui de première nécessité⁴¹ –, ne pas les abandonner « à la cupidité et au hasard » et recourir, pour empêcher que la liberté devienne « homicide »⁴², à un ensemble de techniques administratives pour les régulariser dans l'intérêt général⁴³ : pour des raisons de sécurité, une *police de la subsistance* est indispensable.

Ce que l'Ancien Régime n'était pas parvenu à réaliser, la Révolution de 1789 le fait en tranchant clairement en faveur des libertés économiques. La

37 *IBid.*, p. 210.

38 L.-S. MERCIER, *Notions claires sur les gouvernements*, Amsterdam, 1787, t. 2, p. 137 et s, cité par M. DORIGNY, « Mercier et l'économie », *Dix-huitième siècle*, n° 26, 1994, p. 168 : « Il y a une voix intérieure qui nous dit que les hommes sont égaux et ont tous droit aux biens de la terre ».

39 L.-S. MERCIER, *op. cit.* (n. 38), p. 323, cité par M. DORIGNY, *op. cit.* (n. 38), p. 167.

40 Cette exigence est relevée à plusieurs reprises par A. BERNARD, qui montre aussi l'originalité des économistes-administrateurs de cette époque, qui, comme Turgot lorsqu'il était intendant du Limousin, voulait « à la fois soutenir les prix agricoles et rendre les subsistances abordables pour le consommateur ».

41 Voir l'intervention de J.-B. RACINE évoquant une hiérarchie des droits fondamentaux reposant sur la priorité des besoins physiologiques, qui ferait apparaître l'alimentation au premier rang.

42 L.-S. MERCIER, *op. cit.* (n. 38), p. 326 : « Mais la liberté que devient-elle dans un pareil système ? Je sais aussi bien que personne que la liberté est l'âme du commerce, et que la gêne la tue ; mais quelle liberté que celle qui ne tendrait qu'à la ruine de la patrie ? Quoi, le laboureur ne sera pas libre parce qu'il n'aura pas la faculté de faire mourir de faim les malheureux qui travaillent pour lui ! Mais la liberté doit-elle jamais être homicide, et l'esclavage ne serait-il pas cent fois préférable ? ».

43 L.-S. MERCIER suggère de définir légalement une fourchette de prix, à l'intérieur de laquelle la loi de l'offre et de la demande joue librement, combinée avec une politique d'achat, de stockage et de vente des grains par l'administration, permettant de stabiliser les prix.

nuit du 4 août sont abolis les privilèges et toute la structure corporative de la société d'Ancien Régime sur lesquels se brisaient depuis bien longtemps les politiques de libéralisation des marchés⁴⁴. La suppression des corporations faite⁴⁵, le *référentiel libéral* qui inspire les politiques conduites se concrétise par la mise en place des institutions permettant l'instauration d'un marché national⁴⁶ – institutions commerciales et industrielles pour faciliter les transactions⁴⁷ (foires, marchés, bourses de commerce), administration assurant la police du commerce et structures établissant des relations entre administration et producteurs (chambres de commerce, chambres consultatives des manufactures...), création de juridictions pour trancher les litiges commerciaux, établissement d'une monnaie pour réaliser les échanges⁴⁸, adoption de poids et mesures uniformes pour constater la quotité des choses vendues⁴⁹. Subsistent des professions dont l'exercice est subordonné à des études spéciales et des conditions de capacité, pour protéger « *la fortune des familles, la santé et la vie des citoyens* » qu'on ne saurait « *livrer à l'ignorance présomptueuse ou au charlatanisme* »⁵⁰, des activités soumises à autorisation préalable

44 Colbert avait déjà préconisé la suppression des règlements posant des conditions d'admission des marchands dans les corporations. Turgot s'attaqua à ce système par un édit de février 1776. Le préambule de l'édit est un virulent réquisitoire contre ces monopoles qui privent les citoyens du droit d'exercer le métier de leur choix et leur fait perdre des salaires et des moyens de subsistance, et diminuent les recettes que l'État tire du commerce et des travaux industriels... A peine pris, l'édit fut retiré et Turgot quitta le gouvernement.

45 D. 4 août 1789, D. 14 décembre 1789, D. 27 juin 1790, L. 17 mars 1791, L. 14-17 juin 1791. (Le « Décret d'Allarde » [2-17 mars 1791] supprime les maîtrises et les jurandes et la loi Le Chapelier [14 juin 1791] incrimine le rétablissement des corporations). La loi du 17 mars 1791 dispose qu'il est libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouve bon, sauf à prendre une patente qui ne peut être refusée à ceux qui en acquittent les droits (art. 7). Les coalitions des maîtres contre les ouvriers et des ouvriers contre les maîtres sont interdites et sanctionnées (art. 414, 415, 416 du Code pénal). Les manœuvres frauduleuses destinées à faire varier les prix des denrées sont aussi réprimées (art. 419 et 420 du Code pénal).

46 Sur la création de ces institutions : E. V. FOU CART, *Éléments de droit public et administratif*, t. 1, Videcoq, 1839, p. 340.

47 Après qu'un décret de la Convention (14 août 1793) ait établi une liberté illimitée, un décret du 18 vendémiaire an II revint sur cette liberté en maintenant seulement les anciens marchés et en prohibant qu'en soient créés de nouveaux pour les grains et denrées, jusqu'à ce que la Convention en ait autrement décidé. L'autorisation d'en créer de nouveaux est « *un acte d'administration générale* » et appartient donc au gouvernement : arrêté du 7 thermidor an VIII, Instruction ministérielle des 8 novembre 1822 et 29 décembre 1825 : E. V. FOU CART, *op. cit.* (n. 46), p. 346.

48 Un ensemble de textes a mis en place le nouveau système monétaire : le franc a été institué comme unité monétaire, basée sur le système décimal. Lois des 24 août et 12 septembre 1793, 28 thermidor an III, 3 brumaire an V et 7 germinal an XI.

49 Sur l'établissement et les rectifications de la nomenclature des poids et mesures : L. 30 mars 1791, L. 1^{er} août 1793, L. 18 germinal an III, L. 19 frimaire an VIII. Sur l'introduction progressive de ce système et la tolérance à l'égard des anciennes unités : E. V. FOU CART, *op. cit.* (n. 46), p. 370 et s.

50 *Ibid.*, p. 299. Il s'agit des avocats, médecins, chirurgiens, officiers de santé, docteurs, sages-femmes, pharmaciens, herboristes. Cette préoccupation de santé publique conduit à soumettre à autorisation les entreprises commercialisant des eaux thermales ou minérales. Il en allait aussi ainsi des professions d'imprimeurs et de libraires, pour protéger la société « de la corruption des mœurs ».

en raison notamment de leur insalubrité ou de leur dangerosité⁵¹, ou encore des risques qu'elles font courir à un public crédule⁵², ainsi que des industries réglementées⁵³. La puissance publique se borne à instituer le marché, à en assurer la police, et à interdire qu'on « déroge par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »⁵⁴. Pour le reste, elle laisse agir la « main invisible », qui, selon A. Smith, conduit chaque particulier « à remplir une fin qui n'entre nullement dans ses intentions » et l'amène lorsqu'il recherche « l'amélioration de son sort » et « l'augmentation de sa fortune », à travailler aussi au bien commun⁵⁵. Proclamant des « libertés abstention » et des droits politiques, la Déclaration de 1789 exprime parfaitement l'esprit libéral et individualiste qui imprègne le système juridique : l'ordre marchand et l'économie capitaliste peuvent librement s'étendre sur la base d'un laisser faire⁵⁶, dont les seules limites sont les atteintes à l'ordre public et la nécessaire conciliation des droits et libertés dont le législateur a la responsabilité

Dans le prolongement, les théâtres sont soumis à permission, de même que les spectacles... Des professions sont aussi érigées en offices : notaires, avoués, huissiers, commissaires priseurs, agents de change...

- 51** Décret du 15 octobre 1810.
- 52** Sociétés anonymes en général, entreprises financières : banques, caisses d'escompte, assurances.
- 53** Au premier rang desquelles la boucherie et la boulangerie : le prix n'est pas fixé de gré à gré pour le pain et la viande, en raison du danger pour les pauvres d'une hausse des prix sur ces denrées nécessaires à la subsistance quotidienne (loi du 19 juillet 1791, art. 30 et 31).
- 54** Code civil, art. 6. L'ordre public est spécialement évoqué à propos des servitudes (« *Il est permis aux propriétaires d'établir, sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient pas imposés ni à la personne ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public* » [art. 546]) ; les donations et testaments (« *Dans toute disposition entre vifs ou testamentaires les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs seront réputées non écrites* » [art. 900]) ; la cause (« *L'obligation sans cause, ou sur fausse cause ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* » [art. 1131] ; « *La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux mœurs ou à l'ordre public* » (art. 1133)) ; et le contrat de mariage (art. 1387 et art. 1390).
- 55** Il précise dans *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* ([1776], Flammarion, 1991, p. 82) que « *Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du marchand de bière et du boulanger, que nous attendons notre dîner, mais bien du soin qu'ils apportent à leurs intérêts. Nous ne nous adressons pas à leur humanité mais à leur égoïsme ; et ce n'est jamais de nos besoins que nous leur parlons, c'est toujours de leur avantage* ».
- 56** Notamment : Art. 2 : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* » ; art. 4 : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* » ; art. 5 : « *La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint de faire ce qu'elle n'ordonne pas* » ; art. 17 : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». C'est de l'article 4 que le Conseil constitutionnel fait découler la liberté d'entreprendre (CC, 27 juillet 1982, déc. n° 81-132 DC, considérant 16) ainsi que la liberté contractuelle (entre autres : CC,

pour en permettre l'exercice par tous. Nuls droits sociaux n'y sont évoqués qui viendraient contrarier les libertés économiques⁵⁷. La Révolution a certes connu des phases où la logique de l'égalité a prévalu sur celle de la liberté⁵⁸. Mais c'est l'ordre économique libéral qui s'est finalement imposé, servi par un État qui s'autolimité dans le champ économique : il laisse jouer les lois du marché, en garantit seulement le respect et fait prévaloir des intérêts généraux dans le fonctionnement de certains marchés, qui ne peuvent être abandonnés aux lois ordinaires du marché sans troubles pour l'ordre public et la conservation de la société⁵⁹. La liberté du commerce et de l'industrie ainsi organisée a favorisé un important développement industriel, elle n'empêche pas une forte extension de l'intervention économique de l'administration. En effet, si l'État imaginé par la Révolution de 1789 est économiquement libéral, il demeure politiquement autoritaire et n'entend abandonner ni ses privilèges, ni ses prérogatives : l'action administrative s'exerce toujours dans des conditions exorbitantes du droit commun⁶⁰ et est largement soustraite à la connaissance des juridictions ordinaires⁶¹. Dans un pays de tradition colbertiste, il a utilisé toutes ces ressources pour développer l'activité économique, encouragé en cela tout à la fois, par les industriels désireux de mettre en valeur de nouveaux marchés et d'en faire supporter par l'État les coûts

10 juin 1998, déc. n° 98-401 DC, considérant 29 ; CC, 13 janvier 2000, déc. n° 99-423 DC, considérant 40.)

- 57** Robespierre dans son discours à la Convention du 2 décembre 1792 « Sur les subsistances et le droit à l'existence » avance l'idée d'un droit des indigents à accéder aux moyens de subsistance élémentaires : « *Quel est le premier objet de la société ? C'est de maintenir les droits imprescriptibles de l'homme. Quel est le premier de ces droits ? Celui d'exister ! [...]. La première loi sociale est donc celle qui garantit à tous les membres de la société les moyens d'exister [...]. Il n'est pas vrai que la propriété puisse jamais être en opposition avec la subsistance des hommes.* »
- 58** La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 juin 1793 porte la marque de la vive inflexion jacobine en faveur de l'égalité, notamment son article 21 : « *Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à tous ceux qui sont hors d'état de travailler.* »
- 59** Au titre de sa fonction de conservation générale et à perpétuité de la société, P. LEROY-BEAULIEU attribue à l'État la tâche de protéger la nature – les forêts, le régime des eaux et les animaux menacés (oiseaux, poissons baleines, éléphants...), in *L'État moderne et ses fonctions*, Guillaumin, 1891, p. 120 et s.
- 60** « *Dans la logique des principes de 1789, note B. CHENOT, ces règles exorbitantes du droit commun ne gouvernent qu'un secteur très restreint de la vie sociale. Les relations économiques leur échappent dans une large mesure car l'État s'abstient en général d'y intervenir. Le droit public est surtout un droit de police : l'État ne doit plus être qu'un gendarme* » (*Organisation économique de l'État*, Dalloz, 1951, p. 41).
- 61** Cette soustraction a été posée une première fois par l'édit de Saint-Germain (1641) : J. CHEVALIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970, p. 48-49. L'Assemblée constituante en confirmera le principe et condamnera tout empiètement des tribunaux judiciaires sur l'action administrative, sauf textes spéciaux prévoyant leur compétence pour certaines catégories de litiges (L. 16-24 août 1790, titre II, art. 13. Également, L. 16 fructidor an III). La poursuite des fonctionnaires est soumise à une protection spéciale par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, tandis que le règlement des conflits de compétence est attribué au chef de l'État.

d'infrastructures, par les tensions sociales produites par l'industrialisation et par la formation d'un mouvement socialiste, préconisant l'adoption d'un autre système économique et la reconnaissance de droits sociaux.

