

# Papers

di diritto europeo



Giovanni Guiglia

**Les perspectives de la Charte sociale européenne**

Centro di documentazione europea – Università degli Studi di Verona – *Papers di diritto europeo*

2011 / n. 1

ISSN 2038-0461

URL: [http://fermi.univr.it/europa/rivista\\_cde\\_verona.htm](http://fermi.univr.it/europa/rivista_cde_verona.htm)

**Giovanni Guiglia:** Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Verona, Coordinatore del Dottorato in Diritto costituzionale italiano e europeo presso la medesima Università.

La rivista *online* “*Papers di diritto europeo*” raccoglie contributi sui temi dell'integrazione europea nei suoi aspetti di diritto, sia istituzionale sia materiale, e dei suoi riflessi sugli ordinamenti nazionali in una prospettiva interdisciplinare. Saranno accolti contributi di professori e ricercatori universitari, come pure di studiosi italiani e stranieri.

I *papers* sono reperibili unicamente in formato elettronico e possono essere scaricati in formato pdf su [http://fermi.univr.it/europa/rivista\\_cde\\_verona.htm](http://fermi.univr.it/europa/rivista_cde_verona.htm)

**Direzione scientifica:**

Prof.ssa Maria Caterina Baruffi, [mariacaterina.baruffi@univr.it](mailto:mariacaterina.baruffi@univr.it)

**Comitato scientifico:**

Prof.ssa Maria Caterina Baruffi, [mariacaterina.baruffi@univr.it](mailto:mariacaterina.baruffi@univr.it)

Prof.ssa Laura Calafà, [laura.calafa@univr.it](mailto:laura.calafa@univr.it)

Prof. Franco Ferrari, [franco.ferrari@univr.it](mailto:franco.ferrari@univr.it)

Prof. Matteo Ortino, [matteo.ortino@univr.it](mailto:matteo.ortino@univr.it)

Dott.ssa Isolde Quadranti, [isolde.quadranti@univr.it](mailto:isolde.quadranti@univr.it)

**Responsabile tecnico:**

Dott. Angelo Mazzotta, [angelo.mazzotta@univr.it](mailto:angelo.mazzotta@univr.it)

**Editore**

Centro di documentazione europea dell'Università degli Studi di Verona

Dipartimento Studi giuridici

Via Carlo Montanari, 9

37121 – Verona (Vr)

Tel. +39.045.8028847

Fax. +39.045.8028846

[cde@ateneo.univr.it](mailto:cde@ateneo.univr.it)

<http://fermi.univr.it/europa/>

## Les perspectives de la Charte sociale européenne

Giovanni Guiglia

### Abstract

This work aims at highlighting the opportunities offered at national and European level by the European Social Charter. The actual EU process for the achievement of the complete protection of human rights in Europe is justified by the EU non-accession to the European Social Charter and to the ESC revised. In fact the analysis of the Treaty of Nice allows to identify relevant gaps as concerns social rights and principles and underlines their actual juridical effectiveness in national laws. This work offers different interpretative techniques, studies various procedural peculiarities and focuses on the most relevant elements regarding the ESC and the ESC (revised) enforceability and justiciability. In this context the jurisprudential harmonization passes through the activity of the ECHR and the ECSR and stimulates an interesting jurisprudential and conceptual comparison with the Italian provisions on social rights, starting from the Italian Constitution.

### Résumé

Cette étude se propose de mettre en évidence les opportunités offertes au niveau national et européen par la Charte sociale européenne. Le procès actuel pour la réalisation de la pleine tutelle des droits sociaux dans l'Union européenne est caractérisé par la non-adhésion de la même à la Charte sociale européenne (CSE) et à la Charte sociale européenne révisée (CSER). À son tour, l'analyse de la Charte de Nice permet d'en identifier les lacunes qui concernent les droits et les principes sociaux et souligne leur effectivité problématique dans les ordres nationaux. Cet article offre aussi différentes perspectives interprétatives, en soulignant particularités procédurales différentes et en les concentrant sur les éléments les plus considérables en ce qui concerne l'applicabilité et la justiciabilité de la CSE et de la CSER. Dans ce contexte, l'harmonisation jurisprudentielle passe à travers l'interaction de la CEDH avec la CSE et la CSER et stimule une comparaison intéressante, jurisprudentielle et conceptuelle, avec les dispositions italiennes en matière de droits sociaux, à partir de la Constitution.

### Abstract

Questo studio ha l'obiettivo di mettere in evidenza le opportunità offerte a livello nazionale ed europeo dalla Carta sociale europea. L'attuale processo per la realizzazione della piena tutela dei diritti umani nell'Unione europea è caratterizzato dalla non adesione della stessa alla Carta sociale europea (CSE) e alla Carta sociale riveduta (CSER). A sua volta l'analisi della Carta di Nizza permette di identificarne varie lacune riguardo ai diritti e ai principi sociali ed evidenzia la loro problematica effettività negli ordinamenti nazionali. Questo lavoro offre diverse prospettive interpretative, evidenziando varie peculiarità procedurali e concentrandosi sugli elementi più rilevanti per quanto riguarda l'applicabilità e la giustiziabilità della CSE e della CSER. In questo contesto, l'armonizzazione giurisprudenziale passa attraverso l'interazione della CEDU con la CSE e la CSER e stimola un interessante confronto giurisprudenziale e concettuale con le disposizioni italiane in materia di diritti sociali, a partire dalla Costituzione.

## LES PERSPECTIVES DE LA CHARTE SOCIALE EUROPÉENNE\*\*

**Sommaire:** 1. La non-adhésion de l'UE à la Charte sociale européenne. – 2. Une première réaction: développer les techniques d'interprétation du CEDS. – 3. Une perspective "procédurale": les interactions entre la Cour EDH et le CEDS et l'harmonisation de la jurisprudence. – 4. Les perspectives de la Charte à la lumière du nouvel article 117, premier alinéa, de la Constitution italienne. – 5. Considérations pour conclure (ou ne pas conclure).

### 1. La non-adhésion de l'UE à la Charte sociale européenne.

La Commission européenne et le Conseil de l'Europe ont récemment lancé des pourparlers sur l'adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Six mois après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, qui prévoit expressément à l'article 6.2 l'adhésion de l'UE, une nouvelle phase est commencée pour atteindre la protection totale des droits fondamentaux en Europe<sup>1</sup>.

Les négociateurs de la Commission et les experts du Comité directeur pour les Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe sont appelés à se réunir régulièrement pour élaborer l'accord d'adhésion. A l'issue du processus, l'accord devra être conclu par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et, à l'unanimité, par le Conseil de l'Union Européenne. Le Parlement européen, qui doit être pleinement informé de toutes les étapes de la négociation, doit également donner son assentiment. L'accord d'adhésion devra également être ratifié par tous les États parties à la CEDH et par tous les États membres de l'Union (art. 218.8 TFUE), dans le cadre de ce qu'établissent leurs Constitutions respectives.

En marge de ce processus, on trouve l'*autre* instrument visant à garantir les droits humains, conçu à l'origine par le Conseil de l'Europe comme élément complémentaire de la CEDH pour défendre les droits sociaux des citoyens : la Charte sociale européenne (CSE), adoptée en 1961 à Turin, presque oubliée pendant trente années et révisée et relancée dans les années 90 (CSER)<sup>2</sup>. Le destin de la Charte est étroitement lié à la perception et à la garantie des droits sociaux, qui occupent une position ancillaire par rapport aux droits civils et politiques, sur la base de nombreux préjugés qui ont conditionné leur effectivité jusqu'à ce jour. La Charte semble être tombé dans l'oubli, tant dans le texte des Traités CE et UE, que dans la Charte des droits

---

\* Professeur de Droit public à l'Université de Vérone. L'auteur est aussi Coordinateur du Doctorat en Droit constitutionnel Italien et Européen dans la même Université.

\*\* Version en langue italienne disponible sur [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0234\\_guiglia.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0234_guiglia.pdf) ; version en langue anglaise disponible sur <http://www.europeanrights.eu/index.php?Funzione=S&op=5&id=584>.

<sup>1</sup> Les pourparlers officiels ont commencé le 7 juillet 2010. L'adhésion de l'UE à la CEDH, prévue par l'article 6 du Traité de Lisbonne, est également prévue par l'article 59 de la CEDH, telle qu'amendée par le Protocole n° 14 le 17 mars 2010 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2010 : « L'Union européenne peut adhérer à la présente Convention ». La Commission a déterminé des directives de négociation en vue de l'adhésion de l'UE à la CEDH (IP/10/291) et le 4 juin les Ministres de la justice de l'UE ont mandaté la Commission pour conduire les négociations en leur nom. Le 26 mai, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe avait donné à son Comité directeur pour les Droits de l'Homme un mandat occasionnel pour élaborer avec l'UE l'instrument juridique requis en vue de l'adhésion de l'UE à la CEDH.

<sup>2</sup> La Charte sociale européenne révisée (CSER) a été élaborée entre 1990 et 1994 par un Comité spécial (Charte-Rel), désigné à la suite de la Conférence ministérielle informelle sur les droits de l'homme à Rome le 5 novembre 1990. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a approuvé en 1996 le texte de la CSER, issu du Comité en 1994, et l'a ouvert à la signature le 3 mai 1994. L'Italie a ratifié la CSER en 1999. La révision de la CSE de 1961 a été voulue tant pour donner suite à l'évolution des droits sociaux et économiques en Europe, que pour répondre de façon concrète aux problèmes sociaux qui n'avaient pas été considérés auparavant par les autres instruments internationaux en vigueur. Le Protocole additionnel de 1998, qui a ajouté de nouveaux droits, le Protocole de 1991, et notamment le Protocole de 1995, qui a introduit un système efficace de réclamations collectives, avaient déjà anticipé l'intention de réforme du Conseil de l'Europe. Le mécanisme de contrôle de la Charte se fonde sur les réclamations collectives, ainsi que sur des rapports annuels que les États parties présentent à un Comité de 15 experts indépendants (Comité européen des droits sociaux – CEDS), élus par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Les décisions du CEDS sur les rapports des États sont appelées « conclusions » et sont publiées chaque année. Dans le cas où les États n'adopteraient les mesures nécessaires pour se conformer aux conclusions du CEDS, le Comité des Ministres adopte des « recommandations ». Les décisions sur les réclamations collectives qui allèguent des violations de la Charte sont contenues dans un rapport du CEDS envoyé au Comité des Ministres ; ce dernier adopte une « résolution » et peut intervenir aussi avec une « recommandation », dans laquelle invite l'État en question à prendre les mesures nécessaires pour mettre fin aux manquements constatés par le CEDS, tant dans sa législation nationale que dans sa pratique applicative.

fondamentaux de Nice<sup>3</sup>, bien que l'Acte Unique Européen de 1986 lui accordait, dans son Préambule, la même importance que la CEDH dans la promotion de la démocratie au travers les droits fondamentaux<sup>4</sup>. En effet, l'article 151 TFUE actuellement en vigueur, tout en reprenant l'article 136 TCE, se limite à établir que : « L'Union et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 [...], ont pour objectif [...] » ; cet article prend une valeur notamment symbolique, même si son importance pratique est incontestable<sup>5</sup>.

La CEDH, surtout à la lumière des hésitations de la Cour de Strasbourg dans la défense des droits prévus par la CSE<sup>6</sup>, n'a pas pour objet ces droits, en particulier les droits ajoutés dans le texte révisé de 1996 (CSER) ; donc, le processus d'adhésion à la CSE de la part de l'UE, à cause de sa limitée *perméabilité* aux droits sociaux<sup>7</sup>, risque de se conclure au détriment de la réelle protection de ces droits concernant les citoyens européens. C'est une perspective évidemment inacceptable, surtout si l'on tient compte du rapport entre les droits civils et politiques et les droits sociaux : un rapport aujourd'hui étroitement lié au principe de l'indivisibilité, l'indissociabilité et l'interdépendance des droits de l'homme<sup>8</sup>, selon ce qui ressort inévitablement de la Charte de Nice et du Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)<sup>9</sup>.

Même si la Charte de Nice, souvent considérée comme l'ensemble le plus mis au jour des droits sociaux fondamentaux, s'est inspirée de la CSE et de la CSER pour le contenu de bon nombre de ses articles<sup>10</sup>, elle présente toutefois des lacunes facilement vérifiables. Par exemple, malgré les tentatives

---

<sup>3</sup> Le Préambule se borne à établir ce qui suit : « La présente Charte réaffirme, dans le respect des compétences et des tâches de l'Union, ainsi que du principe de subsidiarité, les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, des Chartes sociales adoptées par l'Union et par le Conseil de l'Europe ».

<sup>4</sup> « DÉCIDÉS à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et lois des États membres, dans la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et dans la charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale ».

<sup>5</sup> À son tour, l'article 153 TFUE, ancien article 137 TCE, dans son premier alinéa, précise que pour réaliser les objectifs visés à l'article 151 l'Union soutient et complète l'action des États membres et que les dispositions arrêtées « ne portent pas atteinte à la faculté reconnue aux États membres de définir les principes fondamentaux de leur système de sécurité sociale et ne doivent pas en affecter sensiblement l'équilibre financier » (alinéa 4).

<sup>6</sup> Voy. l'arrêt de la Cour EDH du 27 octobre 1975 dans l'affaire *Syndicat National de la Police belge c. Belgique*, 4464/1970, où l'inclusion des droits sociaux est limitée ; au contraire, cette inclusion découle clairement de l'arrêt de la même Cour du 9 octobre 1979 dans l'affaire *Airey c. Irlande*, 6289/73, §26. Sur le même sujet, voir AKANDJI-KOMBÉ Jean-François, « Charte sociale européenne et Convention européenne des droits de l'homme : quelles perspectives pour les 10 prochaines années ? », in DE SCHUTTER Olivier (Coord.), *The European Social Charter: a social constitution for Europe/La Charte sociale européenne: une constitution sociale pour l'Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 149 s.

<sup>7</sup> A propos de la *perméabilité* de la CEDH aux droits sociaux, voir : SUDRE Frédéric, « La « perméabilité » de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux », *Mélanges Jacques Mourgeon*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 467-478.

<sup>8</sup> La source de ce principe est sans aucun doute la *Déclaration de Vienne sur les droits de l'homme*, adoptée le 25 juin 1993, où il est solennellement affirmé que : « 5. Tous les droits de l'homme sont *universels, indissociables, interdépendants et intimement liés*. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, *sur un pied d'égalité* et en leur accordant la même importance. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales. » (Mot mis en italique par l'auteur).

<sup>9</sup> Le Préambule de la Charte de Nice affirme que : « Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ». Dans le Préambule du Protocole facultatif au PIDESC, adopté par la résolution 63/117 de l'Assemblée Générale des Nations Unies le 10 décembre 2008, sont expressément reconnus « l'universalité, l'indivisibilité, l'interdépendance et l'intime lien de tous les droits humains et des libertés fondamentales ».

