HAL open science

Le droit public face à la pauvreté

Diane Roman

▶ To cite this version:

Diane Roman. Le droit public face à la pauvreté. LGDJ, 221, pp.494, 2002, Collection Bibliothèque de droit public, 2-275-02152-3. hal-01080534

HAL Id: hal-01080534
https://hal.science/hal-01080534

Submitted on 31 Jan 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Diane ROMAN

Le droit public face à la pauvreté

LGDJ

Bibl. de droit public, T. 221

2002

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. 11 mai 1794. Barère monte à la tribune de la Convention et harangue, sous des applaudissements passionnés, les représentants du peuple français : « *il faut* (…) *faire disparaître du sol de la République la servilité des premiers besoins, l'esclavage de la misère et cette trop hideuse inégalité parmi les hommes qui fait que l'un a toute l'intempérance de la fortune, et l'autre toutes les angoisses du besoin.* (…) *C'est à la Convention* (…) *à effacer le nom de pauvre des annales de la République, à bannir la mendicité par la bienfaisance et à rappeler fortement tous les citoyens aux droits de l'humanité, et aux devoirs du travail* (…) *Représentants du peuple français, voilà les premiers pas vers la destruction de la misère et l'amélioration du sort de l'espèce humaine. Jurons, nous aussi, de ne plus reconnaître des classes d'hommes voués à l'infortune ou abandonnés à l'indigence* (…) *Ce serment des représentants du peuple français sera aussi saint que celui des mères de Madagascar, et votre récompense sera dans le cœur des habitants des campagnes et dans le bonheur du peuple* »[1].

5 mai 1998. Le même constat, la même exhortation, l'emphase révolutionnaire en moins : « *les faits sont là : 15% de nos concitoyens connaissent la pauvreté* (…) *En France, 2 millions de personnes ne vivent que grâce au RMI, 6 millions dépendent des minima sociaux et un million de nos concitoyens sont au chômage de longue durée. Voilà les chiffres que nous connaissons tous, mais qu'il faut rappeler* (…) *200 000 personnes vivent dans la rue et 2 millions sont mal logés. Enfin, un Français sur quatre déclare avoir renoncé récemment à se soigner pour des raisons financières* (…) *Derrière ces statistiques, derrière ces chiffres, il y a une réalité douloureuse. Il y a des hommes et des femmes qui souffrent et qui perdent pied, des hommes et des femmes qui ont été laissés de côté et qui sont souvent brisés* (…) *Il faut restaurer l'égalité des droits, l'égalité d'accès aux droits, restaurer la dignité de chacun dans notre pays. Vous l'avez compris, ce texte* (…) *renoue avec un combat historique de cette assemblée : la République pour tous* »[2].

A deux siècles d'écart, la République fait de la lutte contre la pauvreté un thème, auquel elle lie son destin et par lequel elle précise ses fins. Car avant d'être un objet d'étude et d'analyse scientifique, la pauvreté est d'abord un sujet de discours.

---

[1] Barère, *Premier rapport fait au nom du Comité de Salut Public sur le moyen d'extirper la mendicité dans les campagnes, et sur les secours que doit accorder la République aux citoyens indigents*, séance du 22 floréal an II (11 mai 1794), *A.P.*, T. 90, p. 247 et 256.

[2] M. AUBRY, *Discours de présentation du projet de loi d'orientation relatif à la lutte contre les exclusions*, Assemblée Nationale, 5 mai 1998, *JO AN*, 6 mai 1998, p. 3393 et 3401.

§ 1- La pauvreté est un thème

2. La pauvreté est avant tout un thème religieux. Dès l'Ancien Testament, la faiblesse, l'isolement et l'impuissance du pauvre sont soulignés : « *l'âne sauvage est la proie du lion dans le désert, ainsi les pauvres sont la proie du riche* »[3]. Ce dénuement et cette fragilité appellent inlassablement protection et assistance, l'exhortation se veut constante. C'est ainsi l'Ecclésiastique de Jésus, fils de Sirach, engageant à la pitié : « *mon fils, ne privez pas le pauvre de son aumône, et ne détournez pas vos yeux de lui. Ne méprisez pas celui qui a faim et n'aigrissez pas le pauvre dans son indigence* »[4] ou les Psaumes de David, bénissant les justes : « *heureux l'homme qui a l'intelligence sur le pauvre et l'indigent : le Seigneur le délivrera dans le jour mauvais* »[5]. Déjà l'Ancien Testament annonce explicitement le message christique de la pauvreté rédemptrice.

Le message évangélique de l'humiliation et de la gloire

3. La pauvreté est au cœur du message évangélique. Le Fils de Dieu s'est fait homme parmi les pauvres, et le Nouveau Testament ne cesse de rappeler le choix de Jésus se dépouillant de sa gloire royale pour s'incarner dans le dénuement matériel le plus complet. De Nazareth au Golgotha, le Christ est misérable et l'Evangile glorifie cet état en associant dans un même éloge *humilitas* et *pauperitas*. La pauvreté est une vertu car elle permet d'imiter le Christ[6], et doit être recherchée quand elle n'est pas subie[7]. L'Evangile de Saint Matthieu[8], rapportant la parole du Christ au jeune homme riche et l'invitant à abandonner ses biens pour le suivre, n'est pas uniquement symbolique. La pauvreté concrète est intimement associée, dans le message évangélique, à la pauvreté en esprit, c'est-à-dire l'humilité, et constitue le gage assuré d'un bonheur à venir. Les Ecritures le rappellent constamment, sous la plume de Marc (« *il est plus aisé qu'un chameau passe par le trou d'une aiguille qu'il ne l'est qu'un riche entre dans le royaume des cieux* »[9]) comme dans les célèbres Béatitudes.

4. Cette glorification de l'image du pauvre est au fondement d'une véritable économie du salut, issue du message évangélique et parfaitement résumée par cette phrase de *La vie de Saint Eloi* : « *Dieu aurait pu rendre tous les hommes riches mais il a voulu qu'il y ait des pauvres dans ce monde pour que les riches puissent racheter leurs péchés* »[10]. Le Nouveau Testament ouvre ainsi aux riches la voie du salut grâce à l'aumône qu'ils peuvent faire au pauvre : « *prends soin* (de l'indigent)

---

[3] Ecclésiastique de Jésus, fils de Sirach, chap. XIII-23.
[4] Ecclésiastique de Jésus, fils de Sirach, chap. IV- 1 et s.
[5] Ps., XL-1.
[6] Mc., X-44.
[7] Mt., XXIII-12, Mc., IX-34 ; Mt., XVIII-4.
[8] Mt., XIX-21.
[9] Mc., X-25.
[10] P.L., T. LXXXVII, col. 533, cité par B. GEREMEK, *La potence ou la pitié, l'Europe et les pauvres du Moyen Age à nos jours*, Gallimard, 1990, p. 29.

et je te récompenserai » dit le Christ sous la plume de Luc[11], « *si vous voulez être parfait, allez, vendez ce que vous avez et donnez le aux pauvres, et vous aurez un trésor dans le ciel, puis venez et me suivez* », ajoute Matthieu[12]. La pauvreté est magnifiée car, impliquant la souffrance et le renoncement aux biens de ce monde, elle ouvre sur terre la voie de la charité et au ciel les portes célestes : « *on n'entre pas dans le Paradis demain, ni après-demain, ni dans dix ans* », écrivait L. Bloy , « *on y entre aujourd'hui quand on est pauvre et crucifié* »[13]. Pourtant, la conclusion de l'écrivain catholique ne saurait laisser croire à une évidente continuité de cette représentation mystique de la pauvreté. Il y a bien eu une nette rupture, née de la Réforme.

5. Comme le souligne M. Foucault, « *la Renaissance a dépouillé la misère de sa positivité mystique. Et ceci par un double mouvement de pensée qui ôte à la Pauvreté son sens absolu et à la Charité la valeur qu'elle détient de cette Pauvreté secourue* »[14]. Chez Calvin, misère et richesse témoignent toutes deux de la puissance divine et le pauvre subit un châtiment prédestiné, imposé par Dieu lui-même. Il reste alors à exhorter les pauvres à la patience et à sortir de leur condition par leurs propres moyens. Quant à la charité, elle perd toute valeur rédemptrice : les œuvres ne servent à rien pour la sainteté et n'ont de valeur que celle de témoigner d'une foi désormais seule salvatrice. La rupture est radicale : le message évangélique de l'humiliation et de la gloire s'efface, la pauvreté devient une "affaire terrestre"... L'aggiornamento, initié par la Réforme mais repris par l'Eglise, permet de placer le thème de la pauvreté dans une perspective laïque et sociale. Désormais, la pauvreté devient une affaire de police, non pas au sens de maintien de l'ordre, mais comme une articulation de l'ordre et de la morale, qui conduit à une mise au travail autoritaire. Le thème entretient l'homme de ses devoirs à l'égard de la société et « *montre dans le misérable à la fois un effet du désordre et un obstacle à l'ordre. Il ne peut donc plus s'agir d'exalter la misère dans le geste qui la soulage mais tout simplement de la supprimer* »[15]. Affaire de la Cité, la pauvreté devient un thème politique.

Le thème politique de l'ordre social

6. Le discours politique sur la pauvreté est constant : dès *La République* de Platon[16], ses éléments constitutifs se retrouvent dans une alchimie invariable : ordonner, utiliser et donner, c'est-à-dire établir ou maintenir un ordre social que la misère compromet, redonner au pauvre une utilité sociale en luttant contre le parasitisme de la mendicité et replacer le rôle du don au sein de la Cité. Ces trois

---

[11] L., X-35 ; L., XIV-13,14 : « *mais lorsque vous faites un festin, conviez-y les pauvres, les estropiés, les boiteux et les aveugles ; et vous serez heureux de ce qu'ils n'auront pas le moyen de vous le rendre ; car Dieu vous le rendra lui-même au jour de la résurrection des justes* ».
[12] Mt., XIX-21.
[13] L. BLOY, *La femme pauvre*, 1897, réed. Union Générale d'Edition, coll. 10/18, 1983, p. 431.
[14] M. FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, 1972, réed. Gallimard, 1990, p. 67.
[15] M. FOUCAULT, précit., p. 69.
[16] Songeant sans doute à Athènes où, dès le IVe siècle, la question du paupérisme se posait dans toute son ampleur, Platon affirme que chaque cité « *renferme au moins deux cités ennemies l'une de l'autre : celle des riches et celle des pauvres* » (*La République*, 422 e).

impératifs se mélangent et se complètent au fil des époques dans une récurrence parfaite[17].

De Louis Napoléon Bonaparte, dont la brochure d'incantation socialisante sur l'extinction du paupérisme publiée en 1844 contribua grandement à l'élection présidentielle, aux campagnes de 1988 ou de 1995, axées sur les thèmes de la cohésion sociale ou de la fracture sociale, il est des questions qui font des élections. Car la pauvreté est un thème politique constant, elle a « *mille visages et suscite mille réponses, toutes imparfaites* »[18]. Sortant de sa perspective religieuse, elle devient, à partir du XVIIe siècle, un sujet de réflexion sur les fondements même de la socialité. Les économistes des XVIIIe et XIXe siècles voient le phénomène de la pauvreté à travers une analyse du fonctionnement du système économique dans sa globalité, soit à titre de justification de celui-ci, soit comme la preuve de son inefficacité. C'est, de façon très schématique, l'opposition entre deux figures irréductibles du pauvre : le pauvre responsable de son état et le pauvre victime d'un ordre social, opposition qui recouvre les tenants d'un ordre providentiel ou naturel qu'il convient de laisser persister à ceux pour qui l'ordre économique est le produit de l'action des hommes.

7. Chez Smith ou Malthus, le pauvre est indéniablement responsable de son état. Pour l'auteur de l'*Essai sur le principe de population* (1798), sa condition n'est que la conséquence de ses fautes et se sont bien ses vices propres qui excluent le miséreux du grand banquet de la nature. Dès lors, le pauvre, s'il peut faire l'objet de préoccupations charitables individuelles, ne pose pas en lui-même de problèmes politiques : non seulement son existence est inéluctable mais, plus encore, elle est nécessaire, voire utile. La pauvreté empêche la croissance démographique et force les individus au travail. Elle fait fonction de repoussoir et offre, selon Mandeville, une réserve de main d'œuvre : « *dans une Nation libre où il n'est pas permis d'avoir des esclaves, les plus sures richesses consistent à pouvoir disposer d'une masse de pauvres* »[19].

8. A cette conception cynique s'oppose celle de la victime d'un ordre social : pour Sismondi, témoin des crises du début du XIXe siècle, l'ouvrier n'est pas responsable de sa pauvreté, celle-ci résultant d'un partage inégal des richesses entre ouvriers et employeurs qui conduit inexorablement l'ouvrier à la misère[20]. Marx approfondit cette thèse, et présente pauvreté et paupérisation comme une composante du processus d'avènement du capitalisme et une tendance marquante de son évolution. Le capitalisme produit inéluctablement une « *surpopulation*

---

[17] V. sur ce point Ph. SASSIER, *Du bon usage des pauvres. Histoire d'un thème politique : XVIème-XXème siècle*, Fayard, 1990.

[18] Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil - Les biens*, éd. Cujas, 1994, n° 2.

[19] B. DE MANDEVILLE, *La fable des abeilles ou les fripons devenus honnêtes gens*, 1740, cité par Ph. SASSIER, précit., p. 164.

[20] S. DE SISMONDI, *Nouveaux principes d'économie politique*, 1819 : « *qui ne serait pénétré d'une profonde douleur, quand on voit les ouvriers d'une ville manufacturière abandonner en corps leur ouvrage parce que leurs maîtres sont résolus à ne point augmenter de nouveau leurs salaires qu'une année d'affreuse détresse avait fait baisser ; quand il les voit se résigner à d'affreuses privations* (...) *et qu'il calcule en même temps que chaque jour détruit le petit capital d'une malheureuse famille, que la nudité, le froid et la faim menacent déjà, pendant que des années d'interruption, ne feraient pas encore sentir au manufacturier l'étreinte du besoin* ».

relative », indépendante de l'accroissement numéraire de la population, revêtant différentes formes, ouvriers « *réduit*(s) *au minimum du salaire* (avec) *un pied déjà dans la fange du paupérisme* »[21], chômeurs permanents, masse « *accoutumée à la misère chronique, à des conditions d'existence tout à fait précaires et honteusement inférieures au niveau normal de la classe ouvrière, elle devient la large base de branches d'exploitation spéciales où le temps de travail atteint son maximum et le taux de salaire son minimum* »[22]. Enfin, « *le dernier résidu de la surpopulation active habite l'enfer du paupérisme. Abstraction faite des vagabonds, des criminels, des prostituées, des mendiants et de tout ce monde qu'on appelle les classes dangereuses, cette couche sociale se compose de trois catégories* »[23] : individus aptes au travail, enfants et miséreux que le développement social a « démonétisés » ou rendus infirmes. Le milieu pauvre est défini comme « *l'hôtel des invalides de l'armée active du travail et le poids mort de sa réserve* »[24]. Le paupérisme, constamment perpétué et généré, constitue la condition de la formation du capitalisme : l'« *accumulation de richesse à un pôle, c'est égale accumulation de pauvreté, de souffrance, d'ignorance, d'abrutissement, de dégradation morale, d'esclavage, au pôle opposé* »[25]. Toutefois, malgré les nombreuses références aux enquêtes sociales menées, au début du XIXe siècle, sur la condition effroyable du prolétariat[26], la pauvreté ne constitue pas l'objet direct de la critique marxiste, et ceci pour deux raisons : d'une part, dans l'œuvre même de Marx, le paupérisme n'est qu'un thème, abondamment développé certes, mais uniquement à titre d'illustration frappante de son propos principal : l'étude des conditions et des conséquences de l'accumulation du capital et la théorie de l'émancipation du prolétariat[27]. D'autre part, et ceci explique à la fois la compassion affichée et le désintérêt voire la dureté certaine des propos, le *Lumpenproletariat* n'est pas associé à l'Histoire de la lutte des classes : Marx voit en lui une pourriture passive des couches inférieures de la vieille société, suspectée de se vendre à la réaction[28]. Le prolétariat en haillon atteint une telle déchéance qu'il en devient indigne de sa classe.

Déchéance et dégradation nées de la misère… Le propos revient, telle une antienne, sous la plume de tous, nonobstant leurs divergences idéologiques : « *étudier les causes de la pauvreté, c'est* (…) *étudier les causes de la déchéance dont souffre une grande partie de l'humanité* »[29]. Or, cette déchéance, c'est le discours littéraire de l'époque qui la met le plus nettement en exergue.

---

[21] K. MARX, *Le Capital*, Livre Premier, septième section, chap. XV, IV, trad. J. Roy, La Pléiade, « Œuvres complètes, Economie I », 1977, p. 1160.
[22] Id., p. 1160.
[23] Id., p. 1161.
[24] Id., p. 1162.
[25] Id., p. 1163.
[26] Id., chap. XV, V, p. 1337-1406.
[27] V. en ce sens B. GAZIER, *Historique de l'idée de pauvreté ; libéralisme et paupérisme*, Mémoire DES, Paris I, 1975, p. 117, selon qui la misère chez Marx est un prétexte et non un centre de réflexion. L'affrontement entre Proudhon et Marx, dans leurs œuvres respectives *Philosophie de la misère* (1846) et *Misère de la philosophie* (1846) ne doit pas induire en erreur. Derrière le choix des titres, il est plus question d'économie politique que de pauvreté.
[28] K. MARX et F. ENGELS, *Le Manifeste du parti communiste*, La Pléiade, « Œuvres complètes, Economie I », 1977, p. 172.
[29] A. MARSHALL, *Principes d'économie politique*, trad. 1906, cité par B. GEREMEK, précit., p. 9.

Le propos littéraire de la dégradation et des stigmates de la misère

9. Ce n'est qu'au XIXe siècle que la pauvreté devient un véritable thème littéraire. Certes, les siècles précédents offrent des œuvres qui sont autant de témoignages des stigmates de la misère. Le pauvre Rutebeuf ou François Villon versifient leur souffrance, entre la rue et la prison où leur pauvreté les mène leur vie durant. -*Pauvre, je suis de ma jeunesse, de pauvre et petite extrace*- avoue le marginal réprouvé, qui laisse en guise d'épitaphe cet appel à la pitié : *frères humains, qui après nous vivez, n'ayez pas les cœurs contre nous endurcis*. Mais ces appels ne sont que des témoignages individuels d'errance et de marginalité, et c'est seulement au siècle du prolétariat que la pauvreté devient un thème littéraire marquant. Le fossé entre bourgeois et prolétaires au XIXe siècle permet une mise en scène descriptive de la déchéance. Il convient de rompre l'interdit littéraire pesant sur la représentation de la pauvreté. La préface de *Germinie Lacertaux* des Frères Goncourt, qui fit scandale[30], revendique la fin d'un tabou : « *vivant au XIXe siècle, dans un temps de suffrage universel, de démocratie, de libéralisme, nous nous sommes demandés si ceux qu'on appelle les basses classes n'avaient pas le droit au roman : si ce monde sous un monde, le peuple, devait rester sous le coup de l'interdit littéraire* ». C'est la déchéance de Gervaise, dans *l'Assommoir*, la description de la misère, de la faim, des laideurs et des ravages qu'elles suscitent mais aussi des revendications et de la révolte qu'elles entraînent dans *Germinal* : le naturalisme a un but, résumé par Zola « *ne pas flatter l'ouvrier, et ne pas le noircir* », mais dresser « *en un mot, un tableau très exact de la vie du peuple, avec ses ordures, sa vie lâchée, son langage grossier, etc. Un effroyable tableau qui portera sa morale en soi* »[31].

D'Eugène Sue, dans *Les mystères de Paris* à Louis Ferdinand Céline, dans le *Voyage au bout de la nuit*, à un siècle d'écart, le thème est identique, malgré les variations de style. Le premier expose les coutumes d'une sorte de société primitive, les bas-fonds parisiens, et dépeint une spirale de la déchéance : alcoolisme, prostitution, saisies, prison pour dette, la misère est une dérive sans fin… Le second dresse un catalogue des fléaux de la pauvreté et un réquisitoire violent contre les injustices sociales, écrits dans une langue débraillée et argotique, à l'image des visions apocalyptiques entrevues.

10. Mais la description de l'horreur sociale n'est jamais neutre. Elle véhicule toujours des revendications charitables ou politiques. Zola, commentant le choc causé par *Germinal*, dévoile son objectif : « *mon livre, c'est une œuvre de pitié, pas autre chose, et si quiconque en le lisant éprouve cette sensation, je serais heureux, j'aurais atteint le but que je m'étais proposé* »[32]. En effet, la seule justification à la peinture du paupérisme réside dans l'appel à la charité et à la compassion qu'elle porte en elle. La morale toute entière des *Misérables* réside ici, elle apparaît sous

---

[30] Cette déclinaison naturaliste du thème de la misère dans la littérature de l'époque heurte profondément la société bourgeoise, jusqu'à l'auteur des *Misérables* lui-même. A propos de *l'Assommoir*, Victor Hugo résume ainsi ce livre qui « *montre comme à plaisir les hideuses plaies de la misère et l'abjection à laquelle le pauvre se trouve réduit* (…) *Il est de ces tableaux que l'on ne doit pas montrer* » (cité par F. BROWN, *Zola, une vie*, Belfond, 1996, p. 392).

[31] Correspondance de Zola, citée par F. BROWN, précit., p. 378.

[32] E. ZOLA, *Le Matin*, 7 mars 1885, cité par F. BROWN, précit., p. 575.

une forme encore plus dense dans *Claude Gueux*. « *Un hiver, l'ouvrage manqua. Pas de feu ni de pain dans le galetas. L'homme, la fille et l'enfant eurent froid et faim. L'homme vola. Je ne sais ce qu'il vola, je ne sais où il vola. Ce que je sais, c'est que de ce vol, il résulta trois jours de pain et de feu pour la femme et pour l'enfant, et cinq ans de prison pour l'homme* »[33]. En fait, ce fut la mort qui en résulta pour Claude Gueux, dont la déchéance est mise en forme par Victor Hugo en 1834, et qui lui permet de lancer aux parlementaires : « *le peuple a faim, le peuple a froid. La misère le pousse au crime ou au vice* (…) *Le corps social a un vice dans le sang. Vous voilà réunis en consultation au chevet du malade : occupez-vous de la maladie. Cette maladie vous la traitez mal. Etudiez-la mieux. Les lois que vous faites, quand vous en faites, ne sont que des palliatifs et des expédients. Une moitié de vos codes est routine, l'autre moitié empirisme* »[34]. Formidable mise en cause du droit, et, à travers lui, remise en question de l'inaction de la société.

Tout est dit, désormais : quel que soit l'angle retenu, le thème religieux, politique ou littéraire de la pauvreté associe intimement privation, manque, dégradation, charité et ordre. Elle peut désormais, suivant l'appel de Victor Hugo, être étudiée.

§ 2-La pauvreté est devenue un objet d'étude

La pauvreté est devenue un objet d'étude particulièrement fécond. On constate, depuis une trentaine d'années, un phénomène d'engouement pour le sujet, qui dépasse les sciences sociales et atteint également la médecine[35] ou la psychiatrie[36], mais qui trouve une dimension particulière en histoire, en économie et en sociologie.

---

[33] V. HUGO, *Claude Gueux*, *in* « *Œuvres complètes, Roman* », I, R. Laffont, 1985, p. 863. Le vol d'un pain est aussi la cause de l'envoi au bagne de Jean Valjean. Le symbole social est récurrent dans l'œuvre de V. Hugo, avant de devenir une illustration pénale de l'état de nécessité : la figure historique du bon juge Magnaud acquittant la fille Ménard efface la fiction romanesque.

[34] Id., p. 877.

[35] A titre d'exemple, parmi une littérature médicale devenue abondante dans les années 1990, S. DE MONTIGNY, E. SNOEY, P. GIRAL, « Etude des patients sans domicile fixe hospitalisés », *Santé publique*, n°4-5, 1993, pp. 25-31 ; E. LA ROSA, *Santé, précarité et exclusion*, PUF, 1998 ; F. SCHAETZEL ; O. QUEROUIL, *Etat de santé des bénéficiaires du RMI : synthèse des données existantes*, DIRMI, 1991.

[36] F. DROGOUL, « Psychiatrie de la précarité et de la misère », *Revue du Praticien*, 46, 1996, pp. 1849-1853 ; J.-F. LERY, I. BARDAUNE, T. EDY, J. MAISONDIEU, S. GUGLIELMI, « De la détresse sociale à la souffrance psychique », *Annales médico-psychologiques*, 1991, vol. 149, n° 6, pp. 525 et s. ; V. KOVES, S. GYSENS, R. POINSARD, P-F. CHANOIT, « La psychiatrie face aux problèmes sociaux : la prise en charge des Rmistes à Paris », *L'information psychiatrique*, 1995, n° 3, pp. 273-285 ; J. MAISONDIEU, *La fabrique des exclus*, Bayard Editions, 1997.

L'histoire et le récit de la pauvreté

11. « *Pour le sens commun, les gens heureux n'ont pas d'histoire. En réalité, ce sont les pauvres qui ont été longtemps les exclus de l'histoire* »[37]. Certes, au début du siècle, de nombreuses études se sont penchées sur l'assistance aux pauvres. Toutefois, elles présentaient toutes la particularité d'étudier l'assistance comme un phénomène autonome[38]. La « Nouvelle histoire », dans les années soixante-dix, marque une évolution sensible[39]. Désormais, l'analyse historique de la pauvreté s'inscrit dans le contexte des structures économiques et sociales passées. Ce sont ainsi des chercheurs aussi divers que Michel Mollat[40], Michel Foucault[41] Jean-Pierre Gutton[42], Bronislaw Geremek[43] ou Alan Forrest[44] qui se livrent à une étude des mutations des attitudes sociales face à la pauvreté, en confrontant les pratiques sociales de la charité et de l'assistance avec les réalités historiques de la misère. D'autres encore soulignent les transformations affectant les représentations sociales et politiques de la marginalité et de la pauvreté. Ces recherches sur les images de la misère, ouvertes par l'ouvrage pionnier de Louis Chevalier sur la grande peur du pauvre au XIXe siècle[45], se multiplient au point d'en devenir innombrables.

Tout ou presque est désormais exploré et exploité, des mœurs du pauvre jusqu'à son odeur[46], de l'histoire de la question sociale[47] aux réponses que les observateurs contemporains lui ont apportées, qu'il s'agisse de philanthropes[48],

---

[37] J.-G. PETIT, « Pauvreté et marginalité : exclusion et intégration sociale dans l'histoire », *in* J.-G. PETIT (dir), *Intégration et exclusion sociale, d'hier à aujourd'hui*, Anthropos historiques, 1999, p. 2.

[38] A titre d'exemple dans une littérature juridique abondante : pour la France : C. BLOCH, *L'assistance et l'Etat en France à la veille de la Révolution*, Librairie Alphonse Picard et fils, 1908 ; L. LALLEMAND, *Histoire de la charité,* Picard, 1902, 4 vol ; Ch. PAULTRE, *De la répression de la mendicité et du vagabondage sous l'ancien Régime,* Sirey, 1906 ; F. DREYFUS, *L'assistance sous la seconde république,* E. Cornély, 1907. Pour l'Angleterre : E. CHEVALLIER, *La loi des pauvres et la société anglaise. Organisation de l'assistance publique en Angleterre,* éd. Arthur Rousseau, 1895 ; E. M. LEONARD, *The Early History of English Poor Relief*, Londres, 1900, rééd. 1965 ; S. et M. WEBB, *English Poor Law History*, 1ère partie, *The Old Poor Law*, Londres, 1927.

[39] V., en ce sens, J.-C. SCHMITT, « L'histoire des marginaux », *La nouvelle histoire*, Ed. Complexes, 1988, pp. 277-305.

[40] M. MOLLAT, *Etude sur l'histoire de la pauvreté*, Publications de la Sorbonne, 2 vol., 1974 ; *Les pauvres au Moyen-Age*, Hachette, 1978.

[41] M. FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, précité et *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975), rééd. Gallimard, 1995.

[42] J.-P. GUTTON, *La société et les pauvres en Europe XVI-XVIIIe siècles*, PUF, 1978.

[43] B. GEREMEK, *La potence ou la pitié, l'Europe et les pauvres du Moyen Age à nos jours*, (1978) Gallimard, NRF, Bibl. des Histoires, 1990.

[44] A. FORREST, *La Révolution française et les pauvres,* Librairie académique Perrin, 1986.

[45] L. CHEVALIER, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris, pendant la première moitié du XIXe siècle*, Plon, 1958.

[46] A. CORBIN, *Le miasme et la jonquille. L'odorat et l'imaginaire social, XVIII-XIXe siècles*, Flammarion, 1988, spé. pp. 167-188, « La puanteur du pauvre ».

[47] V., par ex., R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale, une chronique du salariat,* Fayard, 1995 ; F. EWALD, *L'Etat Providence,* Grasset, 1986 ; J.-B. MARTIN, *La fin des mauvais pauvres : de l'assistance à l'assurance,* Champvallon, 1983 ; G. PROCACCI, *Gouverner la misère. La question sociale en France, 1789-1848,* Le Seuil, 1993.

[48] C. DUPRAT, *Le temps des philanthropes, la philanthropie parisienne des Lumières à la monarchie de juillet. Pensée et action*, Thèse Histoire Paris I, 1993, 7 vol.

d'écrivains[49] ou d'inconnus[50], de l'histoire du vagabondage[51] à celle des institutions hospitalières[52]…

Mais, si la pauvreté, ses représentations, les réactions sociales qu'elle suscite, sont devenues des objets d'études historiques prolifiques, un paradoxe demeure : bien qu'étudiée, la pauvreté n'est jamais définie. Les historiens la tiennent pour un *a priori* insaisissable, rétif à toute définition. Seuls quelques-uns se sont risqués à préciser leur objet d'étude. C'est notamment M. Mollat, historien du monde médiéval et précurseur en la matière, qui définit le pauvre comme « *celui qui, de façon permanente ou temporaire, se trouve dans une situation de faiblesse, de dépendance, d'humiliation, caractérisée par la privation de moyens, variables selon les époques et les sociétés, de puissance et de considération sociale : argent, relations, pouvoir, science, vigueur physique, capacité intellectuelle, liberté et dignité personnelle. Vivant au jour le jour, il n'a aucune chance de se relever sans l'aide d'autrui. Une telle définition peut inclure tous les frustrés, tous les laissés-pour-compte, tous les asociaux, tous les marginaux* »[53]. Définition pour le moins vague, et d'une bien faible utilité… C'est justement cet effort de précision qu'ont visé les recherches menées en économie.

L'économie et la mesure de la pauvreté

12. Pour l'économiste, est pauvre celui qui a un revenu insuffisant pour atteindre un niveau de vie minimum. La définition, apparemment simple, reçoit de nombreuses acceptions.