B. L'axiologie de l'État providence : dirigisme économique et socialisation du droit

Plusieurs chaînes causales différentes mais convergentes ont conduit à l'adoption progressive d'un *référentiel dirigiste* des politiques publiques et à l'invention de techniques d'intervention administratives permettant de satisfaire de nouveaux besoins et de donner une certaine effectivité à une inflation de droits sociaux, consacrés par la loi, dont un bon nombre – les « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* » – ont été inscrits dans le préambule de la Constitution de 1946, repris dans celle de 1958⁶², dans une conjoncture où la guerre terminée soufflait encore *l'esprit de la Déclaration de Philadelphie* qui, tirant les leçons de ses atrocités et de la barbarie nazie, entendait « *faire de la justice sociale l'une des pierres angulaires de l'ordre juridique international* »⁶³. Les premières manifestations du double mouvement de *socialisation du droit* et de *publicisation du droit*, dans lequel G. Ripert vit, au début des trente glorieuses, la manifestation d'un *déclin du droit*⁶⁴, apparaissent peu de temps après la Révolution, comme des réponses⁶⁵ aux effets néfastes des progrès économiques et de l'expansion industrielle favorisés par la libéralisation⁶⁶, qui en même temps qu'un enrichissement global, provoque une misère effroyable⁶⁷, périodiquement amplifiée par des crises économiques.

62 Pour une analyse des débats sur leur valeur juridique sous la IV^e République : Y. POIRMEUR, « La réception du préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique : la construction de la juridicité du préambule par ses premiers commentateurs », in G. KOUBI (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 100 et s.

63 A. SUPLOT, *op. cit.* (n. 15), p. 9. Il s'agit de la Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail (10 mai 1944).

64 G. RIPERT, *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, chap. II : « Tout devient droit public », p. 37 et s.

65 J. SCHUMPETER souligne que « *la technique et l'ambiance de lutte pour la législation sociale obscurcissent deux faits, évidents en soi, à savoir que, [...], une partie de cette législation est conditionnée par une réussite capitaliste préalable (en d'autres termes par une création antérieure de richesses due à l'initiative capitaliste), et que, [...], beaucoup de mesures développées et généralisées par la législation sociale ont été auparavant amorcées par l'action de la classe capitaliste elle-même* » (*Le capitalisme peut-il survivre ?*, Payot, 2011, p. 22).

66 Sur ces changements et « *les handicaps du libéralisme en France* » : F.-P. BÉNOIT, *La Démocratie libérale*, PUF, 1978, p. 206 et s.

67 VILLERMÉ, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie* (1840). La description des ouvriers se rendant de leurs villages à Mulhouse pour travailler à la fabrique en 1835 est restée célèbre : « *il faut les voir arriver chaque matin en ville et en*

Si l'intégration de l'agriculture au marché s'effectue lentement, laissant durablement subsister une économie rurale essentiellement autarcique⁶⁸, l'exode rural, porté par l'industrialisation, défait les solidarités familiales traditionnelles⁶⁹ et peuple les faubourgs des villes de leurs « *classes dangereuses* »⁷⁰. Les tensions sociales résultant de l'industrialisation, la formation d'un prolétariat industriel remuant et engendrant des troubles – les émeutes de Lyon en 1831 et 1834 –, l'affirmation d'un mouvement socialiste prétendant représenter ses intérêts et la sensibilisation de l'opinion à la misère ouvrière⁷¹, inciteront l'État à adopter une législation sociale et un droit du travail de plus en plus protecteurs⁷² en contradiction avec les principes du libéralisme économique. Le suffrage universel, institué tardivement en 1848 alors qu'il était la conséquence logique des principes de 1789, complété plus tard par la reconnaissance du droit syndical⁷³, donnera aux revendications populaires une expression politique dans les institutions et favorisera l'enrichissement rapide de la législation sociale, limitant la liberté contractuelle, débouchant, au tournant du XX^e siècle, sur la formation d'un État providence⁷⁴.

partir chaque soir. Il y a parmi eux une multitude de femmes pâles, maigres, marchant pieds nus au milieu de la boue, et qui, faute de parapluie, portent renversé sur la tête, lorsqu'il pleut, leur tablier ou leur jupon de dessus, pour se préserver la figure et le cou, et un nombre encore plus considérable d'enfants non moins sales, non moins hâves, couverts de haillons tout gras de l'huile des métiers, tombée sur eux pendant qu'ils travaillent. Ces derniers, mieux préservés de la pluie par l'imperméabilité de leurs vêtements, n'ont pas même au bras, comme les femmes dont on vient de parler, un panier où sont les provisions pour la journée ; mais ils ont à la main ou cachent sous leur veste, ou comme ils le peuvent, le morceau de pain qui doit les nourrir jusqu'à l'heure de leur rentrée à la maison ».

- 68** Sur ces rythmes très lents et les processus de désenclavement d'une campagne qui vivait « repliée sur elle-même » : E. WEBER, *La fin des terroirs. La modernisation de la France rurale, 1870-1914*, Fayard - Éditions Recherches, 1983. L'auteur note que « les biens et les produits étaient échangés avant tout entre régions voisines et complémentaire. [...] La plus grande partie du tonnage des marchandises ne parcourait que de courtes distances » (p. 289).
- 69** Sur la protection de la solidarité familiale par le Code civil : J.-L. MARAIS, *Histoire du don en France de 1800 à 1939. Dons et legs charitables, pieux et philanthropiques*, PUR, 1999, p. 25 et s.
- 70** L. CHEVALIER, *Classes laborieuses, classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIX^e siècle* [1958], Perrin, coll. « Tempus », 2007 ; L. MURARD et P. ZYLBERMAN, *L'haleine des faubourgs. Ville, habitat et santé au XIX^e siècle*, Recherches, n° 29, décembre 1977.
- 71** VILLERMÉ, *op. cit.* (n. 67).
- 72** L. 22 mars 1841 interdisant l'emploi des enfants de moins de huit ans dans les manufactures et limitant à douze heures par jour le travail des enfants de huit à douze ans.
- 73** Seront d'abord admises les sociétés de secours mutuel (D. 26 mars 1852), puis les coalitions sous certaines conditions (L. 27 mai 1864), et enfin les syndicats (L. 21 mars 1884). Sur ce processus de reconnaissance : F. SOUBIRAN-PAILLET, *L'invention du syndicat (1791-1884). Itinéraire d'une catégorie juridique*, LGDJ, 1999.
- 74** Les grands textes qui le mettent en place à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle sont la loi de 1898 sur les accidents de travail, celle du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes, la loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite, ainsi que celle du 27 mars 1897 sur la participation de l'État à l'assistance des collectivités locales au profit des vieillards indigents. Sur cette mise en place : F. EWALD, *L'État providence*, Grasset, 1986 ; Sur l'opposition des libéraux à ces législations et le refus de l'obligation de cotiser : B. DUMONS et G. POLLET, *L'État et les retraites*. Genève

L'essor du capitalisme fit aussi apparaître rapidement que « *les entreprises livrées à elles-mêmes ne pouvaient donner satisfaction aux besoins collectifs qui allaient croissant dans le domaine des transports, de l'hygiène ou de l'usage de l'énergie* »⁷⁵. La puissance publique utilisait la contrainte pour permettre la réalisation des infrastructures nécessaires à ces activités – voies ferrées, canalisations, pylônes, routes, ... Dans les hypothèses où un service était d'intérêt général mais non rentable pour une entreprise privée, l'État le prit de plus en plus souvent en charge directement, par la spécialisation d'une organisation administrative dédiée (service interne, établissement public) ou indirectement, par le procédé de la concession. À la fin du XIX^e siècle, la théorie du service public justifiera ainsi par la nécessité de rendre des services d'intérêt général – indispensables à la réalisation de la solidarité sociale⁷⁶ –, leur prise en charge par les personnes publiques, leur soumission à des sujétions spéciales et le recours à des prérogatives de puissance publique plus ou moins importantes pour les assurer⁷⁷. Dans le prolongement de cette théorie, celle du *socialisme municipal* justifiera la prise en charge par les collectivités locales de services commerciaux d'intérêt général pour lesquels l'initiative privée est défailante, insuffisante ou inadaptée⁷⁸. Sans sortir des principes libéraux, la

d'une politique, Belin, 1994, p. 27 et s ; sur les oppositions socialistes aux cotisations ouvrières et à la capitalisation : p. 144 et s.

75 B. CHENOT, *op. cit.* (n. 60), p. 43.

76 Sur la philosophie de Duguit et de l'école de Bordeaux : J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif », in J. CHEVALLIER (dir.), *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. 2, PUF, 1979, p. 15.

77 Ce sera là l'enjeu d'une jurisprudence complexe distinguant les services publics industriels et commerciaux et les services publics administratifs : TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain (dit Bac d'Eloka)*.

78 Il s'agit d'une jurisprudence d'espèces qui tient compte des circonstances locales et de l'existence de services privés : CE, 29 mars 1901, *Casanova* (annulation de la délibération d'une commune rémunérant un médecin municipal pour soigner gratuitement tous les habitants riches ou pauvres, alors qu'aucune circonstance exceptionnelle n'existait et que deux médecins exerçaient dans la commune) ; CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale de commerce de détail de Nevers* (illégalité de l'institution d'un service municipal de ravitaillement. L'arrêt pose la règle selon laquelle « *les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et que les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière* ») ; CE, 24 novembre 1933, *Zénard* (admission du maintien d'un service de boucherie municipale créé à Reims pendant la guerre, par des motifs s'éloignant du libéralisme économique : « *considérant que le fonctionnement de la boucherie municipale [...] a simplement permis en ce qui concerne la viande fraîche, une meilleure adaptation des cours de détail aux conditions économiques, et par suite, la régularisation des prix d'une denrée de première nécessité ; qu'ainsi le maintien de la boucherie municipale [...] était justifié par un intérêt public local [...]* »). À partir de cet arrêt, la jurisprudence admet plus facilement les initiatives relevant du socialisme municipal : service d'hygiène (CE, 12 juillet 1939, *Chambre syndicale des maîtres buandiers de Saint-Etienne*) ; sociétés de gestion immobilière pour lutter contre la crise du logement (CE, 22 novembre 1935, *Chouard et autres*) ; fabrication de glace alimentaire (CE, 17 février 1956, *Siméon*) ; théâtres municipaux (CE, 12 juin 1959, *Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie*) ; création d'un camping municipal dans une station balnéaire (CE,

théorie du service public a légitimé une intervention extensive de l'administration dans l'économie, dont la limite progressivement repoussée était l'absence de concurrence faite aux services privés⁷⁹.

Quant au libre jeu du marché, les crises périodiques aux conséquences sociales dévastatrices engendrées par les défaillances de son autorégulation ont contraint l'administration à diversifier ses instruments d'intervention économique. La crise de 1929 et la Seconde Guerre mondiale conduiront ainsi à introduire d'abord de façon empirique, puis de façon systématique sous l'influence des idées de Keynes, une riche palette de techniques d'intervention, conçues comme des programmes d'action, traduisant une profonde transformation des rapports entre l'État et l'économie, qui est de moins « *considérée comme un donné* », qu'envisagée comme « *un construit* »⁸⁰, qu'il revient à l'État, converti en *État propulsif*⁸¹ de façonner⁸², – au besoin en nationalisant certains secteurs – et de réguler, pour assurer la prospérité générale et la justice sociale. Cette stratégie interventionniste a été au principe de la construction européenne, dont les premiers traités visaient à constituer des marchés communs, à développer des industries et une agriculture puissantes en faisant jouer le principe de la préférence communautaire, mais aussi à bâtir une Europe sociale⁸³. Correspondant aux trente glorieuses et reposant sur le *compromis fordiste*⁸⁴, ce modèle d'interventionnisme plus ou

17 avril 1964, *Commune de Merville-Franceville*) ; ouverture d'un cabinet dentaire municipal (CE, 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*).

79 Le service public est une notion attractive : ainsi lorsque l'activité commerciale est un complément normal du service autorisé (CE, 27 février 1942, *Mollet*), le Conseil d'État a pu admettre sa prise en charge publique ; les collectivités pouvaient aussi satisfaire elles-mêmes leurs besoins en services et fournitures sans porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie (cas du pain fourni par une boulangerie militaire à des établissements pénitentiaires : CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*).