<sup>10</sup> Si on analyse le texte de la Charte de Nice, il ressort que 15 de ses articles (sans compter les paragraphes) s'inspirent probablement des dispositions de la CSE ou de la CSER : l'art. 14 (Droit à l'éducation) de l'art. 10 CSE ; le §1 de l'art. 15, concernant la liberté professionnelle et le droit de travailler, s'inspire de l'art. 1, §2, CSE, alors que le §3 s'inspire probablement du §4 de l'art. 19 CSE ; l'art. 21.1 (Non-discrimination) des articles 20 et E (Partie V) CSER ; l'art. 23.1 (Egalité entre hommes et femmes) de l'art. 20 CSER ; l'art. 25 (Droits des personnes âgées) de l'art. 23 CSER ; l'art. 26 (Intégration des personnes handicapées) de l'art. 15 CSE ; l'art. 27 (Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise) de l'art. 21 CSER ; l'art. 28 (Droit de négociation et d'actions collectives) de l'art. 6 CSE ; l'art. 29 (Droit d'accès aux services de placement) de l'art. 1, §3, CSE ; l'art. 30 (Protection en cas de licenciement injustifié) de l'art. 24 CSER ; l'art. 31.1 (Conditions de travail justes et équitables) de l'art. 3 CSE et de l'art. 26 CSER ; l'art. 31.2 de l'art. 2 CSE ; l'art. 32 (Interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail) de l'art. 7 CSE ; l'art. 33.1 (Vie familiale et vie professionnelle) de l'art. 16 CSE ; l'art. 33.2 de l'art. 8 CSE et de l'art. 27 CSER ; l'art. 34.1 (Sécurité sociale et aide sociale) de l'art. 12 CSE ; l'art. 34.2 de l'art. 12, §4, et de l'art. 13, §4, CSE ; l'art. 34.3 de l'art. 13 CSE et des articles 30 et 31 CSER ; l'art. 35 (Protection de la santé) des articles 11 et 13 CSE.

d'interprétation dans les *Explications*<sup>11</sup> relatives à la Charte, elle ne contient pas les droits prévus à l'art. 17 CSE (Droit de la mère et de l'enfant à une protection sociale et économique) et aux articles 1, §1 (Droit au travail<sup>12</sup>), 30 (Droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale) et 31 (Droit au logement) CSER. En outre, le §3 de l'art. 52<sup>13</sup>, sur la portée et l'interprétation des droits et des principes, ne concerne que les droits correspondants garantis par la CEDH, et il ignore non seulement les autres instruments internationaux de protection des droits humains, mais notamment la CSE et la CSER, instruments du Conseil de l'Europe elles aussi.

La Charte de Nice et la Charte sociale européenne ont de point en commun donc, mais elles ne coïncident qu'en partie. Par conséquent, la limite contenue dans la norme générale de l'article 51, §2, de la Charte de Nice (selon lequel les dispositions y présentes n'étendent pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne créent aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifient pas les compétences et tâches définies dans les traités), et dans quelques-uns de ses articles (où il est prévu que les droits y reconnus sont garantis « selon les lois nationales qui en régissent l'exercice »), peut avoir des conséquences remarquables. En effet, si le droit conventionnel ne peut pas être utilisé pour introduire dans les États de l'Union les obligations législatives non prévues, ou même expressément exclues, par la CEDH et la Charte de Nice, bon nombre de droits sociaux pourraient se retrouver sans une protection effective, dans la cas où la CSE, et notamment la CSER, n'auraient pleine efficacité juridique dans les droits nationaux.

D'autres doutes concernant le niveau de protection de la Charte de Nice sont soulevés par ledit article 51, au §1, où il est affirmé que ses dispositions s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union »<sup>14</sup> (distinguant aussi les droits qui y sont visés, à respecter, et les principes, à observer<sup>15</sup>) et l'article 53 suivant qui, selon l'une des interprétations possibles<sup>16</sup>, tout en introduisant une clause de délimitation entre les compétences des différents ordres juridiques impliqués dans la protection des droits fondamentaux, il permettrait à la Charte de Nice d'opérer *in peius* par rapport aux autres ordres, y compris l'ordre international, auquel appartiennent la CSE et la CSER. La Cour de Luxembourg (CJUE) a récemment affirmé que la primauté du droit international « au plan du droit communautaire ne s'étendrait pas au droit primaire et, en particulier, aux principes généraux dont font partie les droits fondamentaux »<sup>17</sup>.

D'ailleurs, les États membres de l'UE sont liés par la Charte de Nice et par la CSE et (ou) la CSER, en tant que membres du Conseil de l'Europe et ayant ratifié la CSE et (ou) la CSER, mais il n'y a aucune coordination entre les respectives instruments de protection. La recherche d'une cohérence la plus grande possible dans les deux ordres juridiques et la recherche d'un profil concernant les deux différents systèmes

---

<sup>11</sup> Les *Explications* ont été élaborées sous l'autorité du *Présidium* de la Convention qui avait rédigé la Charte de Nice et ensuite modifiées sous la responsabilité du *Présidium* de la Convention européenne, sur la base des adaptations rédactionnelles que cette dernière Convention a apportées au texte de la Charte et sur la base de l'évolution du droit de l'UE.

<sup>12</sup> L'article 15 de la Charte de Nice a pour objet le *droit de travailler*, en s'appuyant aux libertés négatives, avec une importance de valeur et matérielle inférieure au *droit au travail* prévu par la CSER.

<sup>13</sup> Art. 52, §3 : « Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ».

<sup>14</sup> Même si cette expression est interprétée de manière extensive, considérant les États membres comme obligés de respecter les contenus supranationaux des libertés dans ce que l'on appelle « champ d'application » du droit de l'Union, il n'en demeure pas moins que l'intégration du droit communautaire doit faire face quand même aux limitations des ordres juridiques nationaux.

<sup>15</sup> Les principes, contrairement aux droits, peuvent être appliqués par le biais d'actes législatifs ou exécutifs (adoptés par l'Union dans le cadre de ses compétences et par les États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union) ; par conséquent, les principes ils acquièrent une importance particulière pour les tribunaux seulement lorsque ces actes sont interprétés ou contrôlés. Cependant, ils ne donnent pas lieu à une action positive de la part des institutions de l'Union ou des autorités des États membres. Affirmer donc que le droit des citoyens de l'UE de recourir contre tout acte adopté par une autorité nationale ou de l'UE, en toutes circonstances, sur la base de toute disposition de la Charte de Nice, a été finalement reconnu, est inexact. Il faut espérer que la CJUE porte remède à la formulation dudit article 51 et de l'article suivant 52, §5.

<sup>16</sup> Selon cette interprétation, étant donné que la mise en œuvre du droit objectif de l'Union est généralement identifiée avec le champ d'application du droit européen (art. 51, §1), la clause de délimitation indiquée à l'art. 53 de la Charte de Nice serait difficile à activer, et elle s'avérerait une garantie seulement générique, sinon apparente. C'est ce qui ressort clairement de la reconstruction lucide et des références à la doctrine effectuées par BUTTURINI Daniele, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pp. 246-251, où il rappelle correctement que, en tous cas, « la protection applicable sera toujours constituée par l'aptitude du degré de protection du droit (de n'importe quel ordre il provient), de ne pas léser les droits fondamentaux constitutionnels, défendus par le contre-limite ».

<sup>17</sup> Voy. CJUE, affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, *Kadi et Al Barakat c. Conseil*, point 308.

de protection (l'un juridictionnel, l'autre quasi-juridictionnel) s'imposent, afin d'éviter des contradictions et des incohérences qui pourraient préjuger, dans un domaine très délicat, la sécurité juridique et la crédibilité de ces deux systèmes.

Pour conclure, il est évident<sup>18</sup> que la non-adhésion de l'UE à la CSE-CSER risque de produire des conséquences désagréables au niveau pratique et jurisprudentiel, vu que en cas de décisions contradictoires de la Cour de Luxembourg et du Comité européen des droits sociaux (CEDS) sur la même matière, les praticiens du droit national seraient quand même dans l'embarras<sup>19</sup>, ne pouvant pas se prévaloir de la même clause d'interprétation prévue à l'art. 52, §3, précité, de la Charte de Nice.

La meilleure solution, théoriquement, aurait été – et serait encore – l'adhésion de l'UE à la CSE-CSER aussi. Une solution tout à fait évidente, ma en fait irréalisable à ce moment historique et, a ce qu'il paraît, dans un avenir prochain aussi. Il y a de nombreuses difficultés, non seulement politiques ou économiques et financières. Ce dernier type de difficultés est sans aucun doute prépondérant et il ne peut pas être examiné ici car, indépendamment des positions connues de certains États parties à propos de la reconnaissance et de la garantie des droits sociaux de la part de l'UE (que la ratification du Traité de Lisbonne a fait clairement apparaître), l'obstacle le plus évident, aujourd'hui, est la crise économique et financière globale qui affecte encore gravement l'Europe.

D'un point de vue juridique aussi des problèmes s'annoncent, mais tous résolubles, comme l'a démontré depuis longtemps la doctrine la plus avisée<sup>20</sup>. L'objectif de cet article n'est pas de proposer des solutions, mais de faire ressortir les techniques d'interprétation (§2), les particularités procédurales (§3), ainsi que les sujets les plus remarquables concernant l'applicabilité et la justiciabilité de la CSE et de la CSER (§4), auxquels on peut recourir pour permettre à ces deux Chartes de se placer à coté de la CEDH en ce qui concerne la pratique, selon l'intention initiale et clairvoyante du Conseil de l'Europe, visant à garantir effectivement la protection des droits fondamentaux dans le continent européen. A l'horizon, on peut entrevoir l'objectif ultime (§5) : promouvoir un rééquilibre des valeurs, par le biais de mécanismes de solidarité parmi les États et dans chaque État membre, par rapport aux règles de marché et de la concurrence. Tout cela pour éviter que l'Europe sociale, toujours en seconde plan par rapport aux raisons dictées par l'orthodoxie macroéconomique et aux impératifs de la mondialisation des marchés, disparaisse dans la perception et dans l'espoir des citoyens, et pour éviter qu'elle survive seulement dans les rêves et dans les écrits des savants.

## 2. Une première réaction : développer les techniques d'interprétation du CEDS.

Afin de donner de l'ordre à cet exposé, il faut s'inspirer des travaux préparatoires de la CSE élaborés par le Conseil de l'Europe au milieu du XX<sup>e</sup> siècle et de la relance suivante dans les années 90. Comme précédemment indiqué, on en déduit que ces deux instruments (CEDH et CSE) sont complémentaires, pour

---

<sup>18</sup> Même si le Traité de Lisbonne avait mis la CSE et la CSER sur le même plan de la CEDH, des problèmes d'interprétation apparaissent quand même. Il est clair que le cadre complexe de sources nationales et internationales pour la protection des droits fondamentaux crée une situation aussi complexe, en particulier lorsque la mesure de protection juridique pour les situations juridiques subjectives paraît évidemment différencié selon les différents niveaux. Si on considère par exemple l'intensité différente de protection garantie au droit de propriété, par la Constitution italienne, par la CEDH et par la Charte de Nice respectivement, ce qui ressort le plus à cet égard est le rapport direct, introduit par l'art. 6 TUE, dans sa nouvelle formulation, entre le droit de l'Union et la CEDH, avec un renvoi clair : « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». Il faut rappeler que la notion de traditions constitutionnelles communes, déjà présente dans la version précédente de l'art. 6, a ouvert un grand débat dans la doctrine, notamment pour établir des modalités de délimitation claire de cette notion, et établir le rôle de la CJUE dans la détermination de l'appartenance ou la non-appartenance des principes du droit aux traditions constitutionnelles communes elles-mêmes. Les principes généraux du droit de l'Union ne sont pas exempts des problèmes eux aussi, en particulier relativement au rapport entre la valeur desdits principes et la valeur des normes du droit positif (Traité et droit communautaire dérivé). Le nœud de la question est : les principes généraux sont-ils aussi contraignants que les engagements expressément souscrits par les États membres dans les Traités ? Comment le juge communautaire doit-il se conduire face à une jurisprudence communautaire qui n'a que rarement tiré une disposition précise de ces « principes généraux » ?

<sup>19</sup> Comme le constate JIMENA QUESADA Luis, « La Carta social europea y la Unión europea », *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2009, n° 13, pp. 398-400, s'inspirant de la jurisprudence récente du CEDS et de la CJUE.

<sup>20</sup> A cet égard, l'analyse la plus lucide et détaillée est celle de DE SCHUTTER Olivier, « L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne révisée », disponible sur <http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/2826/1/law04-11.pdf>. Pour une analyse plus récente, voir *ID.*, « Les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201003/20100324ATT71243/20100324ATT71243FR.pdf>.

ce qui concerne leur objet (les droits civils et politiques dans la CEDH, les droits sociaux dans la CSE). Cette complémentarité aurait dû entraîner logiquement une méthode de contrôle identique, ou au moins pareil, pour garantir la protection des respectifs droits. Cependant, il est reconnu désormais que cela n'est jamais arrivé et, au contraire, la volonté politique qui a fini pour prévaloir à Turin en 1961 a créé un mécanisme de contrôle si faible pour la CSE que son rôle a été neutralisé pendant plus de trente années. Les instruments juridiques introduits dans les années 90 pour relancer la Charte (notamment les réclamations collectives) confirment sa complémentarité, par rapport à la CEDH, et sa distinction objective. Cependant, en procédant ainsi, on risque d'accroître la séparation de ces deux instruments au niveau opérationnel ; une séparation qui, au contraire, doit être surmontée dans la pratique, de manière que les deux systèmes de contrôle soient dirigés vers l'objectif ultime : la même protection pour les droits fondamentaux (indivisibles), civils, politiques et sociaux, prévus par les documents respectives.

Au lieu de prédire une transformation du Comité européen des droits sociaux (le CEDS, l'organe chargé de contrôler le respect de la CSE et de la CSER) en Cour européenne des droits sociaux, parallèle à la Cour EDH, ou de supposer que cette dernière se charge de la protection des droits sociaux<sup>21</sup>, ou de la plupart d'eux, au niveau jurisprudentiel, on peut tout d'abord pencher pour le développement d'une méthode d'interprétation dans tous ses aspects : c'est une solution efficace et immédiatement applicable sur le plan procédural.

Les techniques d'interprétation adoptées pour promouvoir l'activité de protection de la Cour EDH sont aujourd'hui un fait établi<sup>22</sup>, et parmi celles-là se distingue sans aucun doute l'interprétation qui impose des *obligations positives*<sup>23</sup>, pour une meilleure protection des droits concernés, en s'appuyant notamment sur le *principe d'effectivité des droits de l'homme*.

Ce dynamisme des techniques d'interprétation peut être reproduit sans aucun doute par le CEDS en faveur des droits sociaux. En effet, c'est ce qui ressort de la première décision de cet organe, après l'entrée en vigueur du Protocole additionnel à la CSE en 1998, qui a prévu la présentation des réclamations collectives, alléguant des violations de la Charte sociale européenne, et successivement de la CSER aussi.

La décision dans laquelle on relève la technique susmentionnée, qui se base sur le principe d'effectivité des droits de l'homme, a été adoptée par le CEDS en 1999 sur le bien-fondé de la réclamation *Commission Internationale des Juristes c. Portugal*<sup>24</sup> de 1998. Dans cette décision il est affirmé que : « l'objet et le but de la Charte, instrument de protection des Droits de l'Homme, consiste à protéger des droits non pas théoriques mais effectifs »<sup>25</sup> (§32).

Le CEDS se rapporte au principe d'effectivité surtout pour imposer aux États des *obligations de résultats* et non seulement des *obligations de moyens* pour garantir la protection des droits concernés. Dans sa première décision en 1999, le Comité non seulement rappelle que le Portugal doit respecter la réglementation concernée, mais il affirme aussi qu'il est nécessaire d'obtenir le résultat qu'elle impose<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> L'autre solution, celle d'insérer les droits sociaux dans la CEDH, a échoué à cause de l'ostracisme évident d'une part des États parties, qui s'est révélé dans un groupe de travail créé *ad hoc*. Voy. CDDH, *Rapport d'activité du groupe de travail sur les droits sociaux*, 17 juin 2005, GT-DH-SOC(2005)009, Addendum II, disponible sur [http://www.coe.int/t/f/droits\\_de\\_l%27homme/cddh/3\\_comit%20E9s/01\\_20comit%20directeur%20pour%20les%20droits%20de%20l%27homme%2028cddh%29/05\\_20rapports%20de%20r%20union/60thAddII\\_fr.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/t/f/droits_de_l%27homme/cddh/3_comit%20E9s/01_20comit%20directeur%20pour%20les%20droits%20de%20l%27homme%2028cddh%29/05_20rapports%20de%20r%20union/60thAddII_fr.asp#TopOfPage).