En effet, le niveau de vie minimum peut être entendu de façons fort diverses. Dans une conception restrictive, la pauvreté est définie par une menace précise sur la vie, c'est-à-dire par un critère physiologique : l'incapacité de l'individu ou de la famille à assurer, par ses ressources propres, la couverture des besoins essentiels, de telle sorte qu'ils courent un péril mortel. Cette approche, retenue généralement pour les sociétés préindustrielles, résume la pauvreté en une absence de protection contre la faim, le froid ou la maladie[54]. Le niveau de vie minimum est celui permettant tout

---

[49] A. PESSIN, *Le mythe du peuple et la société française du XIXe siècle*, PUF, 1992.

[50] C. FAUCHET, *De l'observation sociale à l'observation de soi. Analyse des mémoires envoyés à l'Académie des sciences morales et politiques lors du 1er prix Beaujour sur la misère, 1834-1839*, Thèse Histoire Paris I, 1995, 3 vol.

[51] J. CUBERO, *Histoire du vagabondage du Moyen Age à nos jours*, Imago, 1998 ; J. DAMON, *Des hommes en trop. Essai sur le vagabondage et la mendicité,* Éditions de l'aube, 1996.

[52] M. ROCHAIX, *L'évolution des questions hospitalières de la fin de l'Ancien Régime à nos jours*, Berger-Levrault, 1996.

[53] M. MOLLAT*, Les pauvres au Moyen-Age*, précit., p. 14. De même, A. GUESLIN, tentant de définir la condition du pauvre et les réactions sociales face à la pauvreté au XIXe siècle, propose la définition suivante : « *Le quart monde dans les pays riches rassemble des populations dominées qui manquent du minimum vital et du minimum en général compte-tenu des usages sociaux, qui ont des comportements marginaux et se trouvent exclues par l'absence de travail, par la difficulté de communiquer, par le sentiment de perte de dignité, et d'humiliation par leurs comportements mêmes. Privées souvent de liens contractuels, elles se heurtent à des phénomènes de blocage permanents tels, qu'elles ont les plus grandes difficultés pour s'intégrer, voire seulement pour s'insérer socialement* » (*Gens pauvres et pauvres gens dans la France du XIXe siècle*, Aubier, coll. Historiques, 1998, p. 49).

[54] J. PARENT, « Introduction », *Economie appliquée*, 1971, T. 24, pp. 7-8.

juste à l'individu de maintenir son efficience physique. En somme, et selon les termes mêmes d'un des promoteurs de cette acception, il s'agit « *d'une situation de subsistance physique, pas celle d'une vraie vie* »[55]. Le caractère restrictif d'une telle définition vaut difficilement pour les sociétés industrielles, où la question posée est davantage celle de la survie sociale que celle de la survie physique. Un minimum entendu au sens sociologique y semble dès lors plus adapté et le pauvre devient celui qui ne parvient pas à s'assurer une disponibilité minimale de biens et services considérés comme nécessaires. C'est ainsi qu'« *une population est frappée de pauvreté lorsque son revenu, même s'il suffit pour survivre, descend nettement en dessous de celui de la communauté. Dans ces conditions, cette minorité ne peut pas disposer de ce que le reste de la population considère comme le minimum nécessaire pour mener une vie décente ; dès lors, la vie que mène la minorité en question est inévitablement considérée par les autres comme une vie indécente* »[56]. Une telle analyse rejoint celle de la « *deprivation* », formulée par P. Townsend, selon laquelle la pauvreté est avant tout exclusion d'un mode socioculturel dominant[57].

Mais, par-delà cette divergence, il reste une question essentielle : que le minimum retenu soit physiologique ou sociologique, comment parvenir à le chiffrer ? Le premier est entaché d'une fausse objectivité, qui dissimule à peine la difficulté à évaluer de façon générale les éléments nécessaires à la subsistance. Le second est marqué d'un flou certain, que révèle l'impossibilité de définir le niveau de vie général dans une société, même s'il est facile de constater que certains sont très en dessous.

Quant au calcul de ce que sont ces « ressources insuffisantes », il s'avère tout aussi problématique. Les seuils de pauvreté, que la mesure de la pauvreté rend nécessaire, sont établis selon différents critères, difficilement comparables et conciliables. Un seuil de pauvreté "absolue" est utilisé dans certains cas pour déterminer un minimum vital : l'exemple classique en est la « *Poverty line* » américaine, calculée annuellement par le secrétariat d'Etat à l'Agriculture en évaluant le coût de la nourriture et le multipliant par trois pour tenir compte des autres consommations minimales de base. Le « panier de la ménagère » allemand, composé de biens essentiels et servant de référence pour le calcul de l'aide sociale, en est une autre illustration. D'autres pays ou institutions préfèrent se référer à l'idée d'une pauvreté "relative", qui renvoie à celle de l'inégalité des revenus et de privation relative au regard du mode de vie dominant. Une telle méthode justifie le mode de calcul des seuils de pauvreté opéré par la CEE, dans lequel est considérée comme pauvre toute personne dont le revenu est inférieur à 50% du revenu national

---

[55] B. S. ROWNTREE, *Poverty and Progress. A second social survey of York*, Londres, 1942, p. 102, trad. B. GEREMEK, précit., p. 8.

[56] J.K. GALBRAITH, *The affluent society*, Hamish Hamilton, London, 1958, p. 252, cité par D. WEDDERBURN, « Le problème de la pauvreté dans les pays avancés », *Economie appliquée*, 1971, T. 24, p. 32 ; V. également la proposition de définition d'A. SEN, selon qui la pauvreté consiste en l'absence d'accès à certains « *moyens* » minimaux (cité par S. MILANO, « La lutte contre la pauvreté », *Problèmes politiques et sociaux*, La DF., n° 751, 7 juillet 1995, p. 10).

[57] Pour P. TOWNSEND, (*Poverty in the United Kingdom*, Londres, Pelican Books, 1979), des individus peuvent être qualifiés de pauvres lorsqu'il leur manque les ressources permettant de se procurer le type de régime alimentaire, de participer aux activités et de jouir des conditions de vie et d'articles qui sont usuels, ou tout au moins encouragés ou approuvés, dans la société à laquelle ils appartiennent. Les pauvres sont donc exclus des modèles de vie, des usages et des activités ordinaires.

moyen par unité de consommation. L'INSEE, pour le cas de la France, pousse encore plus loin la relativité puisqu'il retient un seuil inférieur à 50% du revenu médian (revenu d'un niveau tel que la moitié de la population gagne plus et l'autre moitié gagne moins)[58].

Dès lors, devant les différences de méthode de calcul, quelquefois combinées les unes avec les autres[59], et le caractère très variable des résultats auxquelles elles aboutissent[60], force est de conclure à l'« *illusion comptable* »[61]. De fait, les économistes semblent s'orienter vers des définitions moins axées sur une approche strictement monétaire et intégrer à leur définition des considérations d'ordre sociologique. C'est ainsi P. Valtriani[62], selon qui la pauvreté contemporaine se définit comme la situation des individus marquée par l'insuffisance des ressources, l'exclusion d'un mode de vie matériel et culturel dominant, la précarité du statut social. Pour l'auteur, cette situation exprime l'existence de trois pauvretés, monétaire, sociologique et psychologique et se manifeste plus précisément par une insuffisance plus ou moins forte de capital économique (revenu, patrimoine, emploi), de capital culturel (éducation, formation), de capital social (relations) et de capital psychosociologique (santé). En somme, c'est à une ouverture vers la sociologie que l'étude économique contemporaine de la pauvreté convie.

La sociologie et le vécu de la pauvreté

13. La première approche théorique de la pauvreté a été celle menée au début du siècle par G. Simmel[63], axée sur la relation d'assistance entre les pauvres et la

---

[58] Toutefois, les chiffres européens ou français sont souvent contestés, d'une part parce qu'ils donneraient plus la mesure des inégalités que celle de la pauvreté, d'autre part, car ces seuils, accrochés à l'évolution du revenu national, ne permettent pas de comparaison dans le temps. Ils conduisent, étrange paradoxe, à constater en période de croissance une augmentation de la pauvreté et au contraire sa diminution en période de crise ; V. en ce sens, L. CAMPLONG, *Pauvres en France*, Hatier, 1992, p. 19.

[59] V., pour un aperçu des différentes méthodes de calcul et des conséquences de l'utilisation de seuils différents, C.F. BARRAT, *La pauvreté*, QSJ, PUF, 1998, pp. 6-11 ; S. MILANO, *La pauvreté dans les pays riches, du constat à l'analyse*, Nathan, coll. CIRCA, 1992 ; E. MOSSE, *Les riches et les pauvres*, Le Seuil, 1983, pp. 37-80.

[60] Ainsi, 10% de la population française serait pauvre selon R. Lenoir (*Les exclus*, *un Français sur dix*, Le Seuil, 1974, 4e éd. 1991), 12% selon L. Stoleru (*Vaincre la pauvreté dans les pays riches*, Flammarion, 1974), ce chiffre montant jusqu'à 14% pour S. Milano (*La pauvreté en France*, Le Sycomore, 1982) et 14,8% d'après des statistiques communautaires déjà anciennes (*Rapport final de la commission au Conseil du premier programme de recherches et études pilotes pour combattre la pauvreté*, 15 décembre 1981, COM (81) 769 fin) mais redescendant à moins de 10% d'après les enquêtes les plus récentes de l'INSEE. Selon les données tirées de l'exploitation des déclarations fiscales, la proportion des ménages pauvres hors ménages dont la personne de référence est étudiante s'élèverait à 8,9% en 1996, soit 5,5 millions de personnes et 1,1 millions d'enfants ; L. CAUSSAT, du Conseil d'Analyse économique, estime de ce fait que l'on peut tenir la proportion de 10% de ménages pauvres comme une approximation raisonnable (« La mesure de la pauvreté », *La pauvreté saisie par le droit*, Actes du colloque de Dijon, 2-3 décembre 1999, à paraître à la revue *Le genre humain*). En revanche, le discours de présentation du projet de loi contre les exclusions prononcé devant l'Assemblée par le Ministre des Affaires sociales le 6 mai 1998 (précité) retient un chiffre de 15%.

[61] S. MILANO, *La pauvreté dans les pays riches, du constat à l'analyse*, Nathan, coll. CIRCA, 1992, p. 83.

[62] P. VALTRIANI, « Un concept de pauvreté disjonctif », *Economie Appliquée*, T. XLVI, n°4/1993, spé. pp. 151-154.

[63] G. SIMMEL, *Les pauvres*, 1908, rééd. PUF, 1998, coll. Quadrige.

société dans laquelle ils vivent. Pour la première fois, et avec une rigueur et une méthode éblouissantes de modernité, la pauvreté n'est pas utilisée comme propos central d'une enquête sociale sur les conditions de vie des classes défavorisées, mais bien comme objet d'étude théorique sur la nature du lien social. Par la suite, il est possible, au fil du XXe siècle, de distinguer deux temps dans l'étude sociologique de la pauvreté.

Une première période se concentre sur les dangers que la pauvreté peut faire courir à la société[64]. Trois thèmes se dégagent alors : celui d'une vision crimino-sociologique, abordant la pauvreté en relation avec la déviance, la marginalité et le handicap[65]. Celui issu d'une perspective sanitaire, dans laquelle la pauvreté est replacée dans une perspective de santé, physique, mentale et sociale. « *Le pauvre apparaîtra alors comme un faible* »[66] appréhendé à travers une perspective de pathologie sociale. L'ouvrage de R. Lenoir sur les exclus en constitue un exemple symptomatique. Enfin, une approche ethnologique a été tentée, qui s'attache à la notion de culture de la pauvreté[67]. Ce sont ainsi les travaux d'O. Lewis[68], proposant une interprétation culturelle de la pauvreté : les milieux pauvres élaborent des modèles culturels transmis de génération en génération et une hiérarchie de valeurs qui leur sont propres et diffèrent de ceux de la société. A l'inverse, les tenants d'une interprétation situationnelle[69] nient l'existence de causes internes et culturelles des comportements des populations pauvres. Leurs comportements résultent de facteurs extérieurs, et sont la conséquence de la mise à l'écart dont ces populations sont l'objet : écartés de la vie sociale, de ses valeurs dominantes, ils sont enterrés dans une situation d'exclusion.

C'est ainsi ouvrir la voie au second temps de la réflexion sociologique : celui de l'exclusion, qui constitue indéniablement un point de rupture. Il ne s'agit plus de d'étudier les pauvres, mais d'analyser les processus menant à la pauvreté, et les conséquences d'un tel état[70], ce qui permet aux sociologues d'échapper à la controverse sur les seuils[71]. La réflexion s'oriente dès lors sur la rupture des liens sociaux, la béance des fractures sociales, les chutes qu'elles provoquent. Les auteurs soulignent un constat : la pauvreté des sociétés préindustrielles était intégrée. Le pauvre appartenait à la société, y était inclus dans la mesure où il constituait un élément nécessaire à l'harmonie sociale. Le problème qui se posait alors était

---

[64] V. en ce sens P. MARTIN, « De la pauvreté aux pauvres : approche épistémologique et méthodologique », *in* P. FONTAINE (dir.), *La connaissance des pauvres*, GIReP, Les éd. Travailler le social, Bruxelles, 1996, p. 252.
[65] V. sur ce point l'analyse de J. LABBENS, *Sociologie de la pauvreté, le tiers-monde et le quart monde*, Gallimard, 1978, p. 152.
[66] Id., p. 153.
[67] V. notamment l'ouvrage fondateur de R. HOGGART, *La culture du pauvre*, (1957) Les éditions de Minuit, 1998.
[68] O. LEWIS, *La vida. Une famille portoricaine dans une culture de pauvreté, San Juan et New York,* (1965), Gallimard, 1969 ; *Les enfants de Sanchez, autobiographie d'une famille mexicaine*, (1961), Gallimard, 1981.
[69] V. pour le débat américain, E.B. LEACOCK (dir.), *The culture of poverty, a critique*, New York, Simon and Schuster, 1971 ; pour la France, J. LABBENS, ouvrage précité.
[70] P. BOURDIEU, *La misère du monde*, Le Seuil, 1993.
[71] V. en ce sens, et pour une critique de la notion, C. FRÉTIGNÉ, *Sociologie de l'exclusion*, L'Harmattan, 1999.

davantage celui de la marginalité que de la pauvreté[72]. Dans les sociétés industrielles, tout au contraire, la pauvreté devient synonyme d'exclusion, puisqu'elle est en désaccord avec les normes socialement admises. Le pauvre devient celui qui ne participe pas ou de façon très imparfaite au mouvement social. La description de l'exclusion, appelée quelquefois aussi désaffiliation[73] ou disqualification[74] sociale, cherche à comprendre les processus par lesquels des personnes glissent en dehors des modes dominants des échanges économiques et des relations sociales.

La pauvreté et son corollaire moderne, l'exclusion, deviennent ainsi l'objet de toutes les attentions en sciences sociales, tout en restant fuyantes et rétives à toute définition. Le seul point commun aux approches historiques, économiques et sociologiques est que la pauvreté s'analyse en filigrane de la société dont elle est une mise à part et à travers la réaction sociale qu'elle entraîne. Comme le souligne B. Geremek, « *l'exclusion suppose l'existence d'une délimitation de la société* »[75]. Ainsi posés, les liens entre pauvreté et société appellent nécessairement une étude juridique : car après tout, n'est-il pas avéré que là où il y a société, il y a droit ?

§ 3- La pauvreté peut être un objet d'étude juridique

14. La pauvreté est devenue au XXe siècle un objet d'étude pour les sciences sociales. Peut-elle être également un objet d'étude juridique ? A première vue, le silence des juristes semble laisser croire que non. La pauvreté est largement ignorée de ces derniers : les index des différents codes n'y renvoient pas, les dictionnaires juridiques l'ignorent, les tables thématiques des ouvrages généraux de droit, qu'il s'agisse de droit public ou privé, y font rarement référence[76], les thésaurus des recueils informatiques de jurisprudence lui donnent un sens très différent, celui de pauvreté de l'argumentation des parties…

Et pourtant, il semble intuitivement évident que le droit n'a pu rester étranger à cette réalité sociale historique qu'est la pauvreté. Non seulement un champ d'étude

---

[72] V. l'analyse historique menée par R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale, une chronique du salariat,* Fayard, 1995.

[73] R. CASTEL, « De l'indigence à l'exclusion, la désaffiliation, précarité du travail et vulnérabilité professionnelle » *Face à l'exclusion, le modèle français*, Esprit, 1991.

[74] S. PAUGAM, *La disqualification sociale*, PUF, 1991.

[75] B. GEREMEK, « Histoire sociale, exclusions et solidarité », *Leçon inaugurale à la chaire internationale du Collège de France*, 8 janvier 1993, p. 15.

[76] A quelques exceptions près, la plupart dans des ouvrages récents consacrés aux droits de l'homme ou au droit social : E. ALFANDARI, *Action et aide sociale*, Dalloz, Précis, 4e éd., 1989 ; X. DIJON, *Droit naturel*, PUF, coll. Thémis droit privé, 1998, T. 1 ; J.-J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité sociale*, Dalloz, Précis, 13e éd., 1998 ; J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail,* LGDJ, Montchrestien, 7e éd., 1999 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, Les biens*, éd. Cujas, 4e éd., 1998 ; J. MORANGE, *Droits de l'homme et Libertés publiques*, PUF, coll. Droit Fondamental, 3e éd., 1998 ; J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 1999 ; J. ROBERT et J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 7e éd., 1999 ; F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, coll. Droit Fondamental, 4e éd., 1999 ; P. WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 3e éd., 1999.

existe bel et bien, mais, de surcroît, l'étude des modalités selon lesquelles le droit appréhende la pauvreté est possible.

L'existence d'un champ d'étude

"Le droit face à la pauvreté" : il y a, dans cette formulation, une idée implicite de confrontation, que deux considérations révèlent.

15. La première réside dans un constat : la pauvreté est une réalité menaçante pour le droit car elle remet en cause ses fondements et l'ordre social qu'il instaure. En somme, s'il faut « *effacer le nom de pauvre des annales de la République* »[77], c'est bien parce que la pauvreté constitue un fait social perturbateur des considérations exogènes et endogènes sur lesquelles se fonde l'ordre juridique.

Des considérations exogènes, tout d'abord, ces données de fait à caractère religieux et moral, économique, politique et social sur lesquelles la règle de droit s'établit. Les facteurs religieux et moraux sont de loin les plus évidents : « *sauver les misérables est un des soucis les plus anciens de la noble humanité, persistant à travers toutes les civilisations ; d'âge en âge, la fraternité, qu'elle revête la forme de la charité ou la forme de la solidarité ; qu'elle s'exerce envers l'hôte au nom de Zeus hospitalier ; qu'elle accueille le misérable comme une figure de Jésus-Christ, ou qu'elle fasse établir pour des ouvriers un minimum de salaire ; qu'elle investisse le citoyen du monde, que par le baptême, elle introduise à la communion universelle, ou que par le relèvement économique elle introduise dans la cité internationale, cette fraternité est un sentiment vivace, impérissable, humain* (…) *C'est un grand et noble sentiment, vieux comme le monde, qui a fait le monde* (…) *Avant l'accomplissement du devoir d'arracher les miséreux à la misère, il n'y a même pas de cité* »[78]. Ce que le poète affirme, le juriste le constate : comme Ch. Péguy, G. Ripert découvre dans la règle morale un devoir d'assistance qui constitue le socle commun aux obligations civilistes au sein de la famille et aux lois sur les accidents du travail offrant une protection à l'ouvrier : « *la loi civile* (…) *garde le caractère moral. Sous l'idée nouvelle de solidarité, elle laïcise l'idée morale de la charité* »[79]. Qu'elle emprunte le fondement moral de la charité ou politique et juridique de la fraternité et de la solidarité[80], l'assistance aux pauvres est une réalité historique et juridique qui peut et doit être étudiée.

Mais ces considérations morales et religieuses ne sont pas exclusives, et rejoignent des facteurs d'ordre économique. Ces derniers influencent la formation du droit, puisque, ainsi que le résume le Doyen Roubier, « *il faut connaître selon quelles lois doit s'organiser le jeu des intérêts pour aboutir à la plus grande prospérité de la société* »[81]. Ces considérations économiques ont une incidence certaine sur le contenu de la norme juridique. C'est là évidemment tout le débat sur

---

[77] BARÈRE, rapport précité, p. 247.
[78] Ch. PEGUY, *De Jean Coste*, *Œuvres en prose complètes*, La Pléiade, Gallimard, 1987, T. 1, p. 1034.
[79] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4e éd., 1949, p. 275.
[80] V., sur ce point, l'ouvrage de M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, Bibl. Droit Public, 1993, dont la lecture constitua une source essentielle pour la rédaction de cette thèse.
[81] P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, 1946, p. 164.

l'utilité économique de l'assistance : aider les pauvres, au XIXe siècle, peut tout aussi bien être considéré, à la manière d'un Tocqueville, comme une prime à la paresse[82] ou, tout au contraire, être justifié au nom d'impératifs économiques[83]. Le débat, loin d'être clos, se poursuit au XXe siècle, et la réflexion précédant la création du Revenu Minimum d'Insertion soulignait la nécessité de limiter le montant de l'allocation afin de ne pas décourager la recherche d'emploi. Sur ces facteurs économiques se greffent des considérations d'ordre politique et social. L'influence des idéologies politiques préside à l'édiction de normes d'inspiration tantôt libérales, tantôt sociales. Est ainsi traduite en règles de droit la conception politique de la pauvreté prédominant à un moment donné d'une société. L'appréhension politique de la pauvreté en termes d'inadaptation, comme ce fut le cas dans les années soixante-dix, induit certainement des dispositifs juridiques différents de ceux inférés de la découverte de l'exclusion vingt ans plus tard. Dès lors, le droit reflète nécessairement la perception sociale, économique et morale de la pauvreté à des époques données et, partant, constitue un sujet d'étude dont l'intérêt est certain.

Plus encore, l'étude de l'appréhension juridique de la pauvreté permet, non seulement de repérer l'influence des facteurs extérieurs dans l'édiction de la norme, mais aussi de souligner les hésitations de l'ordre juridique quant aux fins qu'il poursuit. Les fins du droit, c'est-à-dire les considérations endogènes qui le fondent, sont multiples : d'une part, une tension entre une recherche de la justice et de l'utilité, d'autre part, une alternative entre la primauté reconnue soit à l'individu, soit au collectif[84].

La tension du droit entre le juste et l'utile est connue. Le droit, dans sa relation avec la pauvreté, s'inspire tour à tour de cette quête de justice et de ce souci d'utilité. Dans la première acception, le droit constitue un « *ordre social saupoudré de justice* »[85] selon M. Hauriou ou, plus encore selon P. Roubier, un « *ordre social orienté vers la justice* »[86]. L'assistance aux pauvres répond alors à un idéal de justice – ce sont tout à la fois les principes de fraternité et d'égalité qui fondent l'intervention sociale – tout comme la formulation et la consécration de droits nouveaux, pour faire bref les "droits créances", sont le signe d'un renouveau d'exigence de justice sociale. Mais la norme ne traduit pas seulement une aspiration à la justice, elle reflète aussi le développement de l'éthique utilitariste naissant au XVIe siècle. A dater de cette époque, la représentation collective de la pauvreté se scinde en deux groupes de populations : les premiers, les "bons pauvres", sont ceux qui travaillent ou qui, infirmes ou invalides, sollicitent humblement des secours. Insérés dans le tissu social, ils s'inscrivent, par la paroisse de résidence, dans un

---

[82] V. la vive critique faite par Tocqueville du système anglais de « charité légale » dans son *Mémoire sur le paupérisme,* (1835) réed. Revue *Commentaire*, 1983, n°23, pp 630-636, n°24, pp. 880 à 888.

[83] V. par exemple la justification « *pratique et utilitaire* » donnée par le législateur républicain de la fin du XIXe siècle à l'instauration d'une assistance gratuite en matière médicale, dont l'absence « *est contraire au bien-être des classes laborieuses et à la paix sociale, non moins qu'aux intérêts économiques et vitaux de la nation* » (E. REY, *Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner (...) le projet de loi sur l'assistance médicale gratuite*, JO, Doc. Parl., Ch. Députés, ann. séance du 23 janvier 1892, n° 1899, respectivement p. 187 et 185).

[84] V. en ce sens, J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2e éd., 1989, pp. 28 et s.

[85] M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2e éd., 1929, pp. 35 et s.

[86] P. ROUBIER, précit., p. 162.

« *espace social de dépendance* »[87]. Les seconds sont les pauvres dangereux : marginaux, gueux et vagabonds, désinsérés de toutes sortes, propices à tous les fantasmes… C'est à l'encontre de ces derniers que se développe une éthique utilitariste : le travail est alors présenté comme seule voie d'intégration et, contre ceux réfractaires à cet impératif, s'affirme une politique répressive, traduisant une priorité donnée au maintien de l'ordre existant. Entre justice et utilité, le droit cherche inlassablement le fondement du traitement de la pauvreté. Réfléchir aux procédés selon lesquels le droit aborde le problème social de la pauvreté conduit donc à une étude de la nature même de la règle de droit.

Une semblable hésitation se retrouve dans la tension entre le collectif et l'individuel. Selon une première approche, c'est le service de la communauté et sa stabilité qui priment toute autre considération. Selon la deuxième, la priorité est donnée à l'individu, qui constituerait la finalité suprême de la règle de droit et en fonction de laquelle toutes les règles juridiques seraient orientées. Appliqué au problème posé par la pauvreté, le débat en est vivifié : la face du pauvre, à l'image de celle du dieu Janus, revêt les figures contradictoires du pauvre dangereux ou celle de l'objet de compassion. Selon les époques, la règle traduit alors un "souci du pauvre" ou un "souci causé par le pauvre". S'agit-il de protéger l'individu de la misère ou de protéger la société de la déstabilisation que celle-ci occasionne ? C'est à la fois la question du lien social et celle du rôle de l'individu que la pauvreté soumet au droit. Par-delà les siècles, deux penseurs, à deux mille ans d'intervalle, ont souligné cette nécessité de concilier bonheur individuel et stabilité sociale, tous deux menacés par la pauvreté. Siun Tseu, philosophe chinois du IIIe siècle avant Jésus-Christ le disait déjà : « *si les individus ne s'entraident pas, ils vivent dans la pauvreté ; si la société ne reconnaît pas les droits des individus, des conflits éclatent. La pauvreté crée l'angoisse et les conflits engendrent le malheur. Pour apaiser l'angoisse et éliminer les conflits, le mieux est d'instituer une société qui reconnaît clairement les droits de l'individu* »[88]. Plus près de nous, Hegel affirme que le droit a pour seule finalité le service de la communauté, fut-ce en sacrifiant l'individu à la chose publique, ce qui permet d'imposer au pauvre un certain nombre de devoirs : « *tout individu doit être indépendant, mais il est aussi un membre dans le système de la société civile et, dans la mesure où tout homme peut exiger d'elle qu'elle lui assure sa subsistance, elle doit à son tour le protéger contre lui-même. Il n'est pas seulement question d'empêcher les indigents de mourir de faim, il faut, en outre, empêcher la formation d'une populace. C'est parce que la société civile est tenue de nourrir les individus qui en font partie qu'elle a également le droit de les obliger à se préoccuper de leur subsistance* »[89]. La tension entre l'individuel et le collectif oriente, par-delà les siècles, la réponse du droit à la question sociale.

16. Le droit est donc bien "face" à la pauvreté, comme l'on peut se retrouver face à une difficulté, un obstacle. Mais la confrontation entre les deux éléments de

---

[87] J.-G. PETIT, « Pauvreté et marginalité : exclusion et intégration sociale dans l'histoire » *in* J.-G. PETIT (dir.), *Intégration et exclusion sociale, d'hier à aujourd'hui*, Anthropos historiques, 1999, p. 4

[88] Cité par G. PERRIN, « La reconnaissance du droit à la protection sociale comme droit de l'homme », *Travail et société*, vol. 10, n° 2, mai 1985, p. 268.

[89] G.W.F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit, ou droit naturel et science de l'Etat en abrégé*, § 240, add., rééd. J. Vrin éd., 1982, p. 249.

l'énoncé ne se limite pas à ce constat. Elle se poursuit, dans la mesure où la pauvreté est souvent rétive à une définition juridique.

Car le paradoxe est certain : la constante évocation de la pauvreté dans de très nombreux débats politiques et parlementaires ne permet pas pour autant d'aboutir à une définition juridique unifiée et globale de celle-ci. La juridicisation du débat se fait par le biais de notions et concepts juridiques s'y substituant partiellement : ainsi, le droit consacre au rang de notions juridiques le besoin, l'égalité, la justice sociale, l'état de nécessité, sans recourir immédiatement au concept de pauvreté. Revenons à Barère, quand celui-ci affirme qu'il faut « *effacer le nom de pauvre des annales de la République* ». Et s'il fallait prendre l'exhortation au pied de la lettre ? Et s'il fallait comprendre que la pauvreté est un thème du discours politico-juridique mais qu'elle ne saurait franchir la frontière séparant celui-ci du droit, son inscription dans le droit positif se faisant de façon indirecte et parcellaire au travers ou en vertu d'autres notions, dont le caractère juridique est, quant à lui, indéniable ? Le paradoxe soulevé, à savoir la présence d'un objet innommé -la pauvreté- saisi par le droit à travers l'utilisation de multiples notions juridiques, rend donc nécessaire l'analyse de la nature, de la fonction et de la portée, non seulement de ces notions, mais aussi de leur emploi en lieu et place de celle de pauvreté.

En conséquence, la recherche implique le suivi d'un fil d'Ariane : retrouver les deux éléments de l'énoncé à travers un corpus défini - les textes juridiques, les discours parlementaires et les rapports officiels en expliquant les fondements et les finalités, la jurisprudence et la doctrine en précisant l'application -. C'est donc à une véritable étude du "*mouvement constitutif*"[90] du droit par rapport à la pauvreté, des fondements de sa formation au suivi de sa génération, que la recherche conduit.

D'où l'importance du recours à l'histoire. Certes, l'objection est connue : l'histoire ne dit rien que ce que l'on veut bien lui faire dire. « *L'histoire* », selon le mot de P. Valery, « *justifie ce que l'on veut. Elle n'enseigne absolument rien, car elle contient tout et donne des exemples de tout* »[91], et se réécrit sans cesse à la lumière des préoccupations présentes. Toutefois, la pauvreté constituant un fait social séculaire, il est évident que l'étude de la formation et de l'évolution de la norme est pertinente. La recherche entreprise ne prétend toutefois à aucune originalité dans la méthode de recherche historique. Il ne s'agit pas ici de faire œuvre d'historien : sur la pauvreté, tout a été dit et étudié, et la probabilité de découverte historique semble désormais bien mince. On ne ferait que s'entregloser, selon le mot de Montaigne. Il s'agit en revanche de faire œuvre de juriste, en proposant une analyse logique d'ensemble, à la lumière de l'interrogation centrale de cette thèse : que dit, ou qu'a dit, le droit sur la pauvreté ?