80 P. ROSANVALLON, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Seuil, 1990, p. 250.

81 Terme que P. LEROY-BEAULIEU attribue à un préfet qui lui expliquait ce que la foule attendait l'intervention de l'État : « *il ne suffit pas qu'il soit le gouvernail*, explique LEROY-BEAULIEU, *on veut encore qu'il devienne l'hélice* » (*op. cit.* [n. 59], p. 17).

82 C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, 1999, p. 71.

83 Traité de Rome, art. 117. Cette dualité des logiques européennes explique l'ambivalence du PS à son égard : Y. POIRMEUR, « Le parti socialiste entre la France et l'Europe », in G. SOULIER (dir.), *Sur l'Europe à l'aube des années 80*, PUF, 1980, p. 160 et s.

84 Il établit un mode particulier de régulation du marché du travail. Il reposait sur des « *marchés d'emplois* » internes aux entreprises, conçus en termes de promotion et de progression des rémunérations (carrières), qui assuraient une certaine sécurité. La contrepartie était l'acceptation par le salarié des exigences de l'organisation spécifique du travail dans l'entreprise. Le salarié était ainsi relativement protégé des fluctuations du marché général de l'emploi, par les marchés internes des entreprises qui contribuaient ainsi à une « *dé-marchandisation* » du travail, qui n'est pas alors conçu comme une marchandise ordinaire. Par ailleurs, comme l'explique J. GAUTIÉ, (« *Marché du travail et protection sociale : quelles voies pour l'après-fordisme ?* », *Esprit*, n° 11, 2003, p. 84), ces marchés déconnectaient largement la fixation des salaires (reposant sur les grilles des conventions collectives), si bien que « l'entreprise ne rémunérait pas des productivités marginales individuelles (comme dans la

moins poussé selon les pays – dans les pays occidentaux il existe trois *mondes de l'État providence*⁸⁵ dont la sensibilité n'est pas la même aux processus de libéralisation – a été remis en cause par la crise de 1974 qui en a montré les limites. Les thèses des économistes néolibéraux, qui, dans le sillage de F. A. Hayek⁸⁶, préconisent de rétablir une séparation stricte de l'économie et du politique et d'abandonner aux marchés une large part de leurs prérogatives en matière de régulation et de redistribution ont connu alors un succès politique important, en inspirant les politiques restreignant le rôle et le périmètre d'intervention de l'État.

C. L'axiologie néolibérale : séparation des sphères économiques et politiques et privatisation du droit

Si, comme les libéraux, les néolibéraux sont convaincus que l'ordre spontané du marché est le plus efficace pour produire des richesses et le plus favorable pour tous, la plupart d'entre eux ne militent pas pour un « *État minimal* »⁸⁷ et s'inscrivent plutôt dans la perspective ordolibérale dans laquelle l'État intervient pour instituer une société ajustée aux exigences du

théorie micro-économique) mais payait le droit d'utiliser une fraction de la force de travail collective en fonction d'un barème socialement négocié ». Dans cette perspective, la logique contractuelle, purement marchande et individualiste (principe du libre engagement entre deux parties libres et égales) est corrigée par une dimension statutaire (réglementation consacrant les droits des travailleurs faisant du travail une marchandise spécifique), le travailleur étant considéré en tant que membre d'une collectivité de travail (entreprise). Sur cette distinction des logiques contractuelles (individualistes) et statutaires (holistes) en droit du travail : A. SUPPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, chapitre 1.

85 G. ESPING-ANDERSEN, *Les Trois Mondes de l'État providence*, PUF, 2007. Il y a, dans les pays occidentaux, trois grandes familles de dispositifs le régime social-démocrate des pays scandinaves qui cherche à obtenir l'égalité des citoyens au moyen de politiques universelles et de services sociaux gratuits), le régime libéral des pays anglo-saxons (qui assure seulement la couverture sociale des plus pauvres par des politiques sociales ciblées), et le régime conservateur-corporatiste de pays d'Europe continentale (qui vise à maintenir le revenu des travailleurs par des cotisations sociales).

86 F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, t. 3, *L'ordre politique d'un peuple libre*, PUF, coll. « Quadrige », 1995, p. 49 et s.

87 R. NOZICK évoque un « *État ultra-minimal* » qui « *maintient un monopole sur toute utilisation de force, excepté celle qui est nécessaire dans une autodéfense immédiate, excluant ainsi les repréailles personnelles (ou par agence interposée) et les exigences de compensation pour des torts accomplis ; mais il fournit des services de protection et de respect des droits seulement à ceux qui les achètent ses polices de protection et de défense. Les gens qui n'achètent pas de contrat de protection au monopole n'obtiennent aucune protection. L'État minimal (veilleur de nuit) est l'équivalent de l'État ultra-minimal auquel est adjoind un plan de garantie à la Friedman (plan impliquant une redistribution évidente), financé grâce aux recettes fiscales. Selon ce plan, tous les gens ou certains (par exemple les personnes dans le besoin) reçoivent des bons financés par l'impôt qui ne peuvent être utilisés que pour acheter à l'État ultra-minimal, une police de protection » (*Anarchie, État et Utopie*, PUF, coll. « Quadrige », 2008, p. 46-47).*

libre marché⁸⁸. F. A. Hayek juge ainsi « *hors de doute que dans une société évoluée le gouvernement doit se servir de son pouvoir fiscal pour assurer un certain nombre de services qui, pour un certain nombre de raisons, ne peuvent être fournis, du moins adéquatement, par le marché* »⁸⁹. À côté des activités de contrainte – sanction des règles de juste conduite, défense, perception des impôts pour les financer – il évoque, sans en dresser la liste, un « *vaste champ de ces activités parfaitement légitimes que le gouvernement peut assurer en tant qu'administrateur de ressources communes* »⁹⁰. Il en va ainsi pour les biens collectifs ou publics. Mais, les tâches de contrainte de l'État – maintien de la loi et défense – doivent être « *nettement séparées de ses fonctions de services* » dans l'exercice desquelles la même autorité ne saurait lui être conférée. Lorsque ces biens ou services « *peuvent être produits au mieux par le mécanisme spontané du marché* », « *il reste préférable de n'employer la méthode contraignante de la décision centralisée qu'en ce qui concerne les fonds à réunir ; mais ensuite dans toute la mesure du possible, laisser aux forces du marché l'organisation de la production de ces services et l'attribution des moyens disponibles parmi les divers producteurs* »⁹¹. Quant aux « *tentatives pour 'corriger' l'ordre du marché* », elles « *conduisent à sa destruction* »⁹². Les « *droits créances* », économiques et sociaux, sont incompatibles avec « *l'ordre de liberté auquel tendent les droits civils traditionnels* ». Ce sont de « *dangereuses illusions* » contre-productives, car « *la jouissance de tous ces bienfaits – dont nous souhaitons que profite le plus grand nombre de nos semblables – a pour condition que chacun de ces derniers puisse employer ce qu'il sait le mieux dans son activité productrice. Si nous dési-*

88 Tenu à la veille de la Seconde Guerre mondiale le colloque Walter LIPPMANN a été le grand moment de formulation des idées néolibérales en opposition aux politiques keynésiennes inventées pour traiter la crise de 1929. Comme l'explique M. FOUCAULT (*Naissance de la biopolitique*, Hautes Etudes - Gallimard - Seuil, 2004, p. 165-166), l'ordolibéralisme prolonge le travail de construction politique du marché, inavoué mais bien réel (comme on l'a montré supra), réalisé par les politiques libérales classiques, par un interventionnisme social, une « *politique de la société* », qui « *n'a pas pour fonction d'être comme un mécanisme compensatoire destiné à éponger ou annuler les effets destructeurs que pourrait avoir sur la société, sur le tissu, la trame sociale, la liberté économique. En fait, s'il y a interventionnisme social permanent et multiforme, ce n'est pas contre l'économie de marché ou à contre courant de l'économie de marché, mais c'est au contraire à titre de condition historique et sociale de possibilité pour une économie de marché, au titre de condition pour que joue le mécanisme formel de la concurrence, pour que, par conséquent, la régulation que le marché concurrentiel doit assurer puisse se faire correctement et ne se produisent pas les effets négatifs qui seraient dus à l'absence de la concurrence* » ; Sur la portée du colloque W. Lippmann dans la « *réinvention du libéralisme* » (P. DARDOT et C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, La Découverte, 2010, p. 158 et s.).

89 F. A. HAYEK, *op. cit.* (n. 86), p. 49.

90 *Ibid.*, p. 50. HAYEK souligne que s'il a le droit de recourir à la contrainte pour obtenir les moyens de fournir des services non commercialisables, « *cela n'implique pas qu'il ait un droit de contrainte en tant que fournisseur ou organisateur de ces services* ».

91 *Ibid.*, p. 55.

92 F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, t. 2, *Le mirage de la justice sociale*, PUF, coll. « *Quadrige* », 1995, p. 172.

rons que chacun vive à l'aide, le moyen d'approcher le plus possible de cet objectif est, non pas d'ordonner par une loi qu'il en soit ainsi, ni de donner à tous une créance légale sur ce que nous pensons que chacun doit avoir, mais de fournir à chacun des incitations à faire son maximum pour servir les autres»⁹³. Le cantonnement de l'intervention de l'État et de l'usage de la contrainte va de pair avec l'extension du droit privé, « qui permet aux individus de poursuivre leurs objectifs personnels et ne vise qu'à limiter le champ d'action licite aux individus de telle façon que le résultat ultime sera favorable à l'intérêt général »⁹⁴. L'État est avant tout le gardien du droit privé⁹⁵. La condamnation des droits créances se double de celle des droits acquis « le seul principe juste » étant « de ne concéder à personne un privilège de sécurité »⁹⁶. L'application de ce principe suppose évidemment l'abandon du compromis fordiste par une « re-marchandisation » du travail, la dérégulation de son marché⁹⁷, et le démantèlement des systèmes de protection sociale assurant trop de sécurité⁹⁸. Dans cette perspective, la protection des droits fondamentaux est obtenue par la soumission d'un ensemble de biens et de services – les ressources communes – à des régimes juridiques spéciaux, consistant à en réglementer l'usage, à en financer par l'impôt la fourniture pour ceux qui n'ont pas les moyens d'en payer le prix – service minimum, accès de base – et, à défaut de pouvoir le faire produire par le marché, d'autoriser l'État à le faire. Ce n'est, en tout

- 93** *Ibid.*, p. 127. Ce sont les droits sociaux, économiques et culturels inscrits dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 qui sont pris ici pour cible (p. 124-125). La critique est axée, notamment, sur la question de savoir à l'égard de qui « tout un chacun » pourra faire valoir son droit à « de justes et favorables conditions de travail » (art. 23. 1) et à « un juste et favorable emploi » (art. 23. 3)... Pour Hayek, « les règles de juste conduite qui s'appliquent uniformément à tous mais ne soumettent personne aux ordres d'un supérieur ne peuvent jamais déterminer à l'avance de quels biens disposera telle ou telle personne. Ces règles ne peuvent jamais prendre la forme que voici : 'Tout le monde doit avoir ceci et cela'. Dans une société libre, ce qu'obtiendra l'individu dépendra forcément en quelque mesure de circonstances particulières que personne ne peut prévoir et que personne n'a le pouvoir de déterminer. Des règles de juste conduite ne peuvent jamais conférer à titre personnel [...] un droit à tel ou tel bien ; elles ne peuvent procurer que des possibilités d'acquiescer un titre à quelque chose » (p. 125).
- 94** F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, t. 1, *Règles et ordre*, PUF, coll. « Quadrige », 1995, p. 160.
- 95** P. DARDOT et C. LAVAL, *op. cit.* (n. 88), p. 242 et s.
- 96** F. A. HAYEK, *op. cit.* (n. 92), t. 2, p. 171. L'auteur attaque « la justice sociale » qui « en pratique », « est devenue le cri de ralliement pour tous les groupes dont le statut tend à décroître – pour l'agriculteur, l'artisan, le mineur, le petit commerçant, l'employé de bureau et une part considérable des anciennes classes moyennes – plutôt que pour les ouvriers d'industrie en faveur desquelles elle a d'abord été réclamée mais qui ont en général été les bénéficiaires des récentes évolutions » (p. 170). « [...] C'est ainsi que l'idée de justice sociale a pris la forme d'une garantie gouvernementale de revenus convenables en faveur de groupes particuliers, avantage qui a inévitablement provoqué l'apparition d'autres groupes d'intérêts semblables » (p. 171).
- 97** Sur la flexibilisation du marché du travail en France : J. GAUTIER, art. cit. (n. 84), p. 85 et s.
- 98** De nouveaux compromis entre flexibilité et sécurité ont été préconisés : A. GIDDENS, *La troisième voie*, Le Seuil, 2001. Les politiques publiques qui s'en inspirent visent désormais à « activer l'emploi » : G. SCHMIDT, « L'activation des politiques de l'emploi : combiner la flexibilité et la sécurité dans les marchés du travail transitionnels », in J. Ph. TOUFFUT (dir.), *Institutions et croissance*, A. Michel, 2001.