<sup>22</sup> Sur ce sujet, voy. SUDRE Frédéric, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des Droits de l'homme », *La semaine juridique, Edition générale (JPC G)*, 2001, n° 335, p. 1365 ss.

<sup>23</sup> L'arrêt de principe est l'arrêt *Airey c. Irlande* (6289/73), où (§32) la Cour EDH affirme que : « si l'article 8 (art. 8) a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale ». Voy. aussi, pour tous, SUDRE Frédéric, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, n° 23, 1995, pp. 363-384. L'œuvre la plus récente à cet égard est d'AKANDJI-KOMBÉ Jean-François, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme. Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Précis sur les droits de l'homme, n° 7, Editions Du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006, disponible sur <http://echr.coe.int/NR/rdonlyres/37798829-2A4F-4737-9D56-E3BD989940B4/0/DG2FRHRHAND072006.pdf>.

<sup>24</sup> Décision sur la réclamation n° 1/1998. Toutes les décisions du CEDS sont disponibles sur le site de la Charte, à l'adresse : [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/Complaints\\_fr.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/Complaints_fr.asp).

<sup>25</sup> Dans la même décision, au §32, on affirme que « l'application satisfaisante de l'article 7 ne peut être atteinte par le seul effet de la législation si l'application de celle-ci n'est pas effective et rigoureusement contrôlée ».

<sup>26</sup> Voy. §§40 et 43 : « Ces mesures ont entraîné une diminution progressive du nombre de jeunes travaillant illégalement, amélioration qui n'est pas contestée. Cependant, il est clair que le problème n'est pas réglé [...] les efforts doivent également être poursuivis pour accroître l'efficacité du contrôle exercé sur le travail des enfants dans le cadre de la famille et dans les domiciles privés, contrôle dont le Comité ne méconnaît pas la difficulté [...] ».

Aussi dans ses décisions successives<sup>27</sup> le CEDS confirme cet orientation interprétative et, même s'il reconnaît aux États une marge d'appréciation pour le choix des moyens afin d'assurer le respect de la Charte<sup>28</sup>, par une approche macroéconomique très évident<sup>29</sup>, le Comité s'engage de plus en plus à vérifier l'effectivité des résultats obtenus<sup>30</sup>, en se conformant de façon scrupuleuse à une liste formulée par lui-même qui contient des obligations, considérées comme essentielles pour le respect de la Charte<sup>31</sup>.

Objet des évaluations du CEDS sont non seulement les législations nationales et la pratique<sup>32</sup>, lorsqu'elles sont contraires à la Charte, mais les vides législatifs et administratifs eux aussi, qui se manifestent dans le manque de mesures appropriées sur le plan réglementaire et pratique<sup>33</sup>, et qui peuvent réduire à néant l'exercice des droits garantis<sup>34</sup>.

<sup>27</sup> Voy., p. ex., *Autisme Europe c. France*, récl. n° 13/2002, §53 : « L'obligation incombant aux États parties est de prendre non seulement des initiatives juridiques mais encore des initiatives concrètes propres à permettre le plein exercice des droits reconnus par la Charte » et *Mouvement International ATD Quart Monde c. France*, récl. n° 33/2006, §61 : « En ce qui concerne les moyens propres à progresser réellement vers la réalisation des objectifs assignés par la Charte, le Comité tient à souligner que pour l'application de la Charte, l'obligation incombant aux États parties est non seulement de prendre des initiatives juridiques mais encore de dégager les ressources et d'organiser les procédures nécessaires en vue de permettre le plein exercice des droits reconnus par la Charte ».

<sup>28</sup> Pour rendre le discours plus léger, je me rapporte tout simplement à la « Charte », en comprenant dans cette expression la CSE et la CSER. Voy. *Centre européen des droits des Roms c. Bulgarie*, récl. n° 31/2005, §35 : « Le Comité considère que la jouissance effective des certains droits fondamentaux suppose une intervention positive de l'État : celui-ci doit prendre les mesures juridiques et pratiques qui s'avèrent nécessaires et qui répondent à l'objectif de protéger efficacement le droit en question. Les États disposent d'une marge d'appréciation pour déterminer ce qu'il y a lieu de faire afin d'assurer le respect de la Charte, en particulier pour ce qui concerne l'équilibre à ménager entre l'intérêt général et l'intérêt d'un groupe spécifique, ainsi que les choix à faire en termes de priorités de ressources ».

<sup>29</sup> Voy. *Conclusions XVI-1, Observation interprétative de l'article 1 §1*, p. 9.

<sup>30</sup> Il s'agit d'une caractéristique saillante de la jurisprudence du CEDS, qui est en train d'émerger grâce à son dynamisme interprétatif et que maintenant est reconnue en doctrine. Voy. DE SCHUTTER Olivier, « The Two Lives of the European Social Charter », in *ID.* (Coord.), *The European Social Charter, op. cit.*, p. 34 s. À son tour, AKANDJI-KOMBÉ Jean-François, « Charte sociale européenne et Convention européenne des droits de l'homme : quelles perspectives pour les 10 prochaines années ? », in DE SCHUTTER Olivier (Coord.), *The European Social Charter, op. cit.*, p. 152, en se rapportant aux États, il rappelle que « le principe d'effectivité a notamment conduit le Comité à imposer à ces derniers des obligations de résultat là où on aurait pu penser qu'ils n'étaient tenus qu'à une obligation de moyen ».

<sup>31</sup> Voy., p. ex., le §29 de la décision récente sur la récl. n° 53/2008 (*Fédération européenne des Associations nationales travaillant avec les Sans-abri (FEANTSA) c. Slovénie*) : « Il en résulte que les États parties ont l'obligation, pour que la situation puisse être jugée conforme au Traité : a) de mettre en œuvre des moyens (normatifs, financiers, opérationnels), propres à permettre de progresser réellement vers la réalisation des objectifs assignés par la Charte, b) de tenir des statistiques dignes de ce nom permettant de confronter besoins, moyens et résultats, c) de procéder à une vérification régulière de l'effectivité des stratégies arrêtées, d) de définir des étapes, et de ne pas reporter indéfiniment le terme des performances qu'ils se sont assignées, e) d'être particulièrement attentifs à l'impact des choix opérés par eux sur l'ensemble des catégories de personnes concernées et singulièrement celles dont la vulnérabilité est la plus grande ».

<sup>32</sup> Voy. la décision du CEDS du 10 octobre 2000 sur le bien-fondé de la récl. n° 6/1999, *Syndicat national des professions du tourisme c. France*, §26 : « Le Comité rappelle que « l'objet et le but de la Charte, traité de protection des Droits de l'Homme, consistent à protéger des droits non pas théoriques mais effectifs » (affaire 1/1998, Commission internationale de Juristes c. Portugal, par. 32). Il considère donc que l'application conforme de l'article 1 par. 2 ne peut être atteinte par le seul effet de la législation si l'application de celle-ci n'est pas effective en pratique ». Et encore : « L'obligation incombant aux États parties est de prendre non seulement des initiatives juridiques mais encore des initiatives concrètes propres à permettre le plein exercice des droits reconnus par la Charte » (*Association internationale Autisme-Europe (AIAE) c. France*, récl. n° 13/2002, décision sur le bien-fondé du 4 novembre 2003, §53).

<sup>33</sup> Le paragraphe §47 ci dessous de la décision du 3 juin 2008 sur le bien-fondé de la récl. n° 41/2007, présentée par le *Centre de Défense des Droits des Personnes Handicapées Mentales (MDAC)* contre la Bulgarie, représente la synthèse la plus claire des techniques et du dynamisme interprétatif que le CEDS a progressivement élaboré ces dernières années pour soutenir l'effectivité des droits sociaux garantis par la CSE et la CSER : « En ce qui concerne l'argument du Gouvernement selon lequel le droit à l'éducation des enfants handicapés mentaux résidant dans les FEHM est mis en œuvre de façon progressive, le Comité est conscient des contraintes financières rencontrées par la Bulgarie. Il observe que les progrès constatés ne sont que très lents et concernent principalement les dispositions législatives ou politiques (plans d'action) mais pas ou peu leurs mises en œuvre. Certaines mesures concrètes auraient pu être prises sans coût excessif (comme l'information et la formation sur l'existence des nouvelles législations et des plans d'action en direction de tous les directeurs des FEHM ainsi que des responsables municipaux dont les centres et les écoles primaires dépendent). Les choix opérés par le Gouvernement ont abouti à la situation décrite ci-dessus (voir en particulier les §§43 et 45). Les progrès sont donc manifestement insuffisants au rythme actuel et il n'y a aucune espoir de voir la situation être conforme à l'article 17§2 dans un délai raisonnable. Le Comité considère donc que les mesures prises ne remplissent pas les trois critères rappelés ci-dessus, à savoir une échéance raisonnable, des progrès mesurables et un financement utilisant au mieux les ressources qu'il est possible de mobiliser. Au regard de cette situation, le Comité considère que les contraintes financières rencontrées par la Bulgarie ne sauraient justifier que le droit à l'éducation des enfants handicapés mentaux résidant dans les FEHM n'est pas mis en œuvre ».

<sup>34</sup> Voy. *Association internationale Autisme-Europe (AIAE) c. France*, récl. n° 13/2002, décision sur le bien-fondé du 4 novembre 2003, §54 : « le Comité observe que, s'agissant des enfants et adultes autistes, la France n'a pas, en dépit d'un débat national vieux de plus de vingt ans sur l'importance du groupe concerné et les stratégies pertinentes de prise en charge, marqué des avancées suffisantes, même après la promulgation de la loi du 30 juin 1975 d'orientation des personnes handicapées, dans la prise en charge de l'éducation des personnes autistes ». Voy. aussi la décision du 16 octobre 2006 sur le bien-fondé de la récl. n° 31/2005, *Centre*

L'évaluation d'un traitement inéquitable ouvre la voie à l'individuation des *discriminations directes ou indirectes*<sup>35</sup>, en application de l'art. E, Partie V, de la CSER<sup>36</sup>. Parmi les décisions adoptées par le CEDS en la matière, il faut remarquer la décision sur le bien-fondé de la réclamation collective n° 13/2002, *Association internationale Autisme-Europe (AIAE) c. France*, où on affirme (au §52) que : « il faut non seulement, dans une société démocratique, percevoir la diversité humaine de manière positive, mais aussi réagir de façon appropriée afin de garantir une égalité réelle et efficace. A ce titre, le Comité considère que l'article E interdit non seulement la discrimination directe, mais aussi toutes les formes de discrimination indirecte, que peuvent révéler soit les traitements inappropriés de certaines situations, soit l'inégal accès des personnes placées dans ces situations et des autres citoyens aux divers avantages collectives ».

Sur la base de ces déclarations, concernant notamment les formes de discrimination indirecte, se fonde la jurisprudence successive du Comité toute entière, comme l'en témoignent clairement les nombreuses décisions relatives à la situation des Roms dans plusieurs pays européens<sup>37</sup>.

Malgré le risque d'une régression dans la jurisprudence causée par des changements de majorité au sein du Comité<sup>38</sup>, une autre interprétation découle clairement des décisions du CEDS : la définition et l'application du *critère du caractère raisonnable* pour adopter et évaluer les mesures publiques nécessaires à une protection effective des droits sociaux prévus par la Charte.

Dans le cadre de cet interprétation on trouve plusieurs décisions<sup>39</sup>, parmi lesquelles il faut remarquer, vue l'importance de l'objet et vues les répercussions évidentes sur les systèmes nationaux de protection

---

*européen des Droits des Roms (ERRC) c. Bulgarie*, où on affirme (§38) : « En dépit de la volonté politique manifeste du Gouvernement d'améliorer la situation des Roms en matière de logement, tous ces programmes, de même que les mesures prises pour y donner effet, n'ont pas encore produit les résultats escomptés », ainsi que la décision récente du 19 octobre 2009 sur le bien-fondé de la récl. n° 51/2008, *Centre européen des Droits des Roms (ERRC) c. France* (§41) : « Le Comité dit par conséquent que la mise en œuvre insuffisante de la législation relative aux aires d'accueil pour les gens du voyage, constitue une violation de l'article 31§1 de la Charte révisée ». La Cour EDH aussi, en se fondant sur le principe d'effectivité des droits, en arrive à évaluer l'inefficacité des États. Voy. *Airey c. Irlande* (6289/73), où (§32) on affirme que : « Aux yeux de la Cour, Mme Airey ne saurait passer pour avoir subi de la part de l'Irlande une "ingérence" dans sa vie privée ou familiale : elle se plaint en substance non d'un acte, mais de l'inaction de l'État ».

<sup>35</sup> A l'égard de ces sujets, la Cour EDH a statué, avec une jurisprudence constante et riche, et a favorisé les décisions du CEDS, comme le démontre la référence claire de la récl. n° 13/2002, au §52 : « Le Comité observe en outre que le libellé de l'article E est très voisin de celui de l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. La Cour européenne des Droits de l'Homme a souligné dans son interprétation de l'article 14 que le principe d'égalité le sous-tendant implique d'assurer un même traitement aux personnes se trouvant dans la même situation et de traiter de manière différente des personnes en situation différente [*Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, CEDH 2000-IV, §44] ».

<sup>36</sup> A propos de la nécessité de combiner l'art. E de la V<sup>e</sup> Partie de la CSER avec les autres dispositions de la CSER, ayant pour objet les droits sociaux à protéger, afin d'appliquer cet article en tant que *clause horizontale*, voir les évaluations du CEDS relatives à la décision du 19 octobre 2009 sur le bien-fondé de la récl. n° 51/2008, *Centre européen des Droits des Roms (ERRC) c. France* (§79) : « L'article E complète les clauses normatives de la Charte révisée. Il n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour "la jouissance des droits" qu'elle garantit. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si la situation en litige ne tombe pas sous l'empire de l'une au moins des dites clauses (CFDT c. France, réclamation n° 50/2008, décision sur le bien-fondé du 9 septembre 2009, §37) ». Ces déclarations reprennent presque textuellement ce qui ressort de la constante jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur l'interprétation de l'art. 14 CEDH, même si dans un arrêt récent du 2009 (*Opuz c. Turquie*, 33401/02, §183 ss.) on peut relever des points intéressants pour soutenir que cette disposition est susceptible d'être utilisée comme une règle autonome, afin de constater une violation de la Convention.

<sup>37</sup> Voy., dans l'ordre suivant, les décisions sur les réclamations : n° 15/2003 (*Centre européen des Droits des Roms (ERRC) c. Grèce*) ; n° 27/2004 (*Centre européen des Droits des Roms (ERRC) c. Italie*) ; n° 31/2005 (*Centre européen des Droits des Roms (ERRC) c. Bulgarie*) ; n° 44/2007 (*Fédération Internationale Helsinki pour les Droits de l'Homme (IHF) c. Bulgarie*) ; n° 46/2007 (*Centre européen des Droits des Roms c. Bulgarie*) ; n° 48/2008 (*Centre européen des Droits des Roms c. Bulgarie*) ; n° 51/2008 (*Centre européen des Droits des Roms (CEDR) c. France*) ; n° 58/2009 (*Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Italie*). Les réclamations n° 61/2010 (*Centre européen des Droits des Roms (CEDR) c. Portugal*) et n° 64/2011 (*Forum européen des Roms et des Gens du Voyage (FERV) c. France*) sont encore pendantes.

<sup>38</sup> A ce risque, le considérant comme déjà possible au sein du CEDS, se réfère AKANDJI-KOMBÉ Jean-François, « Charte sociale européenne », in DE SCHUTTER Olivier (Coord.), *The European Social Charter, op. cit.*, p. 153 s.