La possibilité d'une étude

17. Réalité historique et sociale, la pauvreté n'est pas ignorée du droit. Elle peut donc certainement constituer un objet d'étude juridique. De là l'interrogation

---

[90] Selon la formule d'E. MILLARD, *Famille et droit public*, LGDJ, Bibl. Droit Public, 1995, p. 12, à propos de la construction implicite d'un « objet famille » par le droit public.
[91] Cité par N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, PUF, 1998, p. 10.

centrale de cette recherche : à la question sociale, quelle réponse juridique ? Formulée en ces termes, l'étude du droit public face à la pauvreté suppose d'écarter les difficultés naissant d'un tel énoncé.

Car l'intérêt que présente l'étude ne doit pas masquer les difficultés de la recherche : celles-ci résident dans le flou apparent caractérisant les deux éléments de l'énoncé et dissimulant le rapport qu'ils entretiennent entre eux. Flou du droit, tout d'abord, dissimulé par le discours politique, religieux et social, ainsi que par des pratiques "métajuridiques" telles que les politiques publiques, la planification ou les rapports officiels ; flou de la notion de droit public ensuite : si celui-ci recouvre un ensemble de règles juridiques concernant les relations entre personnes publiques ou entre les particuliers et les personnes publiques, une approche réaliste de ces relations devrait conduire à inclure au sein du droit public un certain nombre de branches du droit traduisant cette relation à la puissance publique : à ce titre, les branches qualifiées de "mixtes" ou d' "autonomes", qu'il s'agisse du droit pénal instituant et aménageant le droit de punir tel qu'il appartient à la société, de la procédure civile ou du droit social, ne sont pas, en dépit de leur rattachement au contentieux judiciaire, dépourvues de tout lien avec le droit public. Flou de la notion de pauvreté, enfin : notion relativement imprécise, elle emprunte une terminologie variable selon les époques. On ne saurait recenser les multiples synonymes du terme, qu'il s'agisse de l'indigence, de la misère, des Tiers et Quart Monde, de la faiblesse économique, de l'exclusion ou de la précarité… La liste des substituts sémantiques est fort longue, et l'imprécision terminologique constitue autant de difficultés pour la recherche. « *En raison de l'efficacité et de l'idéologie, le politique occulte ce que précisément le savant cherche à dévoiler* »[92]…

Devant une telle indétermination, les difficultés d'une étude scientifique apparaissent dans toute leur ampleur et ne sauraient être ignorées. Pourtant, malgré leur caractère sérieux, ces obstacles ne semblent pas insurmontables.

La première remarque porte sur le cadre général de la recherche, qui se veut résolument juridique. D'une part, il s'agit avant tout d'une étude de droit : délaissant la philosophie politique, l'histoire des idées ou l'étude des interventions sociales, la recherche se veut une analyse des mécanismes par lesquels le droit aborde le problème social de la pauvreté. L'étude du discours ou des idées politiques ne sera utilisée que pour expliquer le fondement de la norme. En somme, pour éviter l'écueil du pamphlet politique ou de la pétition de conscience, l'étude se fera toujours *de lege lata* et non *de lege ferenda*. C'est à une étude de ce qui est ou a été que la recherche convie, et non à une formulation de ce qui devrait être, au nom de présupposés qui, somme toute, compte-tenu du sujet traité, ne pourraient être que très subjectifs et partisans. L'aridité qui peut résulter d'un tel parti pris est une conséquence acceptée de la validité scientifique des choix méthodologiques ainsi effectués. D'autre part, la recherche tend à être davantage une étude *de* droit public plutôt qu'une étude *du* droit public. L'orientation de l'étude procède de la démarche intellectuelle publiciste, en ce qu'elle s'attache aux liens entre l'individu et la collectivité et qu'elle se veut une analyse de l'influence des droits fondamentaux sur

---

[92] S. MILANO, *La pauvreté dans les pays riches, du constat à l'analyse*, Nathan, coll. CIRCA, 1992, pp. 24-25.

la formation de la norme. Ceci explique que la recherche entreprise ne soit pas une description des mécanismes assistanciels actuels, des missions des institutions sociales et de leurs règles de fonctionnement, mais, plus largement, des multiples facettes de la pauvreté que le droit aborde. Or, cette appréhension de la pauvreté par le droit échappe largement à toutes les classifications universitaires ou contentieuses des disciplines juridiques. Le pauvre, en droit, revêt tout aussi bien les habits du vagabond, de la voleuse de pain acquittée par le "bon juge" Magnaud, de l'individu dans le besoin, du consommateur surendetté, du chômeur en fin de droits ou de l'indigent fiscal. Constatation qui permet de souligner les différents champs d'étude que la recherche doit pénétrer, puisqu'il s'agit, dès lors, de visiter tout aussi bien la norme administrative et pénale, civile, sociale ou fiscale…

Ni traité du social, ni manuel du droit de l'aide sociale, cette recherche suppose donc nécessairement un aspect transversal qui en fait tout à la fois l'intérêt et le risque. Le cadre général de l'étude s'avère de la sorte si vaste qu'il est apparu indispensable de le limiter au droit français, les emprunts au droit international ou comparé n'étant justifiés qu'à titre de comparaison[93].

La deuxième difficulté, relative quant à elle à l'objet de la recherche, apparaît également surmontable. En effet, le constat selon lequel il n'existe pas de définition précise et consensuelle de la pauvreté ne constitue pas un obstacle à son étude juridique. Tout d'abord, force est de rappeler que bon nombre de notions juridiques souffrent de la même indétermination, ce qui n'empêche aucunement leur étude[94], voire la rend nécessaire. En ce qui concerne la pauvreté, il est tentant de rappeler le mot de M. Planiol et G. Ripert : « *on ne saurait dire où commence et où finit la pauvreté, les limites de cette classe sont indécises. Néanmoins, il n'y a pas lieu de s'embarrasser du défaut de détermination* (car) *si la classe des pauvres n'est pas déterminée par des limites tranchées, elle n'en a pas moins une existence réelle* »[95]. Dès lors, pour tourner court à la difficulté née de l'imprécision relative de l'énoncé, la recherche implique la constitution d'un corpus d'étude vaste, s'attachant aux différentes invocations de la pauvreté en tant qu'élément empiriquement observable caractérisé, *a priori*[96], par un manque de ressources matérielles et nécessaires.

Quant au fait que la pauvreté ne soit pas un objet d'analyse juridique, l'assertion est indéniable… Du moins en l'état de la réflexion actuelle : l'idée selon laquelle le droit serait indifférent à la pauvreté et que, en corollaire, cette dernière ne

---

[93] Ainsi, le problème de la pauvreté dans les pays du Tiers Monde ne sera pas étudié, pas plus que l'action des organes spécialisés de l'ONU, tels que le PNUD, le FMI, la Banque Mondiale ou l'UNESCO. En revanche, les traités internationaux seront mentionnés, dans la mesure où ils peuvent recevoir une application en droit interne français, tout comme sera étudié le cas échéant l'ordre juridique communautaire et européen.

[94] Peut-on rappeler ici les propos de D. TRUCHET, au sujet d'une notion pourtant centrale en droit administratif, constat qui pourrait aisément s'appliquer à notre objet d'étude : « *personne n'a jamais réussi à donner du service public une définition incontestable : le législateur ne s'en est pas soucié, le juge ne l'a pas voulu, la doctrine ne l'a pas pu* » (« Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public », *AJDA*, 1982, p. 428).

[95] M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. 5, *Dons et legs*, LGDJ, 1957, p. 1138, n° 889, à propos de la validité des libéralités faites aux pauvres.

[96] E. PICARD remarque que cette approche d'un objet d'étude comme fait objectif et phénomène historique, doctrinal et juridique procède d'un *a priori* qui est le seul préjugé permis à l'analyste (*La notion de police administrative*, LGDJ, Bibl. Droit public, 1984, T.1, p. 49).

pourrait être étudiée en droit provient en réalité davantage du fait qu'elle n'a pas été, jusqu'ici, un sujet de préoccupation dans la communauté scientifique universitaire. Or, cette situation semble évoluer depuis quelques années : sous l'influence de différentes mesures adoptées récemment par le législateur devant la découverte du phénomène de l'exclusion sociale et de la « nouvelle pauvreté », le sujet gagne la doctrine juridique[97].

La tendance amorcée se justifie : le fait qu'une notion ne soit pas juridique ne saurait empêcher l'étude des modalités selon lesquelles le droit se saisit de certaines de ces manifestations. Car après tout, la recherche juridique ne saurait se limiter à l'étude de notions elles-mêmes juridiques. Le droit saisit et attache des conséquences à des faits humains ou sociaux qu'il n'institue, ne définit ni ne maîtrise. La vie, la mort, l'amour et la religion constituent des faits qui échappent au droit tout en ne lui restant pas étrangers. La liberté, l'égalité ou la fraternité sont des concepts philosophiques largement extérieurs au droit, desquels pourtant il s'est emparé. Dès lors, l'étude des relations que le droit entretient avec ces faits ou ces concepts s'avère pertinente…

Plus encore, à en croire E. Picard, il existe une spécificité de la recherche juridique : la science juridique, en effet, « *ne se forme pas à partir* (d') *objets qui lui seraient préexistants : elle se constitue en même temps qu'eux et par eux ; et ils se créent entièrement par elle et en elle.* (…) *Avant de se former, le droit ne trouve que des phénomènes sociaux, économiques, psychologiques, politiques et moraux : le pouvoir, l'argent, l'intérêt, l'honneur, le libre-arbitre, le sentiment de justice… Et il se donne pour fin de les juridifier, c'est-à-dire de les ordonner, selon des mécanismes qui lui sont propres, à certaines fins jugées supérieures* (…) *Par conséquent, cette juridification s'analyse d'abord comme une quête morale et*

---

[97] L'exemple semble avoir été donné par la doctrine juridique belge, qui a créé un groupement inter universitaire de recherches sur la pauvreté (GIReP), dirigé par P. FONTAINE et dont la dernière publication se veut interdisciplinaire (P. FONTAINE (dir.), *La connaissance des pauvres,* les éditions Travailler le social, Bruxelles, 1996) ; Pour ce qui concerne la seule doctrine juridique, en 1988 a été instauré, au sein de la Faculté de Droit de Namur et sous l'impulsion de X. DIJON, un laboratoire de recherche initialement intitulé *Droit et Sécurité d'existence*, rebaptisé depuis *Droits fondamentaux et lien social*, lequel est un centre de recherche universitaire au service de la lutte contre l'exclusion sociale actuellement dirigé par J. FIERENS. De plus, est édité à Bruxelles depuis 1976, à l'initiative d'ATD Quart Monde, une revue juridique trimestrielle *Droit en Quart Monde*. Plusieurs publications portant sur le droit belge peuvent ici être mentionnées : l'ouvrage collectif *Les droits des citoyens les plus démunis*, Actes du colloque de NAMUR, 16 mars 1984, Travaux de la faculté de droit de Namur, n°15, Larcier, Bruxelles, 1984 et celui de J. FIERENS, *Droit et pauvreté, droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Bibl. de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Bruxelles, 1992.
En France, la parution de l'ouvrage de S. DION-LOYE, *Les pauvres et le droit* (PUF, Que sais-je ?, 1997), version remaniée d'un article antérieur (« Le pauvre appréhendé par le droit », *Revue de la recherche juridique- droit prospectif*, n°1, 1995, pp. 433-472) ainsi que celle à venir d'un colloque, intitulé *La pauvreté saisie par le droit*, tenu à l'Université de Dijon les 2 et 3 décembre 1999 (à paraître sous la direction de D. GROS et S. DION-LOYE, *Le genre humain*, éd. du Seuil) témoignent d'un début d'intérêt des juristes pour le sujet. De même, quelques thèses sur tout ou partie du sujet sont mentionnées, dans le fichier central des thèses, comme étant en cours de préparation. Une seule à ce jour a été soutenue, sous la direction de D. TURPIN : F. TOURETTE, *Extrême pauvreté et droits de l'homme. Analyse de l'obligation juridique et des moyens des pouvoirs publics dans la lutte contre la pauvreté*, Thèse Clermont-Ferrand, 1998, à paraître aux Presses universitaires de Clermont-Ferrand.

intellectuelle, toute tournée vers ses fins »[98]. C'est donc à une étude de la « *juridification* » ou de la juridicisation de la pauvreté que la recherche entend s'atteler.

18. Or, une telle recherche met en évidence une mutation récente que connaît l'ordre juridique dans le domaine de la lutte contre la pauvreté. La prise en compte de la pauvreté par le droit connaît un bouleversement de ses fondements traditionnels, qui entraîne, par contre coup, une "remodélisation" du droit. Alors que la justification historique des mesures adoptées était la cohésion et la préservation de la société contre les menaces et les risques de fracture que lui fait courir l'existence de populations pauvres, de nouveaux fondements, en germe à partir de l'après-guerre et devenant explicites depuis une quinzaine d'années, apparaissent. L'attention se déplace : la société n'est plus l'objet premier des dispositions juridiques de lutte contre la pauvreté, et la protection de l'individu tend à prendre le relais. Là où la préservation de la société était la finalité des dispositions tendant à soulager la pauvreté (*Première partie- La société face au pauvre*), un nouveau destinataire émerge : l'homme et la protection de ses droits contre les atteintes que le dénuement matériel entraîne (*Deuxième partie- Le pauvre face à la société*). D'une recherche de cohésion, les fondements de la prise en compte de la pauvreté se sont mués en une affirmation de droits fondamentaux. Cette substitution de fondements entraîne, en conséquence, une évolution des modalités selon lesquelles le droit appréhende la pauvreté.

---

[98] E. PICARD, « La nécessité de la thèse au regard de la science juridique », *La thèse de doctorat en droit et la recherche juridique*, Association pour une fondation nationale des études de droit, LGDJ, 1993, p. 54.

PREMIÈRE PARTIE

LA SOCIÉTÉ FACE AU PAUVRE

19. « *La question de la pauvreté hante* (...) *la pensée juridique depuis l'aube de notre civilisation. Elle habite le cœur du politique, donc du droit qui est le langage achevé du politique* »[1].

La pauvreté soumet au droit une double interrogation[2], aux réponses mouvantes : la question de l'imputation et celle de l'obligation. La première porte sur l'établissement de la responsabilité de la situation d'indigence dans laquelle se trouve le pauvre ou le sans-travail. Qui, de l'organisation sociale ou de l'individu lui-même, en porte la responsabilité ? La réponse conditionne les solutions juridiques proposées. La seconde tend à désigner les acteurs tenus d'apporter un soulagement à cette indigence, ainsi qu'à préciser les conditions et modalités de cette réalisation. Quel devoir pèse sur la société ? Là encore, la norme traduit les choix politiques retenus selon les époques. Ces deux interrogations, intimement liées, forment la question sociale, cette « *aporie fondamentale sur laquelle une société expérimente l'énigme de sa cohésion et tente de conjurer le risque de sa fracture* »[3].

La réponse juridique à cette question sociale a longtemps laissé transparaître une préoccupation première : protéger la société contre les risques, les dangers et les tensions que la pauvreté d'une partie de sa population est susceptible d'entraîner. La société est bien face au pauvre, qui apparaît comme un facteur de trouble ou de désordre. Le fondement premier des mesures d'assistance est alors un impératif de cohésion sociale (*Titre 1- L'impératif de cohésion sociale*), fondement qui explique les caractéristiques des mesures par lesquelles le droit appréhende traditionnellement la pauvreté (*Titre 2- L'appréhension juridique traditionnelle de la pauvreté*).

---

[1] J. FIERENS, *Droit et pauvreté ; droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Bruylant, 1992, Bruxelles, p. 413.

[2] V., en ce sens, C. GUITTON, *Droit, action publique et travail. Etude juridique des politiques d'insertion par le travail*, Thèse Paris X, 1996, p. 26.

[3] R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale*, *une chronique du salariat*, Fayard, 1995, p. 18.

TITRE 1

L'IMPÉRATIF DE COHÉSION SOCIALE

20. « *Pour toute société, dans toute société, se pose la question de la cohésion sociale* »[1]. La fracture sociale révèle l'enjeu politique et donc juridique de la pauvreté. L'Etat, en quête d'une « *assise sociale homogène* »[2], s'est toujours préoccupé de la situation faite aux pauvres, moins pour les protéger eux-mêmes que pour assurer, par des dispositifs juridiques spécifiques, la conservation de l'ordre social, donc sa cohésion. Cette recherche de cohésion tend historiquement à une restauration primaire et minimale du lien social, à un maintien organique de l'entité sociale que la pauvreté menace, et fonde la permanence historique d'un devoir d'assistance aux pauvres (*Chapitre Premier*). Elle perdure de nos jours, en renvoyant à la logique de réduction des inégalités sociales qu'impliquent les principes républicains d'égalité et de solidarité (*Chapitre Second*).

---

[1] COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU PLAN, *Exclus, exclusions*, La D.F., 1992, p. 16.
[2] G. BURDEAU, *L'Etat*, Le Seuil, 1982, p. 116.

CHAPITRE 1

L'AFFIRMATION HISTORIQUE D'UN DEVOIR D'ASSISTANCE AUX PAUVRES

> « *C'est pour lors que l'Etat a besoin d'apporter un prompt secours, soit pour empêcher le peuple de souffrir, soit pour éviter qu'il ne se révolte. C'est dans ce cas qu'il faut des hôpitaux ou quelque règlement équivalent qui puisse prévenir cette misère* ».
>
> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre 23, Chapitre 29, « Des hôpitaux ».

21. Le constat de Montesquieu opère, en quelques mots, la synthèse d'un impératif historique : assister les pauvres est, par-delà les siècles, un devoir que la société s'impose tout à la fois dans un souci d'humanité devant les souffrances nées de la misère et dans une volonté de se prémunir contre les troubles et les révoltes que celles-ci font naître. Que cette assistance soit fondée sur la foi chrétienne ou l'idéologie révolutionnaire du pacte républicain (*Section 1, De la foi à la loi*), qu'elle soit issue de la morale philanthropique libérale ou qu'elle germe de l'idée de solidarité (*Section 2, De la morale au droit social*), elle fait figure, dans une continuité historique remarquable, d'une stricte obligation.

SECTION 1
DE LA FOI À LA LOI

22. Sous l'Ancien Régime se sont constitués tout à la fois les fondements de la politique sociale et les modalités de son organisation. Contrairement à d'autres domaines, les grands principes fondateurs ne datent pas de la Révolution française, mais peuvent trouver, *mutatis mutandis*, leur origine au Moyen Age : entre ordre divin et ordre public, l'assistance aux pauvres se présente comme une nécessité impérieuse et strictement encadrée (*§ 1*). La Révolution ne modifie pas totalement ces principes, tout en substituant à la foi le fondement de la loi (*§ 2*).

§ 1- L'assistance charitable sous l'Ancien Régime, entre ordre divin et ordre public

23. Pivot de la vie sociale au Moyen-Age, l'Eglise est la seule autorité centralisée et son message constitue le ciment essentiel des relations sociales. Dans ce cadre, le précepte évangélique de la charité exerce une influence prépondérante, et l'Eglise assure quasi exclusivement une mission d'assistance aux pauvres (I) jusqu'à ce que le pouvoir laïc procède, dans un souci de maintien de l'ordre, à une bureaucratisation des secours (II).

I- L'organisation des secours charitables au Moyen-Age

Le rôle fondamental de l'Eglise en matière d'assistance, très tôt affirmé par les Pères (A), s'est développé tout au long du Moyen Age (B).

A- L'héritage de la patristique

24. L'apport du christianisme primitif à la problématique des secours aux misérables est considérable. Loin d'envisager la pauvreté sous un seul angle spirituel et théologique, la patristique grecque et byzantine développe, dès les premiers siècles, une doctrine sociale de l'indigence. Cette doctrine de la charité, essence même du message évangélique, inspire toute la politique charitable de l'Eglise sous l'Ancien Régime. Acceptant le caractère inéluctable de la misère, voire la présentant comme une loi de la Providence[1], elle justifie l'ordre social en le fondant sur une complémentarité des riches et des pauvres. Dans la théologie chrétienne, « *toutes les choses sont à leur place : d'un côté le désintéressement du nanti, qui assure le salut de ce dernier, de l'autre la patience du pauvre, qui lui ouvre les portes du ciel* »[2]. L'enseignement patristique affirme et développe le rôle du don dans l'économie du Salut. Ainsi Grégoire de Naziance place la charité au rang de première des vertus théologales « *car aucune des vertus n'est plus proche de Dieu que celle-là* » et invite ses ouailles à se préoccuper de la condition des misérables, notamment des lépreux. Saint Jean Chrysostome demande qu'un dixième des revenus des riches soit prélevé en faveur des pauvres, Saint Basile crée l'ancêtre des "soupes populaires", Saint Ambroise énonce que le mépris des pauvres est un assassinat. Dès les premiers siècles, la pauvreté est l'objet de dispositions juridiques directement inspirées des préceptes évangéliques et trouvant leur assise dans l'enseignement patristique, car, si le devoir de charité détermine le comportement individuel des chrétiens dans leur vie temporelle, il inspire en même temps des interventions politiques et fait de l'Eglise, et donc de l'Empereur chrétien, « *la gérante de la miséricorde sociale, chargée également de représenter l'intérêt des pauvres* »[3].

25. En effet, devant l'explosion de la misère que connaît l'Antiquité tardive tant en Orient qu'en Occident, l'Eglise crée un certain nombre d'institutions

---

[1] V. le récit évangélique de Jésus à Béthanie, disant: « *vous aurez toujours des pauvres avec vous* », J., XII-8 ; Mc., XIV-7 ; Mt., XVI-11.
[2] Ph. SASSIER, *Du bon usage du pauvre, histoire d'un thème politique*, Fayard, 1989, p. 52.
[3] B. GEREMEK, *La potence ou la pitié*, Gallimard, 1990, p. 30.

spécifiques offrant assistance aux indigents malades, infirmes ou aux enfants abandonnés. Cette institutionnalisation de la charité marque le début de la création d'hôpitaux, dont la généralisation se poursuit tout au long du Moyen Age. D'ores et déjà est posé un clivage fondamental, qui transcendera toute l'histoire de l'assistance, entre le pauvre valide (*penes*) et l'indigent inapte au travail, les secours étant réservés, selon la législation byzantine, à ce dernier. Cette distinction introduisant une sélectivité dans l'aumône a son origine dans l'Ancien Testament (ainsi, l'Ecclésiaste affirme « *donne à l'homme bon mais ne viens pas en aide aux pêcheurs* ») et trouve son apogée dogmatique dans les écrits des décrétistes du XIIe siècle. Mais une autre ligne directrice apparaît également dès cette époque, tendant à fonder les secours sur une appartenance communautaire. Ainsi, le deuxième concile de Tours ordonne « *que chaque cité nourrisse d'aliments convenables les pauvres qui y sont domiciliés, suivant l'étendue de ses ressources ; que les prêtres et autres citoyens y contribuent, afin que les pauvres ne se rendent pas dans les autres cités* »[4]. Ce critère de la domiciliation constituera, avec celui de l'incapacité à travailler, le fondement traditionnel de toutes les mesures de secours aux indigents.

26. Toutefois, cette prise en charge par l'Eglise ne dissimule en aucun cas un quelconque désintérêt de l'Empereur. A partir de l'Edit de Constantin, qui, au IVe siècle, fait du christianisme la religion officielle de l'Empire romain, la charité chrétienne s'institutionnalise sous la forme de l'évergétisme[5], principe politique associant intimement soumission aux préceptes charitables religieux et obéissance au pouvoir étatique. Deux types de mesures juridiques en résultent : les premières tendent à l'organisation, par les pouvoirs publics, de distributions alimentaires ; les secondes accordent à l'Eglise certains privilèges afin de lui assurer les revenus nécessaires à l'entretien des pauvres[6]. Plus encore, le code Théodosien, promulgué en 438 et dont l'essentiel des dispositions restera en vigueur en Occident jusqu'au XIIe siècle, reconnaît comme un devoir pour la puissance publique « *de donner ses soins à ce que les aliments ne manquent point aux pauvres* »[7].

27. Il existe donc, dans l'Empire chrétien, un réel concours entre l'Etat et l'Eglise et une complémentarité certaine : « *l'un* (...) *veillait à ce que les biens des églises et des monastères, ainsi que les aumônes des fidèles ne soient pas détournés de leur finalité charitable, l'autre, ainsi encouragée, assurait comme un service public l'aumône confiée aux diaconies et l'accueil offert par un réseau d'hôpitaux, déjà spécialisés, dans les villes et sur les routes* »[8]. Le terme de "service public" employé par l'historien, semble anachronique. Il est toutefois révélateur, de l'idée que les secours aux indigents sont dès cette époque, d'une part organisés par le droit et non laissés à la seule initiative charitable privée et, d'autre part, loin d'être cantonnés à la seule sphère familiale. Ainsi, dès l'Empire romain, et ce durant tout le

---

[4] H. DEROUIN, A. GORY, F. WORMS, *Traité théorique et pratique d'assistance publique*, Sirey, 1914, 3e éd., vol. 1, p. 15.
[5] Pour une analyse de l'évergétisme byzantin : E. PATLAJEAN, *La Pauvreté à Byzance*, éd. Mouton, 1978.
[6] V. sur ce point, L. LALLEMAND, *Histoire de la charité*, T. 2, 1908, pp. 79 et s.
[7] *Code*, L.1, T.2-22, cité par J.-M. GERANDO, *De la bienfaisance publique*, Renouard et Cie, 1839, T. 4, p. 476.
[8] M. MOLLAT, *Les pauvres au Moyen Age*, Hachette, 1978, p. 31.

Moyen Age, l'assistance aux pauvres, loin d'être l'expression d'un simple devoir individuel, fait l'objet d'une réelle institutionnalisation.

B- L'institutionnalisation des secours charitables

28. Durant tout le Moyen-Age, l'assistance aux pauvres est essentiellement le fait de l'Eglise, qui exerce un « *monopole non officiel ni réglementé par des ordonnances royales* »[9], résultant plus de circonstances historiques que d'un choix politique : l'Eglise prend le relais d'un pouvoir politique devenu défaillant et les préceptes religieux de charité sont le fondement quasi unique de l'assistance aux pauvres. Certes, les dynasties mérovingienne et carolingienne ont donné naissance à diverses dispositions juridiques en faveur des pauvres. Les lois saliques contenaient certaines mesures protectrices, interdisant le prêt à usure aux pauvres, punissant plus sévèrement le vol de biens appartenant à des indigents, incitant à l'aumône ou recommandant aux évêques et aux monastères de prodiguer des secours[10]. Toutefois, l'avènement de la féodalité constitue un obstacle dirimant à l'application de cette législation, puisque avec elle disparaît toute autorité centrale et toute administration générale. L'Etat est condamné par le développement des relations féodo-vassaliques et le pouvoir normatif royal se heurte au cloisonnement des seigneuries. De fait, ce sont les seules paroisses qui font fonctionner de nombreux établissements de bienfaisance relevant des autorités ecclésiastiques, traduisant en cela la continuité de l'enseignement de l'Eglise : l'aumône est toujours présentée comme un devoir, et le patrimoine du clergé est considéré comme devant être affecté aux pauvres[11]. Les conciles se succèdent, rappelant cette nécessité[12], et les réalisations se multiplient.

29. Cette institutionnalisation des secours par l'Eglise procède d'un double mouvement, à la fois moral et moralisateur. Sous la plume des décrétistes du XIIe siècle se dessine très nettement une doctrine théologique de la pauvreté tendant à opérer des distinctions entre les solliciteurs d'aumônes. Est ainsi généralisé un principe mis en œuvre empiriquement dès les premiers siècles, tendant à rendre l'assistance proportionnelle à la faiblesse de la condition et du statut juridique. Réserver les secours charitables aux invalides et aux humbles et décourager la mendicité chez les autres devient une antienne constamment affirmée. Cette "moralisation" de l'aumône trouve son fondement dans un changement radical, opéré au XIIe siècle, de la perception chrétienne de la pauvreté. Celle-ci apparaît de moins en moins comme une situation glorieuse de communion avec le Christ, mais plus comme une condition dégradante, génératrice de pêchés spécifiques. Ainsi, le dominicain Humbert de Romans constate que « *ce n'est pas la pauvreté qui est vertu mais le goût pour elle* ». Or, le peuple n'aime pas sa situation, et considère que ce sont « *les riches de ce monde qu'il tient pour les bienheureux* »[13]. La misère entraîne le pêché mortel d'envie, les vols et actes de révolte qui en résultent, tout comme elle favorise des mœurs dissolues : paresse, débauche, escroquerie, ivrognerie. Dès le

---

[9] A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 3e éd., 1978, L. IV, p. 438.
[10] L. LALLEMAND, précit., T. 2, pp. 163 et s.
[11] L. LALLEMAND, précit., T. 3, p. 303.
[12] Ainsi, par exemple, le concile de Tours de 567 affirme la nécessité de répartir les secours aux pauvres domiciliés dans les hôpitaux entre tous les membres d'une paroisse et le Concile de Nantes de 658 énonce que les prêtres doivent reverser aux indigents le quart des dîmes perçues.
[13] Cité par B. GEREMEK, précit., p. 41.

XIIe siècle, note B. Geremek, « *le pauvre éveille la méfiance et la crainte, car il se révolte contre sa condition mais aussi parce qu'il menace la propriété d'autrui* »[14]. Ce nouveau visage du pauvre, non plus figure évangélique du Christ parmi les hommes mais menace et cause de troubles à l'ordre social, est, en partie, à l'origine de la bureaucratisation de la charité, à compter du XIVe siècle.

II- Le tournant de la bureaucratisation de la charité

30. La fin du Moyen Age voit un recul du rôle de l'Eglise dans l'assistance aux pauvres. Cette tendance à une « *bureaucratisation de la charité* »[15], apparue au XIVe siècle et nettement accentuée à partir du XVIe, marque l'apparition successive et grandissante des communes (A) et du roi (B). Ce tournant est essentiel : l'assistance, institutionnalisée par l'Eglise dans un souci de charité, certes, mais aussi pour légitimer la misère et justifier, par la complémentarité entre riches et pauvres, un certain ordre social, fait l'objet d'une "récupération" par les pouvoirs publics pour des raisons de maintien de l'ordre public.

A- Les secours communaux

31. Le premier facteur d'intervention des pouvoirs laïcs, d'ordre économique et social, est le délitement de la société féodale. Le relâchement des liens féodaux et de la faible protection qu'ils accordaient entraîne un accroissement de la mendicité et de l'indigence. Les ravages de la Peste Noire, l'hécatombe de la guerre de Cent ans multiplient les pauvres, diminuent les ressources et encouragent exodes et désordres. Ces menaces sur la salubrité et la tranquillité publiques incitent les communes à exercer un contrôle sur les établissements religieux de bienfaisance. L'apparition à leur tête d'un embryon de classe bourgeoise, soucieuse d'assurer un certain ordre public, a des incidences sur l'organisation des institutions de secours. Au nom de préoccupations de salubrité publique, les communes nomment des représentants chargés d'approuver les actes concernant l'organisation de l'assistance dans les léproseries et de contrôler le recrutement des personnels soignants. A cette aspiration des municipalités à ravir à l'Eglise la gestion des établissements d'assistance, ou à la suppléer par la création d'aumônes publiques chargées d'assurer des secours à domicile, s'ajoute le rôle grandissant des confréries, associations d'entraide des corps de métiers, les amenant à fonder des hôpitaux ou à financer des lits dans les asiles déjà existant[16].