état de cause, que par la définition⁹⁹ et la fixation exhaustive de la liste des ressources collectives, des biens publics¹⁰⁰ et des biens et services individualisables consubstantiels de l'exercice des droits fondamentaux et la fixation de leurs régimes particuliers que le mécanisme de la protection néolibérale des droits fondamentaux auxquels ils correspondent peut se révéler efficace. Et comme certains de ces biens sont des ressources rares, il apparaît clairement qu'un régime juridique mondial de leur utilisation et de leur appropriation est à tout le moins nécessaire pour qu'il puisse en constituer une garantie pertinente.

Ce référentiel néolibéral de *désengagement et de cantonnement de l'État* qui s'est imposé en Grande-Bretagne à la fin des années 1970 et aux États-Unis au début des années 1980, a été promu par le « *fanatisme du marché* »¹⁰¹ du FMI, est devenu dominant en Europe à la faveur de la chute du communisme et de l'adhésion à l'Union européenne de pays beaucoup moins riches, bien vite convertis à la religion extrémiste d'un marché anarcho-libéral plutôt qu'au modèle européen de l'économie sociale de marché¹⁰², emprunté à l'ordolibéralisme allemand¹⁰³. Illustrant parfaitement le modèle institutionnel du « *pouvoir contenu* », de « *la politique détrônée* »¹⁰⁴ et de la « *démocratie limitée* » idéalisé par Hayek, l'Union européenne qui n'est pas un État, qui exerce à l'issue de transferts de souveraineté successifs, la plupart des compétences de régulation et de supervision économiques, et dont la gouvernance est très peu démocratique, a facilement bifurqué sur le chemin néolibéral. Avec le consentement des États et le concours de la Cour de justice de l'Union européenne (F. Riem), la plupart des politiques publiques

- 99** J.-M. HARRIBEY, « Le bien commun est une construction sociale. Apports et limites d'EliorOstrom », *L'Économie politique*, n° 49, janvier 2011, p. 98 et s.
- 100** Lors du cycle de négociation sur l'agriculture de l'OMC, bon nombre d'ONG avaient suggéré de faire de l'agriculture un cas particulier et de considérer la sécurité alimentaire comme un bien public : J. ZIEGLER, *Le droit à l'alimentation*, Mille et une nuits, 2012, p. 105 et s.
- 101** J. E. STIGLITZ, *La grande désillusion*, Fayard, 2002, p. 109. Le *consensus de Washington* (on doit l'expression à J. WILLIAMSON, *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Washington DC, Institute for International Economics, 1990) qui désigne l'accord entre les experts des institutions financières FMI, Banque Mondiale et la conception partagée par de nombreux économistes sur les remèdes à apporter aux crises financières, serait caractérisé par des interventions visant à rapprocher les marchés d'une concurrence parfaite en éliminant les comportements les plus contraires à leur équilibre. Cette conception est dénoncée par J. Stiglitz comme ayant été à l'origine d'échecs fondamentaux. Sur son histoire intellectuelle, le « *fabuleux marché savant* » qu'il constitue et la façon dont il s'est imposé, notamment médiatiquement : Y. DEZALAY et B. GARTH, « Le 'Washington consensus'. Contribution à une sociologie de l'hégémonie du néolibéralisme », *ARSS*, n° 121-122, 1998, p. 3 et s.
- 102** Article 3 du Traité de l'Union européenne.
- 103** Sur ses différentes facettes doctrinales : P. COMMUN (dir.), *L'ordo-libéralisme allemand. Aux sources de l'économie sociale de marché*, CIRAC/CICC, Université de Cergy-Pontoise, 2003.
- 104** F. A. HAYEK, *op. cit.* (n. 86), t. 3, p. 153 et s. Le statut de la Banque centrale européenne est à cet égard topique.

européennes, ont ainsi « *méthodiquement* »¹⁰⁵ défait l'héritage social de l'État providence¹⁰⁶ et reconfiguré le périmètre et les instruments de l'interventionnisme économique en les soumettant au droit de la concurrence¹⁰⁷ et fait prévaloir les libertés économiques (droit d'établissement, liberté de circulation) sur les droits sociaux envisagés comme autant d'entraves à leur exercice¹⁰⁸. À cet égard, après que les juridictions étatiques, les derniers feux de leur nationalisme juridique éteints, aient renoncé à leur résistances d'arrière-garde¹⁰⁹, les mécanismes de l'État de droit se sont révélés d'excellents vecteurs de l'implantation de la normativité néolibérale européenne dans l'ordre juridique interne des États membres. C'est ainsi par la promotion du concept de service d'intérêt économique général ou de service universel que l'Union européenne a diffusé cette conception dans le droit interne de ses États membres et provoqué la recomposition de leurs services publics¹¹⁰. Pour le reste, la spectaculaire « *extension de la régulation privée* »¹¹¹ emblématique de la *postmodernité juridique*¹¹², encouragée par le droit européen¹¹³, substituant la contractualisation à la réglementation et contractualisant de

105 A. SUPIOT, *op. cit.* (n. 15), p. 31.

106 Sans surprise, ce sont les modèles de protection sociale des États providence les plus ancrés dans l'industrialisme (modèle continental) qui, comme le souligne B. PALIER, rencontrent les plus grandes difficultés : B. PALIER, « Présentation », in G. ESPING-ANDERSEN, *Trois leçons sur l'État-providence*, Seuil, 2008, p. 8.

107 Sur la reconfiguration de l'administration selon ce modèle : Y. POIRMEUR, « L'État régulateur en France », in H. BEN SALAH et A. AOUIJMRAD (dir.), *La régulation. Actes du colloque des 5 et 6 mars 2010*, Publications de l'Association tunisienne de droit administratif et de la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2011, p. 7 et s.

108 On doit cependant relever que les politiques agricoles européennes ou américaines continuent à soutenir leurs agricultures par des politiques de subvention : 40 % du revenu agricole en Europe et 25 % aux États-Unis (A. BERNARD) : « Sur les instruments de la politique agricole européenne (aides de toutes sortes, primes, quotas, subventions) et ses défauts (les excédents coûteux) », in L.-P. MAHÉ et F. ORTALO-MAGNÉ, *Politique agricole. Un modèle européen*, Presses de Sciences Po, 2001.

109 Le Conseil d'État a abandonné tardivement sa résistance au droit communautaire par une série d'arrêtés de principe : CE, 20 octobre 1989, *Nicolo* ; CE, 3 février 1989, *Alitalia* ; CE, 30 octobre 1999, *Perreux*. Sur ces décisions : F. BUSSY et Y. POIRMEUR, *La justice politique en mutation*, LGDJ, 2010, p. 119-120.

110 J. CHAPPEZ, Y. LAIDIÉ et G. SIMON, « Mondialisation et services publics », in E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN (dir.), *op. cit.* (n. 24), p. 530 et s.

111 J. CHEVALLIER, « Contractualisation et régulation », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 88 et s.

112 J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? La transformation de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p. 678.

113 L'article 3 du règlement CE du 17 juin 2008 (n° 593/2008) sur la loi applicable aux obligations contractuelle, donne aux parties à un contrat international la possibilité de choisir la loi applicable ; L'article 23 du règlement CE du 22 décembre 2000 (n° 44/2001) concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, leur accorde la liberté de choix du for.

plus en plus la justice¹¹⁴, a reconstitué, pour reprendre les termes de l'éclairante distinction suggérée par F. Collart Dutilleul le « *capital de prérogatives* » des « *droits fondamentaux à compatibilité positive* » érodé par l'interventionnisme extensif de l'État providence pour donner aux « *droits fondamentaux à compatibilité négative* » une réelle portée juridique. Il est certes concevable que la régulation privée et les *sources de tiers ordre*¹¹⁵ promeuvent le respect de certains droits fondamentaux à portée négative. Rien n'exclut que les entreprises, devenues miraculeusement vertueuses, s'interdisent, par des codes de bonne conduite sanctionnés par leurs organisations professionnelles, par la standardisation des clauses contractuelles (contrats-types), ou encore par le respect de la jurisprudence arbitrale, certaines pratiques qui en favorisent les violations. On peut toutefois être sceptique sur l'efficacité de ces mécanismes d'*autorégulation de la société civile* qui se sont montrés complètement défailants dans la prévention de la récente crise financière, en laissant le champ libre à la réalisation des montages financiers les plus fous¹¹⁶.

Par touches successives, avec une accélération depuis la chute du mur de Berlin, le « *repositionnement des États* »¹¹⁷, qui laissant circuler les flux transnationaux et reconfigurant leurs principes d'intervention – dérégulation, libre échange, libéralisation financière... – induits par l'adoption du référentiel néolibéral, a permis la constitution de nouveaux espaces économiques mondiaux, qu'ils n'ont pas d'instruments pertinents pour réguler puisqu'ils dépassent leurs ressorts respectifs et que les agents économiques transnationaux peuvent franchir à leur gré leurs frontières et arbitrer, en fonction de leurs intérêts, pour le système juridique étatique qui leur est le plus favorable. La régulation de ces espaces « *dans lesquels les acteurs économiques peuvent agir sans être entravés par les décisions politiques* »¹¹⁸ relève d'un

114 Sur les modes alternatifs de règlement des conflits : L. CADIET, « Le modes alternatifs de règlement des conflits et le droit », in P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES et Ph. MILBURN (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La Documentation française, 2003, p. 255 et s ; sur les conventions relatives aux solutions des litiges : L. CADIET, « L'économie des conventions relatives à la solution des litiges », in B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 313 et s.

115 D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, Dalloz, 2007, p. 9 : il s'agit de normes qui naîtraient de l'effort concerté des agents économiques, et plus spécifiquement des entreprises multinationales.

116 Le fonctionnement spécifique des marchés financiers les prédispose tout particulièrement aux crises en raison de ce que l'offre et la demande ne permettent pas d'ajuster les prix efficacement, car les actifs financiers sont eux-mêmes des éléments de valorisation de la richesse. Sur ce fonctionnement spécifique : M. AGLIETTA, *La crise. Pourquoi en est-on arrivé là ? Comment en sortir ?*, Michalon, 2008, p. 12-13. Le développement de la titrisation, et l'impossibilité de mesurer les valeurs réelles (tout en croyant le faire, comme les agences de notation), donc de mesurer la réalité des risques a été un facteur central de cette crise, dont les États ont du reprendre le fardeau. Également : F. LORDON, *Jusqu'à quand ? Pour en finir avec les crises financières*, Raisons d'Agir Éditions, 2008.

117 S. SASSEN, *La globalisation. Une sociologie*, Gallimard, 2007, p. 41.

118 A. SALMON, *Les nouveaux empires. Fin de la démocratie ?*, CNRS-Éditions, 2011, p. 22.

ordre institutionnel international complexe où les autorités privées jouent un rôle prépondérant¹¹⁹, et où les régulateurs publics sont convertis à la religion du marché¹²⁰. Ce sont ainsi, « *au-delà des marchés financiers, de multiples domaines comme l'environnement, la santé, l'information, l'emploi, voire la sécurité intérieure [...] qui échappent progressivement aux gouvernements et aux parlements nationaux pour être intégrée dans un réseau d'accords et de régimes internationaux* »¹²¹. Comme le souligne H. Muir Watt, le droit international privé a apporté une contribution décisive à la construction néolibérale de ces espaces en favorisant « *une inversion des relations traditionnelles entre l'autorité de l'État et l'autonomie des acteurs privés* »¹²². La globalisation économique reposant sur l'universalisation des libertés économiques notamment à travers la revendication de l'application d'une *lex mercatoria*, expression des intérêts des opérateurs économiques – et parmi eux des acteurs dominants¹²³, mais pas sur celle des droits de l'homme, dans un monde où la démocratie libérale est bien loin d'avoir triomphé, se révèle extrêmement corrosive pour les droits à compatibilité négative – au premier rang desquels les droits sociaux – dans les pays où ils étaient le mieux garantis par les dispositifs de l'État providence. Leur érosion risque fort d'y être continue et profonde¹²⁴, tant que les

119 Le développement de l'arbitrage commercial international en est l'une des expressions : Y. DEZALAY et B. G. GARTH, « Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes », *Law & Society Review*, 29 (1), 1995, p. 27-64.