<sup>39</sup> Voy. aussi la décision du 4 novembre 2003, prononcée sur le bien-fondé de la récl. n° 13/2002, *Association internationale Autisme-Europe (AIAE) c. France*, §53 : « Lorsque la réalisation de l'un des droits en question est exceptionnellement complexe et particulièrement onéreuse, l'État partie doit s'efforcer d'atteindre les objectifs de la Charte à une échéance raisonnable, au prix de progrès mesurables, en utilisant au mieux les ressources qu'il peut mobiliser. Les États parties doivent en outre être particulièrement attentifs à l'impact des choix opérés par eux sur les groupes dont la vulnérabilité est la plus grande ainsi que sur les autres personnes concernées ».

sociales concernés, les décisions sur les réclamations n° 33 et n° 39/2006<sup>40</sup> en matière de droit au logement (art. 31 CSER).

Dans la décision sur la réclamation n° 33, au §66, on précise que : « En ce qui concerne la définition des étapes - notion à laquelle d'autres organes de régulation d'instruments internationaux sont également très attentifs, il est essentiel que des échéances raisonnables soient fixées tenant compte à la fois certes des contraintes administratives mais aussi de ceux des besoins des populations concernées présentant un caractère d'urgence. On ne saurait quoi qu'il en soit reporter indéfiniment le terme des performances que les pouvoirs publics se sont assignées ». Et encore, au précédent §62 on précise que : « Lorsque la réalisation de l'un des droits en question est exceptionnellement complexe et particulièrement onéreuse, l'État partie doit s'efforcer d'atteindre les objectifs de la Charte à une échéance raisonnable, au prix de progrès mesurables, en utilisant au mieux les ressources qu'il peut mobiliser »<sup>41</sup>. Dans la décision sur la réclamation n° 39/2006 (au §108), à propos des situations où le droit est exercé, on affirme que : « Pour ce qui est des conditions de vie dans les structures d'accueil, le Comité estime qu'elles doivent respecter la dignité des personnes et qu'un accompagnement doit être systématiquement proposé pour aider ceux qui s'y trouvent à acquérir la plus grande autonomie possible. Il rappelle également que les formules temporaires d'hébergement, fût-ce dans des conditions décentes, ne peuvent être considérées comme une solution satisfaisante et qu'il faut offrir à ceux qui y ont recours un logement d'un niveau suffisant dans un délai raisonnable ».

Ce dynamisme interprétatif, pour la réalisation complète du principe d'effectivité des droits prévus par la Charte, doit toutefois être appliqué sur le plan subjectif aussi, à savoir sur le plan des personnes protégées par la Charte. Il n'y a pas de doute que la CSE, dans la version révisée aussi, laisse entrevoir des lacunes évidentes en matière des personnes, qui puissent en compromettre la portée et l'universalité. En particulier, d'après les dispositions de la Charte, les personnes visées ne comprennent les étrangers « que dans la mesure où ils sont des ressortissants des autres Parties contractantes résidant légalement ou travaillant régulièrement sur le territoire de la Partie contractante intéressée »<sup>42</sup>; par conséquent, les étrangers qui n'appartiennent pas à un des États parties, ainsi que les émigrés en situation irrégulière qui en sont partie, seraient exclus. En outre, sa protection pourrait être accordée même seulement « à la grande majorité des travailleurs intéressés »<sup>43</sup>; cela donc implique que les engagements prévus par la Charte sont respectés même si une minorité de travailleurs est exclus.

Il est évident que tels exclusions, au sein d'un instrument pour la protection des droits humains, sont incohérentes, et cela a mené le CEDS, grâce à la présentation de certaines réclamations collectives, à donner des interprétations cohérentes et riches en d'autres développements positifs.

L'interprétation littérale de la Charte a été dépassée pour la première fois grâce à la décision sur la réclamation n° 14/2003, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) c. France*. Dans cette réclamation on contestait la réglementation française en matière d'assistance médicale, qui portait atteinte aux droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière et de leurs enfants. Le CEDS, en fondant sa décision sur le droit à la vie et à la dignité<sup>44</sup>, a abattu les dispositions de la CSER qui formellement s'y opposaient, en concluant que : « une législation ou une pratique qui nie le droit à l'assistance médicale aux ressortissants étrangers, sur le territoire d'un État partie, fussent-ils en situation irrégulière, est contraire à la Charte »<sup>45</sup>.

Il est donc évident que dans cette situation les étrangers qui n'appartiennent pas aux États parties ainsi que les migrants en situation irrégulière pourront profiter de cette interprétation, qui ouvre la voie à des développements ultérieurs, étant donné que ces personnes peuvent potentiellement jouir de tous les droits garantis par la Charte.

---

<sup>40</sup> Les décisions susmentionnées ont été adoptées en réponse aux réclamations du *Mouvement international ATD-Quart Monde c. France* (n° 33/2006) et de la *Fédération européenne des Associations nationales travaillant avec les Sans-abri (FEANTSA) c. France* (n° 39/2006).

<sup>41</sup> Cette orientation est constante dans le CEDS. Voy. aussi, les décisions adoptées en réponse aux réclamations n° 27/2004 (*Centre européen des Droits des Roms (ERRC) c. Italie*) et n° 31/2005 (*Centre européen des Droits des Roms (ERRC) c. Bulgarie*).

<sup>42</sup> Voy. le §1 de l'Annexe à la CSER.

<sup>43</sup> Voy. art. I, §2, de la CSER.

<sup>44</sup> Voy. le §30 de la décision : « elle porte atteinte à un droit qui revêt une importance fondamentale pour l'individu, puisqu'il est lié au droit-même à la vie et touche directement à la dignité de l'être humain. De surcroît, la restriction pénalise en l'occurrence des enfants qui se trouvent exposés au risque de ne pas pouvoir bénéficier d'un traitement médical ». Voy. aussi le §31 : « la dignité humaine représente la valeur fondamentale qui est au cœur du droit européen positif en matière de droits de l'homme – que ce soit la Charte sociale européenne ou la Convention européenne des Droits de l'Homme – et les soins de santé constituent un préalable essentiel à la préservation de la dignité humaine ».

<sup>45</sup> Voy. le §32 de la décision préc.

La contribution des interprétations du CEDS, en matière de personnes, est complétée par une autre décision, en réponse à la réclamation n° 27/2004, présentée par le Centre européen des droits de l'homme contre l'Italie. Il ressort de cette décision que le droit social en question (le droit au logement, *ex art. 31 CSER*) doit être garanti à tous les sujets, même aux étrangers, si on ne réussit pas à distinguer ces derniers et les titulaires "ordinaires" du droit<sup>46</sup>. Et en tous cas, même si des politiques sociales diversifiées peuvent être adoptées, il incombe toujours aux États de garantir le respect de la dignité humaine de toutes les personnes résidentes sur leur territoire.

Une étape importante dans la protection des migrants en situation irrégulière des États parties avaient été les *Conclusions* que le CEDS adopte après avoir évalué les rapports présentés par les États pour son contrôle des situations nationales de chaque pays. Dans les *Conclusions XIII-1*, qui ont pour objet le rapport de la Suède pour les années 1990-1991, le CEDS, en interprétant l'art. 18 de la CSE, est allé plus loin, jusqu'à préciser que cette disposition, même si elle n'avait pas pour objet les règles à l'entrée des étrangers sur le territoire d'un État, ne permet pas d'adopter des réglementations nationales plus favorables aux citoyens des États parties déjà présentes sur son territoire national, car cette disposition vise à « assurer l'exercice effectif du droit à l'exercice d'une activité lucrative sur le territoire de toute autre Partie contractante ». Et donc : « le Comité a cru devoir souligner qu'une réglementation qui, par les effets combinés des différentes règles applicables à l'entrée, au séjour, à la résidence et à l'exercice d'une activité lucrative, aurait pour conséquence d'empêcher tout ressortissant d'une autre Partie contractante ne résidant pas sur le territoire de solliciter l'octroi d'un permis de travail (autre qu'un permis de courte durée), serait contraire à cette disposition de la Charte, alors même que la réglementation applicable aux résidents étrangers aurait par ailleurs atteint un degré suffisant de libéralisme », étant donné que le contenu de la disposition concernée est du reste clair : « Les citoyens d'une Partie contractante ont le droit d'exercer sur le territoire d'une autre Partie toute activité lucrative sur un pied d'égalité avec les citoyens de cette dernière ».

La troisième lacune en matière des personnes, pour ce qui concerne ce que l'on appelle les « minorités de travailleurs », dont la protection ne serait pas garantie dans l'application des dispositions visées à l'art. 33 de la CSE et à l'art. I de la CSER, selon ce qui est précisé aussi dans l'Annexe à la CSER à propos des articles 21, 22 et 24 y compris, a été comblée par le CEDS au travers d'une décision importante du 11 décembre 2001, sur le bien-fondé de la réclamation n° 9/2000, *Confédération Française de l'Encadrement « CFE-CGC » c. France*. Le Comité, de fait, en détruisant les argumentations du gouvernement français<sup>47</sup>, qui se défendait avec la clause de la « grande majorité des travailleurs intéressés » pour s'opposer aux protestations des syndicats relatives aux effets négatifs de ce que l'on appelle la « réforme des 35 heures » (« loi Aubry II ») sur les cadres d'entreprise, conclut ainsi : « compte tenu de la référence faite par ses propres termes aux travailleurs intéressés, l'application de l'article I de la Charte sociale révisée ne peut conduire à une situation où un nombre élevé de personnes, constituant une catégorie déterminée, serait délibérément exclue de l'application d'une règle de droit ». Les effets d'altération de la clause précédemment citée ont été ainsi réduits, car cette clause ne s'applique pas aux personnes qui rentrent dans une *catégorie déterminée*, même si minoritaire par rapport à la majorité des travailleurs intéressés. En d'autres termes : la clause de la « grande majorité » ne peut pas consentir l'exclusion de certaines personnes de la part du législateur, seulement pour le fait qu'ils appartiennent à une catégorie spécifique de travailleurs, quand bien même minoritaire.

### **3. Une perspective "procédurale" : les interactions entre la Cour EDH et le CEDS et l'harmonisation de la jurisprudence.**

Maintenir et renforcer les techniques d'interprétation adoptées par le CEDS après l'entrées en vigueur du Protocole additionnel en 1998, qui prévoit de présenter des réclamations collectives au CEDS, ne peuvent pas produire les effets escomptés de balancer les deux systèmes complémentaires de protection des

<sup>46</sup> Voy. le §18 de la décision préc. : « La circonstance invoquée par le Gouvernement italien qu'il serait impossible "de distinguer les comportements incriminés de manière à appliquer le principe de l'article 31 de la Charte aux seules personnes couvertes par la Charte elle-même" ne saurait dès lors faire obstacle à l'exercice des compétences du Comité en vue du respect de l'article 31 de la Charte. A supposer que, comme le Gouvernement le soutient, il soit impossible de distinguer les Roms pour lesquels la protection prévue par l'article 31 est obligatoire et ceux pour lesquels cette protection est facultative en vertu de l'Annexe (paragraphe 1<sup>er</sup>), le Comité n'aperçoit pas en quoi une telle circonstance serait de nature à dispenser un État d'assurer ladite protection ».

<sup>47</sup> Voy. le §26 de la décision : « Le Gouvernement soutient en outre que la proportion des personnes concernées par les conventions de forfait en jours par rapport à la population salariée totale n'excèdera pas 5%. Par conséquent, il estime que la France a rempli les obligations de l'article 2 paragraphe 1 en raison de l'application de l'article I de la Charte sociale révisée ».

droits de l'homme, essentiellement du fait que les recours à la Cour EDH sont individuels et qu'ils sont susceptibles d'aboutir en véritables arrêts, contrairement à ce qui est prévu en réponse aux réclamations au CEDS, mais aussi en raison de l'exposition médiatique plus grande de la CEDH et de la Cour de Strasbourg. Cette dernière, en effet, a acquis une grande visibilité ces dernières années, grâce à des arrêts "de principe" concernant des sujets très importants et délicats pour les citoyens européens : il suffit de penser à la décision concernant l'exposition du crucifix dans les lieux publics et celle concernant le "mariage" homosexuel<sup>48</sup>. La Cour, toutefois, comme indiqué précédemment, ne semble pas vouloir se charger de protéger systématiquement de tous les droits sociaux, à l'exception des droits qui peuvent être liés à des dispositions de la CEDH, surtout au Protocole n° 1 et au Protocole n° 12. La jurisprudence de la Cour à cet égard a adoptée une position de claire autolimitation (*self-restraint*)<sup>49</sup>, malgré les techniques et les méthodes d'interprétation qu'elle-même a élaborées.

Il s'agit donc de trouver les particularités procédurales de ces deux instances du Conseil de l'Europe, afin de vérifier les interactions possibles et les formes d'harmonisation de la jurisprudence.

Le premier aspect qu'il faut remarquer est le fait que le CEDS est appelé à statuer sur les réclamations collectives qui, de fait, peuvent concerner des personnes parfaitement individuables : ces personnes, en outre, même si elles ont subi un préjudice, ne sont pas tenues de présenter aucune preuve, elles ne doivent pas donc prouver être des "victimes" au sens strict.

Le deuxième aspect est la possibilité de présenter des réclamations collectives au CEDS même si on n'a pas épuisé les voies de recours nationales.

On en déduit que l'accès au CEDS peut être plus facile et plus rapide que les temps des recours de la Cour EDH.

Cependant, si on se borne à constater cela, on ne trouve rien de nouveau : il n'en demeure pas moins que les recours au CEDS ne sont pas juridictionnels quand même, vu que les décisions adoptées par cet organe n'ont qu'une suite surtout politique, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe étant compétent pour "sanctionner" les États parties par le moyen des résolutions et des simples recommandations, desquelles en réalité ressort l'intention des États de ne rendre pas justiciables les droits sociaux protégés par la CSER<sup>50</sup>.

Le problème de la faiblesse des recours au CEDS pourrait être résolu par l'application ciblée de l'article 1 du Protocole n° 12 à la CEDH, où il ressort que « La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». En admettant que tout texte juridique, tant national que international, puisse entrer dans le champ d'application du Protocole, y compris la CSER, il convient de remarquer que la Cour EDH pourrait être appelé à juger des discriminations éventuelles concernant les droits sociaux prévus par la Charte. Dans ce cas, toutefois, si le CEDS avait déjà statué sur la même situation, et s'il avait déjà défini le contenu et les limitations du droit social en question, on pourrait voir émerger des contradictions jurisprudentielles dangereuses, qu'il faut absolument éviter, pour que les deux instances internationales ne perdent leur crédibilité face aux citoyens.

Par ailleurs, même si les décisions du CEDS n'ont pas les mêmes effets juridiques que les arrêts de la Cour de Strasbourg, dans l'hypothèse où une décision du Comité, ayant pour objet un droit civil ou politique combiné avec un droit social, à la lumière du principe d'indivisibilité des droits fondamentaux, serait contraire à un arrêt de la Cour EDH, cela aurait les mêmes effets négatifs. Récemment, par exemple, le CEDS, en statuant sur la violation de l'art. E de la CSER en liaison avec l'art. 30 de celle-ci, s'est exprimé comme il suit<sup>51</sup>: « Le Comité estime que la référence aux droits sociaux de l'article 30 ne doit pas être

<sup>48</sup> Voy., respectivement, les affaires *Lautsi c. Italie* (30814/06) et *Schalk and Kopf v. Austria* (30141/04).