Dès la fin du XIIIe siècle, l'exercice de la charité devient donc « *une sorte de service social local auquel collaborent toutes les instances qui partagent une responsabilité dans le bon gouvernement de la ville* »[17]. Ce projet d'une assistance sociale gérée par les municipalités se met en œuvre dans de nombreuses villes

---

[14] B. GEREMEK, précit., p. 45.
[15] L. MOREAU DE BELLAING, « Le don et l'échange », *Informations sociales*, n° 3, 1987, p. 11.
[16] X. BEZANCON, *Les services publics en France du Moyen Age à la Révolution*, Presses de l'Ecole Nationale des Ponts et chaussées, 1995, p. 190 ; L. LALLEMAND, précit., T. 3, pp. 333 et s M. MOLLAT, précit., p. 172.
[17] R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale, une chronique du salariat*, Fayard, 1995, p. 54.

européennes tout au long des XIVe et XVe siècles[18]. Le mouvement connaît son apogée au XVIe siècle, sous l'incidence de disettes persistantes et Paris instaure en 1545 le Grand Bureau des pauvres, placé sous le contrôle des échevins de la ville. Cet établissement, qui se présente de prime abord comme un établissement charitable, a en réalité, pour la municipalité parisienne, un but de maintien de l'ordre : « *la distribution d'aumônes n'était qu'une mesure de police* »[19]. L'utilisation du terme ne doit pas induire en erreur : si ces dispositions sont bien des mesures de police, c'est au sens spécifique et indéterminé de cette notion sous l'Ancien Régime, à savoir « *l'ensemble des règles régissant l'action des individus ou des groupes, organisant la vie sociale ainsi que l'ensemble des activités des institutions publiques* »[20]. La notion s'approche de celle, moderne, de pouvoir réglementaire[21] ou se confond avec celle de droit, tant ses objets, buts et procédés revêtent un caractère hétéroclite[22]. En ce sens, la police sous l'Ancien Régime n'a pas une finalité exclusivement répressive : destinée à régler l'ensemble de la vie sociale, elle tend tout autant à fournir certaines prestations, en créant des services d'utilité commune, ancêtres des services publics modernes[23], qu'à établir certaines interdictions. La fonction de la notion de police est donc, sous l'Ancien Régime, particulièrement vaste, puisqu'elle « *consiste à assurer le repos public et celui des particuliers, à procurer l'abondance et à faire vivre chacun selon sa condition* »[24], au point qu'E. Picard a pu voir en elle « *la fonction sociale constitutive de la Cité ou de l'Etat* »[25]. Ces précisions ne doivent pas pour autant conduire à minimiser l'impact des préoccupations d'ordre public dans l'assistance aux indigents : dépassant le principe religieux de charité, le déploiement d'institutions charitables communales trouve sa justification dans un souci de lutte contre les risques d'épidémies et de sédition résultant de la misère, « *le devoir moral cédant le pas à la sécurité publique* »[26]. Or, cette même préoccupation d'ordre se trouve au fondement de l'intervention grandissante du pouvoir royal en matière de secours aux indigents.

B- L'intervention du pouvoir royal

32. Un autre facteur à l'origine de cette sécularisation des secours à la fin du Moyen-Age est d'ordre politique. Il est à trouver dans l'affermissement de l'institution royale, qui se traduit, en matière d'assistance aux pauvres, par une intervention grandissante du pouvoir royal. L'intervention du roi dans les œuvres charitables ne date pas à proprement parler du XVIe siècle. Elle ne fait que reprendre

---

[18] B. GEREMEK, précit., p. 62 et 64. Cette tendance se retrouve dans de très nombreuses autres villes européennes, qui prennent un ensemble de mesures tendant à organiser les secours sur des principes sensiblement identiques : recensement et classification des nécessiteux, exclusion des étrangers, limitation de la mendicité, déploiement de secours différenciés.
[19] Ch. PAULTRE, *De la répression de la mendicité et du vagabondage*, Sirey, 1906, p. 67.
[20] E. PICARD, *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984, T. 1, p. 27.
[21] En ce sens : J.-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1985, p. 162, citant LOYSEAU: « *Le droit de police consiste proprement à pouvoir faire des règlements particuliers pour tous les citoyens de son district et territoire* » (*Traité des seigneuries*, chap. IX).
[22] E. PICARD, précit., pp. 53 et s.
[23] V. sur ce point l'ouvrage de X. BEZANCON, précit., p. 25.
[24] Ordonnance royale de 1669, citée par J.-L. MESTRE, précit., p. 162.
[25] Précit., p. 57.
[26] E. ALFANDARI, *Le droit aux aliments en droit privé et en droit public*, Thèse Droit Poitiers, 1958, T. 1, p. 3.

l'image du roi chrétien nourricier, issu de l'évergétisme. Toutefois, les XVe et XVIe siècles marquent une étape importante. En effet, le grand Schisme (fin XIVe siècle) et les débuts du Gallicanisme confèrent au roi le contrôle de l'Eglise, qui relève presque entièrement de son autorité souveraine. Ceci permet au pouvoir royal, dans un premier temps, de s'immiscer dans la gestion des hôpitaux. Dans un souci d'efficacité, le roi étend son droit de regard en vertu de son rôle traditionnel de justicier et gardien du bien commun[27]. Cependant, ce souci du roi de "donner les moyens de vivre à ses peuples nécessiteux", selon la formule traditionnelle, ne marque pas seulement une préoccupation morale et religieuse. C'est, en effet, essentiellement « *en rattachant son action à la mission de maintien de l'ordre public que la puissance publique a développé son intervention* »[28], grâce, notamment, à la création d'institutions royales de bienfaisance.

Ce développement des secours royaux aux nécessiteux s'opère tout au long des XVIe et XVIIe siècles. Ce sont tout d'abord des préoccupations de salubrité publique qui amènent les autorités royales à activer leur politique de bienfaisance. Les terribles épidémies du XVIe siècle rendent nécessaires des mesures exceptionnelles. Or, une corrélation très nette existe dans les esprits entre épidémies et indigence. Ainsi, N. Delamare insiste dans son *Traité de Police* sur les liens entre santé et mendicité, en relevant que « *l'infection que fait ordinairement le grand concours de pauvres mendiants a été regardée de tout temps comme l'une des causes de certaines maladies contagieuses ; c'est pourquoi l'on a toujours pris grand soin, lorsque cette calamité arrive, de faire cesser autant qu'il a été possible la mendicité* »[29]. Le souci de salubrité et les pestes du XVIe siècle dictent des mesures de police relatives aux pauvres et font prendre conscience de la nécessité d'une réforme sociale[30].

La pauvreté est ainsi perçue comme trouble à l'ordre public : cause d'atteinte à la salubrité publique, elle est aussi nuisible à la sécurité ou à la tranquillité. Les pauvres sont les "désordonnés", menant une vie de vices, et la misère est présentée, dans le discours public, comme la cause de toutes les maladies physiques et morales. L'idée apparaît que, pour garantir la stabilité d'un Etat et la paix civile, il faut, au mieux, maintenir la population dans un état de prospérité ou, au moins, organiser des secours aux nécessiteux plus efficaces.

Or, le roi n'intervient qu'exceptionnellement dans la distribution directe de secours, la distribution de mannes royales étant réservée à des occasions de grande crise. En revanche, le monarque affirme son autorité par le développement de dispositions tendant à organiser des mesures sociales. Ainsi, l'ordonnance de Moulins de 1566 attribue expressément aux magistrats locaux un devoir

---

[27] « *L'assistance constitua ainsi l'un des secteurs du développement de l'Etat* », remarque M. MOLLAT (précit., p. 328). Un aumônier royal est institué, qui reçoit en 1519 le titre de Grand Aumônier de France et est chargé par François Ier de la réforme et du contrôle des hôpitaux. Cet effort de contrôle des abus et de réforme est constant, les édits et ordonnances royales en ce sens se multipliant tout au long des XVI et XVIIe siècles. Pour un détail des textes V. X. BEZANCON, précit., pp. 191 et s.

[28] D. CRISTOL, « Le service public hospitalier français », *RDP*, 1997, p. 802.

[29] N. DELAMARE, *Traité de la police*, Paris, 1722-1738, L. IV, T. XIII, T. 1, p. 660.

[30] Ainsi, des ordonnances royales comme celles du 31 juillet 1332, 1er février 1371, 3 juin 1404, 25 mars 1413 prescrivent de repousser les mendiants hors des villes ou, à défaut, de les maintenir emprisonnés (B. GEREMEK, précit., p. 169).

d'assistance, fondé sur des impératifs charitables mais également sur l'obligation de maintien de l'ordre imposée par l'autorité royale[31]. A cette époque se forme une législation et une "police des pauvres"[32], « *nées d'une nécessité de l'ordre public et d'un besoin de discernement dans la distribution des secours* »[33]. Le principe d'origine religieuse qu'à chaque paroisse incombe le soin de ses indigents est définitivement admis dans la législation civile[34]. Cette charge a deux fondements très nets : d'une part, la solidarité existant entre les membres de la paroisse et d'autre part, des considérations d'ordre public : « *c'est surtout Paris que les ordonnances avaient en vue* », ajoute C. Bloch, « *Paris regorgeant de mendiants dangereux pour la sécurité publique, qu'il fallait éloigner de la capitale* »[35]. A cette fin, la législation généralise les institutions laïques des aumônes générales et les bureaux des pauvres, en leur assignant comme mission de donner du travail aux pauvres valides, de secourir les indigents invalides et en mettant à leur disposition un corps de sergents ou d'« *archers des pauvres* », investis de pouvoirs répressifs à l'égard des bénéficiaires de l'assistance.

Il est ainsi tentant de voir dans le XVIe siècle une période charnière de l'histoire de l'assistance. Dans le contexte général de la Renaissance, et sous l'influence des grands mouvements de pensée qui l'agitent, humanisme et Réforme, les fondements du secours aux indigents subissent une mutation. S'inscrivant moins exclusivement dans cette économie du salut théorisée par l'Eglise catholique, les mesures prises tendent autant au maintien d'un ordre public menacé par les crises sociales qu'à l'organisation de la charité[36].

33. Dans ses grandes lignes, la politique assistancielle de Louis XIV s'inspire de celle de ses prédécesseurs. Elle tend à assurer par l'organe de la paroisse le service de l'assistance en même temps qu'à renforcer le contrôle des mendiants. Le fait le plus notable du règne de Louis XIV est toutefois l'institution des hôpitaux généraux, en remède aux insuffisances de la législation antérieure. De ce constat d'échec naît l'idée du "*grand renfermement*". En 1662, un Edit royal établit un Hôpital général dans toutes les villes du royaume, dans lequel le roi affirme agir « *non par ordre de police* » mais « *par le seul motif de la charité* »[37]. Il généralise l'internement des pauvres mendiants et attribue des pouvoirs de police à leurs directeurs, s'exerçant non seulement dans l'enceinte de l'hôpital mais également

---

[31] En ce sens, J.-L. MESTRE peut écrire que « *la police* (devant) *ainsi assurer l'ordre, la prospérité et obliger chaque sujet à assurer les obligations de son état, elle rentre au service de l'absolutisme* », précit., p. 162.

[32] Dans l'acception qu'avait la notion sous l'Ancien Régime, V. *supra*, § 31.

[33] C. BLOCH, *L'assistance et l'Etat en France à la veille de la Révolution*, Picard, 1908, p. 43.

[34] V. la confirmation solennelle de nombreux textes antérieurs par l'article 73 de l'ordonnance de Moulins : « *ordonnons que les pauvres de chacune ville, bourg ou village seront nourris et entretenus par ceux de la ville, bourg ou village dont ils sont natifs et habitants, sans qu'ils puissent vaguer et demander l'aumône ailleurs qu'au lieu où ils sont nés* » (*Isambert*, T. 14, p. 209).

[35] C. BLOCH, précit., p. 43.

[36] Certes, comme le remarque avec justesse R. CASTEL, l'avènement de ce que certains ont appelé une nouvelle politique sociale au XVIe siècle ne fait que systématiser un mouvement plus ancien : laïcisation des secours, organisés sur le double critère de l'appartenance communautaire et de la capacité à travailler et fondés sur des considérations charitables et policières. Mais c'est bien à cette époque que s'affirment clairement et durablement ces principes, et le XVIIe siècle n'a fait que confirmer cette orientation (précit., p. 54).

[37] *Isambert*, T. 18, p. 648.

dans les villes et les faubourgs. Il ne s'agit alors pas tant de mettre à l'écart des individus considérés comme fauteurs de troubles à la sûreté et la salubrité publiques que de moraliser des individus jugés fainéants et débauchés, en les forçant au travail dans des ateliers spécifiques et, aspect essentiel, en les catéchisant. La privation de liberté obéit ainsi à une logique disciplinaire : « *ce n'est pas oster la liberté aux pauvres que de les enfermer, c'est leur oster leur libertinage* »[38]. La politique royale d'assistance par le renfermement, si elle ne se veut pas motivée par des seules considérations policières et met en avant un souci de rédemption physique et morale des individus, reste toutefois « *complètement encastrée dans une vision indissociablement disciplinaire et archaïque du social* »[39].

La création des Hôpitaux généraux est éminemment révélatrice de l'ensemble de l'assistance sous l'Ancien Régime et de la confusion existant entre ce que le vocabulaire juridique moderne appelle le "social" et le "pénal". Se présentant comme une mesure charitable, elle est perçue avec effroi par ses bénéficiaires comme une mesure répressive, tandis que les autres formes de secours, recherchées quant à elles, étaient très nettement motivées par des considérations de maintien de l'ordre. Ce constat souligne l'homogénéité de la fonction de l'assistance, tendant tout autant à organiser les fondements de la société qu'à en assurer la conservation et la protection. La charité, voulue par Dieu et par le roi, fonde la société, la justifie et la conserve. Au XVIIIe siècle, se dessine ainsi la double orientation de l'assistance, à la fois conservatrice - au sens où elle tend au maintien de l'ordre dans la Cité - et progressiste - en ce qu'elle vise l'amélioration des conditions de vie des populations les plus démunies -. Ce double impératif se retrouve dans l'idéologie des Lumières et les mesures prises par les révolutionnaires français.

§ 2- L'assistance aux pauvres sous la Révolution, une dette sacrée

La question de l'assistance sous la période révolutionnaire qui s'étend de 1789 à l'an III marque un très net contraste entre la richesse de la construction doctrinale (I) et la faiblesse des réalisations juridiques (II).

I- Les idées nouvelles

La Révolution constitue un laboratoire idéologique où se cristallise une nouvelle conception de l'assistance (B), conception dont les fondements sont à trouver dans le vaste mouvement de réflexion politique et sociale caractérisant le siècle des Lumières (A).

A- Les sources d'inspiration révolutionnaires

La conception nouvelle de l'assistance développée par les révolutionnaires trouve son inspiration directe dans la très sévère critique philosophique (2) de l'insuffisance de la politique royale de secours aux pauvres (1).

---

[38] GODEAU, *Discours sur l'Etablissement de l'Hospital Général fondé à Paris par le Roy en l'année 1657*, A. VITRE, 1657, p. 45, cité par Ph. SASSIER, précit., p. 83.
[39] P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale; repenser l'Etat Providence*, Le Seuil, 1995, p. 136.

1- L'échec de la politique royale d'assistance

34. L'immobilisme des institutions monarchiques est, au XVIIIe siècle, en contraste flagrant avec l'effervescence des idées nouvelles. En matière d'assistance aux pauvres, comme en d'autres domaines, la politique royale s'inscrit dans une continuité certaine avec celle des siècles antérieurs. Jusqu'en 1764, une législation touffue s'appuie sur l'institution déjà ancienne des hôpitaux généraux. Surpeuplés, les hôpitaux ne peuvent accueillir davantage d'indigents et satisfaire aux besoins d'une population misérable, qui, par ailleurs, fuit ces établissements auxquels la promiscuité, la saleté et la sévérité des règles internes confèrent un aspect carcéral effrayant. Devant cet échec, Louis XV tente de durcir les dispositions applicables par la création de nouvelles institutions de correction, les dépôts de mendicité, vouées à l'enfermement des vagabonds et mendiants valides. A l'origine, cet enfermement avait vocation à être sélectif et temporaire. Sélectif, tout d'abord, puisqu'il était *a priori* réservé aux valides non domiciliés, vagabonds et errants. Ainsi, une instruction très éclairante de Turgot, recommandait de ne « *pas confondre deux choses aussi différentes que la pauvreté réelle et la mendicité volontaire occasionnée par le libertinage et l'amour de l'oisiveté. La première doit être non seulement secourue, mais respectée, la seconde seule peut mériter d'être punie* »[40]. L'Hôpital général devait répondre aux besoins de la première, les dépôts de mendicité aux troubles nés de la seconde. Cet enfermement se voulait, ensuite, temporaire : la royauté cherchait à ne pas laisser trop longtemps dans les dépôts les indigents contraints par la misère à demander l'aumône et essayait de les faire prendre en charge par les paroisses d'où ils étaient originaires.

Partagée entre les deux impératifs traditionnels d'ordre et de charité, la législation royale à la fin de l'Ancien Régime s'appuie sur deux considérations fortes : si l'administration peut et doit prévenir et soulager la pauvreté, la loi peut également punir la mendicité. Cependant, la politique royale d'assistance demeure d'une faible effectivité face à une situation économique et sociale dramatique. Les analyses historiques brossent un tableau effrayant de la condition du peuple au XVIIIe siècle. Les lettres des Intendants traduisent leur effarement devant une réalité qui montre les pauvres, non seulement en vagabonds et mendiants éparpillés, mais bel et bien comme une population de régions entières[41], frappée par de fréquentes famines et atteinte par l'inflation, le chômage et une récession impitoyable. Le XVIIIe siècle est un temps de misère ; or, si la misère du peuple n'est pas chose nouvelle, la nouveauté réside dans le changement de perception de celle-ci opéré par les économistes physiocrates et les philosophes des Lumières.

2- La critique des Philosophes

La fin de l'Ancien Régime voit une dénonciation virulente des politiques traditionnelles d'assistance, émanant principalement des physiocrates. La critique porte notamment sur les fondations hospitalières, accusées de gaspillage et d'incurie, contre lesquelles Turgot écrit un article célèbre dans l'*Encyclopédie*. Plus généralement, c'est tout le système de distribution des secours, associant charité (a) et répression (b), qui est mis en cause.

---

[40] Lettre du 19 février 1770, citée par Ch. PAULTRE, précit., p. 397.
[41] Ph. SASSIER, précit., p. 126.

a- Le refus de la charité

35. La charité, tout d'abord : le terme même est honni et doit, selon Voltaire, être remplacé par celui de "bienfaisance", inventé par l'abbé de Saint Pierre, moins humiliant et porteur des idées philanthropiques au cœur de la réflexion des Lumières. Derrière la querelle sémantique pointe une vive critique de l'action cléricale, accusée d'entretenir des appels à la charité afin de maintenir un système de privilèges. Sous la plume de Montesquieu ou Voltaire, « *la charité apparaît* (...) *comme le prétexte par lequel l'Eglise s'autorise à s'emparer des biens d'autrui, et toutes les institutions qui en découlent s'en trouvent disqualifiées* »[42]. Barère reprendra, quelques années plus tard, le même discours, en s'écriant : « *Plus d'aumône, plus d'hôpitaux,* (...) *la vie sacerdotale créa l'aumône, le prêtre se fit dispensateur de la charité publique pour être le maître et pour être avare* (...) *Des administrateurs dans les délices, et des pauvres entassés dans le même lit* »[43]. Mais, si la charité est ainsi accusée d'entretenir une véritable supercherie, elle entraîne également un crime plus grave encore aux yeux des physiocrates, celui d'encourager le pauvre à l'oisiveté. Ce ne sont ici plus tant les effets pervers de la charité qui sont condamnés, que son principe même : l'aumône faite aux pauvres est perçue comme encourageant et favorisant la paresse, mère de tous les vices pour ces auteurs qui glorifient le travail. Ainsi, Turgot, toujours, qui dans un autre article de l'Encyclopédie (V° *Travail*) s'exclame : « *examinez les scélérats que la justice est obligée de condamner à mort. Ce ne sont pas ordinairement des artisans et des laboureurs* (...)*, ce sont des oisifs* ». Un autre auteur, dans un *Essai sur la mendicité* peut affirmer dans le même sens que « *l'oisiveté et la fainéantise, surtout chez les gens sans éducation, sont toujours accompagnés des excès de la débauche* »[44].

Cette morale du travail, que les physiocrates exaltent, leur permet non seulement de récuser la charité ecclésiale mais également de développer une image positive de la pauvreté. Soucieux d'élaborer une théorie économique de l'enrichissement, ils soulignent la nécessité de maintenir une population à un certain degré de pauvreté, afin de préserver le besoin de travailler. Ces idées se retrouvent sous la plume de divers auteurs. Ainsi, dans sa *Fable des abeilles*, Mandeville affirme que « *pour rendre la société heureuse, et pour que les particuliers soient à leur aise* (...)*, il faut qu'un grand nombre soit ignorant aussi bien que pauvre* »[45]. Voltaire ajoute que « *le manœuvre, l'ouvrier doit être réduit au nécessaire pour travailler : telle est la nature de l'homme. Il faut que ce grand nombre d'hommes soit pauvre, mais il ne faut pas qu'il soit misérable* »[46]. Eminemment révélatrices d'un courant de pensée largement répandu au XVIIIe siècle, ces deux citations portent également en elles l'expression de deux thèmes justifiant le rejet de

---

[42] Ph. SASSIER, précit., p. 180.
[43] BARERE, *Premier rapport fait au nom du Comité de Salut Public sur le moyen d'extirper la mendicité dans les campagnes et sur les secours que doit accorder la République aux citoyens indigents*, Archives Parlementaires, 1ère série (ci après *AP*), T.°90, séance du 22 floréal an II, 11 mai 1794, p. 253.
[44] LAMBIN DE SAINT FELIX, *Essai sur la mendicité*, Amsterdam, Rey, 1779, p. 20, cité par Ph. SASSIER, précit., p. 139.
[45] B. de MANDEVILLE, *La fable des abeilles*, Londres, 1740, T. 2, p. 82, cité par Ph. SASSIER, précit., p. 164.
[46] VOLTAIRE, *Le siècle de Louis XIV, Oeuvres historiques*, NRF, La Pléiade, 1957, p. 996.

l'ancienne politique royale d'assistance aux pauvres : la recherche du bonheur et le souci d'endiguer une trop grande indigence, contraire à la stabilité sociale.

b- La condamnation de la répression

36. Dans cette idée, ce sont aussi les fondements répressifs de la politique royale de secours aux pauvres qui sont critiqués. Les mesures tendant à l'enfermement dans les hôpitaux et les dépôts sont perçues comme des "lois de sang", contraires à l'esprit de philanthropie qui domine le siècle. Or, le philanthrope, littéralement celui qui aime l'Homme, est celui qui entend lutter contre la déshumanisation née de la misère. Non pas la pauvreté acceptable, voire souhaitable pour le développement économique général, mais bien la misère, cause de déchéance et dégradation, celle qui « *abat* » et « *avilit* » selon Turgot[47], celle qui menace à la fois la dignité de l'homme, dans l'acception chrétienne que Bossuet lui conférait, mais aussi la stabilité sociale. L'époque est empreinte des idées de Spinoza, dont la philosophie, bien que non politique, débouche sur une certaine conception du droit et du rôle de l'Etat : en effet, pour l'auteur de *l'Ethique*, « *le but final de l'instauration d'un régime politique n'est pas la domination, ni la répression des hommes, ni leur soumission au joug d'un autre. Ce à quoi l'on a visé par un tel système, c'est à libérer l'individu de la crainte, de façon que chacun vive autant que possible en sécurité.* (...) *Ce que l'on a voulu leur donner, c'est bien plutôt la pleine latitude de s'acquitter dans une sécurité parfaite des fonctions de leur corps et de leur esprit* »[48]. Or, pour ce précurseur de Rousseau, cette sécurité, notamment matérielle, doit être assurée par l'Etat, non seulement parce que le bonheur des individus est un but en soi du pacte social, mais aussi parce qu'elle facilite la tâche première de l'Etat, celle de maintenir la paix entre les hommes, d'instaurer une certaine harmonie sociale et d'éviter les troubles politiques nés de la misère et de l'insécurité. But qu'une politique seulement répressive est en tout état de cause incapable d'atteindre.

Cette misère attentatoire au bonheur des individus et à l'harmonie sociale est au centre de très nombreuses analyses, portant plus particulièrement sur les causes de celle-ci. Au premier rang des raisons avancées se trouvent pointées l'inégalité des conditions et la responsabilité des nantis. Ainsi, Montesquieu affirme-t-il que « *les richesses particulières n'ont augmenté que parce qu'elles ont ôté à une partie des citoyens le nécessaire physique : il faut donc qu'il leur soit rendu* »[49]. De même, l'abbé de Montlinot énonce que « *l'extrême richesse dans une classe entraîne nécessairement une extrême misère dans une autre* »[50]. De telles affirmations portent en elles la Révolution et ne sont pas sans annoncer les écrits de Babeuf, Marat et Hebert. En effet, c'est la société entière qui est perçue comme inégalitaire. Rousseau le remarque : « *tous les avantages de la société ne sont-ils pas pour les puissants et les riches ? Tous les emplois lucratifs ne sont-ils pas remplis par eux seuls ? Toutes les grâces, toutes les exemptions ne leur sont-elles pas réservées? Et*

---

[47] TURGOT, V° *Misère*, Encyclopédie.
[48] SPINOZA, *Traité théologico-politique*, chap. XX.
[49] MONTESQUIEU, *De l'esprit des Lois*, VII, 4.
[50] Abbé Ch. de MONTLINOT, *Quels sont les moyens de détruire la mendicité, de rendre les pauvres utiles et de les secourir dans la ville de Soissons*, 1779, cité par Ph. SASSIER, précit., p. 147.

l'autorité publique n'est-elle pas toute entière en leur faveur? »[51]. Cette dernière interrogation, cruciale, est essentielle. Elle stigmatise non seulement les carences de l'Etat à améliorer la condition des pauvres mais, pis encore, pointe du doigt sa partialité. L'Etat apparaît comme étant en faveur du riche[52] et sa politique transforme l'indigent en un être « *malheureux*, (...), *voué à la mort*, (...) *sacrifié à la loi qui semble n'être inflexible que pour lui* »[53]. Le caractère répressif de la politique de secours, longtemps considéré comme nécessaire au maintien de la stabilité sociale, est rejeté et la politique d'enfermement vivement condamnée.

La critique des institutions royales de secours aux pauvres est donc virulente. Rejetant à la fois charité et répression, les révolutionnaires proposent en réaction une nouvelle organisation de l'assistance, fondée sur quelques grands principes novateurs.

B- Les principes révolutionnaires d'assistance aux pauvres

37. Les principes révolutionnaires d'assistance aux pauvres ressortent très clairement des travaux des différents comités révolutionnaires créés au sein de l'Assemblée : Comité de Mendicité, tout d'abord, instauré par la Constituante le 30 janvier 1790 et confié à la présidence du Duc de La Rochefoucauld-Liancourt, lequel présentera entre 1790 et 1791 une série de rapports très éclairants sur les projets de réforme de l'assistance ; Comité de Secours public sous la Législative ; Comité de Salut Public, sous l'impulsion de Barère lors de la Convention. La tâche qui leur est assignée, dépassant le strict cadre de la lutte contre la mendicité, est de fixer le cadre général dans lequel doit s'inscrire la politique révolutionnaire d'assistance aux pauvres. Leurs travaux s'inspirent d'une démarche scientifique et rationnelle (1), leur permettant d'inscrire l'assistance au cœur du contrat social (2).

1- L'esprit scientifique et rationnel

38. Un esprit scientifique et rationnel, tout d'abord, anime les révolutionnaires. A l'empirisme de la charité, pratiquée de façon désordonnée et fragmentaire sous l'Ancien Régime, ceux-ci entendent substituer une démarche scientifique. Le Comité fixe l'étendue et les limites de ce qu'il considère comme un droit à l'assistance[54], affirme la responsabilité de la société et l'obligation corrélative de l'Etat de secourir les indigents. Ces principes une fois établis, le Comité dénombre et classifie de façon très cartésienne les individus potentiellement admis à en bénéficier.

Or, sur ce point, le premier soin du Comité est de rappeler une distinction au fondement de la politique de secours ecclésiale et de la reprendre à son compte en changeant sa justification. En effet, le Comité distingue les "véritables" des "mauvais" pauvres. Il est, écrit-il, de « *l'effet des lois sages* (...) *de distinguer par le traitement le vrai du faux, en secourant la pauvreté honnête et malheureuse, et*

---

[51] ROUSSEAU, « Discours sur l'Economie politique », *Oeuvres Complètes*, Gallimard, 1959, T. III, p. 271.
[52] V. en ce sens Ph. SASSIER, précit., p. 149.
[53] MONTLINOT, précit., p. 52.
[54] Sur ce point spécifique, V., *infra*, 2e partie, titre 1, chapitre 1, § 185.

réprimant le vice »[55] . La justification n'est plus ni théologique ni morale, mais tout entière fondée sur la sagesse et la raison : « *accorder des secours au-delà des vrais besoins, c'est, ou charger la société d'une contribution excessive, ou ne soulager qu'imparfaitement l'indigence sans ressources* »[56]. Empreint de l'esprit des Lumières, le Comité entend désormais fonder sur la raison la distinction religieuse traditionnelle commandant une sélectivité dans les secours. Les vrais pauvres, ceux qui peuvent bénéficier des secours, sont ceux qui « *manquant absolument de ressources personnelles, ne pouvant pas s'en procurer suffisamment par le travail, réclam*(e)*nt avec nécessité l'assistance publique dans les temps de maladie, de vieillesse, d'infirmités et dans les cas de calamités publiques* ». Ce que la société doit, c'est « *du travail en abondance à tous ceux qui peuvent travailler* », aux autres qui ne le peuvent elle doit des secours gratuits[57]. Sur la base de cette affirmation, le Comité opère des distinctions supplémentaires, pour affiner et rationaliser davantage la distribution des secours, en prévoyant précisément les modalités d'assistance aux enfants, aux malades, infirmes et vieillards. Aux autres, les valides rejetant le travail, est en contrepoint refusée toute aide. La justification est évidente : aux yeux de Liancourt, fidèle en cela aux théories physiocrates, « *si une charité indiscrète accorde avec insouciance un salaire sans travail, elle donne une prime à l'oisiveté, anéantit l'émulation et appauvrit l'Etat* »[58]. L'argument suprême est tout entier contenu dans cette affirmation : l'assistance doit éviter deux écueils, « *et ils se touchent de bien près* », remarque Liancourt : « *insuffisance de secours, c'est cruauté, manquement essentiel aux devoirs les plus sacrés; assistance superflue, c'est destruction des mœurs, de l'amour du travail, c'est désordre* »[59].