120 Sur le cas de l'OMC créée par les accords de Marrakech (15 avril 1994) : M. RAINELLI, « L'OMC : vers une régulation de la mondialisation marchande ? », in J. LAROCHE (dir.), *Mondialisation et gouvernance mondiale*, PUF, 2003, p. 57 et s. Cette organisation est d'autant plus importante qu'elle est assortie d'un Organe de règlement des différends qui dispose d'une capacité de sanctionner les États et les entreprises. Sur son idéologie : R.-M. JENNER et L. KALAFATIDES, *LAGCS. Quand les États abdiquent face aux multinationales*, Raisons d'Agir Éditions, 2007, p. 34 et s.

121 M. DELMAS-MARTY, « Préface », in W. BOURDON, *Face aux crimes du marché. Quelles armes juridiques pour les citoyens ?*, La Découverte, 2010, p. 6 ; sur le cas de la sécurité : C. MAGNON-PUJO, « La souveraineté est-elle privatisable ? La régulation des compagnies de sécurité privée comme renégociation des frontières de l'État », *Politix*, n° 95, 2011, p. 129-153.

122 H. MUIR WATT, « La fonction économique du droit international privé », *Revue internationale de droit économique*, 2010, p. 106.

123 Comme l'a montré N. FLIGSTEIN dans le cas des États-Unis, les règlements encadrant le marché sont déjà dans le cadre national, le reflet des intérêts des forces de la société les plus organisées. Les grandes firmes s'efforcent d'imposer, en formant des coalitions, à leurs concurrents et à l'État la conception spécifique du marché qui les avantage. Les marchés sont ainsi des institutions coproduites par des acteurs privés et publics : N. FLIGSTEIN, *The Transformation of Corporate Control*, Cambridge, Harvard University Press, 1990 et « Le mythe du marché », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, vol. 139, 2001, p. 3-12. Également : P. FRANÇOIS (dir.), *Vie et mort des institutions marchandes*, Presses de sciences-Po, 2011.

124 Elle a un caractère paradoxal, car elle s'accompagne de la consécration de nouveaux droits sociaux qui sont le double de la dégradation de la situation : ainsi, le droit au logement opposable n'aurait évidemment aucun sens sans la dégradation continue de la situation économique qui jette de plus en plus d'individus et de familles dans la précarité.

avantages compétitifs des pays émergents ne se seront pas traduits sinon par la reconnaissance de droits sociaux équivalents, du moins par une sensible réduction des écarts de niveaux de vie. C'est un second désordre, redoublant celui des axiologies qui affecte la protection des droits fondamentaux : celui de l'articulation, dans la mondialisation¹²⁵, des ordres institutionnels auxquels revient de les faire respecter.

II. ENQUÊTE SUR LE DÉSORDRE DES MÉCANISMES DE PROTECTION

Dans un monde d'États souverains, la protection des droits et des libertés fondamentales était classiquement du seul ressort étatique¹²⁶. Parfois proclamés dans une déclaration nationale, quelquefois inscrits dans la Constitution, le plus souvent prévus par de simples lois, leur juridicité a longtemps été tributaire, lorsque n'existaient pas de juridictions internes capables d'en sanctionner la violation par les pouvoirs constitués, de la seule volonté du législateur et de l'exécutif de les respecter dans leurs décisions et leurs activités¹²⁷. En tout état de cause, aucune autorité supérieure ne pouvait

- 125** J. ALLARD et A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, 2005.
- 126** Les autres États ne peuvent normalement intervenir en raison du principe de non-ingérence dans les affaires intérieures de l'État (Pacte de la SDN, art. 15, § 8 ; Charte des Nations Unies, art. 2 § 7) qui en fait « *des affaires réservées* ».
- 127** Ainsi, en France, où le principe de la souveraineté nationale a, depuis la Révolution, été jugé incompatible avec l'institution d'une Cour constitutionnelle, il revenait au législateur de les définir et d'en fixer les conditions d'exercice sans être soumis au moindre contrôle : il pouvait donc librement en limiter la portée, voire purement et simplement les anéantir. Ce n'est qu'avec la Constitution de 1958, qui en pose timidement les bases (Une constitution garantissant des droits substantiels (en l'espèce il s'agit de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de la référence aux principes fondamentaux contenus dans les lois de la République et des principes particulièrement nécessaires à notre temps figurant dans le préambule de la Constitution de 1946 auquel celui de la Constitution de 1958 renvoie) et existence d'un organe de contrôle) qu'un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois a pu progressivement s'établir. Sur la contribution de la doctrine constitutionnelle à sa construction : Y. POIRMEUR et D. ROSENBERG, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », in D. LOCHAK (dir.), *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 230 et s. Le Conseil constitutionnel s'est progressivement rapproché du modèle des Cours constitutionnelles. Si ses compétences ont été récemment étendues, notamment par le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité qui parachève l'État de droit, sa mutation juridictionnelle n'est pas achevée, en raison, notamment, de sa composition : F. BUSSY et Y. POIRMEUR, *op. cit.* (n. 109), p. 76-78 ; De la même manière et pour les mêmes raisons, est-ce très tardivement, sous la III^e République, en 1871, que le Conseil d'État a reçu la justice déléguée pour traiter le contentieux des actes et de la responsabilité administrative (L. 24 mai 1872). À défaut de loi applicable, il a entrepris, en invoquant, de façon prétorienne des principes généraux du droit, d'imposer peu à peu aux autorités administratives, le respect de nombreux droits et libertés.

contraindre les États à respecter les droits fondamentaux, ce que seules les États démocratiques faisaient en s'autolimitant. Sur ce point, une mutation majeure de la société internationale a commencé au XX^e siècle, entraînant « *une humanisation du droit international* » qui intègre l'individu dans son champ en tant que destinataire de droits de l'homme et une internationalisation de la protection de ces droits¹²⁸. Ce phénomène se manifeste d'abord, sur le plan des sources, par la multiplication des conventions internationales qui consacrent ces droits aux niveaux mondial¹²⁹ et régionaux¹³⁰ ou font de leur respect une clause de conditionnalité dans des accords de coopération¹³¹. À ces conventions par lesquelles les États s'engagent librement à respecter des droits fondamentaux, s'ajoutent les obligations du *ius cogens* auxquelles ils ne sauraient déroger¹³², qui s'imposent à eux sans que leur consentement soit nécessaire, dont la Cour internationale de justice sanctionne la violation dans les litiges que les États que lui soumettent les États (M. Á. Martín Lopez). Certaines d'entre elles sont des obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble, car « *tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt à ce que ces droits soient protégés* » : de telles « *obligations erga omnes* » résultent « *de la mise hors la loi des actes d'agression et de génocides, mais aussi des principes et des règles concernant les droits*

128 Sur ces phénomènes : O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Pedone, 2004.

129 Trois branches du droit international ont été considérablement enrichies : le droit humanitaire protégeant les combattants défaits, les non-combattants (Convention de La Haye, 1899 et 1907), et les victimes de guerre (Conventions de Genève, 1949). Après la Seconde Guerre mondiale, une Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) est adoptée sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies constituée pour empêcher que ne se reproduisent les carnages des deux conflits mondiaux. Ces droits sont protégés par six Conventions de base des Nations Unies. Il s'agit de deux Pactes relatifs aux droits de l'homme (1966), deux Conventions sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciale et à l'égard des femmes, une convention contre la torture et une convention sur les droits de l'enfant. De nouvelles atteintes à l'ordre public international ont été pénalisées.

130 Au niveau régional, en Europe occidentale, les États qui avaient été à l'épicentre de la Seconde Guerre mondiale décidèrent (Traité de Londres, 5 mai 1949) de constituer une organisation internationale – le Conseil de l'Europe – en vue de sauvegarder les droits de l'homme et les libertés fondamentales, qui a élaboré la Convention européenne des droits de l'homme (4 novembre 1950), qui a été complétée par d'importants protocoles. Selon les mêmes principes, des conventions régionales de sauvegarde des droits de l'homme ont été mises en œuvre en Amérique latine (1969) et en Afrique (1998). Enfin, l'Union européenne s'est elle aussi dotée d'une Charte des droits fondamentaux.

131 Ces clauses sont admises par la CJCE : CJCE, 3 décembre 1996, *Portugal c/ Conseil* (aff. C-268/94, Rec. I-6177).

132 Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur la codification du droit des traités, art. 53 : « *Est nul tout traité, qui au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme du droit impératif général. Aux fins de la présente convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international général ayant le même caractère* ».

fondamentaux de la personne humaine »¹³³. Il se traduit également par la création d'organes habilités à en sanctionner la violation non seulement par les États, mais aussi par les individus. Il incombe ainsi à un organe politique, le Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations Unies, « *en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'actes d'agression* »¹³⁴ de prendre des sanctions. Dans ce cadre, il lui revient de prévenir ou d'arrêter les violations massives des droits de l'homme prenant le caractère de crimes de guerre, de génocide, de crimes contre l'humanité, de torture, d'esclavage et plus largement de traitements cruels, inhumains et dégradants. Confronté depuis la fin de la Guerre Froide à des guerres civiles, il a élargi sa conception des opérations de maintien de la paix en les associant à des opérations humanitaires et à des dispositifs de lutte contre l'impunité¹³⁵. Un droit de l'assistance humanitaire a commencé à être forgé¹³⁶, qui, dans le respect de la souveraineté de l'État – c'est-à-dire avec son consentement –, permet, d'apporter une aide – nourriture, médicaments, soins médicaux – aux victimes de situations d'urgence, s'il est défaillant¹³⁷. Alors que les sanctions prises par le Conseil de Sécurité concernaient seulement les États, elles visent désormais également les individus dont les activités, politiques, économiques ou financières, menacent la paix et la sécurité, notamment pour lutter contre le terrorisme (L. Dumoulin). Rendue possible par l'effondrement du communisme et le recul des conflits idéologiques Est/Ouest, la mondialisation de la protection des droits de l'homme s'est traduite par la création d'une justice pénale internationale indispensable au fondement d'un État de droit universel et à la sauvegarde de l'ordre juridique international¹³⁸. Après avoir pris la forme de tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, créés par le Conseil de Sécurité¹³⁹ pour juger les violations du droit international humanitaire en Yougoslavie

133 CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction*. On notera que le TPIY a retenu l'interdiction de la torture comme « *une norme impérative ou jus cogens* » dans l'arrêt du 10 décembre 1998, *Furundzija*, § 144 et s.

134 Charte des Nations Unies, art. 5.

135 Sur la sophistication de ces systèmes de sanctions dans les conflits intra-étatiques récents : F. BUSSY et Y. POIRMEUR, *op. cit.* (n. 109), p. 189-190.

136 La CIJ y a contribué par son arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* en affirmant que « *la fourniture d'une aide strictement humanitaire à des personnes ou à des forces se trouvant dans un autre pays [...] ne saurait être considérée comme une activité illicite* » (§ 242).

137 Trois résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies en posent les bases : la résolution 43/131 du 8 décembre 1988 sur « *l'assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre* » ; la résolution 45/100 du 14 décembre 1990 sur les « *couloirs d'urgence humanitaire* » et la résolution 46/182 du 19 décembre 1991 sur le « *renforcement de la coordination de l'aide d'urgence de l'ONU* ».

138 Sa première manifestation a été les tribunaux militaires *ad hoc* de Nuremberg (1945) et de Tokyo (1946), pour juger les crimes internationaux graves commis par les dirigeants allemands et japonais pendant la Seconde Guerre mondiale.

139 Charte des Nations Unies, art. 41.

(TPIY, 1993) et le génocide au Rwanda (TPIR, 1994), elle a récemment pris la forme ambitieuse (Convention de Rome, 1998) d'une juridiction permanente, la Cour pénale internationale, habilitée, lorsque les États n'exercent pas leur compétence universelle pour en connaître, à juger les auteurs de certains crimes internationaux bénéficiant d'une impunité dans leurs pays¹⁴⁰. Par ailleurs, au niveau régional, trois Cours ont été instituées – la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour africaine des droits de l'homme – pour sanctionner les violations par les États qui y sont parties des droits que les conventions régionales de sauvegarde des droits de l'homme garantissent. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne permet à la Cour de justice de l'Union européenne – qui le faisait d'ailleurs antérieurement en invoquant des principes généraux du droit communautaire –, de contrôler la validité de dispositions du droit européen où de mesures prises dans son champ d'application en vérifiant qu'elles n'y portent pas atteinte (L. Dumoulin). Si cette évolution procure aux droits fondamentaux tout à la fois des supports juridiques qui leur confèrent, en principe, une valeur juridique supérieure dans la hiérarchie des normes et des juridictions nombreuses, tant nationales qu'internationales, pour en sanctionner les violations, cette amélioration considérable du système de protection comporte trois limites d'importance. La première tient à ce que les droits fondamentaux n'ont pas la même justiciabilité, selon qu'il s'agit de droits civils et politiques, relevant de la première génération des droits de l'homme, ou des droits sociaux, appartenant à seconde (A) ; la seconde, résulte de la discontinuité des ordres juridiques qui a pour conséquence que les droits sont à effectivité variable (B) ; enfin, la troisième, structurelle, provient de la nécessité d'arbitrer entre les droits fondamentaux lorsqu'ils se contrarient, avec pour conséquence qu'ils sont de portée variable et que l'arbitrage est le plus souvent défavorable aux droits sociaux (C).