<sup>49</sup> La Cour de Strasbourg a dit à plusieurs reprises qu'elle ne veut pas se charger d'une défense systématique des droits sociaux ; voy., en particulier, *Pančenko c. Lettonie*, 40772/98 ; *Salvetti c. Italie*, 42197/98. Selon AKANDJI-KOMBÉ Jean-François, « Charte sociale européenne », *op. cit.*, p. 159 s., la Cour EDH ne s'engagera pas beaucoup. Une analyse intéressante sur les perspectives d'intervention de la Cour EDH a été effectuée par SUDRE Frédéric, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction » ? », *Rev. trim. dr. h.*, n° 55, 2003, p. 755-779.

<sup>50</sup> Voy. SUDRE Frédéric, « Le protocole additionnel à la CSE prévoyant un système de réclamation collective », *Rev. gén. dr. int. pub.*, 1996, n° 3, pp. 715-739. AKANDJI-KOMBÉ Jean-François, « Charte sociale européenne », *op. cit.*, p. 155, remarque aussi que le Comité des Ministres a adopté des résolutions et des recommandations ambiguës et surtout il se dresse, indûment, en deuxième instance (politique !), c'est-à-dire d'appel, par rapport aux décisions du CEDS.

<sup>51</sup> Cet extrait est tiré du §99 de la décision du 19 octobre 2009 sur le bien-fondé de la récl. n° 51/2008, *Centre européen des Droits des Roms (CEDR) c. France*, et il est immédiatement précédé des considérations suivantes : « 99. Le Comité rappelle que les mesures prises pour une approche globale et coordonnée de lutte contre l'exclusion sociale doivent favoriser l'accès aux droits sociaux fondamentaux, notamment en termes d'emploi, de logement, de formation, d'éducation, de culture et d'assistance sociale et médicale et lever les obstacles qui l'entravent. Il convient de noter qu'il ne s'agit pas là d'une liste exhaustive des domaines dans lesquels il

comprise strictement et que la lutte contre l'exclusion sociale est un domaine où la notion d'indivisibilité des droits fondamentaux revêt une importance spécifique. A cet égard, le droit de vote, tout comme d'autres droits relatifs à la participation civique et citoyenne, constitue une dimension nécessaire à la réalisation de l'intégration et de l'inclusion sociale et est, par conséquent, couvert par l'article 30 ».

Par conséquent, après avoir démontré que la législation française exerce une discrimination à l'égard des Roms, par rapport aux autres personnes (même celles sans domicile fixe), relativement au droit de vote, car elle ne permet aux Roms d'exercer leur droit de vote qu'après une période de trois ans de rattachement à une commune donnée, (tandis que les autres peuvent voter après six mois de résidence dans une commune donnée), et elle prévoit aussi que le nombre des personnes sans résidence ou domicile fixe ne dépasse pas 3% du corps électoral de la commune en question, a ainsi conclu que : « 104. Le fait de limiter à 3% le nombre de personnes ayant le droit de vote a pour conséquence d'exclure une partie des électeurs potentiels. En pratique, cette limitation touche les gens du voyage. Le Comité considère la fixation d'un tel seuil à un niveau aussi bas conduit à un traitement discriminatoire dans l'accès au droit de vote des gens du voyage et, par conséquent, est un facteur de marginalisation et d'exclusion sociale. [...] Le Comité dit que la situation constitue une violation de l'article E combiné avec l'article 30 pour les deux griefs ».

Dans ce cas, si la Cour EDH statuait de façon différente<sup>52</sup>, sur un recours individuel ayant pour objet la même législation nationale, le bruit des médias serait énorme et cela pourrait invalider, même si seulement en fait, la suite de l'arrêt.

Voilà donc, que face à telles situations possibles, il faut penser à une coordination entre les deux voies de recours, en exploitant leurs particularités au niveau matériel et temporels en même temps.

Par exemple, on pourrait prévoir la possibilité pour la Cour EDH et le CEDS d'intervenir réciproquement dans les respectives procédures. Ainsi, en donnant à ces deux instances la faculté de participer réciproquement au procédure en cours l'un face à l'autre, par le mécanisme de tierce intervention<sup>53</sup> il serait possible d'éviter les décisions contradictoires et, de plus, faciliter une harmonisation de la jurisprudence qui s'avérerait très utile sur le plan de la protection effective des droits fondamentaux, toujours indivisibles, de même à ce qu'il arrive entre la Cour EDH et la CJUE ; une harmonisation qui est en train de se réaliser sur le plan des sources du droit, internationales et supranationales aussi, réciproquement mentionnées par les deux Cour dans leurs arrêts les plus récents et remarquables<sup>54</sup>, parmi lesquelles ressort justement la CSER<sup>55</sup>.

---

importe d'engager des initiatives pour corriger les phénomènes pluridimensionnels d'exclusion. (Conclusions 2003, France, article 30, p. 227) ».

<sup>52</sup> La disposition utilisée par la Cour EDH serait vraisemblablement l'art. 3 du Protocole n° 1 à la Convention, en liaison avec l'art. 14. A cet égard, voir aussi l'affaire *Matthews c. Royaume-Uni* (24833/94).

<sup>53</sup> Voy., en ce sens, AKANDJI-KOMBÉ Jean-François, « Charte sociale européenne », *op. cit.*, p. 163 s. L'art. 36 de la CEDH, en effet, prévoit que : « 1. Dans toute affaire devant une chambre ou la Grande Chambre, une Haute Partie contractante dont un ressortissant est requérant a le droit de présenter des observations écrites et de prendre part aux audiences 2. Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le président de la Cour peut inviter toute Haute Partie contractante qui n'est pas partie à l'instance ou toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences. 3. Dans toute affaire devant une chambre ou la Grande Chambre, le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe peut présenter des observations écrites et prendre part aux audiences ». En ce qui concerne le CEDS, la disposition correspondante de la législation nationale (art. 32) devrait être intégrée ainsi ; à cet égard, il n'y aurait pas de difficultés, car il s'agit seulement d'une législation nationale, dans la pleine disponibilité de l'organe.

<sup>54</sup> Je me réfère, en particulier, à la décision très connue de la CJUE, affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, *Kadi et Al Barakaat c. Conseil*, et à l'arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie* (34503/97) ; ces deux décisions expriment, en effet, des choix forts de protection des droits fondamentaux, étant l'une fondé sur les source de droit de l'ordre juridique auquel l'autre appartient, et réalisant ainsi une sorte d'importation des valeurs déclarées au niveau international. A cet égard, voy. CIUFFETTI Carla, « Convergenze nelle giurisprudenze sovranazionali europee nelle tutele dei diritti fondamentali. Considerazioni a margine della sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee Kadi e Al Barakaat Foundation del 3 settembre 2008 e della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo G.C. Demir e Baykara c. Turchia del 12 novembre 2008 », disponible sur <http://www.federalismi.it>, n° 1/2009.

<sup>55</sup> Voy., dans l'arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie*, précité, les §§45 et 49, qui se rapportent respectivement aux articles 5 et 6 de la CSER qui, bien qu'ils n'ont pas été ratifiés par la Turquie, en l'absence de dispositions correspondantes de la CEDH, sont considérés comme essentiels par la Cour pour juger les questions posées : « 77. [...] la Cour, lorsqu'elle a jugé que le droit syndical avait un aspect négatif qui excluait les accords de monopole syndical, a considéré, en se basant notamment sur la Charte sociale européenne et la jurisprudence de ses organes de contrôle, ainsi que sur d'autres instruments européens ou universels, qu'il existait en la matière un degré croissant de consensus au niveau international (*Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, 30 juin 1993, §35, série A n° 264 ; *Sørensen et Rasmussen c. Danemark* [GC], n°s 52562/99 et 52620/99, §§72-75, CEDH 2006-...). 78. La Cour rappelle à cet égard que dans la recherche de dénominateurs communs parmi les normes de droit international, elle n'a jamais distingué entre les sources de droit selon qu'elles avaient ou non été signées et ratifiées par le gouvernement défendeur ».

D'ailleurs, il faut rappeler que certains droits sociaux sont prévus par les deux textes internationaux, et donc, en l'absence d'une harmonisation efficace entre la Cour EDH et le CEDS, le risque de contrariétés de jurisprudence dangereuses, indépendamment de l'application de l'art. 1 du Protocole n° 12 de la CEDH, peut se concrétiser. Par exemple, en particulier, l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé, prévue à l'art. 4 de la CEDH et à l'art. 1, §2, de la CSER, selon l'interprétation du CEDS ; la liberté de fonder et de s'affilier à des syndicats, visée à l'art. 11 CEDH et à l'art. 5 CSER ; les droits à la sécurité sociale et à l'assistance sociale, prévus aux articles 12 et 13 CSER, reconnus par la Cour EDH sur la base de l'art. 1 du Protocole n° 1<sup>56</sup>; le droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique, prévu à l'art. 16 CSER et, partiellement, à l'art. 8 CEDH, comme l'a interprété la Cour de Strasbourg<sup>57</sup>.

Il est de toute façon remarquable que récemment le CEDS et la Cour EDH ont commencé à mentionner réciproquement, dans leur jurisprudence, les décisions respectives concernant les droits "correspondants"<sup>58</sup>.

#### 4. Les perspectives de la Charte à la lumière du nouvel article 117, premier alinéa, de la Constitution italienne.

La coordination souhaitable entre le CEDS et la Cour EDH sur le plan procédural, et l'harmonisation nécessaire de leurs décisions, dont on vient de parler, sont sans aucun doute des instruments utiles, et à certains égards indispensables, pour optimiser la protection des droits sociaux au niveau international. A côté des autres solutions mentionnées ci-dessus, ils sont en même temps les préalables essentiels pour une protection efficace de ces droits dans les ordres juridiques nationaux, grâce à la suite que les respectifs prononcés peuvent ou doivent avoir sur le plan national, selon ce qui ressort de l'acte international en question et surtout des normes constitutionnelles concernant son application directe.

A cet égard, il faut souligner que dans les Constitutions de plusieurs États de l'UE demeure encore le problème de l'applicabilité directe et de la justiciabilité<sup>59</sup> de la Charte sociale européenne. En l'absence de

---

<sup>56</sup> L'art. 1 du Protocole n° 1 reconnaît à toute personne le droit au respect de ses biens. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg (Voy. *Steck et autres c. Royaume-Uni*, 65731/01 et 65900/01, et notamment la Décision sur la recevabilité) a affirmé que parmi les biens doivent figurer les prestations sociales aussi, et donc toutes les formes d'assistance sociale, même s'il s'agit de prestations sociales non contributives. A cet égard, la jurisprudence de la Cour EDH est analysée par CINELLI Giulia, « I "diritti sociali" nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo », disponible sur [http://www.europeanrights.eu/getFile.php?name=public/commenti/CINELLI\\_testo.pdf](http://www.europeanrights.eu/getFile.php?name=public/commenti/CINELLI_testo.pdf). Sur la violation de l'art. 117, alinéa premier, Const., relativement à cette disposition du Protocole n° 1, en liaison avec l'art. 14 CEDH, voir l'arrêt récent de la Cour constitutionnelle italienne n° 187 du 2010, à la lumière des arrêts n° 348 et n° 349 du 2007 de la même Cour.

<sup>57</sup> Voy. l'arrêt *Connors c. Royaume-Uni* (66746/01), §67 ss.

<sup>58</sup> Voy., p. ex., les §§37 et 58 de la décision CEDS du 11 décembre 2009 sur le bien-fondé de la réclamation n° 49/2008, *Centre international pour la Protection juridique des Droits de l'Homme (INTERIGHTS) c. Grèce*, ayant pour objet la violation de l'art. 16 de la CSER, correspondant partiellement à l'art. 8 CEDH. De même, voir le §22 de l'arrêt récent de la Cour EDH dans l'affaire *Vörður Ólafsson v. Iceland* (20161/06), ayant pour objet l'art. 11 CEDH, correspondant à l'art. 5 de la CSER. Sur ce sujet, voir aussi la jurisprudence mentionnée par OLIVERI Federico, « La lunga marcia verso l'effettività. La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali », p. 12 s., disponible sur [http://www.europeanrights.eu/getFile.php?name=public/commenti/Carta\\_sociale\\_Oliveri\\_1.pdf](http://www.europeanrights.eu/getFile.php?name=public/commenti/Carta_sociale_Oliveri_1.pdf). Voy. aussi les arrêts de la Cour EDH mentionnée par O'CONNOR Colm, « Social Rights and the European Social Charter – New Challenges and Fresh Opportunities », in DE SCHUTTER Olivier (Coord.), *The European Social Charter, op. cit.*, p. 179, note 14.

<sup>59</sup> La distinction entre *applicabilité directe* et *justiciabilité* de la Charte permet d'éviter l'ambiguïté dans laquelle la doctrine ancienne s'est souvent trouvée, estimant que le manque d'un effet direct empêchait aussi sa justiciabilité, c'est-à-dire son contrôle normatif et son invocabilité en justice. Distinction qui ressort clairement dans : DE SCHUTTER Olivier, « La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in CARLIER Jean-Yves, DE SCHUTTER Olivier (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'Homme en Europe. Hommage à Silvius Marcus Helmons*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 117-147 ; AKANDJI-KOMBÉ Jean-François, « Avant propos sur l'inscription des droits sociaux dans la Convention européenne des droits de l'Homme. Préalables méthodologiques sur la justiciabilité des droits sociaux », *Cahiers de la Recherche en droits fondamentaux*, n° 3, 2004, pp. 83-92. D'ailleurs, l'opinion courante est que la justiciabilité des droits sociaux est niée pour des raisons politiques plutôt que juridiques. En ce sens, voir JIMENA QUESADA Luis, *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2006, p. X. Voir aussi la reconstruction diachronique intéressante de la doctrine relative à la Charte de NIVARD Carole, « Le discours sur les droits sociaux dans la doctrine relative à la Charte sociale européenne », *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux Axe I : Doctrines & Acteurs*, Working Paper, octobre 2009, disponible sur <http://www.droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=179>, p. 11 du rapport de l'A., où il ressort clairement que les préjugés et les obstacles à la pleine justiciabilité des droits sociaux ne sont plus issus de la doctrine, mais « demeurent portés par les représentants étatiques au Conseil de l'Europe. Le débat contradictoire se situerait plutôt à leur niveau ».

choix clairvoyants, comme ceux de la plupart des États contractants<sup>60</sup>, qui ont substantiellement reconnu, au travers de leurs Constitutions respectives, un effet direct à la CSE et/ou à la CSER dans leurs ordres juridiques, la justiciabilité de ces Chartes peut s'avérer problématique.

L'adhésion même de l'UE à la Charte sociale européenne, par analogie avec le Traité de Lisbonne dans la partie qui concerne la CEDH (art 6.2), aurait garanti une protection majeure des droits sociaux, en particulier ceux qui ne sont pas prévus dans la Charte de Nice, mais elle n'aurait pas quand même permis, en soi, l'applicabilité directe dans les ordres des États membres. L'adhésion de l'UE, de fait, n'entraînerait pas l'assimilation de la CSER au droit communautaire, mais plutôt – tout simplement – l'utilisation de ses règles en tant que « principes généraux » du droit de l'Union, conformément à l'art. 6.3 du Traité de Lisbonne, tout comme les traditions constitutionnelles communes aux États membres.