"Désordre": le mot est lâché : cette bienfaisance que l'humanité exige, l'intérêt et l'ordre publics aussi la commandent. La misère est l'ennemie des gouvernements qui ne peuvent durer que dans la tranquillité et le bonheur perçus comme universels. S'ils sont assurés de la protection de l'Etat, les pauvres seront plus fidèles aux institutions établies, dont ils profiteront et qui allégeront leurs maux[60]. Cependant, le bon ordre veut que cette assistance ne soit pas inconsidérée mais obéisse à des principes rationnels, au premier rang desquels l'idée que « *l'homme secouru par la Nation et qui est à sa charge doit cependant se trouver dans une condition moins bonne que s'il n'avait pas besoin de secours, et qu'il put exister par ses propres ressources* »[61]. Ce principe est ressenti comme éminemment nécessaire et tout à la fois « *moral, politique et humain, et même* », entendre "surtout", « *bienfaisant pour la société, puisqu'il tend à lui donner de l'énergie, à lui créer des vertus* »[62].

---

[55] Plan de Travail, p. 316. Les travaux du Comité ont été regroupés et publiés par C. BLOCH et A. TUETEY, *Procès verbaux et rapports du Comité de Mendicité de la Constituante*, Imprimerie Nationale, 1911. Les références citées renvoient à cette édition.
[56] Id., p. 316.
[57] Plan de travail, p. 317.
[58] Premier rapport, p. 328.
[59] Premier rapport, p. 330.
[60] Plan de Travail, p. 314.
[61] Premier rapport, p. 330.
[62] Id., p. 316.

Ainsi, en 1790, toute la doctrine révolutionnaire de l'assistance est posée. Procédant d'un esprit rationnel et d'une démarche scientifique, les députés membres du Comité de Mendicité proposent l'organisation d'une politique de secours fondée sur une bienfaisance éclairée, tendant à assurer un ordre institutionnel stable et à susciter un « *esprit public* »[63], au fondement duquel se trouve le principe révolutionnaire de fraternité[64]. En somme, l'assistance s'ancre dans la conception du contrat social.

2- L'assistance aux pauvres dans la théorie du contrat social

39. Tout l'effort des révolutionnaires consiste à fonder en droit une obligation d'assistance aux indigents en la rattachant à la théorie du contrat social. Cette juridicisation des principes d'assistance procède de la reconnaissance d'une dette de la société (a) et entraîne une redéfinition du rôle de l'Etat (b).

a- L'affirmation d'une responsabilité sociale

Une réelle unanimité s'établit chez les auteurs du XVIIIe siècle pour reconnaître une responsabilité de la société à l'égard des pauvres et pour consacrer une obligation d'assistance, présentée comme une « *dette sacrée* »[65]. Pour tous, la pauvreté est une question sociale en ce qu'elle s'inscrit au cœur du contrat social, en apparaissant à la fois comme sa cause, son objet et sa raison[66]. La pauvreté est ainsi souvent présentée comme une situation de fait à l'origine du pacte social, l'association politique ayant pour motivation de permettre à chacun de bénéficier d'entraide. Le souci de sécurité matérielle est placé de la sorte au fondement du pacte social. De ce postulat, de nombreux auteurs infèrent une obligation d'aide et d'assistance pesant sur la société à l'égard de ses membres nécessiteux[67]. Cette idée, même si elle n'est pas unanimement partagée, a très nettement inspiré les législateurs révolutionnaires[68]. D'autres auteurs voient dans le besoin d'entraide non

---

[63] Plan de Travail, p. 314

[64] V., pour une analyse du rôle essentiel du principe de fraternité dans l'assistance révolutionnaire, M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, LGDJ, 1993, pp. 17-210.

[65] Article 21 de la Déclaration des droits de 1793.

[66] V. en ce sens F. EWALD, *L'Etat Providence*, Grasset, 1986, p. 74.

[67] L'idée est particulièrement développée par Dufourny de Villiers : « *le but principal, la condition nécessaire de la société a été la protection, la conservation des faibles et des indigents* (...)*, c'est pour le faible, le pauvre et l'infirme que la Société s'est créée* ». Le député en déduit la nécessité « *de donner pour base inamovible du bonheur général des lois conformes au but de la société* », à savoir « *la protection, la conservation des faibles de la dernière classe* » (DUFOURNY DE VILLIERS, *Cahiers du quatrième ordre*, 1789, rééd. 1967, EDHIS, p. 11 et 18).

[68] Ainsi, le député MAIGNET y fait écho, lorsqu'il affirme que « *tant que l'homme resta dans l'état primitif, lui seul dut pourvoir à ses besoins. L'homme livré à lui-même dut sentir son impuissance à satisfaire aux besoins dont il était entouré.* (...) *Il dut à chaque instant éprouver une résistance plus ou moins invincible, mais toujours suffisante pour lui faire sentir la nécessité de se rapprocher de son semblable, s'il voulait s'assurer une jouissance complète et encore plus se mettre à l'abri du besoin; il dut se former dès lors un pacte pour se garantir réciproquement la subsistance, de là la naissance des sociétés* ». Convaincu par cette affirmation, le rapporteur voit comme une « *loi fondamentale de la société celle qui l'avait provoquée, l'obligation de secourir l'indigence* » (*Projet de décret sur l'organisation des secours à accorder annuellement aux enfants et aux vieillards*, *A.P.*, séance du 26 juin 1793, T. 67, p. 477). De même, Saint-Just reprend le même thème lorsque, un an plus tard, il s'exclame : « *les malheureux sont les puissances de la terre; ils ont le droit de parler en maîtres aux gouvernements qui les négligent* » (séance du 8 ventôse an II, 26 février 1794, *A.P.*, T. 35, p. 519).

un fondement du pacte social mais une conséquence de l'organisation sociale. Pour ceux-ci, l'assistance constitue une obligation de la société envers ses membres nécessiteux en raison de l'origine sociale de la misère. L'affirmation, tout entière contenue dans le mot célèbre de La Rochefoucauld-Liancourt -« *ici se présente ce grand principe longtemps méconnu dans nos institutions sociales : la misère des peuples est un tort des gouvernants* »[69]-, fait écho à la dénonciation de Diderot - « *lorsque le peuple meurt de faim, ce n'est jamais la faute de la Providence, c'est toujours celle de l'Administration* »[70]- et annonce la condamnation de Barère : « *la mendicité est une dénonciation vivante contre le gouvernement, c'est une accusation ambulante* »[71]. La misère naissant d'une mauvaise organisation de la société, cette dernière devient débitrice d'une obligation d'assistance envers ceux qu'elle met à terre. Ceci est d'autant plus admis que l'assistance se présente souvent comme le « *salaire de la patience du pauvre* »[72] : la garantie de secours à l'affamé constitue dans cette voie le meilleur moyen de protéger la propriété du riche contre les tentations nées de la misère[73]. Ainsi, l'obligation d'assistance apparaît bien, chez les révolutionnaires, comme une conséquence incontournable du pacte social, qui ne saurait, soit créer des situations de misère sans en assumer réparation, soit imposer la protection de la propriété du riche sans assurer au minimum l'existence du pauvre.

L'argument est ici essentiel : la misère est un grave facteur d'insécurité, non seulement pour l'individu qui en souffre mais aussi pour la société tout entière qu'elle menace. Ce constat fait la désolation d'un Mirabeau : « *le peuple est prêt à vendre la Constitution pour un morceau de pain* »[74] et provoque l'exclamation du Comité de Mendicité : « *de la misère au désespoir, il n'est qu'un pas, comme de la misère au crime* »[75], lequel souligne : « *il est de l'intérêt public de prévenir les désordres et les malheurs où seraient conduits un grand nombre d'hommes sans ressources qui, maudissant les lois dont ils n'auraient jamais senti les bienfaits, pourraient par l'excès de leur misère être entraînés d'un moment à l'autre à servir les entreprises des ennemis de l'ordre public : toutes ces considérations politiques se réunissent donc aux cris impérieux de l'humanité pour qu'un gouvernement sage compte au rang de ses premiers devoirs le soulagement de la pauvreté* »[76]. L'assistance, par le soulagement qu'elle apporte, apparaît bien chez les révolutionnaires comme une condition nécessaire non seulement à l'institution du pacte social mais à sa survie même. L'argument politique implique inévitablement une redéfinition du rôle de l'Etat.

---

[69] Premier rapport, précité, p. 328.
[70] DIDEROT, Encyclopédie, V° *Faim*.
[71] BARERE, rapport précité, p. 246.
[72] Ph. SASSIER, précit., p. 187.
[73] V. en ce sens les propos du député OUDOT : « *il faut que le pauvre apprenne ce qu'il gagne dans le nouveau cabinet social en respectant la propriété d'autrui* », à savoir « *le droit de réclamer des secours de la société* » si son « *travail est insuffisant pour subvenir à sa subsistance* », *A.P.*, séance du 22 avril 1793, T. 63, p. 110.
[74] MIRABEAU, 13 juin 1789, cité par M. LEROY, *Histoire des idées sociales de Montesquieu à Robespierre*, Gallimard, 1946, p. 185.
[75] Plan de travail, précit., p. 317.
[76] Quatrième rapport, précit., p. 385.

b- La redéfinition du rôle de l'Etat

40. Puisque l'assistance est une dette de la société, c'est à l'Etat d'y pourvoir. Le Comité de Mendicité rejette toute forme d'assistance à caractère local ou municipal[77], accusée d'être inefficace, corrompue et injuste, alors qu'un système d'assistance nationale et étatique est paré de nombreuses vertus : « *l'assistance des classes infortunées est une charge de l'Etat, comme le paiement des fonctionnaires publics, comme les frais de culte, comme toute autre charge nationale. Le citoyen, en acquittant ses impositions, ne distingue pas plus la partie qui va soulager la pauvreté que celle qui doit entretenir les routes ou payer l'armée, et le malheureux, mis sous la providence unique de l'Etat, échappe aux reproches, aux regrets de celui qui est expressément imposé pour le secourir* »[78]. Cette redéfinition du rôle de l'Etat marque, selon M. Leroy, la naissance de l'idée contemporaine de service public. L'Etat est appelé à « *se substituer aux défaillances de l'empirisme social* » et la loi « *est considérée comme ayant pour mission de créer un ordre nouveau* »[79]. Certes, l'idée n'est pas entièrement nouvelle. Elle a pu être rattachée à la conception paternaliste de la royauté, voyant dans la personne royale, non seulement un prince charitable mais aussi un père tenu de secourir ses enfants démunis[80]. L'idée se trouve sous la plume de Montesquieu, lequel écrit : « *l'Etat doit à tous les citoyens une subsistance assurée, la nourriture, un vêtement convenable et un genre de vie qui ne soit pas contraire à la santé* »[81]. Elle est reprise, dans un contexte laïc et démocratique, par Sieyès, qui affirme que « *la loi doit être une institution protectrice* » ou encore Mounier, lequel énonce que les lois « *offrent un secours constant à la faiblesse* »[82]. L'obligation paternelle pesant sur le roi devient une charge maternelle, incombant à la patrie et donc à sa traduction juridique : l'Etat.

La conséquence de cette prise en charge par l'Etat de l'assistance appelle logiquement, chez les révolutionnaires, une nationalisation du patrimoine hospitalier. L'assistance devient donc un service public, au sens contemporain du terme, puisqu'elle associe intérêt général, charge et dépense publiques, participation étatique. Au total, la Révolution a constitué un formidable laboratoire d'idées, où toutes les bases doctrinales de l'assistance moderne ont été posées. L'étonnante modernité et complétude des principes posés explique certainement leur faible traduction juridique et institutionnelle.

II- Les réalisations révolutionnaires

Les mesures juridiques prises par les assemblées révolutionnaires s'avèrent paradoxales. Les questions d'assistance étant un enjeu politique et doctrinal, la nécessité d'instaurer un nouveau système de secours apparaît urgente et fondamentale aux yeux des représentants de la Nation. Pourtant, malgré son

---

[77] Affirmation qui n'est nullement contradictoire avec le principe du domicile de secours. L'assistance est nationale et étatique, mais ne bénéficie qu'à l'indigent "territorialisé", c'est à dire inséré dans un tissu social.
[78] Comité de Mendicité, Septième rapport, précit, p. 545.
[79] M. LEROY, précit., T. 1, pp. 321 et 322.
[80] En ce sens, Ph. SASSIER, précit., pp. 191 et s.
[81] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XXIII, 29.
[82] Cité par J. BELIN, *L'idée d'utilité sociale*, 1939, T. 2, pp. 2 et 14.

caractère crucial et consensuel, l'assistance ne fera l'objet, sous la Révolution, que de « *promesses* » ou de « *proclamations* »[83], sans être réellement assurée. En effet, au silence de Constituante et la Législative (A) succède une certaine emphase de la Convention (B), sans que les principes proclamés ne soient rendus effectifs.

A- La discrétion des assemblées Constituante et Législative

41. L'écroulement de l'ancien système d'assistance laisse un vide qui n'est comblé ni par la Constituante, ni par la Législative. La Déclaration de 1789 est muette sur la question des secours. Certes, la Constituante vote, dans le titre 1er de la Constitution du 3 septembre 1791, le principe de la création future d'un établissement général de secours publics[84], mais sans qu'aucune suite concrète ne lui soit donnée. Face à la complexité que revêt l'examen d'un texte général sur l'assistance[85], les membres de la Constituante se contentent de mesures ponctuelles affirmant la nécessité pour les pouvoirs publics de veiller à la subsistance des pauvres[86], assurant des secours particuliers à certaines catégories d'indigents[87], accordant certains crédits à des institutions sociales[88] et, pour le reste, devant l'immensité des travaux à accomplir, renvoient à la législature suivante le soin de régler la question de l'assistance sur la base des principes établis[89]. Au total, l'œuvre constitutionnelle et législative réalisée par la Constituante est décevante au regard de la richesse des principes avancés par le Comité de Mendicité, puisque aucun texte général ne les consacre ou ne fixe des crédits définitifs et permanents aux indigents.

Or, le même bilan peut être tiré de l'activité de l'Assemblée Législative. Le Comité de Secours publics[90] présente, le 13 juin 1792, un rapport rappelant que la Nation a l'obligation juridique d'assurer à l'indigent « *une assistance toujours certaine, calculée sur ses besoins, dans tous les âges de la vie* », cette assistance correspondant à une « *charge nationale* »[91]. Pourtant, les mesures juridiques prises par la Législative restent en retrait sensible, non seulement au regard de l'obligation

---

[83] M. BORGETTO, précit., p. 144.

[84] « *Il sera créé un établissement général de secours publics, pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes et fournir du travail aux pauvres valides qui n'auraient pas pu s'en procurer* ».

[85] V. en ce sens M. BORGETTO, *La notion...*, précit., p. 161.

[86] Décret du 11 août relatif à la suppression des droits féodaux, *Duvergier*, T. 1, p. 43 ; décret du 2 novembre 1789 relatif à la nationalisation des biens ecclésiastiques, *Duvergier*, T. 1, p. 66 ; décret du 7 avril 1790 sur l'émission des assignats monnaie, prévoyant que « *les pauvres sont à la charge de la nation* », cité par M. BORGETTO, *La notion...*, précit., p. 161, note 6.

[87] Décret du 3 août 1790, *Duvergier*, T. 1, pp. 310 et s., accordant une somme forfaitaire et plafonnée aux militaires infirmes et sans ressources ou à la famille démunie d'un soldat blessé.

[88] Décret des 16-19 décembre 1790 prévoyant un budget pour les indigents du royaume et l'ouverture d'ateliers de charité (*Duvergier*, T. 2, pp. 117-118) ; décret des 29 mars-3 avril 1791 réservant un budget pour l'entretien des enfants trouvés, des dépôts de mendicité et hôpitaux (*Duvergier*, T. 2, p. 337) ; décrets des 8-25 juillet et 4-12 septembre 1791 réservant des secours provisoires aux hôpitaux (*Duvergier*, T. 3, pp. 113-114 et 295).

[89] Pour une analyse de ces textes : M. BOUCHET, *L'assistance publique en France pendant la Révolution*, Thèse Droit Paris 1908, pp. 202 à 278.

[90] Crée le 14 octobre 1791 pour succéder au Comité de mendicité, et au sein duquel le député BERNARD est chargé des questions d'assistance.

[91] BERNARD, *Rapport et projet de décret sur l'organisation générale des secours publics et sur la destruction de la mendicité*, *A.P.*, séance du 13 juin 1792, T. 45, p. 158.

résultant de la Constitution, mais aussi par rapport aux principes du rapport Bernard. En effet, les textes adoptés sont de portée très ponctuelle[92], largement insuffisante, et ne constituent en rien le texte général annoncé et attendu. En dépit de l'aggravation de la situation financière des hôpitaux et de la réelle misère urbaine et rurale, la Législative, préoccupée par d'autres tâches urgentes, se contente d'accorder des secours au coup par coup, par la voie de quelques 56 décrets particuliers[93]. Il faudra attendre la réunion de la Convention pour que des mesures de plus d'ampleur soient décidées, sans pour autant devenir effectives.

B- L'emphase de la Convention

42. La période conventionnelle marque une évolution certaine. Pas réellement pour les principes qui la sous-tendent : ceux avancés par les conventionnels sont de facture assez classique et s'inscrivent dans la lignée des travaux de La Rochefoucauld-Liancourt. Ainsi, les différents projets de Déclaration et de Constitution élaborés en 1793 témoignent d'un consensus doctrinal[94], en ce que quasiment tous reconnaissent l'existence d'une dette sacrée ou d'une stricte obligation juridique de la Nation à l'égard des indigents. Ce consensus explique la facilité avec laquelle la Convention vote la disposition qui allait devenir le 21e article de la Déclaration montagnarde, lequel proclame que « *les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à tous ceux qui sont hors d'état de travailler* ».

La rupture opérée par la Convention réside plutôt dans l'existence même d'une législation des secours : cette consécration juridique est le fruit de la volonté des conventionnels d'anéantir définitivement l'ancien système d'assistance en donnant la primauté aux secours à domicile. En effet, les hôpitaux, vestiges de l'ancien Régime, sont accusés des pires maux[95]. La réforme est opérée par quatre lois cadres, votées entre 1793 et 1794, les deux premières sur l'initiative du Comité des secours publics, les secondes sous l'impulsion du Comité de Salut public[96], qui ne reçoivent toutefois qu'une application mitigée.

La première d'entre elles[97], adoptée sur le rapport de Bô, définit la nouvelle organisation des secours publics (travaux de secours pour les valides, secours à domicile pour les invalides) et crée une Caisse Nationale de Prévoyance. La seconde[98] la précise en énumérant les pensions à verser aux enfants ou vieillards et crée les officiers de Santé, médecins chargés de soigner gratuitement et à domicile

---

[92] V. par exemple le décret du 17 janvier 1792 accordant 4 millions de livres aux départements, hôpitaux et enfants trouvés, *A.P.*, T. 37, pp. 454-455.
[93] J. DUPAQUIER, « Révolution et protection sociale », *La famille, la loi, l'Etat*, CNRS, Imprimerie Nationale, 1989, p. 468.
[94] V. en ce sens M. BORGETTO, *La notion...*, pp. 170 et s., l'auteur procédant à une analyse détaillée du débat et des différents projets présentés.
[95] V. sur ce point le rapport Barère, précité, dénonçant le contraste entre leur humanité apparente et leur barbarie réelle.
[96] Pour une analyse détaillée du contenu de ces mesures : J. DUPAQUIER, « Révolution et protection sociale », précit., pp. 468 et s.
[97] Décret du 10-19 mars 1793, *Duvergier*, T. 5, p. 202.
[98] Décret du 18-28 juin 1793, *Duvergier*, T. 5, p. 204.

les pauvres du district. La troisième[99] vise plus expressément les indigents valides en organisant les travaux de secours et interdisant l'aumône et la mendicité. Cependant, les travaux des historiens montrent que ces mesures resteront en grande partie lettre morte jusqu'à leur abrogation en frimaire de l'an V[100]. D'une toute autre ampleur est la quatrième loi[101], votée sur le rapport de Barère, qui organise les secours dans les campagnes en créant un Grand Livre de Bienfaisance. Ce décret prévoit l'ouverture dans chaque département d'un recueil où seraient inscrits les vieillards et les infirmes des campagnes, les veuves et les mères chargées de famille. Le système de secours prévu est extrêmement méthodique et complet, comprenant prestations alimentaires et monétaires, secours médicaux à domicile et envisageant même un système de retraite pour les agriculteurs invalides. Le programme de Barère s'est toutefois révélé très insuffisant. Ne concernant que les campagnes[102], il plafonne le nombre de bénéficiaires de l'assistance à 400 cultivateurs par département. De plus, faute de ressources, il fait l'objet d'un financement dérisoire, les agences départementales recevant des sommes très inférieures à leurs besoins, versées, qui plus est, avec retard et en assignats dévalués...

L'application des mesures révolutionnaires d'assistance offre de la sorte un bilan mitigé. Les nombreux crédits votés par la Convention ne le sont qu'à titre ponctuel et provisoire et non sur le fondement de l'article 1er du décret des 10-19 mars 1793, lequel prévoyait l'attribution par chaque législature d'une somme annuelle aux départements. En réalité, les fonds de secours sont davantage attribués au regard de considérations politiques : pour éviter les révoltes, seule la ville de Paris fait l'objet d'un traitement avantageux, la Convention craignant les émeutes de la faim[103]…

43. La conclusion s'impose d'elle-même : à la fin de l'époque révolutionnaire, la situation matérielle des pauvres est loin de s'être améliorée et les historiens décrivent l'horreur de la misère régnant à cette époque[104]. Les raisons de l'échec révolutionnaire sont évidentes. Comme l'écrit A. Forrest, la Révolution a essayé, au moyen de mesures draconiennes, « *d'imposer une structure législative moderne et souvent compliquée, à une société où l'ignorance est largement répandue et le sentiment national encore en gestation. C'est un objectif inaccessible. En vérité, il est surprenant qu'une œuvre aussi importante ait été accomplie dans des conditions aussi difficiles* »[105]. Importante, l'œuvre l'est sans contestation possible. Tant sur le plan doctrinal que juridique, le bilan de la Révolution en matière d'assistance aux indigents est fondamental. Loin d'être des improvisations généreuses, les mesures adoptées traduisent un effort de rationalité et un souci d'effectivité. Même si les

---

[99] Décret du 24 vendémiaire an II (15 octobre 1793), *Duvergier*, T. 7, p. 370.
[100] A. FORREST, *La révolution française et les pauvres*, Perrin, 1986, pp. 124 et s.
[101] Décret du 22 floréal an II (11 mai 1794), *Duvergier*, T. 7, p. 165.
[102] G. THUILLIER fait état d'une ébauche de projet d'assistance aux urbains, envisageant la possibilité d'organiser des secours à domicile pour les titulaires d'un certificat d'indigence, sur lequel Barère avait commencé à travailler (« Les secours publics dans les villes en l'an II : le projet du 2e rapport Barère », *Mélanges Imbert*, *Histoire du droit social*, PUF, 1989, pp. 529-536).
[103] J. IMBERT, « Les pauvres sous la Révolution : projets et réalités », *Démocratie et pauvreté : du Quatrième Ordre au Quart Monde*, Albin Michel, 1991, p. 172.
[104] L. LALLEMAND, *La Révolution et les pauvres*, Picard, 1896, pp. 69-70.
[105] A. FORREST, précit., p. 233.

résultats concrets ne furent pas à la hauteur des grandes espérances que l'époque suscitait, et quand bien même s'ouvre, à la fin de la Révolution, une période de réaction, les principes intellectuels et juridiques affirmés s'avèrent d'une portée fondamentale et connaîtront un renouveau au XIXe siècle. En effet, comme l'écrit F. Furet, la Révolution a « *fondé la civilisation politique à l'intérieur de laquelle la France contemporaine est intelligible, elle a aussi laissé à cette France* (...) *un stock de débats politiques d'une plasticité presque infinie* »[106]. Au nombre de ceux-ci se trouvent les question d'assistance, qui hanteront les débats parlementaires quarante-huitards sous la forme de la "question sociale" telle qu'elle a été cristallisée lors de la Révolution. Aussi faut-il infirmer l'exclamation du député Lebon sous la Convention : « *si, la Révolution finie, nous avons encore des malheureux parmi nous, nos travaux révolutionnaires auront été vains* »[107].

SECTION 2
DE LA MORALE AU DROIT SOCIAL

L'assistance au XIXe siècle se présente avant tout comme une réponse morale à une question sociale métamorphosée par les transformations des rapports de production (*§ 1*). La morale bienfaisante et tutélaire constitue la voie libérale initiée à cette époque pour surmonter la menace que le paupérisme fait peser sur la cohésion de la société libérale. Devant son insuffisance, la IIIème République lie sa cohésion au principe de solidarité, jetant ainsi les bases du droit social moderne (*§ 2*).

§ 1- L'assistance au XIXe siècle, une réponse morale à la question sociale

La Révolution finie, s'ouvre une période réactionnaire liant intrinsèquement lutte contre le paupérisme et instauration d'un ordre politique stable (I) que la force de la question sociale (II) menace d'autant plus.

I- La période réactionnaire, de l'an III à 1848

Si la période qui s'étend de la chute de Robespierre à 1848 offre une grande diversité d'expériences politiques et constitutionnelles, il n'en va pas de même sur le plan social, où l'homogénéité de la politique assistancielle est remarquable. Tant le Directoire, le Consulat et l'Empire que la Restauration et la Monarchie de juillet organisent un système d'assistance aux indigents d'inspiration nettement réactionnaire, justifié, pour les premiers, par un souci d'ordre (A) et, pour les seconds, par des considérations morales (B).

---

[106] F. FURET, *Penser la Révolution française*, Gallimard, 1978, p. 20.
[107] Cité par J. IMBERT, « Les pauvres sous la Révolution : projets et réalités », précit., p. 172.

A- Le Directoire et l'époque napoléonienne : le souci d'ordre

44. Ce sont des considérations de maintien de l'ordre qui amènent le Directoire (1) et Napoléon (2) à revenir sur les "excès" révolutionnaires dans l'organisation des secours aux indigents.

1- Le Directoire, ou l'actualisation des notions d'Ancien Régime

45. Aux yeux des historiens, le Directoire peut se présenter comme la seule solution offerte aux conventionnels pour « *consolider* (...) *une république conservatrice des principes de 1789* »[108]. Pourtant, en matière sociale, il apparaît plutôt comme une « *actualisation des notions de l'Ancien Régime* »[109], par les idées qui l'animent comme par les principes juridiques qu'il consacre. Symptomatique du contexte général de réaction contre les excès de la révolution, le rapport du député Delecloy développe les principes qu'il considère devoir inspirer une nouvelle législation d'assistance. Critiquant sévèrement la législation révolutionnaire, il affirme la nécessité de « *revenir à des principes qui rallient autour de l'organisation des secours publics* (...) *la bienfaisance individuelle* »[110]. Le recul sur l'esprit révolutionnaire est flagrant : rejetant l'idée d'une assistance assurée entièrement par l'Etat, Delecloy déclare : « *posons donc comme principe que le gouvernement ne peut pas seul se charger de l'entretien du pauvre ; mais, en le mettant sous la sauvegarde de la commisération générale et de la tutelle des gens aisés, il doit donner l'exemple d'une bienfaisance limitée comme ses moyens* »[111]. "Bienfaisance" et "tutelle": les bases conceptuelles de l'assistance, durant une période qui s'étendra jusqu'à la IIIème République, sont ainsi jetées : l'assistance procède à la fois de la morale et de l'ordre, tel sera le credo durable des libéraux.

Dans ce contexte de réaction, les mesures juridiques prises par le Directoire traduisent, logiquement, un rejet des avancées révolutionnaires. Le souci d'ordre et de lutte contre la sédition des Thermidoriens se manifeste tout particulièrement dans le net refus de consacrer une obligation constitutionnelle d'assistance aux pauvres : « *ce serait vouloir rallumer les torches de l'anarchie* », aux dires de Lanjuinais[112]. La seule référence constitutionnelle à une quelconque forme d'entraide relève de prescriptions morales et individuelles : « *Faites constamment aux autres le bien que vous voudriez en recevoir* » proclame l'article 2 de la Déclaration. Or, si certains auteurs ont pu voir dans cet énoncé la manifestation d'un devoir de fraternité[113], force est de constater qu'aucun article ultérieur de la Déclaration ou de la Constitution n'institutionnalise ce devoir, en s'attachant, par exemple, à prévoir la mise en place d'une organisation générale des secours publics ou à proclamer la responsabilité de l'Etat en matière d'assistance. Cet « *abandon de la grande idée révolutionnaire* » d'assistance nationale[114] se répercute sur la législation d'assistance

---

[108] G. ANTONETTI, *Histoire contemporaine politique et sociale*, PUF, 1989, p. 103.
[109] D. LENOIR, « L'exclusion face au droit », *in* S. PAUGAM (dir.), *L'exclusion l'Etat des savoirs*, La Découverte, 1996, pp. 78-87.
[110] DELECLOY, *Rapport sur la loi du 23 messidor*, 10 thermidor an III, et *Rapport sur l'organisation générale des secours publics*, séance du 12 vendémiaire an IV, cités par M. BORGETTO, précit., p. 200
[111] DELECLOY, second rapport, précit.
[112] LANJUINAIS, séance du 21 messidor, Mon. Univ. Réimp., p. 196.
[113] C.A. COLLIARD, *Libertés publiques*, Dalloz, 1982, p. 80.
[114] A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 1978, 3e éd., p. 441.

aux pauvres votée par le Directoire, laquelle traduit un certain retour à l'organisation charitable de l'ancien Régime : rejet de l'idée d'un service public centralisé, retour à une organisation communale des secours, assistance confiée à « *l'ordre universel* », aux « *grands ressorts de la morale universelle* »[115], c'est-à-dire en grande part à la charité privée[116], refus de toute obligation étatique d'assistance aux pauvres et rappel du principe d'intervention facultative des collectivités locales par le biais de bureaux de bienfaisance, le tout sans soutien financier de l'Etat. Ces mesures, bien que considérées alors comme provisoires, s'avéreront d'une importance considérable. Non seulement elles seront maintenues sous Napoléon, mais elles demeureront, *mutatis mutandis*, tout au long de l'histoire administrative[117].