A. Les droits fondamentaux au prisme de leur justiciabilité

Prolongeant la différence des axiologies libérale et néolibérale d'une part et interventionnistes d'autre part, les droits qui relèvent de chacune d'elles ne sont pas placés sous le même régime juridique, aussi bien en droit international qu'en droit interne. Bien qu'insérés dans des normes juridiques de valeur supérieure – constitution, traités internationaux –, parfois dans

¹⁴⁰ Sur l'activité de la CPI : Y. POIRMEUR, « Les petits pas de la CPI contre l'impunité », in J. LAROCHE (dir.), *Passage au crible de la scène mondiale*, L'Harmattan, 2010, p. 70 et s.

le même support, les droits sociaux sont classiquement considérés par la doctrine comme n'étant pas directement applicables en raison des termes trop vagues et trop généraux dans lesquels ils sont formulés et de la nécessité d'une intervention positive de l'État – un programme d'action – pour parvenir au résultat voulu alors que les droits civils et politiques, dits de première génération, exigent seulement de l'État une abstention d'agir. Dans ces conditions, décider judiciairement de la mise en application d'un droit créance a été analysé par la doctrine comme susceptible de contrevenir au principe de la séparation des pouvoirs, notamment en raison de ses implications financières et budgétaires, et irréaliste compte tenu des dispositifs administratifs complexes à concevoir¹⁴¹. D'où la « *présomption d'injusticiabilité* »¹⁴² de ces droits, qui restent dans les limbes juridiques, tant que les pouvoirs compétents n'ont pas décidé de les rendre effectifs¹⁴³. On retrouve cette différence de traitement, accentuée encore du fait de « *l'hétérogénéité politique, idéologique, culturelle, économique, sociale des entités composant la société internationale* » en droit international des droits de l'homme, où « *non seulement les priorités ne sont pas les mêmes d'un État à l'autre (ici les atteintes à la liberté, là les conditions de vie dégradantes dues à la misère), mais (où) surtout les systèmes de valeurs sur lesquels reposent les communautés étatiques sont trop différents pour que les notions de 'liberté' ou de 'sécurité' (au sens large) soient comprises de manière identique partout dans le monde* »¹⁴⁴. Sans surprise, les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux ne bénéficient donc pas des mêmes mécanismes de contrôle et de protection¹⁴⁵, ni de la même portée dans les divers ordres juridiques où leur justiciabilité varie¹⁴⁶. Il

141 Sur la construction de ces distinctions doctrinales entre dispositions du préambule de la Constitution de 1946 : Y. POIRMEUR, *op. cit.*

142 D. ROMAN, « Introduction », in D. ROMAN (dir.), *op. cit.* (n. 1).

143 Selon C. GREWE, « aucune constitution » reconnaissant des droits économiques et sociaux « ne permet aux justiciables de se plaindre devant un juge national au seul vu du texte constitutionnel ; autrement dit, les droits économiques et sociaux ne sont pas des droits subjectifs, ils ne sont pas directement applicables » (« La prise en compte des droits économiques et sociaux par les constitutions européennes », *Revue des affaires sociales*, 1996, n° 4).

144 F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2003, p. 51.

145 Le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels comporte des dispositions trop vagues pour être invoquées directement devant la juridiction administrative française : CE, 5 mars 1999, *Rouquette*.

146 Cependant en droit international, les droits inscrits dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels sont invocables dans les litiges entre États devant la Cour internationale de justice : en effet, ans son avis sur la construction du mur séparant les territoires israéliens et palestiniens, la CIJ a estimé que « la construction du mur [...] entrave [...] l'exercice par les intéressés des droits au travail, à la santé, à l'éducation et à un niveau de vie suffisant tel que proclamés » par le pacte (§ 133-134) et sans que soient réunies les exigences que son article 4 impose à toutes limitations notamment le fait qu'elles doivent viser « exclusivement » à « favoriser le bien-être général dans une société démocratique » (§ 136). Sur l'importance de cette reconnaissance de l'article 11 dans

en va également ainsi du droit européen des droits de l'homme¹⁴⁷, où la mise en mouvement du mécanisme de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme permet à la marge, notamment par le biais du respect du droit à un procès équitable, de protéger certains droits sociaux. La justiciabilité différentielle des droits fondamentaux dans les ordres juridiques internationaux, régionaux et nationaux, et dans chacun d'eux des libertés économiques et des droits sociaux, induit des discontinuités entre eux aux conséquences diversifiées sur le respect et la portée de ces droits.

B. Les droits fondamentaux à l'épreuve de la discontinuité des ordres juridiques

La tradition est longue des juridictions nationales et internationales, qui dans les moments de félicité créative où elles font preuve d'audace, utilisent toutes les ressources offertes par les sources pour réduire les discontinuités entre les ordres normatifs. De l'invention des principes généraux du droit par le Conseil d'État pour activer une Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dépourvue de valeur juridique tant qu'elle n'a pas été incorporée dans le préambule de la Constitution de 1946, à leur mobilisation par la Cour de justice des communautés européennes pour assurer la garantie dans l'ordre communautaire des droits de l'homme garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, en passant par l'identification par la CIJ de normes impératives du droit international (M. Á. Martín Lopez) et par l'utilisation par le juge judiciaire de l'effet horizontal de cette même Convention pour en appliquer certaines dispositions à la liberté contractuelle (N. Bareit), c'est grâce à un riche arsenal jurisprudentiel de micro-procédés juridiques que les juridictions contournent peu à peu les obstacles de la discontinuité des ordres normatifs. Comme ces discontinuités recouvrent généralement des discontinuités politiquement consacrées entre des référentiels de protection des droits fondamentaux, leur dépassement jurisprudentiel peut avoir de fortes incidences non seulement sur la définition

la justiciabilité d'un droit international de l'alimentation : C. NIVARD, « Le droit de l'alimentation », in D. ROMAN (dir.), *op. cit.* (n. 1), p. 248.

147 La Charte sociale européenne (18 octobre 1961) oblige les parties contractantes à adresser tous les deux ans un rapport sur son application à un comité d'experts (Comité européen des droits sociaux) dont les conclusions sont, après filtrage, présentées au Comité des ministres du Conseil de l'Europe ; un système de réclamations collectives devant le Comité européen des droits sociaux est ouvert aux seules organisations de travailleurs et d'employeurs permet de dénoncer la non-conformité de dispositions nationales à la Charte, et donne lieu à la formulation d'un rapport consultatif, transmis au Comité des ministres qui peut, en cas de non conformité adopter une résolution invitant l'État à modifier sa législation.

et la portée des droits garantis, mais aussi sur leur effectivité (K. Garcia¹⁴⁸). Ainsi, en renonçant à leur nationalisme juridique à l'égard du droit communautaire – avant que ne soient constitutionnalisés par la France ses rapports avec l'Union européenne¹⁴⁹ confortant la totale intégration du droit européen au droit interne¹⁵⁰ – et, dans une moindre mesure, du droit international¹⁵¹, la Cour de cassation d'abord, le Conseil d'État¹⁵² ensuite ont provoqué la reconfiguration de nombreux dispositifs d'attribution de droits sociaux¹⁵³, et sous l'effet de la jurisprudence antiprotectionniste de la CJUE (F. Riem)¹⁵⁴ laissé se développer un « *dumping social* » qui pousse les États dont le droit du travail et la législation sociale sont les plus avancées à grignoter peu à peu les protections accordées pour restaurer leur compétitivité. Inversement en introduisant une discontinuité entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique de l'Union européenne, la CJUE a dans l'arrêt *Kadi*¹⁵⁵ protégé des droits fondamentaux en matière de lutte contre le terrorisme à l'égard desquels l'ordre juridique international était insensible. Cet effort d'articulation des droits réalisé en ordre dispersé, par les autorités normatives des différents ordres juridiques et/ou leurs juridictions, est encore très loin d'avoir abouti à leur intégration dans un système cohérent de protection des droits de l'homme. Le diagnostic est souvent sévère, à l'égard de ces processus d'articulation partiels qui tournent plutôt, comme c'est le cas dans l'Union européenne, à l'avantage des libertés économiques. Provoquant ainsi des transferts de pouvoirs aux acteurs économiques, ils laissent s'étendre la régulation privée d'inspiration néolibérale des espaces économiques mondialisés et ne procurent pas d'instruments pour la domestiquer en lui imposant d'autres logiques. M. Delmas-Marty constate le désolant spectacle de « *ce jeu de règles éparses, peu accessibles et incertaines* » qui « *désorganise l'ordre interne et perturbe les règles traditionnelles des conflits de lois sans leur substituer la cohérence d'un véritable ordre international* »¹⁵⁶. Et V. Champeil-Desplat que

148 La reconnaissance des droits fondamentaux des personnes morales par la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas sans incidence sur ceux des personnes physiques, même si le juge prend soin dans sa jurisprudence constructive, d'en doser soigneusement la portée. Sur la reconnaissance de ces droits fondamentaux aux partis politiques : Y. POIRMEUR et D. ROSENBERG, *Droit européen des partis politiques*, Ellipses, 2007.

149 Constitution, Titre XV, art. 88-1.

150 Conseil Constitutionnel, 10 janvier 2004, déc. n° 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, considérant 7 ; CE, 8 février 2007, *Société Arcelor et autres*.

151 CE, 23 avril 1997, *Gisti* ; CE, 6 juin 1997, *Aquarone* ; CE, 3 novembre 1999, *Groupeement de défense des porteurs de titres russes* ; CE, 3 décembre 2001, *Syndical national de l'industrie pharmaceutique*.

152 Sur ces mutations jurisprudentielles : F. BUSSY et Y. POIRMEUR, *op. cit.*, p. 119-120.

153 Notamment l'extension aux hommes de droits qui n'étaient attribués qu'aux femmes.

154 Les affaires *Viking* et *Laval* sont topiques de cette mise en concurrence très défavorable aux mécanismes de protection sociale avancés.

155 CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi*.

156 M. DELMAS-MARTY, préface citée, *op. cit.* (n. 121), p. 8.

« ce sont avant tout les ordres juridiques supranationaux visant à libéraliser les échanges économiques qui consacrent avec générosité la fundamentalité des libertés économiques »¹⁵⁷. Quant au traitement « différentiel des illégalismes »¹⁵⁸, relevé par M. Foucault, il est redoublé par leur géométrie variable résultant de la discontinuité persistante des ordres juridiques : les acteurs internationaux peuvent ainsi se jouer des différences de législation d'un pays à l'autre, et a un niveau plus élevé des différences d'interprétations des droits fondamentaux d'une région du monde à l'autre.

C. Les droits fondamentaux à l'épreuve des arbitrages et des interprétations

L'invocation d'un droit fondamental n'offre d'intérêt que si sa conciliation avec d'autres droits ne le vide pas de sa substance ou ne réduit pas excessivement sa portée. À cet égard, la façon de les interpréter est essentielle, une fois admis qu'ils relèvent bien du droit positif et n'ont pas seulement un caractère seulement déclaratoire ou programmatique. La question de leur arbitrage – tout comme celle de l'établissement de continuités ou de discontinuités entre les ordres juridique – est éminemment politique. Les différentes contributions montrent que les juridictions la tranchent prudemment¹⁵⁹, exposées qu'elles sont à l'accusation de suivre la pente glissante du « gouvernement des juges »¹⁶⁰. Elles sont aussi soucieuses lorsqu'elles se lancent dans des jurisprudences constructives de ne pas être débordées par des innovations dont elles n'auraient pas mesuré la portée (K. Garcia). D'où aussi le recours à des techniques de contrôle extrêmement sophistiquées – contrôle de proportionnalité, contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation – qui permettent au juge de tenir compte de paramètres diversifiés et de procéder au cas par cas¹⁶¹.

Quoi qu'il en soit, l'arbitrage des libertés économiques et d'autres droits fondamentaux tourne souvent à l'avantage des premières. C'est vrai en droit

157 V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Droits de l'homme et libertés économiques : éléments de problématique », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011.

158 Sur l'évolution de « l'économie des châtimets » et l'évolution de la pénalité au XVIII^e siècle et la sévérité de la justice à l'égard des pauvres qui prend « des allures bourgeoises de justice de classe » : M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, voll. « Tel », 1995, p. 89-93.