De plus, il faut constater que la CSER elle-même, dans la V<sup>e</sup> Partie, à l'art. I, portant sur la mise en œuvre des engagements souscrits, affirme dans son premier paragraphe que ses dispositions sont mises en œuvre par la législation ou la réglementation, les conventions conclues entre les employeurs et les organisations de travailleurs<sup>61</sup>, avant d'être invoquées devant les autorités nationales, y compris les autorités judiciaires. Ce choix est confirmé aussi dans l'Annexe à la CSER (art. N de la Partie VI), partie intégrante de celle-ci : « Il est entendu que la Charte contient des engagements juridiques de caractère international dont l'application est soumise au seul contrôle visé par la partie IV ». Ce contrôle, comme précédemment indiqué, est exercé par les *rappports* périodiques que les États doivent présenter au CEDS, et par les *réclamations collectives*. Les décisions du CEDS relatives à ces réclamations sont ensuite transmises au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, qui – comme précédemment indiqué – peut donner suite en adoptant des *résolutions* ou des *recommandations*, fondées sur des considérations clairement politiques. Le fait que l'art. 12 aussi du Protocole additionnel à la CSER, concernant les réclamations collectives, réaffirme le niveau international des engagements juridiques des États contractants, ne fait qu'accentuer ses limites juridiques, et entrave même ultérieurement l'efficacité directe des décisions du CEDS et des recommandations du Comité des Ministres dans les ordres nationaux.

La situation de l'Italie, après la ratification de la CSER en 1999<sup>62</sup>, était donc pareille à celle que l'on peut ressortir de l'ensemble des dispositions qu'on vient de mentionner : une situation caractérisée par l'absence d'application directe de la Charte et par la justiciabilité limitée des droits reconnus par celle-ci, qui se fonde sur la possibilité de saisir l'instance compétente pour obtenir une interprétation de la législation nationale (successive) conforme à ses normes. Autrement dit : la Charte serait pourvue de *justiciabilité normative* et elle n'aurait pas de *justiciabilité subjective*<sup>63</sup>.

Cependant, après l'entrée en vigueur du nouvel art. 117 de la Constitution italienne, dont le premier alinéa prévoit expressément le respect des obligations internationales de la part du législateur<sup>64</sup>, et après les

---

<sup>60</sup> Sur le site de la Charte ([http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/CountryFactsheets/CountryTable\\_fr.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/CountryFactsheets/CountryTable_fr.asp)), on déduit que les États en question sont : le Principauté d'Andorre, l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie, la République Tchèque, Chypre, la Croatie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, l'« ancienne République yougoslave de Macédoine », le Monténégro, les Pays Bas, le Portugal, la Roumanie, la Slovénie, l'Espagne, la Turquie et l'Ukraine. Pour ce qui concerne la Belgique, un arrêt de la Cour de cassation belge du 27 mai 1971 (*Arrêt Le Ski*) en a permis l'intégration automatique dans l'ordre juridique national belge. En France, un arrêt récent de la Cour de cassation (Chambre sociale) française a reconnu l'applicabilité directe du PIDESC dans la législation nationale, contrairement à l'opinion du Conseil d'État et de la Cour de cassation elle-même, qui étaient contraires à l'applicabilité directe des traités internationaux et en particulier de la CSER même. Voy. l'arrêt du 16 décembre 2008, *Eichenlaub c. Axia France* : « Mais sur le moyen de pur droit, relevé d'office après avis donné aux parties : Vu l'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, ensemble l'article 75, alinéa 3, du code du commerce local applicable dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle ; Attendu que le premier de ces textes, directement applicable en droit national [...] ».

<sup>61</sup> Le sens littéral du §1 de l'art. I CSER est le suivant : « Sans préjudice des moyens de mise en œuvre énoncés par ces articles, les dispositions pertinentes des articles 1 à 31 de la partie II de la présente Charte sont mises en œuvre par : *a* la législation ou la réglementation ; *b* des conventions conclues entre employeurs ou organisations d'employeurs et organisations de travailleurs ; *c* une combinaison de ces deux méthodes ; *d* d'autres moyens appropriés ».

<sup>62</sup> Voy. la loi italienne du 9 février 1999, n° 30. La CSER est entrée en vigueur dans la législation italienne le 1<sup>er</sup> septembre 1999.

<sup>63</sup> Ces deux expressions, « justiciabilité normative » et « justiciabilité subjective » ont été créées par la doctrine française, compte tenu de la doctrine allemande qui pose les droits sociaux parmi les principes, pour que le juge puisse distinguer le contrôle de conformité d'une norme par rapport à une autre (constitutionnelle ou internationale) et la possibilité d'invoquer en justice la protection d'un droit (subjectif), évidemment sur la base d'une norme visant à protéger une position individuelle (ou collective) d'avantage. Voy., pour tous, ROMAN Diane, « Les droits sociaux : des droits à part entière ? Éléments pour une réflexion sur la nature et la justiciabilité des droits sociaux », in DU CHEYRON Patrick, GÉLOT Didier (coord.), *Droit et Pauvreté*, 2007, p. 48 ss., disponible sur [http://www.onpes.gouv.fr/IMG/pdf/livre\\_entier\\_web.pdf](http://www.onpes.gouv.fr/IMG/pdf/livre_entier_web.pdf)

<sup>64</sup> L'art. 117, premier alinéa, de la Const. dispose que : « Le pouvoir législatif est exercé par l'État et les Régions dans le respect de la Constitution, aussi bien que des contraintes découlant de la réglementation communautaire et des obligations internationales ».

arrêts de la Cour constitutionnelle italienne n° 348 et n° 349 du 2007<sup>65</sup>, auxquels ont été ajoutés récemment le n° 80 et le n° 113 du 2011, de nouvelles perspectives semblent apparaître<sup>66</sup>.

La première perspective, qui s'inscrit dans le cadre des sources internationales conventionnelles, permet de placer les lois qui ont transposé la CSE et la CSER dans l'ordre juridique italien comme des sources interposées dans le jugement de constitutionnalité des lois, et elle concerne donc tant le juge constitutionnel que les autres juges nationaux.

La Cour constitutionnelle italienne, que dans le passé avait considéré les dispositions de la CEDH, faute d'une prévision constitutionnelle spécifique, comme une simple loi d'exécution, à la suite de la reformulation de l'art. 117, premier alinéa, Const. par la loi constitutionnelle n° 3 de 2001, a en effet estimé que l'adoption des normes CEDH dans le droit national est effectuée sur la base de la nouvelle disposition ; par conséquent, la norme nationale incompatible avec la norme de renvoi de la CEDH, et donc avec les « obligations internationales » visées à l'article ci-dessus, viole donc la nouvelle disposition constitutionnelle.

La logique interprétative de la Cour n'ouvre pas, toutefois, à un renvoi générale et systématique aux règles internationales chaque fois concernées, c'est-à-dire à tout le droit international conventionnel relative à la "matière constitutionnelle" de la protection des droits de l'homme, et donc à la CSE et à la CSER aussi, pour ce qui concerne cet article<sup>67</sup>. La Cour, en effet, refuse l'effet direct aux dispositions internationales conventionnelles dans l'ordre italien, car elle ne peut pas les placer dans le champ d'application des articles 10 et 11 Const. ; et cela empêche donc au juge national de laisser inappliquées, ou bien de ne pas appliquer, les dispositions simples, successives<sup>68</sup>, qui sont contraires aux dispositions qui ont introduit les accords internationaux, y compris celles concernant la CSE et la CSER. L'incompatibilité entre ces sources du droit n'entraîne pas de problèmes de succession des lois dans le temps, ou des évaluations sur leur respective collocation hiérarchique, mais elle se présente comme une question de constitutionnalité, pour une violation éventuelle de l'art. 117, premier alinéa, Const., de compétence exclusive du juge constitutionnel.

Le juge national, cependant, ne doit pas nécessairement soulever une question de constitutionnalité, toutes les fois qu'il y a une contradiction entre les normes nationales et les normes internationales (plus exactement : norme de renvoi de normes internationales<sup>69</sup>), en essayant de résoudre cette question par l'interprétation. C'est de la compétence du juge national d'interpréter la norme nationale conformément aux dispositions de la CSE et de la CSER, dans les limites dans lesquelles cela est prévu. Dans le cas où cela ne serait pas possible, ou bien au cas où le juge douterait de la compatibilité de la règle nationale avec la

---

<sup>65</sup> Arrêts de principe d'une jurisprudence constitutionnelle constante. Voy. les arrêts n° 39 de 2008 et nos 239, 311 et 317 de 2009, ainsi que les arrêts récents nos 93, 187 et 196 de 2010.

<sup>66</sup> Ici, je vais illustrer tout de suite les perspectives que, à mon avis, peuvent résulter de la reformulation, qu'on vient de citer, du premier alinéa de l'art. 117 Const., à la lumière de cette orientation jurisprudentielle qui s'est imposée dès 2007 avec ces que l'on appellent les « arrêts jumeaux » de la Cour constitutionnelle italienne ; je veux remarquer toutefois une ordonnance (d'irrecevabilité) précédente, rendue par la Cour elle-même, la n° 434 de 2005, où les différentes interprétations de l'alinéa premier de l'art. 117 Const. relativement à la CSER (art. 4, §2) sont résumées. Dans cette ordonnance, en particulier, ressortent synthétiquement les sujets que la doctrine a élaborés depuis longtemps pour nier son effet direct.

<sup>67</sup> Je suis d'accord, donc, avec ceux qui jugent inadmissible que dans la réalité un tas d'obligations internationales doivent entraîner l'entrée en jeu de l'art. 117, Const., avec toutes les graves conséquences indiquées par la Cour constitutionnelle. Voy., pour tous, CONDORELLI Luigi, « La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale? », *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, n° 2, p. 305 s.

<sup>68</sup> À propos du sort des lois précédentes, voir l'arrêt n° 39 de 2008 de la Cour constitutionnelle italienne, qui semble assujettir ces lois-ci à l'analyse de la Cour. Ce choix opéré par le juge constitutionnel suscite toutefois quelques doutes, si on réfléchit sur le fait que les lois ordinaires et les lois d'exécution des traités internationaux sont identiques d'un point de vue formel, et qu'on peut abroger ces dernières par abrogation tacite des celles-là, si elles sont chronologiquement précédentes, et au cas où il y ait les conditions prévues par les *Preleggi* (dispositions sur la loi en général) italiennes. Nous pouvons donc nous demander si, indépendamment d'une justification juridique-formelle, la Cour n'a préféré ainsi adopter une « jurisprudence d'intérêts ». Pour donner une réponse affirmative, il suffit de rappeler qu'un arrêt qui déclare l'inconstitutionnalité d'une disposition de loi cause son annulation *ex tunc*, tandis que l'abrogation tacite entraîne la cessation de l'efficacité des normes *ex nunc*, avec des effets exclusivement *inter partes* ; en outre, il faut rappeler que, en intervenant sur les normes et non sur les dispositions qui les contiennent, l'abrogation tacite permet leur application *pro futuro* aussi, pourvu qu'elles ne soient pas interprétées de façon contraire aux normes successives.

<sup>69</sup> Dans les arrêts mentionnés, la Cour, en privilégiant l'aspect substantiel, se rapporte à l'incompatibilité de la disposition nationale avec la disposition du traité, même si, sur un plan formel, la disposition du traité est significative dans le droit italien, étant contenue dans la loi de transposition. Dans cet article on a décidé d'adopter la même position de la Cour, selon laquelle la disposition internationale conventionnelle n'est jamais efficace indépendamment de la procédure d'adaptation, comportant que les questions éventuelles d'inconstitutionnalité peuvent se manifester seulement après l'intervention de l'acte qui transpose la disposition internationale dans l'ordre juridique. D'un point de vue de la théorie, la procédure d'adaptation s'avère donc nécessaire, et la disposition interposée est constituée par l'acte législatif d'adaptation.

disposition sous-constitutionnelle de renvoi interposée, il devra saisir la Cour constitutionnelle de la relative question de constitutionnalité, conformément à l'art. 117, alinéa premier, Const.

Une autre conséquence de la reconstruction de la Cour, qui ressort surtout dans l'arrêt n° 348 de 2007, est que, pour éviter le paradoxe selon lequel une disposition législative soit déclarée inconstitutionnelle sur la base d'une autre disposition sous-constitutionnelle (ici, les normes de renvoi de la CSE et de la CSER), contraire elle aussi à la Constitution, l'exigence absolue et inéluctable que les normes sous-constitutionnelles soient elles aussi conformes à la Constitution va s'imposer, et l'exigence aussi que cette conformité soit examinée par la Cour toutes les fois où il y a un cas de contrariété entre les dispositions interposées et les dispositions législatives nationales.

La Cour constitutionnelle est appelée à procéder à une interprétation de caractère "international", mais elle doit d'abord opérer une interprétation balancée entre la conformité à la Constitution et la conformité à l'acte international conventionnel concerné. Dans la pratique, elle pourrait considérer des intérêts constitutionnellement garantis comme prédominants sur l'obligation internationale, comme par exemple les sujets délicats tels que le mariage homosexuel et l'euthanasie.

Il s'agit, donc, d'une *perspective verticale*, car les normes pour la mise en œuvre du droit international conventionnel sont placées au dessus des autres dispositions législatives, même si elles ne sont pas sur le même plan des normes constitutionnelles, et d'une *perspective horizontale*, vu qu'un balancement entre les obligations qui découlent des normes internationales conventionnelles et les intérêts protégés par la Constitution, notamment dans les domaines où les dispositions internationales laissent aux États un marge d'appréciation majeur.

Cette perspective double, qui semble remplacer définitivement la perspective, désormais disparue à la suite des arrêts n° 348 et n° 349, de l'applicabilité directe (non seulement en fonction paramétrique) dans l'ordre national des normes internationales conventionnelles<sup>70</sup>, même si elles n'ont pas été transposées habituellement, laisse ouvert d'importants espaces d'intervention au juge national ; ce dernier n'a plus la possibilité de laisser inappliquées les normes nationales contraires aux normes internationales conventionnelles, mais il retient quand même la possibilité d'intervenir en cas de lacunes et carence du législateur national : directement, par l'*interprétation conforme*<sup>71</sup>; indirectement, en saisissant la Cour constitutionnelle pour obtenir des *arrêts additifs* (dans ce cas, on parle de *sentenze additive di prestazione* et *sentenze additive di principio*)<sup>72</sup>, qui s'insinuent « dans la partie où » le législateur lui aussi a manqué de prévoir quelque chose.

Contrairement à ce qu'il paraît, le juge constitutionnel ne laisse donc pas au juge national la possibilité d'introduire de nouvelles catégories de droits, mais de donner de nouveaux contenus aux droits déjà existants ; il le rend ainsi capable de partager et, en ce sens, de devenir co-auteur du procédé d'interprétation pour rendre pleinement efficaces certains droits réglés, de façon discutable, par la législation ordinaire ou même non adéquats, par l'action du législateur national, aux obligations internationales souscrites par l'État. Il s'agit donc de reconnaître pleinement l'intervention des juges nationaux, en application de la technique de ce que l'on appelle la « justiciabilité normative », qui permet d'évaluer et promouvoir la cohérence de l'ordre juridique et la cohérence entre les objectifs de la Charte et les moyens établis pour les réaliser, et que ne leur empêche pas d'avoir recours aussi au *critère de spécialité*, dans le sens de critère de résolution des antinomies normatives entre une loi générale et une loi qui concerne des catégories spécifiques de personne ou d'objet.

Par rapport aux « arrêts jumeaux » du 2007, une contribution ultérieure à la définition du rôle des juges nationaux est donnée par l'arrêt n° 317 du 2009, dans laquelle la Cour reconnaît, d'abord, être liée aux options interprétatives qui constituent le « droit vivant ». Cela signifie que, lorsqu'un vrai *droit vivant* s'est formé dans la jurisprudence ordinaire, la Cour estime que ses évaluations devraient se concentrer sur l'interprétation dominante de la norme attaquée. C'est une affirmation essentielle pour délimiter, ou rétablir,

---

<sup>70</sup> Par rapport à ce que je viens de mentionner ci-dessus, je ne vais plus traiter ici des normes CEDH et de leur applicabilité directe après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Sur ce sujet, voir les premiers arrêts, discutables, des juges administratifs : TAR Lazio, n° 11984/2010 du 18 mai 2010 ; Consiglio di Stato, arrêt 2 mars 2010, n° 1220 ; et les doutes de la doctrine : CELOTTO Alfonso, « Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato) », disponible sur <http://www.neldiritto.it/appdottrina.asp?id=5272>.