2- Napoléon, ou le souci d'ordre

46. En matière d'assistance, l'œuvre napoléonienne apparaît « *à la fois conservatrice (de l'acquis du régime directorial), réactionnaire (au sens de retour au passé, celui de l'Ancien Régime) et en même temps imprégnée des principes, tendances et méthodes propres au régime napoléonien* »[118]. Cette complexité se traduit par un certain *statu quo* institutionnel et juridique, empreint d'un souci d'ordre nettement affirmé.

A tous égards, la période napoléonienne traduit la volonté de poursuivre l'assistance aux pauvres telle qu'elle avait été conçue par le Directoire. Outre le silence des textes constitutionnels sur la question des secours à apporter aux indigents, il faut souligner les faibles innovations introduites par la législation. Le principe du caractère communal des secours est conservé, leur caractère discrétionnaire rappelé[119], les fondations privées et confessionnelles encouragées. Derrière ce qui semble n'être qu'une pure continuation de la politique directoriale, apparaît toutefois la marque caractéristique du régime napoléonien : le souci d'ordre. En effet, les fondements de la politique assistancielle sont très nettement des considérations d'ordre public. « *L'assistance, au temps du Consulat et de l'Empire, prend un caractère nouveau : (...)c'est une forme d'organisation de l'ordre public : du point de vue de l'Etat, il faut aider les pauvres parce qu'ils peuvent être l'occasion d'un trouble de l'ordre public ; du point de vue bourgeois, c'est une assurance de stabilité économique* »[120]. F. Dreyfus en faisait déjà le constat au début de ce siècle, lorsqu'il soulignait le faible intérêt de Bonaparte pour la question de l'assistance, sauf « *dans la mesure où elle touchait à la police et la sécurité* »[121].

---

[115] DELECLOY, rapport précité.
[116] Pour un détail des mesures adoptées : M. ROCHAIX, précit., pp. 116 et s.
[117] On pense notamment aux bureaux communaux de bienfaisance, créés par la loi du 7 frimaire an V sur le modèle des anciens bureaux de charité paroissiaux, remplacés en 1953 seulement par les bureaux d'aide sociale, pour devenir, en 1987, les actuels CCAS.
[118] A. de LAUBADERE, précit., p. 442.
[119] Ainsi, une circulaire de nivôse an X rappelle que le bureau de bienfaisance, instauré par la loi du 7 frimaire an V dans chaque commune pour distribuer des secours à domicile à ceux qui se trouvaient dans un "état de pauvreté" n'est lié par aucune règle contraignante concernant la formation des rôles ou les conditions d'admission : doté d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, c'est lui « *qui seul se prononce sur le besoin et détermine le genre de secours qui convient à l'individu* » (citée par M. BORGETTO, précit., p. 224, note 6).
[120] J. ELLUL, *Histoire des Institutions*, PUF, T. 5, 1993, coll. Thémis, p. 203.
[121] F. DREYFUS, *L'assistance sous la Seconde République*, E. Cornely, 1907, p. 9.

C'est en matière d'assistance aux enfants abandonnés que l'on retrouve le plus clairement cette double justification. Le décret du 19 janvier 1811[122] instaure dans chaque arrondissement un hospice destiné à recevoir ces enfants. Les justifications d'une telle mesure sont alors clairement exprimées : outre la crainte qu'ils ne troublent l'ordre public[123], les enfants recueillis sont présentés par le Ministre de l'Intérieur Chaptal comme « *une main d'œuvre économique aux manufacturiers* », dont *« les ateliers réclament le secours* » et que « *le gouvernement doit* (...) *mettre à la disposition des compagnies qui pourront les employer utilement* »[124]. Le souci de maintien de l'ordre apparaît aussi très nettement dans la pénalisation de la mendicité et l'instauration de dépôt de mendicité. Certes, le retour de ces institutions d'Ancien Régime est justifié par la volonté d'offrir des « *établissements paternels où la bienfaisance tempérerait la contrainte par la douceur et maintiendrait le travail en réveillant le sentiment d'une honte salutaire* »[125], mais un tel discours masque difficilement le souci de surveiller une population considérée comme dangereuse[126]. De même, si les secours privés sont encouragés, une tutelle de l'Empereur pèse sur leur action et des fonctions de police et de surveillance des pauvres leur sont adjointes, double contrainte qui limite d'autant leur efficacité mais témoigne bien du caractère autoritaire de l'Etat napoléonien[127].

Il est vrai que ces préoccupations de maintien de l'ordre public ne sont pas nouvelles. Elles apparaissaient sous l'Ancien Régime et la Révolution et sont au fondement de toute politique d'assistance. La nouveauté remarquable de l'époque napoléonienne est de les laisser apparaître très explicitement, sans les masquer par d'autres considérations. Est-ce parce que « *l' Empire est une période d'action, non de doctrine* », comme l'affirme J. Touchard, et que « *les idées politiques de Napoléon sont éminemment pragmatiques* »[128] ? Cette construction idéologique, absente sous Napoléon, sera l'œuvre des économistes libéraux et des spécialistes de la question de l'assistance sous la Restauration monarchique.

B- La Restauration monarchique : le souci de morale

47. Malgré de sensibles divergences politiques entre les différentes monarchies, la politique sociale menée jusqu'à la IIème République présente de notables similitudes. Inspirée par l'analyse des économistes libéraux et des spécialistes de la bienfaisance, elle se caractérise par… son indigence ! Hormis quelques textes prolongeant et restreignant l'assistance aux enfants abandonnés instaurée par le Directoire et Napoléon[129] et une loi de 1838 relative à l'internement des aliénés[130],

---

[122] Reprenant celui du 25 vendémiaire an X, *Duvergier*, T. 13, p. 20.
[123] V. en ce sens, M. BORGETTO, précit., p. 226; J.-M. de GERANDO, *De la bienfaisance publique*, 1839, T. 1, pp. 54-55; T. II, pp. 225-226.
[124] Arrêté du ministre de l'Intérieur Chaptal du 8 pluviose an VIII, cité par WATTEVILLE, *La législation charitable*, 2e éd., 1847, T. 1, p. 72.
[125] Discours du ministre Cretet devant le Corps législatif sur le décret du 5 juillet 1908, cité par A. de LAUBADERE, précit., p. 443.
[126] Sur ce point, V. *infra*, 1ère partie, titre 2, chapitre 1, § 117 et s.
[127] J. ELLUL, précit., p. 204.
[128] J. TOUCHARD, *Histoire des idées politiques*, PUF, 1981, T. 2, pp. 470-471.
[129] Lois des 18 juillet 1837 et 10 mai 1838, qui furent nettement inspirées par des considérations de police et d'intérêt public (M. BORGETTO, précit., pp. 227-228).

aucun texte d'assistance aux indigents n'est adopté. Pourtant, cette époque est dominée, sur le plan social, par l'apparition d'un phénomène inédit : le paupérisme. Le terme, emprunté à l'anglais, se généralise à partir des années 1820, et tend à supplanter, dans l'analyse politique, celui de pauvreté[131], en témoignant d'une nouvelle approche de la misère, comprise désormais comme un phénomène de grande ampleur, lié au développement industriel de la société. La distinction opérée par A. de Villeneuve-Bargemont en atteste, en énonçant que la première est une situation personnelle « *isolée, circonscrite et passagère* », tandis que le paupérisme « *n'est plus un accident, mais la condition forcée d'une grande partie de la population* »[132]. Or, ce paupérisme est bien réel : « *on meurt de faim dans le Paris du XIXe siècle* » note L. Chevalier[133], et les rapports se succèdent pour dresser un constat froid et accablant de la condition ouvrière[134].

L'explication de ce silence textuel est à trouver dans la philosophie libérale qui domine le discours politique de l'époque, laquelle récuse tout système d'assistance légale et prône les mérites de la charité morale (1). Instaurant le principe d'une « *politique sociale sans Etat* »[135], les libéraux du début du XIXe siècle proposent un modèle d'ordre social cohérent, fondé sur l'idée de tutelle (2).

1- La bienfaisance, une charité morale

48. Se fondant sur une analyse particulière des origines de la pauvreté, les libéraux rejettent unanimement toute obligation légale d'assistance. Pour certains, la pauvreté des masses est une conséquence inévitable de l'organisation sociale. Ainsi, selon Malthus[136], la famine apparaît inéluctable, car elle est la conséquence logique et mathématique d'une loi naturelle voulant que l'augmentation des moyens de subsistance soit toujours inférieure à celle de la population. Pour d'autres, comme Naville, si des coups du sort peuvent occasionner la misère, celle-ci trouve son origine principale dans la faute du pauvre, et seule l'instauration d'un ordre réellement libéral peut réduire la pauvreté[137]. En effet, chez ces penseurs, le libéralisme intégral, en garantissant l'égalité devant la loi, est le seul système permettant de surmonter la misère. On connaît la phrase célèbre de Guizot : « *Enrichissez-vous* » ; le principe se retrouve sous la plume du grand spécialiste des questions de charité de l'époque, le baron de Gérando : « *la liberté politique bien entendue garantit la justice, encourage le travail, développe dans les âmes, avec le*

---

[130] Les considérations d'ordre public ayant présidé à son édiction sont relevées par PORTALIS : « *nous ne faisons pas une loi sur la guérison des personnes menacées ou atteintes d'aliénation mentale : nous faisons une loi d'administration de police et de sûreté* », discours à la Chambre des Pairs, *A.P.* 2e série, séance du 8 février 1838, T. 115, p. 299.

[131] Ph. SASSIER , précit., pp. 201 et s., spé. p. 202 ; l'auteur remarque, parallèlement, le recul du terme de "pauvre" en faveur de ceux d' "ouvrier", "prolétaire", "travailleur", "masses laborieuses", traduisant en cela l'inscription nouvelle de la misère dans des rapports de production.

[132] A. de VILLENEUVE-BARGEMONT, *Economie politique et chrétienne*, 1834, T.1, pp. 27-28.

[133] L. CHEVALIER, *Classes laborieuses, classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIXe siècle*, Plon, 1958, spéc. pp. 318-325.

[134] Par exemple, celui, fameux, de L. de VILLERME, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, J. Renouard, 1840, 2 vol.

[135] R. CASTEL, *Les métamorphoses…*, précit., pp. 217 et s.

[136] MALTHUS, *Essai sur le principe de population*, 1798.

[137] F. NAVILLE, *De la charité légale, de ses effets, de ses causes, et spécialement des maisons de travail, et de la proscription de la mendicité*, 2 T., Dufart, Paris, 1836, spéc. T. 1, p. 27.

sentiment de la dignité humaine, l'énergie qui lutte contre les obstacles, la fermeté qui supporte le malheur, le respect pour les droits de chacun, l'esprit de communauté et la bienveillance mutuelle. Il suffit donc aux institutions politiques d'être fidèles à leur propre mission, pour favoriser la destinée de la classe malaisée; elles ne la servent jamais mieux qu'en assurant le règne des lois, l'ordre général, la paix publique »[138].

Dans cette optique, tout système d'assistance organisée par les pouvoirs publics est honni. Outre le fait qu'elle « *ne respecte pas* (...) *les sentiments de la nature et la dignité de l'homme* »[139], l'assistance est paradoxalement présentée comme génératrice de misère. Ainsi, pour Duchatel, ministre sous Guizot et éminence grise de Charles X pour les questions sociales, « *garantir l'assistance, c'est encourager le vice, la dissipation, le désordre* » car « *l'action malfaisante de la charité légale répand partout la misère* »[140]. Tocqueville le confirme : « *toute mesure qui fonde la charité légale sur une base permanente et qui lui donne une forme administrative crée* (...) *une classe oisive et paresseuse, vivant aux dépens de la classe industrielle et travaillante* »[141], détruit le goût du travail et de l'effort, encourage l'immoralité, humilie le pauvre et s'avère destructrice du lien social. Naville abonde dans le sens de Duchatel : pour lui, la misère est préférable à toute charité légale, car celle-ci est assortie de contreparties, qui nuisent à la liberté de l'homme : « *la Providence a voulu que l'homme fût libre.* (...) *Au mépris de cette vérité, maintenant si généralement reconnue, si hautement proclamée, la charité légale, dans les pays même où l'on exalte le plus le droit à la liberté, fait des indigents autant d'esclaves qu'elle emprisonne dans les cachots philanthropiques* »[142]. Bref, dans ce refus de la charité légale réside le refus de l'assistance. Il ne saurait être question de transformer en obligation juridique ce qui relève du seul devoir moral. La charité est une vertu morale, et ne saurait être imposée par le droit.

49. Car, sur ce point, tous les auteurs de l'époque sont unanimes : la bienfaisance privée est nécessaire et les « *célestes origines de la charité* » sont exaltées[143]. En effet, contrairement à l'assistance légale, la charité privée « *ne saurait produire que des effets utiles. Sa faiblesse même garantit contre ses dangers ; elle soulage beaucoup de misères et n'en fait point naître* »[144]. Une circulaire de Rémusat[145] démontre l'adhésion du gouvernement à l'école économiste. L'assistance légale y est présentée comme dangereuse, car elle

---

[138] J.-M. GERANDO, *De la bienfaisance publique*, Renouard & Cie, 1839, T. 1, p. 353.
[139] F. NAVILLE, précit., T. 1, p. 100.
[140] Ch. DUCHATEL, *De la charité dans ses rapports avec l'état moral et le bien être des classes inférieures de la société*, éd. Mesnier, 1829, pp. 170 et 173. V. également, pour un tableau de la pensée libérale, F. SCHALLER, *De la charité privée aux droits économiques et sociaux des citoyens*, La Baconnière, Neuchatel, 1950.
[141] A. de TOCQUEVILLE, *Mémoire sur le paupérisme*, 1835, rééd. *Revue Commentaire*, n° 24, 1983, pp. 883-885.
[142] F. NAVILLE, précit., T. 2, p. 35.
[143] Ch. DUCHATEL, précit., p. 307, J.-M. GERANDO, précit., T. 1, p. 446, F. NAVILLE, précit., pp. 67 et s.
[144] A. de TOCQUEVILLE, précit., p. 888.
[145] F.-M. de REMUSAT, *Du paupérisme et de la charité légale; lettre adressée à tous les Préfets du Royaume*, Renouard & Cie, 1840, p. 25 et 57.

« *encourage et accroît le paupérisme au lieu de le diminuer et de le détruire* » et ne tarde pas à apparaître aux classes pauvres « *comme une espèce de prélèvement légitime, auquel elles ont droit sur la fortune sociale. Alors, plus de prévoyance ni d'économie, et bientôt aussi plus de travail* ». En revanche, l'avantage que présente la charité privée est certain : dans ce système d'entraide, « *le pauvre n'a jamais la pensée qu'il peut la réclamer comme un droit* ».

Cet éloge de la bienfaisance individuelle ne signifie pas pour autant, dans la pensée libérale, une abstention totale des pouvoirs publics ; Tocqueville le reconnaît : devant la montée du paupérisme, « *la charité individuelle paraît bien faible* ». « *Suffisante au Moyen Age* », elle est, dans une société industrielle, « *un agent puissant que la société ne doit point mépriser mais auquel il serait imprudent de se confier : elle est un des moyens et ne saurait être le seul* »[146]. Si une assistance publique peut être justifiée, c'est à la condition qu'elle repose sur les mêmes fondements moraux que la charité privée, qu'il s'agisse d'une « *obligation sacrée* »[147], d'un devoir moral de la société et non d'une rigoureuse obligation juridique pour la collectivité. L'assistance publique est « *une espérance légitime* », « *une recommandation puissante* »[148] purement morale que le droit ne saurait établir. D'où l'absence de devoir d'intervention des collectivités, et celle, corrélative, de droit pour les indigents à bénéficier de secours. Charité privée et bienfaisance publique relèvent donc de la même essence morale, et Marbeau, en les mettant sur le même plan, résume parfaitement la situation en matière d'assistance aux indigents : « *la charité française est purement volontaire et libérale ; donne qui veut. Elle se divise dans son action en deux parties. Charité administrative, charité privée* »[149]. L'assistance, publique ou privée, étant purement morale, elle est, dans son principe, facultative et, dans ses effets, d'application limitée : elle ne saurait être que locale et individualisée, selon les formes qui conviennent à chaque cas particulier, afin d'instaurer une relation individuelle entre l'indigent et son bienfaiteur.

50. De surcroît, la charité morale présente un avantage social incontestable : elle assure « *la concorde entre les riches et les pauvres* », une « *harmonie sentimentale entre les deux classes opposées* »[150]. Par le sentiment de reconnaissance qu'elle entraîne chez l'indigent, elle contribue à fonder un ordre social homogène, une cohésion[151]. « *Qu'est-ce que la charité?* », s'interroge Gérando, « *une relation de bienfaisance d'un côté, de reconnaissance de l'autre* », facteur éminent d'harmonie : charitable, « *le riche cesse de mépriser la pauvreté, et le pauvre apprend à pardonner à la richesse* »[152]. « *Secourir les pauvres* », poursuit Marbeau, « *c'est un moyen de gouverner, un moyen puissant de contenir la partie la plus*

---

[146] A. de TOCQUEVILLE, précit., p. 888.
[147] J.-M. GERANDO, précit., p. 2.
[148] J.-M. GERANDO, précit., pp. 468-469.
[149] F. MARBEAU, *Du paupérisme en France et des moyens d'y remédier, ou principes d'économie charitable*, Comptoir des Imprimeurs, 1847, p. 137.
[150] Ph. SASSIER, précit., pp. 258-259.
[151] V. en ce sens J.-M. GERANDO, précit, p. 469 : seule compte la charité facultative, car elle instaure ce qu'il y a « *de plus honorable, et par conséquent de plus précieux, le commerce entre la reconnaissance et le bienfait* »; V., dans le même sens, F. NAVILLE : dans un système d'assistance légale, « *quelle reconnaissance* (le pauvre) *aurait-il d'un bienfait qui n'est à ses yeux que le paiement d'une dette*? » (précit, T. 1, p. 66).
[152] Ch. DUCHATEL, précit., p. 187.

difficile de la population, et de rendre meilleures toutes les autres parties »[153]. En un mot, la charité devient instrument politique. Là réside la grande nouveauté introduite par les libéraux du début du XIXe siècle, et qui s'avérera fondamentale : avoir fondé, par une nette distinction entre le droit et la morale, une « *politique sociale sans Etat* »[154].

2- Tutelles et patronage, une politique sociale sans Etat

51. Les libéraux n'ont de cesse de rejeter le traitement de la pauvreté hors de la sphère du droit. Gérando le martèle, « *il n'est pas plus au pouvoir de la constitution politique la plus parfaite, de prévenir tous les cas de dénuement, que de prévenir les maladies, les épidémies, les tempêtes. Ces institutions, en effet, n'exercent aucune influence directe sur le sort des indigens* (sic). *On décréterait en vain comme loi du pays, que le pays n'aura point d'indigens ; la loi resterait tracée sur le marbre ou l'airain ; elle ne sécherait pas les larmes de l'orphelin, ne calmerait pas les douleurs de l'infirme*. (...) *Il n'est au pouvoir des institutions politiques, ni de créer le travail lorsque les circonstances économiques du pays s'y refusent, ni de donner la faculté du travail à ceux que l'âge ou les infirmités en rendent incapables, ni de commander la charité privée, ni de la remplacer* »[155]. Pourtant, devant le froid constat des graves troubles occasionnés par le paupérisme (a), les libéraux instaurent une prise en charge de la misère fondée sur des mécanismes juridiques de tutelle (b).

a- Le constat libéral des désordres induits par le paupérisme

52. Les premières dénonciations de la condition catastrophique du prolétariat naissant ne sont pas le fait des "pré-socialistes" athées ou chrétiens, mais des conservateurs et des modérés. Les très nombreux enquêtes et rapports qu'ils diligentent soulignent la « *menace à l'ordre politique et moral* »[156] que constitue le paupérisme. Un paupérisme entendu par ailleurs très largement : les historiens relèvent la confusion introduite à cette époque par les débuts de l'industrialisation dans la représentation sociale de la pauvreté. « *Dans la populace, on voit autant les classes laborieuses que ce prolétariat en haillons dont parlera bientôt Marx* »[157], réunis en une vaste entité mal définie mais perçue comme profondément à l'écart de cet ensemble de valeurs morales et sociales sur lesquelles s'épanouit la société bourgeoise, et, de ce fait, dangereuse. Dangereuses, les "sinistres légions de la misère et de l'ignorance" évoquées par Eugène Sue le sont en effet : politiquement, d'abord, car toujours prêtes à se révolter contre leur état[158] ; sanitairement, ensuite, car dégradées physiquement et vivant dans des taudis infects d'où naissent les épidémies[159] ; moralement, enfin : les écrits de l'époque dépeignent des prolétaires

---

[153] F. MARBEAU, précit., p. 88.
[154] R. CASTEL, *Les métamorphoses...*, précit., p. 217.
[155] J.-M. GERANDO, précit., p. 350.
[156] A. de VILLENEUVE-BARGEMONT, *Economie politique chrétienne ou recherches sur le paupérisme*, 1834, p. 25.
[157] A. GUESLIN, *Gens pauvres, pauvres gens dans la France du XIXe siècle*, Aubier, 1998, p. 99.
[158] Sur ce point, V. les comptes rendus de police cités par L. CHEVALIER, précit., pp. 318 à 323 ou les recherches de A. GUESLIN (précit.) mettant en évidence de nombreux témoignages de cette angoisse "physique" et le climat général de réaction sécuritaire qui en découle.
[159] L'époque marque le début des préoccupations hygiénistes comme en témoigne la réflexion de Johan Peter FRANCK, *La misère du peuple est la mère des maladies*, 1790, insistant sur le lien entre le progrès

débauchés, alcooliques, paresseux, irresponsables et dépensiers[160], des individus « *qui pourrissent dans la saleté* », « *retombés à force d'abrutissement dans la vie sauvage* », dignes « *plus de dégoût que de pitié* », bref de « *barbares* »[161] selon Buret, qui, effrayé par son propre constat, ajoute : « *il faut ou trouver un remède efficace à la plaie du paupérisme, ou se préparer au bouleversement du monde* »[162]. Ce remède est tout trouvé pour les libéraux : il réside dans la nécessaire tâche de moralisation du prolétariat naissant.

b- La moralisation par la tutelle

53. Dans l'ordre libéral, la bienfaisance a une fonction bien définie : moraliser le pauvre, cet individu débauché et irresponsable. Ainsi, un auteur de 1805 rappelle qu'il n'est pas question de procurer au pauvre « *ce que l'on appelle l'aisance, si vous lui ôtez tous les maux de l'indigence, ainsi que la honte de la mendicité, il ne retournera que trop à sa première indolence. L'indigent doit être traité comme les enfans* (sic) *par des privations, il doit être surveillé, dirigé dans ses principales actions* »[163]. Dans cette conception paternaliste de l'assistance, au sens plein du terme puisque le pauvre est assimilé à un enfant[164], la relation instaurée par la bienfaisance est un rapport de « *subordination réglée* »[165] fondateur de l'ordre social. Ainsi, Guizot peut-il affirmer : « *la supériorité sentie et acceptée, c'est le lien primitif et légitime des sociétés humaines ; c'est en même temps le fait et le droit ; c'est le véritable, le seul contrat social* »[166]. Or, ce lien cherché par les libéraux pour conjurer le risque de dissociation de l'ordre social occasionné par le paupérisme est offert par la bienfaisance. Duchâtel l'affirme expressément, celle-ci est avant tout « *une sorte de tutelle* »[167] qui se traduit par des mesures de surveillance et de moralisation.

Surveillance, tout d'abord. Elle est expressément prônée par Doe, selon qui la bourgeoisie doit être pour l'indigent tout à la fois « *un censeur et un bienfaiteur* »[168]. Outre l'établissement de forces de police structurées, dont l'efficacité dans la surveillance des milieux populaires se vérifie au très faible nombre de situations où elle fut surprise par des émeutes de la faim[169], deux dispositions juridiques

---

de l'hygiène, la prospérité générale et la lutte contre la misère. Sur les interventions de l'Etat en matière d'hygiène publique, V. *infra*, § 63.

[160] Ph. SASSIER, précit., pp. 222-228.

[161] E. BURET, *De la misère des classes laborieuses en France et en Angleterre*, 1840, T. 1, p. 70.

[162] E. BURET, précit., p. 98.

[163] M. DOE, *Traité sur l'indigence*, Renard, 1805, p. 42.

[164] J.M. GERANDO reprend la même idée : « *la Providence a voulu* (...) *que le malheur fût placé sous le patronage, sous la tutelle de la prospérité; mais elle a voulu que la société fût constituée moralement comme la famille : que, dans l'une comme dans l'autre, le faible appartint* (sic) *au fort à titre d'adoption* (...) *La pauvreté est dans la première ce que l'enfance est dans la seconde* » (*Le visiteur du pauvre*, L. Colas, 1820, p. 9).

[165] R. CASTEL, *L'ordre psychiatrique, l'âge d'or de l'aliénisme*, Ed. de Minuit, 1978, p. 49.

[166] F. GUIZOT, *Des moyens de gouvernement et d'opposition dans l'Etat actuel de la France*, 1821, p. 164.

[167] Ch. DUCHATEL, précit., p. 29.

[168] M. DOE, précit., p. 42.

[169] V. sur ce point : L. CHEVALIER, précit., et J.-C. CARON, *La Nation, l'Etat et la démocratie en France de 1789 à 1914*, A. Colin, pp. 166-167.

permettent le contrôle du prolétariat[170] : le livret d'ouvrier et le règlement d'atelier. Le premier, créé sous Napoléon[171], avait, jusqu'à son abolition en 1890, pour objectif de contrôler la mobilité ouvrière. Nécessaire à l'embauche, portant mention des dettes contractées auprès de l'employeur, c'est non seulement un instrument de contrôle pour le patronat, mais aussi pour les forces de l'ordre[172]. Quant au règlement d'atelier, R. Castel souligne combien, par la dérogation qu'il instaure au droit commun du Code Civil, « *il exprime clairement cette volonté d'absorption du public dans le privé en quoi consiste la tutelle patronale* », notamment lorsqu'il contient, outre des dispositions techniques d'hygiène et de sécurité, des prescriptions à caractère moral et policier[173].

L'ouvrier et le pauvre, ainsi contrôlés et surveillés, font également l'objet de tentatives de moralisation. En effet, la bienfaisance ne doit pas, dans l'esprit de l'époque, se contenter d'assister l'indigence : « *ce qu'elle doit produire, c'est une conversion* »[174]. Ce souci de rendre vertueuse cette classe présentée comme débauchée et immorale se manifeste à travers les thèmes de l'éducation et de la prévoyance. La première est perçue non seulement, dans un souci disciplinaire, comme un moyen de diminuer « *les frais de police et de journées de prison à payer* »[175], mais aussi, dans une perspective moralisatrice, comme « *un des moyens les plus propres à relever les classes inférieures de l'abjection où elles sont plongées ; c'est à elle que revient la mission d'effacer les souillures de l'âme humaine* »[176]. Aussi n'est-il pas étonnant de trouver une mesure de la Convention restée lettre morte réalisée par un homme politique tel que Guizot[177]. La perspective est toute différente : il ne s'agit plus d'assurer, comme en 1793, le droit à une instruction primaire gratuite et obligatoire comme un droit de l'homme, mais bien d'instaurer un ordre social stable, en ouvrant les yeux de l'ouvrier « *sur les véritables causes de la misère* », à savoir son irresponsabilité et sa débauche, car, « *tant qu'il est dans l'ignorance, il désire l'attribuer à quelque être vivant* », d'où la « *vieille et absurde fable des accapareurs* »[178], cause de toutes les révoltes. Mais l'instruction présente un autre avantage. Moralisant le pauvre, elle le rend vertueux

---

[170] V. en ce sens, R. CASTEL, *Les métamorphoses*..., précit., pp. 258.
[171] Loi du 12 germinal an XI et le décret 9 frimaire an XII.
[172] Deux ordonnances du 1er avril 1831 et du 30 décembre 1834 enjoignent à tout ouvrier venant chercher du travail à Paris de faire viser son livret dans les huit jours au commissariat. Le défaut de possession de livret faisant peser sur l'individu une présomption de vagabondage ; V. sur ce point, G. AUBIN et J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, PUF, 1995, pp. 106-109 ; M. SAUZET, *Le livret obligatoire des ouvriers*, 1890 ; C. WILLMANN, *L'identité juridique du chômeur*, LGDJ, bibl. de droit social, 1998, p. 70.
[173] R. CASTEL, précit., p. 258, citant comme exemple l'article 30 d'un règlement des Verreries Saint Edouard en 1875 : « *tout ouvrier employé à la Verrerie dont la conduite ne serait pas celle de l'honnête homme sobre et laborieux, cherchant en tout et partout l'intérêt des maîtres, sera renvoyé de l'établissement et dénoncé à la justice s'il y a lieu* ».
[174] F. EWALD, « Droits de l'homme, dons des hommes », *Informations sociales*, 1987, n° 3, p. 70.
[175] H.-A. FIEGIER, *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes et des moyens de les rendre meilleures*, 1840, vol. 2, p. 70.
[176] E. BURET, précit., p. 311.
[177] Loi Guizot du 28 juin 1833, instaurant une obligation pour toute commune d'entretenir au moins une école primaire élémentaire et une obligation pour tout département d'entretenir une école normale primaire.
[178] F. D'ESTERNO, *De la misère, de ses causes, de ces effets, et de ces remèdes*, Guillaumin, 1842, p. 25 ; cité par Ph. SASSIER, précit., p. 231.

et, lui faisant comprendre que sa condition provient de sa propre faute, elle l'incite aux vertus de la responsabilité et de la prévoyance. Or, Duchâtel l'affirme, « *de tous les services que la charité peut rendre aux classes inférieures, il n'en est pas de plus grand que de développer chez elles les sentiments de prévoyance* »[179]. L'idée selon laquelle il est possible de remédier à la misère en diffusant l'esprit d'épargne et de prévoyance au sein des familles pauvres est profondément ancrée. Ce sera la tâche des deux grandes créations de bienfaisance du début du XIXe siècle : la caisse d'Epargne[180] et la mutualité. Cette dernière s'avère fondamentale, en ce qu'elle va porter l'essentiel des espérances d'une amélioration du sort des classes populaires avec la structure libérale de l'économie[181]. L'ouvrier apparaît comme pouvant, grâce à une sage prévoyance, gagner sa sécurité et se prémunir contre les coups du sort. Dès lors, instituer l'assurance, c'est permettre de se dispenser de l'assistance. Or, rappelle Duchatel à ses contemporains, « *ne l'oubliez jamais : le plus grand bien que vous puissiez faire aux classes laborieuses, c'est de leur enseigner à se passer de vos secours* »[182]. D'où les tentatives, dans les années 1830, de développement de la mutualité, qui prend alors la forme de sociétés de secours mutuels[183]. Incitation toute relative, par ailleurs, puisque, d'une part, l'adhésion à ces sociétés est, dans la pure logique libérale moralisatrice, facultative, et, d'autre part, ces institutions, lieux de regroupement ouvrier et donc foyers potentiels de troubles, sont soumises à un étroit contrôle des pouvoirs publics.