159 Les mots qui reviennent ainsi le plus fréquemment pour caractériser l'attitude du juge européen dans la contribution de N. BAREIT sont prudence, réserve, scrupules. Il souligne aussi que la Cour de Strasbourg préfère se placer sur le terrain de la violation des droits procéduraux, plutôt que de se prononcer sur la résolution du conflit entre les droits substantiels qui lui est soumis.

160 Sur ce reproche classique : S. BRONDEL *et alii*, *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001.

161 L'une des conséquences lourdes de cette sophistication est la difficulté qu'a la doctrine à dégager clairement les règles d'une jurisprudence d'espèces.

international, où F. Collart Dutilleul le constate à propos du droit à l'alimentation : si tous devraient être traités sur un pied d'égalité, « *concrètement tous ne se valent pas* ». C'est vrai en droit constitutionnel¹⁶², où la sollicitude du Conseil constitutionnel n'est pas la même pour les libertés individuelles ou collectives de type classique¹⁶³ et les droits sociaux¹⁶⁴, et où la conciliation des droits qu'il réalise au cas par cas – sans instaurer de hiérarchie entre normes de valeur constitutionnelle¹⁶⁵ – confine parfois à l'absurde¹⁶⁶. C'est aussi vrai en droit européen où, comme l'écrit F. Riem, les « *libertés économiques [...]*

162 Pour une analyse : Y. POIRMEUR, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », in G. DRAGO, B. FRANÇOIS et N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999.

163 Un grand nombre de principes sont à protection variable : il en va ainsi de la liberté d'entreprendre qui, aux termes de la décision 82-141 DC, n'est « *ni générale, ni absolue* ». Le législateur peut donc lui apporter des « *limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles* » et exercer un contrôle de proportionnalité des atteintes (CC, déc. 2000-433 DC).

164 Selon X. PRÉTOT, lorsqu'il s'agit de principes classiques, « *la compétence du législateur est étroitement liée sous réserve pour l'essentiel des nécessités tirées de la conciliation avec d'autres principes d'égale valeur* ». « *Lorsque le principe se rapporte au contraire à un vrai droit social, à un droit créance, le Conseil constitutionnel, s'il en reconnaît le caractère éminent sur le fondement du Préambule de 1946, n'en admet pas moins, quant à sa mise en œuvre, un large pouvoir d'appréciation au parlement et au gouvernement dans l'exercice de leurs compétences respectives* » (X. PRÉTOT, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Droit social*, 1991, p. 187).

165 Certains principes n'en ont pas moins davantage d'importance que d'autres : B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de 'principes matriciels' en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, chron. p. 211 et s.

166 À propos du droit à la santé : A.-M. LE BOS-LE POURHIET (« À propos de la bioéthique : la démocratie selon Ponce-Pilate », *Pouvoirs*, n° 59, 1991) explique que « *Sous prétexte par exemple que deux droits ou deux libertés sont mentionnés dans un même texte (conventionnel, constitutionnel ou simplement législatif) on en déduit curieusement qu'ils ont la même valeur même valeur, et, rigueur et logique juridiques obligent, qu'ils doivent être conciliés. On ne se demande pas si, éventuellement, l'un de ces droits n'aurait pas une valeur morale ou sociale éminemment supérieure à l'autre, méritant que ce dernier soit sacrifié. Ainsi, si la liberté d'entreprendre est consacrée par la jurisprudence constitutionnelle, elle a forcément la 'même valeur' que la protection de la santé, elle-même inscrite dans le préambule de la Constitution. On arguera donc devant le Conseil constitutionnel que l'interdiction de la propagande et de la publicité en faveur de l'alcool ou du tabac porte au droit de propriété une atteinte qui en 'dénature la portée'. Et comme à des questions idiotes on est souvent contraint de répondre aussi sottement, le Conseil constitutionnel explique en retour que le principe constitutionnel de protection de la santé est correctement concilié avec le non moins constitutionnel droit de propriété, car le législateur s'est 'borné' à limiter la publicité sans la prohiber totalement [...]. Voilà qui réjouira le complexe militaro industriel : à quand la 'conciliation' jurisprudentielle entre le droit à la paix et la liberté d'entreprendre des marchands de canons ? La libre entreprise et le droit d'embaucher avaient également été invoqués de la sorte lors des débats parlementaires précédant la loi d'interdiction du travail des enfants. Ne serait-il pas plus franc d'admettre une fois pour toute qu'à l'intérieur d'un même texte ou d'un même corpus de normes, il peut y avoir des dispositions d'inégale valeur, et qu'il n'y a pas de 'droits de', ni de 'droits à' qui tiennent face à la protection de la santé, de la vie et de la dignité humaine ? Mais il reste à savoir s'il appartient au juge de porter de tels jugements de valeur* ». Le même reproche vaut pour la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : F. RIEM observant que « *tout se vaut dans le droit néolibéral : la liberté d'entreprise (art. 16) y côtoie le droit d'action collective (art. 28)* » et que la « *rhétorique des droits fondamentaux conduit au nivellement des valeurs, à l'abolition de toute hiérarchie entre elles* ».

jouent le rôle d'un 'filtre' et 'tamisent' les droits fondamentaux pour ne laisser passer que ceux qui apparaissent nécessaires ou compatibles avec l'intégration économique ».

La fundamentalité d'un droit ne lui conférant aucun caractère absolu, c'est la façon dont le juge le concilie avec d'autres droits du même genre ou des exigences d'intérêt général, qui détermine le niveau de protection que ce droit reçoit à un moment donné. Et comme son interprétation est non seulement tributaire de ses propres croyances et intérêts – comme l'a montré E. Lambert dans son étude pionnière sur la lutte de la judicature américaine contre la législation sociale au début du XX^e siècle¹⁶⁷ – mais aussi de l'état des rapports de forces politiques¹⁶⁸, de la conjoncture idéologique et plus généralement de la situation¹⁶⁹ dans laquelle il la produit¹⁷⁰, les garanties offertes par la caractérisation d'un droit comme fondamental peuvent paraître assez minces, en tout cas décevantes, pour tous ceux qui ne hiérarchisent pas les valeurs de la même façon que le juge et voient donc la « rhétorique des droits fondamentaux » sinon, à la manière de Marx, comme une sorte de supercherie¹⁷¹, du moins comme reposant

- 167** E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois* [1921], Dalloz, 2005. Il explique que « le jour où la judicature française aurait conquis à son tour le contrôle de la constitutionnalité des lois, elle retrouverait dans notre Déclaration des droits toutes les pièces constitutives de l'instrument à quatre cordes que j'ai décrit sous le nom de due process of law et qui a servi aux juridictions américaines à plier les législatures sous leur suprématie. Le même jeu subreptice et patient des décisions constitutionnelles qui a permis à la jurisprudence américaine entre 1883 et 1900 d'enserrer la législation dans un réseau chaque jour plus dense de limitations constitutionnelles permettrait sans doute à la nôtre d'arriver dans le même délai à ligoter aussi solidement le législateur français. Les masses ouvrières, d'abord indifférentes à ce travail d'apparence trop technique de l'interprétation constitutionnelle et rassurées d'ailleurs sur sa destination par les étiquettes flamboyantes - constitution, déclaration des droits, droit naturel, loi fondamentale du pays- collées sur le mur de clôture du chantier judiciaire, ne commenceraient sans doute, comme en Amérique, à s'émouvoir sérieusement de la gêne apportée à leur propagande réformatrice par le barrage constitutionnel édifié derrière la palissade de droit naturel, qu'au moment où ce barrage serait déjà arrivé à un degré de consolidation assez avancé pour résister même à une poussée semblable à celle qui s'est exercée aux États-Unis pendant la seconde décennie du XX^e siècle, sous la forme de l'agitation en faveur du recall. » (p. 227-228).
- 168** D. ROSENBERG a indiqué au cours de la table ronde que la prudence de la CIJ vis-à-vis du *jus cogens* devait aussi se comprendre sous ce rapport.
- 169** Ainsi dans les conjonctures de stress de guerre contre le terrorisme, après les attentats du 11 septembre, la pondération judiciaire accorda un poids considérable aux considérations sécuritaires au détriment des libertés : M. ROSENFELD, « La pondération judiciaire en temps de stress : une perspective constitutionnelle comparative », in H. LAURENS et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Terrorismes. Histoire et droit*, CNRS-Éditions, 2010, p. 219 et s.
- 170** La lecture des arrêts de la Cour de Strasbourg révèle qu'elle s'appuie sur de nombreux éléments de *soft law* (lignes directrices et recommandations élaborées par le Conseil de l'Europe, souvent sur la base d'enquête de droit comparé réalisés dans les pays membres) pour se prononcer sur la conventionnalité des ingérences qui lui sont soumises.
- 171** L'idéal du droit proclamé étant loin d'être atteint, ce désenchantement peut conduire à cette conclusion pessimiste. D'ailleurs, le procédé consistant à affirmer la fundamentalité d'un droit finalement assorti d'importantes restrictions décidées au fil du temps par la jurisprudence n'est

sur une « *conception délétère des droits de l'homme* »¹⁷² qui en « *faisant réagir les droits les uns sur les autres, les fait jouer les uns contre les autres* »¹⁷³. Faire de certains droits des droits fondamentaux et les placer au sommet de la hiérarchie des normes juridiques est, quoi qu'il en soit, un procédé à lui seul insuffisant pour en assurer l'effectivité. Ce diagnostic largement partagé a conduit à explorer quels mécanismes permettraient de l'atteindre dans le cas de droits aussi élémentaires que vitaux, comme le droit à l'alimentation, c'est-à-dire des droits à compatibilité négative.

III. ENQUÊTES SUR LE RENFORCEMENT DE L'EFFECTIVITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX À COMPATIBILITÉ NÉGATIVE

Comme le montre F. Collart Dutilleul en prenant le droit à l'alimentation comme analyseur de l'effectivité des droits fondamentaux à compatibilité négative, c'est bien l'axiologie néolibérale qui désormais domine les dispositifs de protections. L'identification des prérogatives dont ce *droit vide* a été progressivement doté en révèle la prégnance. Le travail de définition et de clarification de la notion et du contenu *a priori* multiforme du droit à l'alimentation effectué dans différentes instances internationales¹⁷⁴ qui lui a donné d'abord ses contours et sa consistance en distinguant les différentes dimensions qu'ils comporte¹⁷⁵ – « *respecter, protéger et réaliser* » – et en les

pas sans rappeler « l'astuce » consistant à garantir l'entière liberté et d'abandonner leur application – les *détails* – « à l'application de lois subséquentes », dénoncée par K. MARX à propos des droits toujours garantis sous réserve d'exceptions qui leur enlève au gré du pouvoir toute portée. Il conclut au caractère « *charlatanesque de cette constitution* » (p. 164) dans laquelle il voit « *d'un bout à l'autre un tissu de belles paroles qui cachent un dessein infiniment perfide* » (p. 162). In « La constitution de la république française adoptée le 4 novembre 1848 », in K. MARX, *Les luttes de classes en France*, Folio, 2007, p. 151 et s.

172 A.-M. LE BOS-LE POURHIET, *op. cit.* (n. 166), p. 160.

173 Y. POIRMEUR, *op. cit.*, p. 327.

174 Ces facettes de la construction du droit à l'alimentation comme droit de l'homme et la distinction trinitaire ont pour origine le rapport du 7 juillet 1987 d'Abjorn Eine, rapporteur de la sous-commission sur le droit à l'alimentation suffisante : C. NIVARD, art. cit. (n. 146), p. 246 ; J. ZIEGLER, « Rapport préliminaire sur le droit à l'alimentation », in J. ZIEGLER, *op. cit.* (n. 100), p. 68 et s.

175 Sur les différents aspects du besoin d'eau et la difficulté du droit à les protéger tous : N. BELAÏDI, « L'eau un enjeu de justice environnementale », in G. SCHNEIDER-MADANES (dir.), *L'eau mondialisée. La gouvernance en question*, La Découverte, 2010, p. 359. L'auteur note que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies (observation n° 15, Droit à l'eau, 29^e session du 11 au 29 septembre 2002, Genève, doc. E/C. 12/2002/11) ne fait référence qu'à la quantité d'eau nécessaire pour assurer les usages personnel et domestique (consommation, assainissement individuel, lavage du linge, préparation des aliments, hygiène personnelle et domestique) « sans qu'entre en considération l'origine de cette eau ».

rattachant à des référentiels différents de protection des droits de l'homme par l'État – des abstentions¹⁷⁶, de la réglementation et de la police des marchés¹⁷⁷, des obligations positives¹⁷⁸, comme la fourniture d'alimentation relevant de programmes d'aides¹⁷⁹, aboutit finalement – en dehors même du fait qu'il est comme en tant que droit social « assorti de certaines réserves »¹⁸⁰ à ce qu'il soit « principalement mis en œuvre par le fonctionnement même du marché, en ce que celui-ci conduit par sa conception et sa fonction à la sécurité alimentaire. En tant que de besoin et dans la mesure où le marché n'atteint pas totalement son objectif, la mise en œuvre du droit à l'alimentation est complétée par une aide alimentaire publique »¹⁸¹.