<sup>71</sup> On peut trouver plusieurs exemples d'interprétation conforme dans la jurisprudence italienne et européenne. Voy., à cet égard, OLIVERI Federico, « La lunga marcia verso l'effettività », *op. cit.*, p. 13 s.

<sup>72</sup> Ce sont des arrêts portant ajout, c'est pour cela qu'on les appelle *additifs*, où la Cour constitutionnelle italienne déclare l'inconstitutionnalité d'une disposition, dans la partie où cette disposition a manqué de prévoir quelque chose.

les compétences de la Cour de cassation italienne, et de reconnaître pleinement son rôle de contrôle dans l'interprétation des textes normatifs<sup>73</sup>.

Deuxièmement, de l'arrêt qu'on vient de mentionner ressort le rôle et la définition de droit de « jugement de balancement », en tant qu'opération d'évaluation parmi les *normes-principe* posées sur des niveaux de garantie différents, que la Cour constitutionnelle même croit être de compétence primaire du législateur et, en deuxième lieu, à soi-même ; tandis que la compétence reconnue au juge commun est limitée à l'interprétation constitutionnelle et conforme au niveau international.

On déduit, en outre, dans le même arrêt, que le juge ordinaire, dans le cadre de l'interprétation conforme et avant de l'intervention du juge des lois, est aussi appelé à appliquer le *principe de la plus grande expansion des droits*. Dans le sens que, relativement un droit particulier, la confrontation entre la protection internationale et la protection nationale des droits fondamentaux doit être effectuée visant à l'expansion la plus grande des garanties, aussi à travers le développement de potentialité relative aux normes nationales qui ont pour objet les mêmes droits<sup>74</sup>. Seulement dans le cas où une interprétation conforme serait impossible, ne pouvant pas parvenir à des interprétation trop "additives" par rapport aux normes nationales, l'obligation de saisir la Cour constitutionnelle entre en jeu. La fonction de cette Cour est, en effet, celle de ne pas consentir l'efficacité continue dans l'ordre juridique italien d'une norme dont le déficit de protection par rapport à un droit fondamental a été vérifiée ; mais cela pourra s'ensuivre seulement à la suite d'un jugement de balancement avec les autres droits fondamentaux établis par la Constitution.

La deuxième perspective qui semble s'annoncer vise à dépasser la contrainte négative déduite de l'art. 117 Const., qui consiste dans l'interdiction d'adopter des normes "anti-internationales", et qui veut un renforcement du rôle garantistique de la CSE et de la CSER dans l'ordre italien, en vertu de la contrainte positive que la même disposition constitutionnelle donne au législateur, en rendant obligatoire pour lui<sup>75</sup> – et donc non plus facultatif – la mise en œuvre des engagements souscrits avec l'entrée en vigueur des Chartes respectives.

C'est sans doute la perspective la plus intéressante, car, même si elle confirme l'espace d'interprétation du juge national, qui est appelé le premier à effectuer l'interprétation conforme, elle ouvre un autre espace de manipulation, pour le juge constitutionnel.

L'intention n'est pas d'affirmer que la contrainte qui découle des obligations internationales peut être interprétée dans le sens que l'État est toujours obligé à mettre en œuvre les traités stipulés et ratifiés en vertu des dispositions constitutionnelles, configurant donc le premier alinéa de l'art. 117, Const. une *clause d'adaptation automatique*, ou *semi-automatique*, car cela est réalisé obligatoirement mais, en tous cas, par le biais d'une loi de mise en œuvre. Le but est plutôt d'affirmer que la portée innovante de la disposition constitutionnelle en question se trouve *aussi* dans l'obligation du législateur ordinaire de mettre en œuvre un traité international pour compléter la réglementation nationale, lorsque l'exécution a déjà été activée, disposée par une clause *par référence (per relationem)* dans la même loi d'autorisation à la ratification ou par une loi *ad hoc*<sup>76</sup>, et à condition que l'acte soit entrée en vigueur. L'exécution précède en effet l'entrée en vigueur de l'accord, qui arrive seulement à la suite de la ratification.

La Cour constitutionnelle, après avoir vérifier l'entrée en vigueur du traité<sup>77</sup>, ne pourra donc déplorer l'absence de dispositions législatives, car l'exécution donnée par la loi avec une loi ordinaire ou spéciale, est

---

<sup>73</sup> Il faut relever, du reste, que la Cour de cassation a maintenant partagé la reconstruction des compétences effectuée par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n° 317 de 2009, comme l'a confirmé son arrêt n° 2352 de 2010 (Voy. 5. A. *in fine*). Le juge constitutionnel a dit que le contrôle sur l'interprétation exacte et uniforme de la loi de la part de la Cour de cassation inclut aussi le processus d'interprétation sur les modalités selon lesquelles les droits nationaux et constitutionnels se conforment aux principes qui ne sont pas contraires mais qui sont promotionnels du Traité de Lisbonne et de la Charte de Nice, qu'il pose comme base du droit commun Européen.

<sup>74</sup> Parmi les arrêts les plus récents des juges compétents qui montrent clairement l'orientation jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle expliquée ci-dessus, avec des argumentations claires visant à justifier l'adoption d'une interprétation conforme fondée sur le principe de la plus grande expansion des droits, voir l'arrêt exemplaire du Tribunal de Novara du 1<sup>er</sup> mars 2010, R.G. 926/2009, disponible sur <http://dejure.giuffre.it/psixsite/PaginePubbliche/default.aspx>.

<sup>75</sup> D'ailleurs, la Cour constitutionnelle avait déjà affirmé l'existence d'une obligation positive de mise en œuvre avant 2001, dans une décision concernant la position des Régions (voy. arrêt n° 124 de 1990), c'est pourquoi son extension au niveau de l'État semblerait aujourd'hui cohérente.

<sup>76</sup> Même si, dans la pratique actuelle, par la même loi il est possible d'autoriser la ratification du traité et son exécution aussi, il faut quand même distinguer les deux contenus législatifs : autorisation à la ratification d'un côté, et exécution des obligations internationales conventionnelles de l'autre côté.

<sup>77</sup> La Cour, dès l'ordonnance n° 282 du 1983, affirme que la référence à la mise en œuvre des accords internationaux "conclus" par l'État et non encore "ratifiés" ne pourrait certes légitimer l'exécution avant la ratification qui est nécessaire conformément à l'article 80 de la Constitution, notamment parce que dans ce cas l'accord international est certainement sans effet dans la l'ordre italien (voy.

à ce moment en mesure d'exercer son efficacité, et d'attester sans équivoque la volonté de l'État de donner suite aux obligations internationales souscrites<sup>78</sup>. La nécessité éventuelle d'autres contributions normatives par le législateur de l'État, surtout en fonction adaptative, n'interdit pas quand même l'intervention manipulative de la Cour.

Il est clair que la compétence du juge national n'est pas d'appliquer ou ne pas appliquer directement les normes d'un traité international, mais, en présence d'une exécution, après avoir constaté l'entrée en vigueur de l'acte, d'intervenir avec les instruments qui lui reviennent, afin que les normes conventionnelles concernées soient effectivement en vigueur dans l'ordre italien. Autrement dit, l'effectivité du traité peut dépendre d'autres actions normatives nationales<sup>79</sup>, mais il est indéniable que, avec l'entrée en vigueur et en présence de l'exécution par loi, l'obligation des résultats contractée dans l'ordre international est transférée dans l'ordre national aussi et elle s'impose à toutes les instances compétentes de la mise en œuvre, y compris les instances juridictionnelles<sup>80</sup>.

Il faut relever, d'autre part, que dans le cas où cette interprétation de l'art. 117, premier alinéa, Const. serait acceptée, étant nécessaire coordonner cette norme constitutionnelle avec l'art. 80 de la Constitution, parmi les obligations internationales susceptibles d'avoir des conséquences déduites de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ne demeurent que celles transposées dans la législation nationale par une loi ordinaire portant exécution. En effet, si la procédure parlementaire est considérée comme nécessaire par la Constitution pour tout traité dont l'adaptation dans l'ordre national entraîne une modification des actes législatifs préexistants, cela est donc justement indispensable, si l'objectif est de tirer de l'obligation internationale les conséquences plus importantes que la Cour a déduites de l'art. 117, premier alinéa, Const., à commencer par l'inconstitutionnalité de toute norme nationale contraire à celui-ci. Du reste, il est difficile de penser qu'une obligation internationale qui n'a pas été mise en œuvre par la loi, et donc, selon la formulation traditionnelle, encore dépourvue de la force de modifier la législation précédente, peut contraindre l'activité du législateur, ou même conditionner la constitutionnalité des lois précédentes à son activité, et comporter l'obligation pour le juge de saisir la Cour constitutionnelle.

Dans cette perspective, on peut ajouter que le juge national, dans le cadre de l'interprétation conforme qui lui incombe, en suivant la logique interprétative que l'on peut déduire de la jurisprudence constitutionnelle, non seulement il applique les dispositions de loi qui mieux conviennent au traité, conformément au premier alinéa de l'art. 117 de la Constitution (après l'exécution et après avoir constaté son entrée en vigueur), dans les limites du sens littéral, mais il donne suite aussi aux principes qui ressortent des éventuels arrêts additifs de la Cour, et il suit en même temps le principe de la plus grande expansion des droits, à respecter lui aussi.

Dans l'ensemble, il s'agit d'une perspective qui correspond à une configuration "forte" des droits sociaux, en les projetant vers une pleine justiciabilité, indépendamment de n'importe quel respect des décisions législatives et en remplaçant l'inaction (relative) du législateur par une action juridictionnelle<sup>81</sup>. Cette intervention, par le juge national, avant ou après l'intervention du juge constitutionnel, est en tous cas interprétative et applicative<sup>82</sup>, tandis qu'elle devient créative (en l'espèce, *additiva di prestazione* ou *additiva di principio*) grâce à la Cour constitutionnelle, qui ne se trouve pas face à une omission absolue de la part du législateur ordinaire, qui est déjà intervenu pour adapter l'acte international concerné dans l'ordre juridique

---

arrêt n° 379 du 2004, point 3 du « *Considerato in diritto* », en confirmant ainsi le rapport de précedence juridique entre l'efficacité de la ratification du traité au niveau international, de la part de l'État, et l'efficacité de l'exécution dans l'ordre juridique nationale.

<sup>78</sup> En effet, lorsqu'un État souscrit un engagement conventionnel, il manifeste une volonté juridique double : de prendre un engagement international ; de régler au niveau national le sujet concerné, selon ce qui est prévu par l'accord.

<sup>79</sup> Il est possible, en effet, de mettre en œuvre les normes du traité aussi par le moyen d'actes d'exécution différents et successifs, voy. l'arrêt n° 223 de 1996 de la Cour constitutionnelle.

<sup>80</sup> Il est hors de doute, d'ailleurs, que l'efficacité d'un acte international dépend de sa *ratification*, sur laquelle se fonde le caractère opérant de l'*exécution* : il faut donc toujours vérifier si l'État italien s'est *effectivement* engagé au niveau international, en complétant le processus de ratification, y compris le dépôt de l'instrument de ratification auprès du dépositaire, selon l'art. 16 de la Convention de Vienne. A cet égard, le traitement dilatoire que l'Italie a réservé à la Convention d'Oviedo est emblématique. Voy. PENASA Simone, « Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo », disponible sur [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0007\\_penasa.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0007_penasa.pdf).

<sup>81</sup> Cfr. TUSHNET Mark, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », *Texas Law Review*, 2004, n° 82, p. 1900, qui rappelle la décision très connue de la Cour Suprême des États Unis, de 1962, *Baker v. Carr*. Relativement aux perspectives de la CSEet de la CSER dans l'ordre juridique italien, je me borne à mentionner la littérature juridique italienne sur l'omission législative et je renvoi simplement aux citations bibliographiques du Cahier de la Cour constitutionnelle italienne à l'occasion de la Conférence des Cour constitutionnelles européennes, qui a eu lieu à Vilnius de 2 à 7 juin 2008, consacrée aux « Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale », disponible sur [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU199\\_Omissione\\_legislatore.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU199_Omissione_legislatore.pdf), p. 24 s.

<sup>82</sup> Les juges nationaux, en effet, comme précédemment expliqué, ne sont appelés qu'à effectuer une *reductio ad legitimitatem*, par l'utilisation de l'interprétation extensive et/ou de l'intégration par analogie, et à donner suite aux principes que l'on peut déduire des éventuels *arrêts additifs* de la Cour constitutionnelle, dans les délais de l'intervention législative.

national, mais seulement à une action incomplète. A tel point, qu'il serait possible définir l'intervention du juge constitutionnel, en reprenant l'expression de la jurisprudence constitutionnelle concernant l'inactivité du législateur régional et provincial du Trentin-Haut Adige, comme un « jugement pour inadaptation », par rapport à une obligation des résultats qui a été acceptée par l'État au niveau international et national aussi.

Un obstacle insurmontable pour l'action "portant ajout" (additive) de la Cour, est quand même l'appréciation du législateur, si on la déduit clairement. Cependant, il faut noter que la Cour, même si elle n'est pas légitimée à choisir parmi plusieurs ajouts autorisées par la Constitution, peut en tous cas adresser des « avertissements » et des « invitations » au législateur<sup>83</sup>, même quand elle rejette une question de constitutionnalité ou elle la déclare inadmissible, et obtenir, très souvent, le résultat escompté.

La troisième perspective, si l'on peut la définir en ces termes, coïncide avec la technique des rappels *ad abundantiam*, encore présents dans la jurisprudence des juges nationaux. Ce sont des références normatives additionnelles, pour renforcer l'argumentation de l'arrêt, qui a déjà des bases suffisantes dans le droit national<sup>84</sup>. Ces rappels sont additionnels au noyau de la motivation et ils n'ont pas une importance décisive, mais ils contribuent à faire connaître au niveau judiciaire et dans l'opinion publique la conscience du fait que la protection des droits fondamentaux est à plusieurs niveaux ; de plus, ils exposent en même temps les politiciens à une forme indirecte de délégitimation, dans le cas où les arrêts montraient que les juges n'ont pas été en mesure de parvenir à la protection des droits (sociaux) concernés, à cause des manquements des législateurs nationaux.

Il faut enfin remarquer que, sur le plan législatif, grâce à la réorganisation des compétences par le moyen de la réforme du Titre V de la Partie II de la Constitution italienne, les Régions doivent assurer l'application et l'exécution des accords internationaux dans les domaines relevant de leur compétence, « dans le respect des règles de procédure établies par les lois de l'État » (art. 117, alinéa 5, de la Constitution). L'art. 6.1 de la Loi n° 131 du 2003 met en œuvre la norme constitutionnelle, en disposant que les Régions et les Provinces autonomes pourvoient « directement » à l'exécution et à la mise en œuvre des accords internationaux ratifiés par l'Italie, et après communication préalable au Ministère des Affaires étrangères et au Président du Conseil des ministres ; dans les trente jours suivants, ils peuvent ensuite formuler des critères et des observations. En cas de manquement, sans préjudice de la responsabilité des Régions à l'égard de l'État, on applique les dispositions concernant le pouvoir substitutif de l'État, que la même loi (art. 8.1, 8.4 et 8.5) prévoit par application de l'art. 120, alinéa 2, de la Constitution.

Par conséquent, les Régions, dans les domaines relevant de leur compétence, comme l'assistance sociale, pourraient intervenir par le moyen de lois spécifiques pour appliquer la CSER, dont l'art. 13 prévoit le droit à l'assistance sociale et médicale et l'art. 14 reconnaît le droit au bénéfice des services sociaux, introduisant des dispositions pour en assurer l'exécution effective.