54. Le souci d'ordre caractérise bien les différents régimes politiques de cette période s'étendant de l'an III à la veille de 1848 : ordre politique sous le Directoire et Napoléon, ordre moral sous la restauration monarchique. Un ordre assuré notamment par différentes mesures juridiques constituant les ancêtres des politiques sociales, fondées sur un dispositif de « *contrôle rapproché* »[184], à la fois autoritaire et moralisateur. La grande nouveauté introduite par les libéraux est, dans le cadre de ces politiques sociales, d'avoir séparé « *la question de la misère de la question politique du droit* »[185]. Car, si le programme libéral reconnaît bien l'existence d'un devoir général d'assistance, incombant aux particuliers et aux pouvoirs publics, il en propose une version « *résolument ajuridique : l'obligation sociale à l'égard des pauvres fonde une politique mais elle ne peut s'inscrire, sans contradiction, sous une forme légale* »[186]. R. Castel développe sensiblement la même idée, lorsqu'il

---

[179] Ch. DUCHATEL, précit., p. 306.

[180] La première caisse d'Epargne est créée en 1818. F. Ewald note à son sujet que cette institution avait une vocation assurancielle, et s'adressait exclusivement aux pauvres (*L'Etat Providence*, précit., p. 203).. Cette vocation historique de la caisse d'Epargne perdure encore : l'article 1er de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière rappelle à cet égard : « *Le réseau des caisses d'épargne remplit des missions d'intérêt général. Il participe à la mise en oeuvre des principes de solidarité et de lutte contre les exclusions* ». (*J.O.* 29 Juin 1999, p. 9487).

[181] R. CASTEL, précit., p. 252.

[182] Ch. DUCHATEL, précit., p. 307.

[183] Sur l'histoire de la mutualité : R. CASTEL, *Les métamorphoses...*, précit. ; J.-J. DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 13e éd., p. 27 ; F. EWALD, *L'Etat Providence*, précit. ; M. RADELET, *Mutualisme et syndicalisme, ruptures et convergences de l'Ancien Régime à nos jours*, PUF, 1991.

[184] Selon l'expression de B. JOBERT, « Les politiques sociales et sanitaires », *in* M. GRAWITZ et J. LECH (dir.), *Traité de science politique*, PUF, 1985, T. 4, p. 303.

[185] G. PROCACCI, *Gouverner la misère, la question sociale en France*, *1789-1848*, Le Seuil, 1993, p. 257.

[186] F. EWALD, précit., p. 76.

constate que la politique morale et sociale des libéraux est une « *réponse à la fois politique et non étatique* (...) *pour conjurer le risque de dissociation qui hante la société au début du XIXe siècle* »[187]. Toutes les réformes juridiques qu'ils ont inspirées ont essayé de corriger les effets pervers du développement industriel et l'explosion du paupérisme sur d'autres bases que l'assistance à la pauvreté : l'éducation, l'hygiène, la prévoyance. Non seulement la misère n'apparaît pas comme une question juridique, mais en traiter juridiquement aurait pour effet de porter atteinte à une cohésion sociale que seule la morale peut permettre. Ce silence du droit face à la pauvreté entraînera, par contre-coup, l'explosion de revendications politiques et juridiques lors du mouvement révolutionnaire de 1848 et une tentative de restauration de l'ordre sous la Deuxième République et le Second Empire.

II- La force de la question sociale

Formulée très explicitement en 1848 par le biais de revendications affirmées, la question sociale laisse un souvenir et une crainte (A) expliquant l'esprit conservateur de la législation sociale de la Deuxième République et du Second Empire (B).

A- Le souvenir et la crainte de l'esprit de 1848

L'histoire de la Deuxième République est contrastée : née de l'immense espoir révolutionnaire (1), elle se révèle incapable de répondre aux aspirations populaires, à tel point que l'échec de 1848 en matière sociale a constitué un traumatisme inaugural (2).

1- Les idées révolutionnaires

55. Le régime de Juillet occasionne la redécouverte d'une idée tombée en désuétude : la République. Or, les hommes se réclamant de cette idée soulignent la nécessité de mettre un terme aux abus les plus criants du libéralisme. Les préoccupations sociales constituent, à des degrés divers, un thème de réflexion politique, comme en témoigne un certain nombre de pétitions politiques républicaines[188]. Au-delà des revendications de ce républicanisme social, l'époque voit le développement de critiques fondées sur une nouvelle idéologie : le socialisme. En effet, pour une famille d'esprits fort divers, tels que Saint Simon, Fourier, Proudhon, Blanc, Leroux, Blanqui, Cabet, susceptibles d'être regroupés, au prix d'une immense simplification, sous l'appellation "socialistes" ou "communistes", le développement du prolétariat sous la Restauration monarchique constitue un sujet d'indignation. Les émeutes ouvrières anglaises de 1816 ainsi que les révoltes des Canuts de Lyon en 1831 et 1834 ont attiré l'attention sur les conditions d'existence misérables d'une partie importante de la population et

---

[187] R. CASTEL, *Les métamorphoses*…, précit., p. 237.

[188] Ainsi la *Société des droits de l'homme*, regroupant, entre autres, Cavaignac, Raspail, d'Argenson ou Leroux, se réclamant nettement du projet de déclaration robespierriste d'avril 1793 ou le programme de la revue républicaine de 1834 appelant à améliorer « *physiquement et moralement le sort du prolétaire* ». V., pour une présentation et une analyse des revendications républicaines pour un droit à un minimum de solidarité sociale, M. BORGETTO, *La notion...*, précit., pp. 241-242 et F. DREYFUS, *L'assistance sous la Seconde République*, précit., pp. 19 et s.

polarisé la pensée socialiste sur la question du paupérisme, assimilée à celle ouvrière. Annonçant le thème marxiste de l'exploitation, leur réflexion porte sur l'organisation du travail et la possession des moyens de production et comporte une sévère critique de l'ordre libéral. Parallèlement à l'essor des thèses socialistes se développe un renouveau de la doctrine religieuse face à la pauvreté, caractérisé par le catholicisme social. Si l'expression en elle-même date des années 1890, son origine remonte au début du XIX[e189], sous l'influence de penseurs divers comme Lamennais, Montalembert ou Ozanam. Radicale ou nuancée selon les auteurs, cette relecture prolétarienne du christianisme amène une critique, quelquefois virulente, des principes et des conséquences sociales désastreuses de l'ordre libéral et fonde, en tout état de cause, des revendications sociales affirmées[190], notamment sur le thème central de l'entraide par la mutualité.

La monarchie de Juillet voit ainsi la rencontre de différentes doctrines avec les revendications matérielles d'ouvriers des faubourgs, encore largement étrangers à ces doctrines politiques mais dont la condition est insupportable. Cette conjonction explosive n'attendait qu'une étincelle, elle se présente le 22 février 1848. Deux jours plus tard, Paris, couvert de barricades, constitue le foyer de revendications populaires et voit, à la chute de la monarchie, l'instauration d'un gouvernement provisoire porteur de toutes les espérances d'une démocratie non seulement politique, mais aussi sociale. Ainsi, Lamartine, présentant à l'Assemblée les projets du Gouvernement provisoire s'exclame-t-il : « *en proclamant la République, le cri de la France n'avait pas proclamé seulement une forme de gouvernement, elle avait proclamé un principe. Ce principe, c'était la démocratie pratique, l'égalité par les droits, la fraternité par les institutions. La révolution accomplie par le peuple devait s'organiser, selon nous, au profit du peuple par une série d'institutions fraternelles et tutélaires propres à conférer régulièrement à tous les conditions de dignité individuelle, d'instructions, de lumières, de salaires, de moralisation d'éléments de travail, d'aisance, de secours et d'avènement à la propriété qui supprimassent le nom servile de prolétaire* »[191]. Le projet d'action ainsi présenté est éminemment révélateur : la fraternité, cette composante essentielle de l'esprit de 1848, est affirmée mais l'idée libérale de tutelle lui est immédiatement adjointe, annonçant d'emblée les limites que les républicains au pouvoir n'entendent pas dépasser. Ce hiatus entre les exigences populaires d'un Etat républicain et social et les positions très modérées de la majorité républicaine entraînera très logiquement les insurrections de juin et la violente répression qui s'ensuivit.

2- Le traumatisme inaugural de 1848

Si 1848 fait figure de « *traumatisme initial* »[192], selon la formule de J. Donzelot, c'est que cette date opère un divorce entre l'idéal républicain, désormais

---

[189] V. sur la question, J.-B. DUROSELLE, *Les débuts du catholicisme social en France (1822-1870)*, PUF, 1951.
[190] J.-B. DUROSELLE, précit., pp. 94 à 120 ; A. CUVILLIER, *Hommes et idéologies de 1840*, M. Rivière, 1956, pp. 95-144.
[191] *Compte rendu des séances de l'Assemblée Nationale, 1849-1850* (ci après *Compte Rendu…*), séance du 6 mai 1848, T. 1, p. 35.
[192] J. DONZELOT, *L'invention du social, Essai sur le déclin des passions politiques*, Fayard, 1984, p. 20.

réalisé par le suffrage universel, et la démocratie sociale, réclamée par les ouvriers parisiens mais rejetée par le gouvernement provisoire et le constituant.

a- Les revendications ouvrières

56. En dépit des nettes réticences de Lamartine et Arago, Blanc et Albert, tout à la fois soutenus et entraînés par les émeutiers en armes, font proclamer le droit au travail et la création des ateliers nationaux. Ces derniers, censés s'inspirer des ateliers sociaux théorisés par L. Blanc, sont placés sous l'autorité du ministre des travaux publics, Marie, qui, par ailleurs, était leur adversaire. Le décalage entre les aspirations dont cette création était porteuse et ses résultats concrets est évident : comme le remarque C.A. Colliard, « *la création des ateliers nationaux replaçait en réalité le droit au travail dans le cadre même de l'assistance* » et il n'était pas jusqu'au ministre dont ils dépendaient pour voir en eux une simple « *organisation de l'aumône* »[193], irréalisable pratiquement qui plus est. Faute d'organisation et de motivation politique, les ateliers nationaux rassemblent des hommes occupés au début à de vagues travaux de terrassement, puis désœuvrés et enclins à la contestation antigouvernementale. D'où l'idée que ces "*rateliers nationaux*", comme les appelait la bourgeoisie, sont des foyers d'agitation ouvrière à l'origine des émeutes du 15 mai et de la tentative de renversement du gouvernement provisoire[194]. Leur dissolution, annoncée le 21 juin, est le prétexte aux journées insurrectionnelles qui mettent en présence deux camps désormais nettement opposés : les bourgeois et les paysans, d'un côté, effrayés par la révolte des "partageux" et, d'autre part, les ouvriers, désespérés de cette République qui répond à leurs revendications sociales en les faisant massacrer[195]. L'ordre républicain qui s'annonce ne sera en rien la traduction juridique des aspirations sociales des ouvriers. Le texte même de la Constitution, voté le 4 novembre après le retour de l'ordre dans les rues de Paris, le prouve.

b- Le texte de la Constitution du 4 novembre 1848

57. Certes, la Constitution contient bien une affirmation des fins sociales du pouvoir. L'article 1er du Préambule en témoigne, en disposant que « *la France s'est constituée en République. En adoptant cette forme définitive de gouvernement, elle s'est proposée pour but de marcher plus librement dans la voie du progrès et de la civilisation, d'assurer une répartition plus équitable des charges et des avantages de la société, d'augmenter l'aisance de chacun par la réduction graduée des dépenses publiques et des impôts, et de faire parvenir tous les citoyens, sans nouvelle commotion, par l'action successive et constante des institutions et des lois, à un degré toujours plus élevé de moralité, de lumières et de bien-être* ». Pour autant, le texte suprême ajoute, quelques articles plus loin, une disposition rappelant en tout point la position libérale traditionnelle : les citoyens « *doivent s'assurer, par le travail, des moyens d'existence, et, par la prévoyance, des ressources pour l'avenir, ils doivent concourir au bien-être commun en s'entraidant fraternellement les uns*

---

[193] C.-A. COLLIARD, précit., p. 789.
[194] V. en ce sens les propos de THIERS, séance des 25-26 juillet 1848 : « *le seul résultat de la création de ces ateliers immenses, que l'Etat veut établir, c'est d'assurer une armée à l'insurrection* » (cité par F. DREYFUS, précit., p. 57).
[195] V. en ce sens, G. ANTONETTI, *Histoire contemporaine politique et sociale*, PUF, 1989, p. 265.

les autres ». L'article VII du Préambule affirme ainsi la problématique libérale constante : la pauvreté est, de façon implicite, présentée comme le résultat de l'inconséquence de l'ouvrier et il dépend de la seule responsabilité individuelle d'y mettre un terme, par le travail et la prévoyance d'une part, par l'assistance fraternelle d'autre part.

Dans cette optique, la reconnaissance du droit au travail est rejetée[196]. Tout au plus, la République naissante le transforme-t-elle en assistance aux indigents valides par le travail. Ainsi, l'article VIII du Préambule reconnaît l'existence d'une obligation d'assistance pesant sur la société : « *la République* (...) *doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en lui procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler* ». Mais, comme le texte en témoigne, cette obligation est strictement limitée. D'une part, elle intervient subsidiairement pour conjurer la pauvreté, en cas de défaillance de l'industrie privée ou de la famille. D'autre part, cette obligation d'assistance est subordonnée à l'état des finances publiques, et les travaux de la commission de Constitution témoignent de ce souci d'encadrer la reconnaissance d'une assistance aux indigents valides : « *il convient que l'Etat ne promette des travaux que dans les limites de ses ressources, et qu'il soit bien compris que ces travaux ne peuvent être des travaux professionnels, mais seulement des travaux généraux offerts dans les temps exceptionnels de chômage* »[197]. L'article 13 de la Constitution précise cet engagement, en disposant que « *la Constitution garantit aux citoyens la liberté du travail et de l'industrie. La société favorise et encourage le développement du travail par l'enseignement primaire gratuit, l'éducation professionnelle, l'égalité de rapports entre le patron et l'ouvrier, les institutions de prévoyance et de crédit, les institutions agricoles, les associations volontaires, et l'établissement, par l'Etat, les départements et les communes, de travaux publics propres à employer les bras inoccupés ; elle fournit l'assistance aux enfants abandonnés, aux infirmes et aux vieillards sans ressources, et que leurs familles ne peuvent secourir* ».

Certes, les dispositions constitutionnelles traduisent de nombreuses ruptures : renforcement du rôle de l'Etat[198], investi d'un véritable devoir d'intervention afin « *d'assurer une répartition équitable des charges et des avantages* » et de faire

---

[196] Même si le premier projet présenté était sensiblement différent, la Commission de Constitution a finalement rejeté la proclamation du droit au travail, suivant en cela la démonstration de Marrast : « *ce droit ne pouvait et ne devait pas être consacré. C'est l'homme lui-même dans sa liberté et sa prévoyance qui doit chercher le travail. La société ne le lui doit pas, seulement elle doit établir des règles sages et faire des lois bien entendues qui permettent à chaque homme de trouver dans son travail un salaire qui le fasse vivre* », Marrast ajoutant que la formule d'un droit au travail avait pu être source de malentendus, en ce qu'elle avait été comprise comme impliquant la transformation de l'Etat en « *fabricant, marchand, grand ou petit producteur (...) Puisqu'elle pouvait prêter à des interprétations si contraires à notre pensée, nous avons voulu rendre cette pensée plus claire et plus nette, en remplaçant le droit de l'individu par le devoir imposé à la société* » (*Compte rendu*..., T.3, p.597); V., sur le rejet du droit au travail par la commission, F. DREYFUS, précit., pp. 38 et s. ; G. LORAIN, *Les conceptions sociales et politiques des constituants de 1848 d'après les travaux préparatoires,* thèse Droit, Paris, 1930, p. 77; et, en faveur d'une reconnaissance limitée M. BORGETTO, précit., pp. 280 et s.

[197] *Procès verbaux de la Commission*, séance du 7 août 1848, 2e registre.

[198] V. en ce sens J. RIVERO, G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution, le préambule », *Droit social*, fasc. XXXI, 1947, pp. 30-31.

parvenir les citoyens à davantage de bien-être[199] ; énumération des moyens reconnus pour parvenir à ce but[200] ; mise en avant du principe de fraternité, sur lequel repose l'intervention étatique[201]. Pourtant, la Constitution naissante est loin de rompre avec le passé assistanciel : non seulement la réorganisation du travail revendiquée par le prolétariat naissant n'est pas consacrée mais, plus encore, la Constitution républicaine ne fait qu'institutionnaliser au plus haut niveau de l'ordre juridique les mécanismes, traditionnels depuis l'Ancien régime, d'assistance aux invalides (inaptitude physique au travail, rattachement territorial) et l'embryon de protection sociale (assurance, épargne) telle qu'elle avait été conçue par les libéraux sous la restauration monarchique[202].

C'est sous l'auspice de ces dispositions constitutionnelles que s'élabore une politique sociale d'assistance aux pauvres s'inscrivant dans la continuité des solutions libérales du début du XIXe siècle et perdurant dans ses principes sous le Second Empire.

B- Les propositions législatives républicaines et impériales

Cet élan social, dont Victor Hugo se faisait l'interprète devant l'Assemblée en proclamant la nécessité de substituer « *à l'aumône qui dégrade l'assistance qui fortifie* »[203] s'est essentiellement traduit, sous une forme très atténuée, dans les principes constitutionnels. Pour le reste, les lois votées sous la IIème République (1) comme sous le Second Empire (2) prolongent la législation antérieure, en témoignant du maintien d'un « *interdit d'Etat* »[204].

---

[199] Paragraphe 1er du Préambule.

[200] L'innovation, soulignée par M. BORGETTO (*La notion…*, précit., p. 261, note 1) porte tant sur la forme, puisqu'aucune constitution ne s'était attachée avant 1848 à énumérer aussi longuement les moyens qu'entendait utiliser le pouvoir pour réaliser les fins de la société, que sur le fond, puisque figurait parmi ces instruments un certain nombre de revendications nouvelles, comme le crédit, l'association, les rapports entre ouvriers et patrons.

[201] La notion est au cœur des débats constitutionnels, et conditionne la finalité sociale de la République. Ainsi, Marrast voit dans la République une « *tutrice active et bienfaisante de tous ses enfants ; elle ne les laisse pas croupir dans l'ignorance, se pervertir dans la misère ; elle ne demeure pas indifférente devant ces crises de l'industrie qui jettent des armées de salariés sur les places publiques* (...) *Implacable contre la révolte, elle est humaine, compatissante, prévoyante pour le malheur ; elle recommande, elle honore le travail, elle l'aide par ses lois, elle en garantit la liberté* », ce qui implique que « *lorsqu'un chômage forcé vient paralyser ce travail*, (elle) *ne ferme pas son cœur* (...)*, ne se contente pas de gémir en répétant : Fatalité* » mais fasse « *appel au contraire à toutes ses ressources en s'écriant : Fraternité!* ». (MARRAST, *Rapport au nom du comité de constitution*, Compte rendu…, séance du 30 août 1848, T.3, p. 597). V. sur ce point la démonstration de M. BORGETTO (précit., pp. 252 et s.) selon qui la fraternité constitua un « *principe privilégié de la République* ».

[202] Le Préambule témoigne de cette orientation libérale, en prévoyant « *d'augmenter l'aisance de chacun par la réduction graduée des dépenses publiques et des impôts* » (a. I), en rappelant que si le principe de la République est « *Liberté, Egalité, Fraternité* », elle a pour base « *la Famille, le Travail, la Propriété, L'Ordre public* » (a. IV) et en imposant le respect de « *lois morales* » (a. VII) pouvant fonder « *des droits et des devoirs antérieurs et supérieurs aux lois positives* » (a. III).

[203] V. HUGO, Compte rendu…, séance du 9 juillet 1849, p. 554.

[204] R. CASTEL, *Les métamorphoses...*, précit., p. 245.

1- La législation d'assistance de la IIème République, entre fraternité et ordre public

Les mesures sociales adoptées sous l'éphémère IIème République traduisent bien la préoccupation d'ordre et le désir de fraternité inspirant le législateur, double fondement (a) conditionnant les solutions législatives retenues (b).

a- Le double fondement de la législation assistancielle

58. Analysant les tentatives républicaines de réorganisation du système assistanciel, M. Borgetto a pu souligner le rôle décisif joué par le principe de fraternité tant dans l'élaboration que dans le contenu des divers projets de loi discutés par l'Assemblée[205]. La fraternité constitue, pour les républicains, une référence indéniable et un fondement incontestable de la politique d'assistance qu'ils entendaient instaurer. Il n'est qu'à relire Dufaure, pour qui « *l'assistance résume désormais le grand devoir de fraternité que la République a mission d'accomplir* (...) *Pour la première fois, le précepte chrétien qui a renouvelé la face du monde il y a dix-huit cents ans devient la base de tout un code administratif* »[206] ou Coquerel, affirmant qu'« *une société fraternelle ne mérite plus ce nom lorsqu'un seul de ses membres manque du strict nécessaire sans être coupable envers lui-même de son dénûment* (sic) (...) *L'œuvre que nous proposons à l'Assemblée d'entreprendre est de faire pénétrer dans la législation* (...) *les principes mêmes de cette fraternité que les uns nomment chrétienne et les autres républicaine, mais qui ne sera ce qu'elle doit être que lorsque ces deux mots seront admis comme synonymes. Si les hommes sont frères* (...)*, il est impossible d'admettre que la société soit organisée comme elle doit l'être lorsqu'elle offre un seul exemple de dénûment absolu et immérité* (...) *La vie de celui qui manque de tout* (...)*, la mort de celui qui expire de besoin* (...) *est un démenti visible au principe de fraternité* »[207]. Aussi M. Borgetto peut-il conclure que « *loin d'avoir constitué à l'époque une simple figure de style dépourvue de toute application ou d'efficacité juridiques, la fraternité constitua au contraire un* (...) *principe fondamental, car conçu comme contraignant ou en tout cas comme devant inspirer le législateur* »[208].

59. Toutefois, malgré l'importance de la référence, la fraternité est loin d'être un argument exclusif et la lecture des débats parlementaires met clairement en exergue un autre fondement juridique, le souci de maintien de l'ordre. En effet, les différents rapports présentés à l'Assemblée Constituante ou Législative témoignent d'une justification essentielle de l'assistance : se prémunir contre les risques d'insurrection et instaurer, par le biais de l'assistance, un contrôle social de classes considérées comme dangereuses. Le souvenir des phrases prophétiques de Lamartine, voyant dans l'opposition de la société bourgeoise et du prolétariat la « *question qui fera l'explosion la plus terrible de la société actuelle* »[209] ou de Chateaubriand, affirmant que « *rien ne pourra conserver une société où des*

---

[205] M. BORGETTO, précit., pp. 312 et s.
[206] DUFAURE, *Exposé des motifs et projet de loi sur l'organisation de l'assistance publique*, Compte rendu, ass. const., séance du 27 novembre 1848, T. 6, pp. 22-23.
[207] COQUEREL, *Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner le projet sur l'organisation de l'assistance publique*, Compte rendu, Ass. Lég., an., add. séance du 26 février 1849, p.853, T. 5.
[208] M. BORGETTO, précit., p. 314.
[209] LAMARTINE, Discours du 3 février 1835*, La France Parlementaire*, T. 2, p. 109.

individus ont deux millions de revenus tandis que d'autres vivent dans la misère et la pourriture »[210], plane sur l'Assemblée. Ainsi, Dufaure, ministre de l'intérieur présentant à cette dernière son rapport sur l'assistance, constate dès l'entrée que « *le pouvoir* (...) *a toujours été en butte aux reproches de ceux qui prétendent le rendre responsable des maux qu'ils souffrent* »[211] ; de là, la propension des indigents à contester l'autorité du gouvernement. Aussi propose-t-il, parmi d'autres mesures, la création d'ateliers de travaux, qui constitue à elle seule, en ce qu'elle occupe les indigents valides, une « *sérieuse garantie d'ordre* »[212], et des dispositifs d'assistance aux jeunes détenus, libérés et enfants mis en apprentissage, ces individus formant une « *classe nombreuse de malheureux que la société, dans son intérêt propre, ne peut laisser sans appui*. (...) *L'absence de toute surveillance à leur égard devient un danger public devant lequel il n'est plus possible de fermer les yeux* »[213]. Quelques mois plus tard, le rapporteur Coquerel développe sensiblement les mêmes arguments, en soulignant combien « *les misères publiques deviennent* (...) *le prétexte et le motif des insurrections. Si les souffrances sont réelles et continues, si la pression du besoin est assez pesante, le ressort se soulève par sa propre force et la société est bouleversée du premier coup* »[214]. La crainte de révoltes justifie les secours aux indigents, car « *il n'est point de capitale* (...) *qui n'ait un Mont Sacré à ses portes, et l'intérêt commun de toutes les classes est de ne laisser aucun prétexte, ni aux malheureux qui regardent de ce côté, ni aux tribuns qui voudraient les y conduire* ». Aussi propose-t-il l'instauration d'une assistance fondée sur « *une police morale qui l'éclaire* »[215], afin de vérifier la dignité et la conformité au modèle de vertu républicaine du bénéficiaire des secours de la République. Armand de Melun avance les mêmes justifications, en affirmant que le but de l'assistance est non seulement « *la guérison de nos maux* », mais aussi « *l'apaisement de nos discordes, le repos de notre avenir* » [216].

60. Les travaux parlementaires font ainsi ressortir la double préoccupation au fondement de la législation d'assistance de la IIème République : la fraternité, certes, mais aussi un souci de maintien de l'ordre, les deux étant de même valeur constitutionnelle puisque consacrés par l'article IV du Préambule, le premier en tant que principe, le second en tant que « *base* » de la République. Ce double fondement explique le trait caractéristique de la législation assistancielle de la IIème République, marquée à la fois par la continuité et l'innovation : le rejet des revendications ouvrières d'un Etat protecteur et le maintien en vigueur d'une faible législation d'assistance, tout en la légitimant grâce à une substitution dans ses fondements : là où les libéraux de la monarchie de Juillet invoquaient les vertus de la bienfaisance morale instaurant une société tutélaire, les républicains évoquent une assistance fraternelle assurant le maintien de l'ordre. 1848 marque ainsi dans l'histoire de

---

[210] CHATEAUBRIAND, *Revue des deux Mondes*, 15 avril 1839.
[211] DUFAURE, *Exposé des motifs et projet de loi sur l'organisation de l'assistance publique*, Compte rendu, Ass. Const., séance du 27 novembre 1848, T. 5, p. 853 et s.
[212] Id., p. 856.
[213] Id., p. 837.
[214] COQUEREL, *Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner le projet sur l'organisation de l'assistance publique*, Compte rendu, ass. Const., an. add. séance du 26 février 1849, T. 8, pp. 70-71.
[215] Id., p. 73.
[216] A. DE MELUN, *Rapport fait au nom de la commission d'assistance chargée d'examiner le projet de loi sur l'assistance publique*, Compte rendu…, Ass. Lég., an., add. séance du 26 mars 1851, T. 13, p. 9.

l'assistance une "républicanisation" de la morale charitable, transformée en exigence fraternelle mais supposée instaurer un identique maintien de l'ordre. La constitution de 1848 et sa législation d'assistance, loin d'être « *tombées dans le travers qui consiste à confondre morale et droit* »[217], ont ainsi réussi à juridiciser la morale.

61. Car c'est bien à une substitution de fondements que l'on assiste, et uniquement à cela. Pour le reste, le discours parlementaire repose sur des analyses sensiblement identiques à celles du début du siècle. Quels que soient les nouveaux fondements sur lesquels elle repose, l'assistance doit garder les mêmes caractéristiques. Le constat du rapporteur A. de Melun lors de la discussion du projet de loi hospitalière de 1851 le confirme : « *la loi n'invente rien, mais rendant justice au passé, elle cherche à continuer, à perfectionner l'œuvre de nos pères* »[218]. La lecture du rapport Thiers sur l'assistance témoigne également de cette continuité. L'assistance publique et la charité privée procèdent de la même essence, le sentiment de pitié pour le démuni, et doivent de ce fait obéir au même régime, c'est-à-dire être toutes deux volontaires et libres : « *il importe* », affirme l'orateur, « *que cette vertu, quand elle devient de particulière collective* (...)*, conserve son caractère de vertu, c'est-à-dire reste volontaire, spontanée, libre enfin de faire ou de ne pas faire, car autrement elle cesserait d'être une vertu pour devenir une contrainte* ». En effet, « *l'Etat, comme l'individu, doit être bienfaisant, mais comme lui, il doit l'être par vertu, c'est-à-dire librement* »[219]. De plus, l'intervention publique doit être complémentaire à la charité privée et intervenir à titre subsidiaire, en s'effaçant derrière la bienfaisance individuelle : « *laissez la religion avec ses touchantes prédications, faire sortir de la bonté, de l'amour de Dieu, du repentir même, des dons abondants pour le pauvre* » propose Thiers, pour qui les pouvoirs publics n'ont pas trop à se préoccuper de la question de la misère, sauf à favoriser l'exercice de vertus individuelles, telles que la prévoyance, l'abstinence, le courage au travail. Or, ces propositions ne constituent en rien une innovation par rapport aux principes libéraux du début du siècle. Ce constat est d'ailleurs opéré par Thiers lui-même, qui, faisant le tour du système assistanciel de l'époque et soulignant la complémentarité des interventions charitables religieuses, individuelles et, dans une moindre mesure, publiques, propose de le maintenir tel quel. Tout au plus soutient-il l'idée d'interventions des pouvoirs publics en matière sociale dans deux domaines : l'émigration et une politique de travaux dits "réservés", lesquelles ne sauraient, en tout état de cause, être autre chose que des pis-aller. Pour autant, ponctuellement, les républicains ont adopté certains textes particuliers, qui témoignent nettement de leur souci de concilier les principes constitutionnels de fraternité et d'ordre public.

b- Des réalisations limitées

62. La Constituante se contente essentiellement de mettre un terme à certains abus dans l'organisation des secours à Paris, réorganisant son assistance publique

---

[217] Comme le regrettait, à tort selon nous, G. LORAIN (précit., p. 97).
[218] A. de MELUN, *Rapport et projet de loi sur les hôpitaux et les hospices*, Compte rendu…, Ass. Lég., an. add. séance du 21 décembre 1850, T. 11, p. 35.
[219] A. THIERS, *Rapport général présenté au nom de la commission de l'assistance et de la prévoyance publique*, séance du 26 janvier 1850, Paulin, 1850, p. 11.

sur un régime dérogatoire au reste de la France[220] et renvoie à l'assemblée suivante le soin de régler les questions d'assistance. Toujours dans le domaine hospitalier, la Législative adopte la loi du 7 août 1851 portant réforme du fonctionnement des hôpitaux et des hospices. Votée sur deux rapports d'A. de Melun, elle n'améliore pas la répartition anarchique des hôpitaux et hospices sur le territoire mais tend à en faciliter l'accès, d'une part en substituant au terme d'indigent la notion d'« *individu privé de ressources* »[221], d'autre part en essayant d'atténuer la vocation locale de ces institutions. Toutefois, cet élargissement des conditions d'accès est très théorique : l'individu n'est nullement assuré de bénéficier de secours puisque l'admission demeurait largement discrétionnaire[222]. Quant aux secours à domicile, ils restent essentiellement à la charge des bureaux de bienfaisance, que la loi de 1851 ne modifie pas.