À côté des solutions idéales qui consisteraient à construire une hypothétique *souveraineté transcendante*¹⁸², à constituer une *citoyenneté de la multitude*¹⁸³ ou encore, plus modestement, à bâtir un *ordre juridique international économique*, qui, sous la forme d'un « accord multilatéral de droit interna-

176 S'abstenir de couper l'accès à l'alimentation (qu'illustre l'avis de la CIJ dans l'affaire de la construction du mur en territoire palestinien).

177 Empêcher que des entreprises ou des particuliers privent les individus de l'accès à une nourriture suffisante.

178 Ces obligations en droit européen des droits de l'homme visent à « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs » (CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, § 24-26).

179 Notamment « distribuer des vivres ».

180 Dans son rapport J. ZIEGLER précise que « conformément au paragraphe 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : chacun des États parties [...] s'engage à agir [...] au maximum de ses ressources disponibles (en vue d'assurer) progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent pacte par tous les moyens appropriés... ». Selon lui « cela signifie que l'on n'attend pas d'un pays pauvre qu'il assure immédiatement les mêmes prestations qu'un pays riche. Toutefois, même le pays le plus pauvre est tenu d'assurer le maximum de ressources dont il dispose, et au moins, la satisfaction de l'essentiel des droits économiques sociaux et culturels. La notion de réalisation progressive ne peut être invoquée pour justifier la persistance de l'injustice et de l'inégalité. Elle exige des États qu'ils veillent à améliorer constamment la capacité de chacun à se nourrir et à éliminer la faim. Cela implique aussi le 'principe de non-régression', selon lequel l'État ne doit pas adopter de politiques régressives susceptibles d'entraîner une détérioration de l'accès à l'alimentation. Ce que peuvent faire les États, c'est adopter un plan d'action assorti d'objectifs concrets et de délais précis et suivre les progrès accomplis au fil du temps afin de mesurer la réalisation progressive » (*op. cit.* [n. 100], p. 73-74).

181 Pour des illustrations d'effets destructeurs de cette priorité donnée aux marchés : E. WAGENHOFER et Max ANNAS, *Le marché de la faim*, Babel, 2007 ; pour des exemples des effets de l'accord OMC sur l'agriculture : J. ZIEGLER, *op. cit.* (n. 100), chap. 5, « Commerce international et droit à l'alimentation », p. 105 et s.

182 C.-A. MICHALET, « Souveraineté nationale et mondialisation », in J. LAROCHE (dir.), *op. cit.* (n. 140), p. 40.

183 Pour M. HARTD et A. NEGRI, la multitude est devenue « la chair même de la production post-moderne » (*Multitude*, La Découverte, 2004, p. 127). Elle est le résultat de l'exigence imposée par le capitalisme « d'une mobilité croissante de la main d'œuvre et des migrations continuelle à travers les frontières. [...] Partant l'exigence politique est que le fait existant de la production capitaliste soit reconnu juridiquement, et que tous les travailleurs obtiennent des droits de citoyenneté à part entière. Dans les faits, cette exigence politique insiste, dans la postmodernité, sur le principe constitutionnel moderne et fondamental qui lie le droit au travail et récompense par la citoyenneté le travailleur qui crée du capital » (M. HART et A. NEGRI, *Empire*, Exils, 2000, p. 481). La multitude sera le sujet de

tional public »¹⁸⁴ adopté par les États, poserait une *lex economica*, plusieurs suggestions ont été faites pour donner davantage d'effectivité à ce droit si fondamental à l'alimentation, comme celle d'en faire une composante de l'ordre public (J.-B. Racine), mais il s'agit d'un concept ambivalent servant aussi bien à protéger les libertés qu'à les limiter ; de hiérarchiser les droits fondamentaux, en distinguant les besoins vitaux de ceux qui ne le sont pas (J.-B. Racine), mais on sait la fragilité anthropologique de la classification des besoins¹⁸⁵ ; de distinguer, en s'inspirant des travaux de Samuelson, des catégories de biens en les soumettant à des régimes différents – biens individualisables / biens collectifs, biens appropriables / biens non appropriables¹⁸⁶ ; d'utiliser le concept de dignité pour accorder une priorité aux droits fondamentaux des individus sur ceux des personnes morales (K. Garcia) ; de le protéger en recourant aux droits des groupes, le droit des peuples, et naturellement à celui des peuples autochtones ; enfin d'en faire clairement une norme du jus cogens. La richesse de ces ressources normatives mobilisables, même si toutes ne sont sans doute pas pertinentes, indique que le droit à l'alimentation peut avoir des fondements diversifiés¹⁸⁷. Mais c'est – au-delà du constat réaliste d'Alain Bernard que finalement « *la solution, pour les dominés, reste, encore et toujours, la sédition* » – l'idée avancée par H. Muir Watt qui paraît la plus prometteuse : celle de la « *politisation du droit international privé dans la gouvernance globale* ». En effet, comme la réussite du néolibéralisme repose sur l'élimination du politique de la régulation d'un ensemble d'espaces économiques mondialisés livrée aux seuls intérêts économiques¹⁸⁸, à leurs fidèles

la citoyenneté mondiale. Elle sera « *la chair vivante qui se gouverne elle-même [...] le seul sujet social capable de réaliser la démocratie, c'est-à-dire le gouvernement de tous par tous* » (p. 126).

- 184** W. ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'écllosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », *Revue internationale de droit économique*, n° 2, 2001, p. 161 et s.
- 185** Ainsi B. K. MALINOWSKI a-t-il voulu dégager de l'étude de la nature humaine une liste de besoins dont il a doublé la détermination plus ou moins arbitraire d'un classement peu convaincant, dont chaque culture assure le traitement par des institutions économiques, politiques, juridiques, éducatives. Le fonctionnalisme assis sur la manière de répondre à ces besoins (fonctionnalité/dys-fonctionnalités) a pour inconvénient majeur sa circularité. B. K. MALINOWSKI, *Une théorie scientifique de la culture* [1944], Payot, 1970.
- 186** Sur la proposition de la Norvège de faire de la sécurité alimentaire et de l'agriculture un bien public, pour justifier « *un seuil minimum de production agricole interne en Norvège pour garantir une autosuffisance partielle (50 %) parallèlement aux échanges commerciaux* » et sur celle de pays en développement demandant pour que soit créée une « *catégorie sécurité alimentaire* » (consubstantielle de la sécurité nationale) au titre laquelle une exonération leur permettrait de protéger leur produits alimentaires de base : J. ZIEGLER, *op. cit.* (n. 100), p. 116-117.
- 187** Comme il conditionne l'existence même des individus, comme le droit à l'eau, – le droit à la vie donc – il ne saurait être considéré seulement comme un droit économique et social et relève aussi des droits civils et politiques.
- 188** M. DELMAS-MARTY estime qu'ont été transférées aux acteurs économiques des compétences quasi législatives : *in* « Préface » citée, *op. cit.* (n. 121), p. 8 ; C.-A. MICHALET estime quant à lui que le mouvement de globalisation aboutira à ce que « *la régulation du système mondial au*

experts¹⁸⁹, aux arbitres qu'ils choisissent, il faut logiquement l'y réintroduire pour le combattre. Pluraliser par d'autres intérêts¹⁹⁰ que ceux des acteurs économiques les instances transnationales de régulation et leurs arènes d'expertises ; rendre de l'autonomie aux juges et aux arbitres vis-à-vis des intérêts économiques et du seul souci de l'efficacité des marchés en leur présentant des argumentations juridiques diversifiées, sensibles aux considérations humaines, soucieuses de la vulnérabilité des personnes¹⁹¹ et de la fragilité de la vie¹⁹² ; exploiter, par un activisme judiciaire prenant le *droit au sérieux*¹⁹³ et inspiré par la *conscience du droit*¹⁹⁴, toutes les voies de droit et toutes les ressources normatives disponibles ; faire du prétoire un lieu de lutte entre des intérêts différents construits juridiquement : tels sont les moyens de politiser les débats qui se déroulent dans ces arènes juridictionnelles, et ainsi, par l'imagination juridique, d'éveiller les forces créatrices du droit qui y sommeillent. Ce sont là les tâches exaltantes qui s'offrent à la doctrine¹⁹⁵. Alors que le juge et l'arbitre prennent une part croissante à la production normative, elle peut

sens de réglementation ne reposera plus sur des lois nationales ou des traités internationaux. Elle sera effectuée par des agences de régulation et de notation. Leur compétence sera sectorielle : finance, banque, assurance, environnement, énergie, contrôle de qualité, santé, hygiène, gestion du net et des médias, arbitrage des conflits commerciaux ou industriels. Leur légitimité reposera sur différents facteurs : leur indépendance statutaire envers les États, l'expertise de leurs membres et la transparence des procédures. Leur autorité sera garantie par l'intérêt des acteurs de la mondialisation à faire partie du 'club' pour être admis à bénéficier des biens et services collectifs des agences. Leur adhésion sera volontaire, mais toute éventuelle exclusion leur serait très préjudiciable. Dans ces conditions, il n'est pas impossible que cette forme de régulation à caractère professionnel, voire corporatiste, favorise des ententes, des collusions entre les entités concernées, y compris la formation de cartels » (art. cit. [n. 182], p. 43).

- 189** Sur les « éconocrates » des organisations internationales : S. STRANGE, *op. cit.* (n. 5), p. 271 et s.
- 190** Sur le rôle des activistes environnementalistes et leurs répertoires d'action : N. BELAÏDI, art. cit. (n. 175), p. 361.
- 191** C. GILLIGAN, *Une voix différente. Pour une éthique du care* [1982], Flammarion, 2008 ; J. BUTLER, *Vie précaire*, Éditions d'Amsterdam, 2005 ; J. TRONTO, *Un monde vulnérable. Pour une politique du care*, La Découverte, 2009.
- 192** Sur l'heuristique de la peur comme base d'un nouveau principe de responsabilité à l'égard de la nature et des générations futures : H. JONAS, *Le principe de responsabilité. Un éthique pour la civilisation technologique*, Flammarion, 2008, p. 34 et s. et 83 et s ; Y. POIRMEUR, « La responsabilité envers les générations futures au prisme de la science politique », in J.-P. MARKUS (dir.), *Quelle responsabilité envers les générations futures ?*, Dalloz, 2012, p. 51-63.
- 193** On fait ici référence au titre de l'ouvrage de R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995, qui poursuit une passionnante exploration du rôle et de la légitimité du juge dans l'interprétation du droit et la production normative (la question de la « chaîne du droit » dans laquelle il serait pris, celle de son « intégrité », de son « devoir d'être juste ») dont les lignes de force sont exposées dans *L'empire du droit*, PUF, 1994.
- 194** C. LEFORT, *L'invention démocratique*, Fayard, 1994. Sur les « luttes inspirées par la notion des droits » : p. 45 et s. Selon lui, « la dimension symbolique du droit se manifeste à la fois dans l'irréductibilité de la conscience du droit à toute objectivation juridique, qui signifierait sa pétrification dans un corps de loi, et dans l'instauration d'un registre public où l'écriture des lois – comme écriture sans auteur – n'a d'autre guide que l'impératif continué d'un déchiffrement de la société par elle-même » (p. 69-70).
- 195** Sur la justice comme arène subversive et le rôle que les légistes peuvent jouer dans ces luttes : L. ISRAËL, *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, 2009.

en devenir l'interlocuteur privilégié et, au-delà de l'art subtil¹⁹⁶ *de suggérer tous les possibles pour faire advenir* celui qui est préférable, renouer, peut-être, avec la grande tradition doctrinale des *bâtisseurs de systèmes*¹⁹⁷.

On l'aura compris, en prenant pour thème de réflexion « *droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques* », c'est le visage le plus lumineux de la doctrine juridique que ce colloque nous a donné à voir : celui qu'elle présente lorsque, par une libre recherche scientifique, elle s'efforce de découvrir des solutions innovantes, de les formuler logiquement et de les argumenter de façon convaincante pour emporter l'adhésion du juge ou du législateur, et au-delà, celle de l'opinion publique ; celui qu'elle montre lorsque, loin de toute servilité vis-à-vis d'intérêts particuliers, elle a pour seul souci de servir généreusement la cause de l'humanité.

196 J. CARBONNIER, « Notes sur les notes d'arrêts », *D.* 1970, p. 138.

197 J. RIVERO, « Apologie pour les 'faiseurs de systèmes' », *D. chr.* XXIII, 1951, p. 99 et s. Tout conduit à penser que c'est à partir de l'ordre du marché que l'ensemble du droit se recompose. C'est sans doute ce prisme qui permettrait d'en saisir la logique entière.