Jusqu'à présent, aucune Région ne semble être intervenue pour appliquer la CSER, et la seule loi dans laquelle la CSE est mentionnée – la Loi n° 11 du 2007 de la Région Campanie, établissant juste des dispositions dans un domaine qui aurait permis une approche différente (Loi pour la dignité et la citoyenneté sociale. Loi 8 novembre 2000 n° 328) – n'affirme (premier alinéa de l'art. 1) que cette loi, en s'inspirant de la Constitution, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, de la Charte Sociale Européenne et de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union Européenne, prévoit l'établissement d'un système intégré d'intervention sociale et de services sociaux.

## 5. Considérations pour conclure (ou ne conclure pas).

De ce qu'on a essayé de faire ressortir dans cet article, on déduit que la Charte sociale européenne (CSE et CSER), peut avoir une importance juridique considérable dans l'ordre juridique italien, même si on ne lui a pas reconnu un effet direct et l'UE n'y a pas adhéré. Sa *justiciabilité normative* est indéniable et, si on interprète l'art. 117, premier alinéa, de la Constitution, qu'on vient d'expliquer, la *justiciabilité subjective*

---

<sup>83</sup> Parmi les arrêts les plus remarquables, avec des avertissements et/ou des invitations adressés au législateurs, il faut mentionner ici l'arrêt n° 61 de 2006 qui, tout en déclarant inadmissible la question de constitutionnalité, elle a remarqué les contraintes conventionnelles que le législateur devait – et doit – respecter.

<sup>84</sup> Sans que cette liste soit complète, on va mentionner les arrêts suivants : Trib. Roma – II Sezione civile – Ord. Proc. n° 69789/2002 ; Trib. Cagliari – Sez. civile – Ord. Proc. n° 2563/2005 ; Trib. Napoli – Sez. lavoro – Arrêt 22 avril 2009, disponible sur [http://www.bin-italia.org/UP/doc\\_istituz/sentenza%20pilota.pdf](http://www.bin-italia.org/UP/doc_istituz/sentenza%20pilota.pdf) ; Trib. Novara, Arrêt 1<sup>er</sup> mars 2010, disponible sur <http://dejure.giuffre.it> ; Cass. civile, Sez. lavoro, 19 juillet 2007, n° 16017 (*Soc. Alitalia c. Soc. A.G. e altro*) ; Cass. civile, Sez. lavoro, 1<sup>er</sup> février 2006, n° 2245 (*Ama c. Stentella*) ; Cass. Civile, Sez. lavoro, 21 août 2004, n° 16538 ; Cons. Stato, Sez. VI, 17 mai 2010, n° 3054 ; ainsi que Corte costituzionale : n° 163 de 1983, n° 86 de 1994 et n° 46 de 2000.

peut être maintenant réalisable elle aussi<sup>85</sup>, pouvant elle découler à la suite d'un *jugement pour inadaptation* face à la Cour constitutionnelle, fondé – comme il a été précédemment expliqué – sur l'obligation des résultats ; une obligation conclue par l'État dans le système international et exécuté au niveau législatif dans l'ordre national.

La voie principale à parcourir par le juge national est de toute façon celle indiquée par la Cour constitutionnelle, allant dans le sens de l'interprétation conforme qui garantit la protection la plus élevée offerte par le système à plusieurs niveaux de protection des droits fondamentaux, par application du principe de la plus grande expansion des ceux-ci.

On peut trouver la même raison aussi dans l'art. 53 de la Charte de Nice, si on accepte une analyse garantistique très simple, qui rend opérant et explicite dans l'ordre multi-niveaux le principe de la plus grande expansion et protection des droits ; du reste, c'est une interprétation différente que celle illustrée au début de cet article (au §1). Cette norme prévoit tout simplement que, par la confrontation synergique entre droit national, droit conventionnel et international et droit de l'Union, aussi à la lumière de la Charte elle-même, doit ressortir, et prévaloir nécessairement, la disposition la plus protectrice en matière de protection des droits fondamentaux.

Sur le plan jurisprudentiel, il s'agit donc de favoriser la "perméabilité" entre les différents ensembles normatifs, et de sauvegarder en même temps la protection la plus profonde qu'une valeur peut avoir dans un instrument différent de la Charte de Nice, comme par exemple la Charte sociale européenne ; et il s'agit donc de garantir le pluralisme le plus grand dans la protection des droits fondamentaux en Europe<sup>86</sup>.

Cependant, les juges ne peuvent pas dépasser une certaine limite : la CSER ne contient pas des dispositions similaires à celles de la CEDH<sup>87</sup>, sur l'efficacité et la suite des décisions de ses organes de contrôle ; et elle ne dispose quand même que d'une "arme" quasi juridictionnelle, à moins que les États eux-mêmes prédisposent les conditions juridiques pour rendre les décisions du CEDS pleinement efficaces.

De toute façon, les juges italiens devraient commencer à accorder une grande considération à la jurisprudence du CEDS dans leurs arrêts<sup>88</sup>, ainsi comme ils le font relativement à la Cour EDH. Les résolutions et les recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, qui donnent suite aux décisions du CEDS sur les réclamations collectives, devraient être remarquées dans les prononcés nationaux, notamment lorsqu'elles sont contraires à ce que le CEDS a estimé, et surtout lorsqu'elles font ressortir la nécessité de l'État contractant d'adapter sa législation nationale, pour éviter des violations de la Charte. En revanche, les juges nationaux expriment encore peu d'intérêt à l'égard de la Charte, même après l'entrée en vigueur du premier alinéa de l'art. 117 de la Constitution.

Indépendamment de leur attention à l'égard de la CSER, on remarque que les juges parcourent encore sans effort la vieille voie de l'interprétation conforme, ignorant la voie nouvelle, indiquée par les arrêts constitutionnels de 2007, comportant la proposition de la question de constitutionnalité, comme l'a montré le manque de questions de constitutionnalité ayant comme dispositions interposées celles d'un traité

---

<sup>85</sup> Cela ne signifie pas que la Charte sociale européenne attribue directement des droits subjectives, qui peuvent être invoqués en justice par les individus, et donc qu'elle est pourvue de ce que l'on appelle *justiciabilité subjective*.

<sup>86</sup> D'ailleurs, le point d'arrivée méthodologique et substantiel dans la protection des droits fondamentaux, y compris notamment les droits économiques et sociaux, est celui récemment confirmé par la Cour EDH (voy. *Demir et Baykara c. Turquie*, précité) : « 85. La Cour, quand elle définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la Convention, peut et doit tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des États européens reflétant leurs valeurs communes. Le consensus émergent des instruments internationaux spécialisés et de la pratique des États contractants peut constituer un élément pertinent lorsque la Cour interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques.

<sup>86</sup> Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que l'État défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine précis dont relève l'affaire concernée. Il suffit à la Cour que les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international ou dans le droit national de la majorité des États membres du Conseil de l'Europe et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vue dans les sociétés modernes ».

<sup>87</sup> Voy. articles 41 et 46 CEDH.

<sup>88</sup> A cet égard, un arrêt récent du *Consiglio di Stato* (Sez. IV, 15 mai 2009, n° 3029) en matière de spéculation immobilière, entraînant la démolition des habitations d'un groupe de familles Sinti, est paradigmatique. Face au rappel des parties requérantes aux normes et à la jurisprudence de la Charte sociale européenne, et face à l'éclaircissement que la violation immobilière objet de l'ordonnance attaquée était nécessaire pour garantir un logement, même précaire et pénible, aux familles des parties requérantes, n'étant été pas possible trouver des solutions alternatives sur le marché, ni impliquer l'autorité compétente pour trouver des autres solutions, le juge n'a affirmé que en ce qui concerne la violation établie des normes et des conventions internationales, qui s'est concrétisée en la discrimination substantielles à l'égard des gens du voyage, celle-ci est considérée comme sans importance, car la question objet de jugement ne concerne pas ces matières, et elle relève de la matière urbaine (voy. le dernier paragraphe de point 3.1. de la « Parte in diritto »).

international différent de la CEDH<sup>89</sup>. Le risque alors est que le juge national, engagé dans son rôle herméneutique conforme à la Constitution, renforcé par les arrêts récents du juge constitutionnel, se retrouve à résoudre tout seul les problèmes de constitutionnalité. D'ailleurs, le juge, toujours poussé à des exercices interprétatifs en ce sens, s'est peut être convaincu qu'il est toujours possible d'inscrire une loi à l'intérieur des principes constitutionnels, évitant – et malheureusement empêchant – que la Cour puisse opérer.

Il incombe à tous le juges, quand même, d'intervenir dans cette phase d'enrichissement ultérieur des droits sociaux au travers des obligations internationales qui découlent de la Charte sociale européenne ; dans cette phase, la "vieille" proposition – à certains égards, restrictive et jusque "dangereuse"<sup>90</sup> – de reformuler ces droits, peut s'avérer encore utile, non seulement sur le plan du droit positif, mais aussi sur celui interprétatif, en les transformant de droits avec des obligations positives pour le législateur, en droits avec des obligations négatives, pour l'État<sup>91</sup>. Il suffit de penser, par exemple, à la liberté de disposer des moyens pour subvenir aux besoins (l'autodétermination est expression de la dignité humaine) et aux conséquences d'une telle "conversion" sur le sens caritatif et paternaliste du droit à l'assistance sociale, dans le cadre du droit à la protection et à la sécurité sociale plus ample et inclusive, jusqu'à la portée du droit au travail, dans toutes ses acceptions et interrelations complexes.

Il faut, toutefois, que les droits sociaux soient systématiquement considérés, à tout niveau, comme des situations juridiques objectivement et subjectivement justiciables, aussi indépendamment de leur concrète régulation législative, étant des instruments pour la réalisation des valeurs et des principes indivisibles et universels, qui constituent le noyau axiologique de l'ordre constitutionnel européen, et non des positions simplement en fonction de l'exercice des libertés économiques.

A la lumière de ce qu'on a essayé de constater dans cet article, les droits sociaux qui ont été introduits dans l'ordre italien par la Charte sociale européenne (CSE et CSER) – pour contribuer à la réalisation des valeurs universelles inaliénables et indéfectibles, parmi lesquelles ressortent la valeur de la dignité (personnelle et sociale), de la liberté (du besoin et de la pauvreté), l'égalité (formelle et substantielle), la solidarité et la justice (sociale) – ne semblent pas trouver désormais des obstacles susceptibles de conditionner indéfiniment leur effectivité<sup>92</sup>. Que peut-on dire encore, pour (ne pas) conclure avec optimisme<sup>93</sup>?

---

<sup>89</sup> Voy. LAMARQUE Elisabetta, « Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune », disponible sur [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/lamarque\\_definitivo\\_6112009.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/lamarque_definitivo_6112009.pdf), p. 10 s. En ce sens, il est emblématique d'observer la longue chaîne d'arrêts en matière de critère de calcul de la rémunération des heures de travail supplémentaires, où la Cour de cassation rejette comme manifestement dépourvues de tout fondement en droit, par des motivations concises et parfois répétées mot-à-mot, les questions de constitutionnalité de la normative nationale, contestées par rapport aux dispositions interposées constituées de la Charte sociale européenne. Après avoir démontré que la discipline italienne est conforme à l'art. 36 de la Constitution, le juge de constitutionnalité se débarrasse des doutes concernant les dispositions interposées, en attribuant au texte de la Charte une simple valeur de confirmation de la norme constitutionnelle et en argumentant, par exemple, que celle-ci prévoit la majoration pour les heures supplémentaires, dans ce cas non nié au travailleurs (Cass. civile, Sez. lav., 17 avril 2009, n° 9238), ou confirme le principe du droit à cette majoration, mais ne rien établit relativement à l'ampleur de celle-ci (Cass. civile, Sez. lavoro, 15 janvier 2008, n° 649), ou encore, affirmant que à cet égard ressort la distinction entre supplémentaire, légal, et contractuel, et que les contraintes découlant de la Charte concernent seulement celui légal (Cass. civile, Sez. lavoro, 15 mars 2010, n° 6264). De même, avec les argumentations les plus différentes, voir aussi ces arrêts de la Cass. Civile, Sez. Lavoro : 15 janvier 2008, n° 650 ; 18 janvier 2008, n° 1080 ; 21 janvier 2008, n° 1199 ; 22 janvier 2008, n° 1332 et n° 1333 ; 24 janvier 2008, n° 1571 et n° 1572 ; 26 mars 2008, n° 7880 ; 8 avril 2008, n° 9132 ; 28 juillet 2008, n° 20519 ; 8 septembre 2008, n° 22608 ; 9 septembre 2008, n° 23120, n° 23121 et n° 23122 ; 15 décembre 2008, n° 29297 ; 19 juillet 2007, n° 16017 ; 1<sup>er</sup> février 2006, n° 2245.

<sup>90</sup> S'il est vrai que, ainsi, le droit social n'est pas protégé de façon autonome mais, en outre, comme autolimitation du droit économique impliqué ou comme réalisation du principe de non-discrimination, il est certes que les effets qui en découlent sont – dans la majorité des cas – les mêmes qu'il y aurait dans le cas où le juge le protégerait directement ; par conséquent, on parvient quand même au résultat de reconnaître (et parfois intégrer) la garantie du droit social en question. Cependant, les droits sociaux doivent être protégés en tous cas, pour éviter que l'on arrive à amoindrir leur sens et leur portée, cela étant vraiment dangereux. Il suffit de penser, par exemple, aux conséquences qui peuvent arriver si le droit au travail était homologué tout simplement au droit de travailler ou à la seule protection des travailleurs par le principe de non-discrimination.

<sup>91</sup> HERINGA Aalt Willem, *Droits sociaux et État de droit, dans La Charte sociale du XXI<sup>e</sup> siècle*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997, pp. 217-219.

<sup>92</sup> Voir la décision du CEDS sur le bien-fondé de la réclamation n° 58/2009, *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Italie*, ayant pour objet la situation des Roms et des Sinti. Il ressort que l'Italie a violé les articles 16 (Droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique), 19 (Droit des travailleurs migrants et de leurs familles à la protection et à l'assistance), 30 (Droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale) et 31 (Droit au logement) de la CSER, combiné avec l'art. E de celle-ci (Non-discrimination). Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, après avoir reçu le rapport du CEDS avec cette décision, a adopté une résolution (CM/ResChS(2010)8), de laquelle on déduit l'engagement de l'Italie pour rendre effectifs à l'égard des Roms et des Sinti les droits prévus par la CSER. On peut donc supposer que dans le droit italien aussi il y aura des réponses normatives et des réactions judiciaires remarquables, comme celles qui sont arrivées en France en marge des décisions du CEDS sur les réclamations n° 33/2006 et n° 39/2006. Je me rapporte, en particulier, à l'adoption de ce que l'on appelle « Loi DALO » sur le droit au logement. Voy. GUIGLIA Giovanni, « Il diritto all'abitazione nella Carta sociale europea: a proposito di una recente

---

condanna dell'Italia da parte del Comitato europeo dei diritti sociali », *Rivista AIC*, n° 3, 2011, pp. 1-16, disponibile sur <http://www.rivistaaic.it/articolorivista/il-diritto-allabitazione-nella-carta-sociale-europea-proposito-di-una-recente>.

<sup>93</sup> Probablement, il suffit de rappeler ce que disait il y a soixante années Jacques Maritain dans son œuvre très célèbre *Man and the State* (University of Chicago Press, Chicago, 1951, p. 104) : « [...] it is obvious that human reason has now become aware not only of the rights of man as a human and civic person, but also of his rights as social person engaged in the process of production and consumption, especially of his rights as a working person ».