63. La IIème République prend par ailleurs deux lois se présentant comme des lois d'assistance mais ayant nettement des justifications de police. Ainsi, la loi du 13 avril 1850 relative à l'assainissement des logements insalubres traduit la naissance de préoccupations hygiénistes dans la lutte contre les épidémies[223]. Médecins, philanthropes et économistes avaient attiré l'attention du législateur, par le biais de nombreux rapports, sur l'importance des questions de salubrité. Aussi, Thiers souligne-t-il, dans son rapport général sur l'assistance, l'intérêt social s'attachant à une amélioration des conditions de logement du prolétariat : « *il est des pays où l'action du logement, combinée avec celle du travail auquel l'ouvrier est habituellement livré, altère à tel point le physique des populations qu'on n'y trouve plus de sujets propres au service militaire. L'humanité jointe à un grand intérêt de l'Etat commande de veiller à cette partie de l'existence de l'ouvrier* »[224]. Le rapporteur préconise le recours à des mesures de police municipale[225] et la reconstuction par l'Etat de certains quartiers populeux. La loi du 3 février 1851 se rattache à cette même préoccupation hygiéniste, en incitant à la création de bains douches gratuits.

64. A côté de ces préoccupations hygiénistes, des considérations moralistes inspirent le vote de différentes lois sociales. Celle du 18 décembre 1850, relative au

---

[220] Loi du 10 janvier 1849, adoptée sur le rapport de DUFAURE, *Exposé des motifs et texte du projet de décret ayant pour objet la réorganisation de l'administration de l'assistance publique dans la ville de Paris*, Compte rendu…, Ass. const., séance du 8 novembre 1848, T.5, pp. 383-385.

[221] Emploi qui s'avérera fondamental par la suite : V. *infra*, 1ère partie, titre 2, chapitre 1, § 156-157 et 2e partie, titre 2, chapitre 2, § 285.

[222] A. de MELUN, *Rapports et projet de loi sur les hôpitaux et les hospices*, Compte rendu…, Ass. Lég., an. add. séance du 21 décembre 1850, T. 11, p. 35 ; V. sur ce point, J. IMBERT, « L'élaboration de la loi hospitalière du 7 août 1851 », *Mélanges Aubin*, 1979, pp. 65 et s. ; M. ROCHAIX, *L'évolution des questions hospitalières*, précit., pp. 162 et s.

[223] Le souvenir des terribles épidémies de choléra de 1832 et 1849 constitua l'une des principales motivations des parlementaires lors de l'adoption de cette loi ; V. sur ce point H. de RIANCEY, *Rapport fait au nom de la commission d'assistance et de prévoyance sur la proposition de M. de Melun relative à l'assainissement des logements insalubres*, Compte rendu…, Ass. lég., an., add. à la séance du 8 décembre 1849, T. 4, p. 30.

[224] THIERS, rapport précité, p. 102.

[225] La loi effectivement votée conférait aux communes le droit de créer des commissions municipales, investies du pouvoir de rechercher et prescrire les mesures indispensables d'assainissement, en indiquant les travaux à entreprendre et au besoin en interdisant leur location, une possibilité d'expropriation intervenant en dernier recours.

mariage des indigents, en témoigne, en instaurant la gratuité des frais d'état civil pour le mariage des indigents et apportant une aide aux mères célibataires abandonnées[226]. Son aspect moralisateur apparaît nettement, puisqu'au nombre de ses finalités se trouve la restauration de l'Eglise dans son rôle de directrice de conscience et le meilleur contrôle par l'Etat de la classe ouvrière. Ainsi, le rapporteur Coquerel souligne la nécessité d'améliorer les mœurs du prolétariat et de « *déraciner ce système de concubinage régularisé,* (...) *d'autant plus menaçant pour la société qu'au fond il constitue une organisation du prolétariat. Tenons pour certain qu'améliorer les mœurs des classes souffrantes sera le plus sûr moyen d'améliorer leur condition* »[227]. D'autres lois traduisent ce souci moralisateur. Ainsi en va-t-il des lois d'assurances du 18 juin et 15 juillet 1850, relatives, la première, à la création d'une caisse nationale de retraites et, la seconde, à l'instauration de sociétés de secours mutuels pour la prise en charge des risques issus de la maladie : leurs fondements reposent clairement sur le souhait d'assurer la liberté de l'individu[228] et de garantir l'ordre[229]. Toutefois, malgré de nombreuses propositions en ce sens[230], le refus de consacrer une intervention financière de l'Etat ou un caractère obligatoire aux cotisations est catégorique. De plus, le maintien d'autorisations préalables et de contrôles, tels qu'ils résultent de la législation antérieure, est confirmé. Comme le note R. Castel, « *les sociétés de secours doivent combattre le paupérisme par la prévoyance, mais à condition qu'elles restent inscrites dans le complexe tutélaire* »[231].

---

[226] La loi tendait à réduire le concubinage, en accordant aux indigents la gratuité de certains frais d'état civil et la prise en charge par des fonctionnaires des formalités de mariage, ainsi qu'à faciliter la reconnaissance des enfants illégitimes.

[227] COQUEREL, rapport précité, p. 74.

[228] Le rapporteur se rattache explicitement à l'article 13 de la Constitution : « *en votant l'article 13 de la Constitution, vous avez imposé à la République des engagements sacrés qu'elle doit avoir hâte de remplir* (...), *ce n'est pas assez pour la République que de proclamer la liberté comme droit absolu ; elle doit s'appliquer à la donner à tous comme faculté réelle* » (FERROUILLAT, *Rapport au nom du comité du travail sur les propositions des citoyens Waldeck Rousseau et Rouveuvre ayant pour objet l'institution de caisses de secours mutuels et de prévoyance*, Compte rendu…, Ass. Const., an., add. 19 février 1949, T. 8, pp. 43-44).

[229] « *La caisse de retraites est une garantie d'ordre et de sécurité pour le pays; elle crée entre l'Etat et l'ouvrier une solidarité, une communauté d'intérêts qui ne peut que profiter à la paix publique.* (...) *L'ouvrier, une fois entré dans cette vaste association, est intéressé pour sa vie entière à l'affermissement de la société. Sa fortune est liée à celle de l'Etat. Or, le jour où l'homme que la misère et les souffrances, exploitées par de criminelles passions, armèrent contre la société, pourra se dire : l'Etat, c'est moi, ce jour-là, soyez en convaincus, citoyens, l'ère des révolutions sera terminée* » (Id., p. 52).

[230] V. par ex., WALDECK-ROUSSEAU, *Proposition ayant pour objet l'établissement de caisses nationales de prévoyance pour les travailleurs*, Compte rendu… Ass. const., séance du 10 juin 1948, T. 1, p. 763, proposant l'institution de caisses de secours financés pour moitié par des fonds publics ; V. également LESTIBOUDOIS, *Exposé des motifs et texte de la proposition tendant à assurer des pensions de retraites aux ouvriers industriels*, Ass. lég., Impression, 28 juin 1849, n°83, cité par M. BORGETTO, précit., p. 332, note 10, qui envisageait une retenue de 1% sur le salaire des ouvriers.

[231] R. CASTEL, précit., p. 253 ; P. ROSANVALLON (précit., p. 170) remarque la préférence donnée par la IIème République au thème de l'assurance : « *la mutualité apparaît* (...) *dans ce contexte comme un moyen de freiner la demande d'Etat et de conjurer ainsi le spectre de la poussée socialiste de 1848. On voit en elle le moyen de régler sur un mode sociologique les problèmes d'assistance qui n'avaient pu trouver auparavant de solution satisfaisante lorsqu'ils étaient exprimés dans les termes du droit ou de la philosophie morale* » ; sur l'histoire de la mutualité : H. HATZFEL, *Du paupérisme à la Sécurité sociale*, A. Colin, 1971 ; V. également *infra* § 284.

Au total, les différentes lois d'assistance votées par l'assemblée républicaine sont loin de se rattacher au seul principe de fraternité. Si celui-ci est constamment invoqué, d'autres préoccupations fondent l'intervention du législateur. Seule exception peut-être, la loi du 22 janvier 1851 sur l'assistance judiciaire[232], entendant venir en aide grâce à la contribution bénévole des auxiliaires de justice « *à tous ceux qu'une indigence réelle met dans l'impossibilité de faire valoir leurs droits devant la justice* »[233], qui semble se fonder exclusivement sur les principes d'égalité et de fraternité. Toutefois, le bureau d'admission à l'assistance qu'elle instaure est investi d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation de la situation de l'indigent, ce qui limite sérieusement les bienfaits que cette loi prétend prodiguer et lui confère un caractère indéniablement paternaliste. Cet aspect paternaliste, caractéristique de la législation sociale de l'époque, se retrouve également sous le Second Empire.

2- La faible législation du Second Empire

65. Le Second Empire marque, dans l'histoire de l'assistance, une période d'« *immobilisme pratiquement complet »*[234], hormis une loi du 5 mai 1869, créant le service des enfants assistés, loi de finances dont l'objet essentiel était de régler le partage des dépenses entre l'Etat, les départements et les communes[235].

Ce silence a son explication dans les idées sociales de Louis Napoléon Bonaparte. Une présentation classique de l'histoire du Second Empire montre une évolution en deux phases successives, opposant l'empire autoritaire à l'empire libéral. Cette mutation politique trouve sa correspondance en matière sociale. Ainsi, *L'extinction du paupérisme*, publié en 1844, fait ressortir l'importance que Louis Napoléon accorde au rôle de l'Etat dans la résolution de la question sociale. Il y développe un programme étatiste réformiste, préconisant notamment la fondation de colonies par les pouvoirs publics, afin de mettre un terme, sur un modèle militaire, à la misère ouvrière[236]. Par la suite, sa conception a évolué et s'est tournée vers les solutions libérales traditionnelles, associant mutualisme et patronage, toujours motivées par un net souci de moralisation et la crainte de cette dissociation sociale qu'il exprimait dans son *Mémoire* : la classe ouvrière est « *comme un peuple d'ilotes au milieu d'un peuple de sybarites. Il faut lui donner une place dans la société et attacher ses intérêts à ceux du sol* »[237].

Dans cette perspective libérale, l'attention de Napoléon III se porte sur le développement des sociétés de secours mutuels. Le décret-loi organique du 28 mars 1852 encourage la création des sociétés de secours mutuels par le maire ou le curé,

---

[232] Sur cette loi, V. : M. BORGETTO, précit., pp. 324 et s.; B. SCHNAPPER, « De la charité à la solidarité: l'assistance judiciaire française (1851-1972) », *Revue d'histoire du droit*, T. 52, 1984, pp. 105 et s.; V. SENENTE, *De l'assistance judiciaire en matière civile et des réformes qu'elle pourrait consacrer*, Thèse Droit Paris, 1898; V. également *infra*, chapitre suivant, § 95.

[233] ROUHER, *Exposé des motifs et projet de loi sur l'assistance judiciaire*, Compte rendu… Ass. lég., an., add. séance du 11 juin 1850, T. 8, p. 90.

[234] J.-P. NEGRIN, « Aide sociale, caractères généraux et décentralisation des compétences », *Jcl Adm.*, fasc. n° 225, 1990.

[235] A. de LAUBADERE, précit., p. 443.

[236] Ph. BRAUD et F. BURDEAU, *Histoire des idées politiques depuis la Révolution*, Montchrestien, 1983, p. 219.

[237] Cité par G. AUBIN et J. BOUVERESSE, précit., p. 157.

les soumet à l'approbation préalable du ministère de l'Intérieur et impose la participation de notables. Ainsi, la commission supérieure d'encouragement et de surveillance de sociétés de secours mutuels, dont le rapporteur est A. de Melun, se félicite, dans son bulletin de 1859, de ces réalisations : « *chacun doit applaudir à la pensée à la fois chrétienne et politique qui a su tirer des associations ouvrières un élément d'ordre, de dignité et de moralisation* »[238]. Tout comme pour les libéraux du début du XIXe siècle, la mutualité se présente à cette époque comme « *une école de moralité, une forme raisonnable de bienfaisance et une amorce de solution au problème social* »[239]. Quant au second volet de la politique sociale du Second Empire, il n'est, là encore, absolument pas novateur puisqu'il repose sur des pratiques de patronage. Cette politique, théorisée par Le Play, conseiller écouté de Napoléon III, tend à conférer au patron un rôle d'autorité morale et à inciter au développement de services sociaux au sein des entreprises[240]. Le Play et son école de pensée insistent notamment sur la nécessité de libérer les hommes de la bureaucratie étatiste et de constituer une classe sociale supérieure, dévouée au bien public, prenant sous son patronage la vie matérielle et morale des familles pauvres[241], permettant de ce fait le règne d'une concorde sociale fondée sur la morale[242].

Ces politiques de prévoyance et de patronage permettent à l'Etat d'échapper à l'institutionnalisation de formes d'assistance en fondant un système d'association entre patron et ouvrier dans lequel, comme le note R. Lafore, « *la société vient se réconcilier avec elle-même tant dans la dimension éthique -la prévoyance s'articule dans la morale de l'effort individuel- qu'aux niveaux politiques -la prévoyance procède de l'auto organisation de la société et se passe de l'Etat- et économiques -la prévoyance est le ressort du "patriotisme d'usine" qui attache les destins individuels au destin de l'entreprise elle-même-* »[243]. Au total, la fin du Second Empire est loin de donner l'aspect d'une législation sociale renouvelée. L'assistance aux indigents repose sur les mêmes principes que sous la monarchie de Juillet, les libéraux n'ayant répondu à la question sociale qu'avec les traditionnels arguments de morale et de relation tutélaire, sans modifier profondément la structure et les principes des institutions d'assistance. La IIIème République s'instaure donc dans un paysage social où tout est à construire, de façon urgente qui plus est, tant s'accentuent, sous le coup de l'organisation ouvrière, les revendications sociales.

§ 2- L'assistance sous la IIIème République, la naissance du droit social

La IIIème République constitue une époque essentielle, au cours de laquelle l'assistance publique moderne est fondée et se voit « *enfin assigner un objet, c'est-à-*

---

[238] Cité par R. CASTEL, précit., p. 254.
[239] H. HATZFELD, précit., p. 205.
[240] Pour une description des politiques de patronage, V. notamment R. CASTEL, précit., pp. 256 et s. ; A. GUESLIN, précit, pp. 159-160.
[241] Ph. BRAUD et F. BURDEAU, précit., p. 115.
[242] V., en ce sens, A. GUESLIN, précit., p. 160 : « *d'un côté, il y a le respect et le dévouement des ouvriers à leur patron ; de l'autre, il y a la protection qu'exerce le patronat. Celui-ci est censé lutter contre les vices et l'imprévoyance des ouvriers* ».
[243] R. LAFORE, « Les trois défis du RMI, à propos de la loi du 1er décembre 1988 », *AJDA*, 1989, p. 566.

dire une idéologie, une configuration, des modalités d'intervention et une clientèle »[244]. Epoque essentielle car elle donne naissance à un concept nouveau, celui de solidarité (I), et à des institutions d'assistance aux indigents (II) qui jettent les bases de notre protection sociale contemporaine.

I- La solidarité, figure républicaine de la cohésion sociale

Le tournant du siècle se caractérise par l'apparition d'un concept nouveau, promis à une riche destinée : celui de solidarité. Trouvant son origine dans la doctrine solidariste, qui le présente comme une réponse radicale et républicaine à la question sociale (A), il constitue le fondement des mesures sociales adoptées sous la IIIème République (B).

A- Le solidarisme, une réponse radicale à la lutte des classes

66. Les débuts de la IIIème République sont marqués par un réel risque de dislocation sociale : le mouvement ouvrier se reconstitue au début des années 1880 et la critique marxiste, selon laquelle l'aliénation économique du prolétariat constitue un fait historique auquel seule la fin de la lutte des classes issue d'une révolution prolétarienne peut mettre un terme, pénètre le champ politique français. Socialisme et syndicalisme prennent leur essor et ouvrent le champ à des revendications sociales affirmées. Or, la réponse politique offerte par le libéralisme, le patronage, ne parvient pas à apprivoiser le conflit entre patrons et ouvriers. La pauvreté apparaît « *insupportable du fait de ses conséquences sociales et sanitaires ainsi que de la remise en cause radicale et violente de l'ordre établi dont est porteur le mouvement ouvrier*, (ceci) *contraignant les pouvoirs publics à intervenir* »[245]. La protection de la République contre les grèves et les risques de guerre civile ainsi que la nécessité de concéder certains avantages au prolétariat afin qu'il s'intègre à l'ordre républicain supposent dès lors d'inventer des voies d'intervention sans remettre totalement en cause l'organisation économique. Cette possibilité est offerte par l'apparition d'une nouvelle doctrine, fondée sur l'idée de solidarité. La découverte de l'idée de solidarité a ainsi été « *une invention stratégique* »[246], destinée à jeter un pont entre les libéraux et une classe ouvrière exsangue et revendicative. La politique de compromis qu'elle a instaurée a permis de tenter des réformes sociales en maintenant une organisation libérale et républicaine. Ainsi, P. Deschanel pouvait-il affirmer que « *chaque réforme est une arme ôtée au socialisme révolutionnaire, chaque jour sans réforme est une chance pour lui* »[247].

La paternité de l'idée reviendrait à P. Leroux, mais le mérite de sa théorisation incombe essentiellement à L. Bourgeois[248]. La doctrine solidariste part

---

[244] Ph. GUMPLOWICZ, « Assistance publique ou bienfaisance privée », *in* A. LION, P. MACLOUF (dir.), *L'insécurité sociale, paupérisation et solidarité*, Les éd. ouvrières, 1982, p. 138
[245] M.-T. JOIN-LAMBERT, *Politiques sociales*, Presses de Sciences-po et Dalloz, 2e éd., 1997, p. 91
[246] Ch. RUBY, « La solidarité et la République », *Regards sur l'actualité*, 1989, n° 54, p. 45.
[247] Id., p. 45.
[248] L. BOURGEOIS, *Solidarité*, paru initialement en 1896, 5e éd. en 1906, rééd. par les Presses universitaires du Septentrion, 1998 ; Sur l'histoire de la formation de l'idée de solidarité : M. BORGETTO, *La notion...*, précit, pp. 350 et s.

du constat d'interdépendance mutuelle existant au sein d'une société, s'inspirant des concepts biologiques décrivant un organisme composé de cellules interdépendantes[249]. Du seul fait qu'il appartient à une entité sociale, l'individu se trouve débiteur de ses semblables. Or, l'analyse montre que tous ne profitent pas semblablement des avantages retirés de la solidarité. La justice commande donc que chacun s'acquitte de sa dette, en vertu d'un quasi-contrat d'association que les individus sont supposés avoir tacitement accepté du seul fait de leur participation à la société. La conséquence de ce postulat est logique : l'obligation de s'acquitter de sa dette se fondant sur la justice et étant justifiée par l'acceptation tacite de répartir également les charges et avantages, le devoir social de solidarité est un strict devoir juridique, devoir qui « *n'est pas une pure obligation de conscience* (mais) *une obligation fondée en droit, à l'exécution de laquelle on ne peut se dérober* »[250], préexistant à l'intervention du législateur mais reconnue et sanctionnée par lui. Cette reconnaissance par l'Etat doit, selon L. Bourgeois, se traduire notamment par l'instauration d'assurances collectives à même de protéger l'individu contre la réalisation de certains risques sociaux.

La doctrine solidariste, par delà les critiques qu'elle a suscitées, présente un grand mérite. Procédant à une « *invention du social* »[251], en en démontrant l'antériorité sur le Politique, elle légitime et assoit l'intervention de l'Etat dans le domaine social, tout en respectant les principes libéraux. Le solidarisme constitue donc indéniablement une doctrine du « *juste milieu* »[252], une « *troisième voie* »[253], entre socialisme et libéralisme. Dans le sens du premier, elle consacre la nécessité d'une intervention étatique et évacue le thème de la charité du discours public. Dans le sens du second, elle permet, par ses implications relativement conservatrices, d'apaiser la lutte des classes sans modifier en profondeur les règles d'organisation et de fonctionnement de la société. Associant devoir social et respect du droit de propriété, la thèse solidariste constitue bel et bien une « *doctrine de conciliation* »[254] qui exerce une profonde influence sur la pensée juridique de l'époque. Il n'est qu'à lire la résolution adoptée par la commission spécialisée de la Chambre des députés le 5 décembre 1902 : « *considérant qu'il est du devoir de la République d'instituer un service public de solidarité sociale* (...) *que le principe de la solidarité sociale inspire et commande deux formes distinctes de réalisation : l'assurance et l'assistance* (...)*, que la conclusion nécessaire de ces prémisses est l'obligation pour tous les membres de la nation de participer aux charges de la solidarité sociale,*

---

[249] L'influence des thèses biologistes et notamment des travaux de Pasteur sur la découverte d'un lien organiciste de solidarité est remarquable et témoigne de l'atmosphère scientiste de la fin du siècle. Dans le même sens, mais pour justifier le refus de toute assistance aux indigents, l'époque voit le début du Darwinisme social, où il est fait application à l'espèce humaine du principe selon lequel le principal facteur de l'évolution réside dans la concurrence vitale et la sélection naturelle. Partant de là, l'Ecole "dure" ou "fataliste" en a conclu qu'en assistant les faibles, on empêchait la sélection naturelle et donc le Progrès, « *la misère* (étant) *appelée à faire disparaître les êtres les moins doués et à opérer un travail de sélection nécessaire à l'avenir de la race, travail par lequel la société s'épure constamment elle-même* » (M.-A. CANITROT, *Du droit au secours, dans quelle mesure il existe en France*, Thèse droit Paris, 1912, p. 15).

[250] L. BOURGEOIS, précit., p. 50.

[251] J. DONZELOT, *L'invention du social, essai sur le déclin des passions politiques*, Fayard, 1984.

[252] M. BORGETTO, précit., p. 374.

[253] J.-M. PONTIER, « De la solidarité nationale », *RDP*, 1983, p. 917.

[254] M. BORGETTO, précit., p. 375.

décide la création, selon ces principes, d'un service public de solidarité sociale »[255], toute la doctrine solidariste y est contenue et les « *linéaments de l'Etat Providence* »[256] ébauchés. Ceux-ci se préciseront au fil des grandes lois sociales de la IIIème République fondées sur la solidarité.

B- La solidarité, fondement des lois sociales

Le principe de solidarité constitue le fondement des mesures sociales édictées sous la IIIème République. Mais, si la conception éthique et altruiste qu'il recouvre joue un rôle essentiel (1), force est de reconnaître la permanence des considérations traditionnelles tirées de préoccupations de maintien de l'ordre (2). Cependant, la richesse de la notion permet de concilier ces deux fondements et d'aboutir à une construction théorique de la solidarité révélant la fonction intégratrice assignée par les républicains à l'ensemble des mesures sociales adoptées (3).

1- La reconnaissance d'un devoir éthique de solidarité

67. Les travaux de M. Borgetto ont mis en lumière le rôle d'une conception éthique et positive de la solidarité dans l'élaboration des lois sociales de la IIIème République. Analysant les travaux parlementaires, l'auteur souligne la référence permanente des députés à ce devoir de solidarité perçu comme s'imposant à la Nation au nom d'un principe de justice et d'une conception de la démocratie fondée sur l'égalité et la fraternité. Une multitude de rapports et discours parlementaires, de projets de lois et résolutions témoignent de cette préoccupation du législateur de justifier et fonder les mesures sociales qu'il adoptait sur ce principe. Il n'est qu'à citer, pour illustrer ce constat, deux exemples parmi de nombreux autres[257] : ainsi, le rapporteur du projet de loi sur l'assistance médicale gratuite affirmant en 1892, « *c'est* (...) *à peu près la moitié de la population française qui est privée de tout service de médecine gratuite* (...) *Un pareil état de choses ne saurait durer. Il froisse non seulement les sentiments charitables des cœurs humains mais aussi les idées de solidarité et de justice qui doivent être les fondements de toute démocratie* »[258]. Ou encore, cet échange de point de vue à l'occasion du débat sur la loi relative à l'assistance aux vieillards, infirmes et incurables, le rapporteur soulignant combien « *l'obligation de venir en aide à ceux que l'âge ou les infirmités mettent hors d'état de subvenir aux premiers besoins de l'existence n'est que l'application ou la consécration légale de cette idée de solidarité sur laquelle doit reposer notre organisation sociale* »[259]. En résumé, comme le souligne M. Borgetto, « *c'est bien sur l'idée de solidarité, et, de manière plus précise, sur le principe politique dérivé de la "découverte" du fait d'interdépendance que le législateur se fonda, au tournant du siècle, sinon pour déduire la nature des différentes solutions techniques*

---

[255] *JO Déb. Parl.*, Ch. députés, séance du 27 mai 1903, p. 1747.
[256] Ch. RUBY, précit., p. 48.
[257] V., pour d'autres illustrations, M. BORGETTO, précit., pp. 426 et s.
[258] E. REY, *Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner (...) le projet de loi sur l'assistance médicale gratuite*, *JO, Doc. Parl.*, Ch. députés, ann. séance du 23 janvier 1892, n° 1899, p. 185.
[259] BIENVENU-MARTIN, *Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner les propositions de loi sur l'assistance aux vieillards, aux infirmes et aux incurables*, *JO, Déb. Parl.*, Ch. députés, séance du 29 mai 1903, p. 1781.

qu'il adopta, du moins pour justifier le principe même de son intervention en la matière »[260]. La nuance déjà apparaît : le fondement tiré d'une conception éthique de la solidarité est loin d'avoir été exclusif.

2- Le caractère non exclusif d'un tel fondement

Le discours politique et juridique tendant à justifier, au début du siècle, la nécessité d'adopter des mesures sociales met clairement en exergue la présence de considérations tirées du maintien de l'ordre et, plus largement, de l'intérêt général s'attachant à l'édiction de celles-ci.

68. L'argument du maintien de l'ordre est notamment au cœur des justifications avancées. Un ordre social et politique, tout d'abord : le thème de la solidarité avait été avancé, dans un contexte politique troublé, pour permettre un apaisement social. Or, ce souci de calmer les revendications politiques par des mesures sociales revient constamment dans les débats parlementaires[261], à l'instar des auteurs d'une proposition de loi sur l'assistance, rappelant à la Chambre que « *les classes pauvres commencent à s'impatienter* (...) *Il serait dangereux, surtout en présence des excitations malsaines dont elles sont l'objet, de persister plus longtemps à leur refuser les satisfactions pratiques et légitimes* »[262], ou d'un député s'alarmant en ces termes : « *que de haines accumule contre notre organisation économique le misérable état du logement ouvrier* (...) *Ce n'est pas de la vertu, c'est de l'héroïsme qu'il faut à l'homme forcé de loger dans ces bouges pour ne pas y contracter la haine de la société* »[263]. Le thème est également utilisé pour justifier la nécessité d'instaurer un régime de prévoyance en matière de retraite, comme le soulignent les propos de nombreux députés, tels Rey et Lachièze, avançant qu'« *aucune réforme ne pourra avoir des conséquences plus heureuses du point de vue de la pacification sociale* »[264] ou Michel, pour qui « *l'urgence et la nécessité de faire les retraites ouvrières et paysannes ne sont plus à démontrer. La société est intéressée autant que l'individu à la réalisation de cette réforme. Ce n'est pas seulement, en effet, c'est aussi et peut-être plus encore une œuvre de préservation sociale* », destinée à instaurer « *l'apaisement social* » et à éviter « *les cataclysmes des révolutions violentes et parfois stériles* »[265]. Dès lors, les lois sociales sont très expressément présentées comme le moyen d'instaurer la paix sociale. Tel est nettement le leitmotiv du même député Rey, interpellant les parlementaires : « *Le malheureux qui, cloué sur son lit de douleur, se voyait abandonné par tous* (...) *pouvait-il se*

---

[260] M. BORGETTO, précit., p. 428.

[261] Le thème fut également repris au cours des discussions parlementaires sur les lois ouvrières, un rapporteur relevant l'opposition de classe entre ouvriers et patronats et proposant, grâce à la codification des législations de droit du travail, de permettre une « *pacification par l'organisation* » (Ch. BENOIST, *Rapport de la commission du travail chargée d'examiner les projets de lois instaurant la codification des lois ouvrières*, *JO, Doc. Parl*., Ch. députés, annexe n° 2262, séance du 22 février 1905).

[262] E. REY, LACHIEZE, *Proposition de loi relative à l'assistance aux vieillards, aux infirmes et aux incurables*, *JO, Doc. Parl.*, Ch. députés, séance du 12 juin 1902, p. 508.

[263] J. SIEGFRIED, *Proposition de loi sur les habitations ouvrières, JO, Doc. Parl*., Ch. députés, ann. séance du 5 mars 1892, p. 535.

[264] E. REY, LACHIEZE, *Proposition de loi ayant pour objet les retraites des travailleurs vieux ou infirmes*, *JO, Doc. Parl*., Ch. députés, ann. n° 1331 , séance du 30 novembre 1903, p. 186.

[265] H. MICHEL, *Proposition de loi tendant à créer une caisse de solidarité nationale en vue de constituer les retraites ouvrières et paysannes*, *JO, Doc. Parl*., Ch. députés, ann. n° 2251, séance du 15 février 1905, p. 302-303.

défendre d'un sentiment d'irritation contre cette société qui le laissait mourir sans secours ? En se sentant désormais protégé, soutenu, ne supportera-t-il pas son sort avec plus de résignation et n'aurons nous pas travaillé à l'apaisement social que chacun désire? »[266].

Mais le souci d'ordre animant les parlementaires se décline également sur un autre champ, celui de la lutte contre une criminalité que la misère est censée favoriser. Ainsi, H. Berthélémy souligne l'existence de « *nécessités positives et inéluctables* »[267] de mesures d'assistance par des considérations d'ordre public. « *La faim est mauvaise conseillère : quand on ne peut l'éviter, il est plus humain et moins coûteux de la satisfaire que de se défendre contre ceux qui en souffrent. Les impôts que nous payons pour que l'assistance soit efficacement distribuée sont le prix de la sécurité que nous gagnons en supprimant, pour quelques malheureux au moins, l'excuse du crime* »[268]. Prenant notamment l'exemple de l'assistance aux enfants et de l'école gratuite, le juriste ajoute : « *élever et instruire les enfants, c'est supprimer des misérables, et, comme l'indigence est le bouillon de culture du crime, on peut ajouter qu'emplir les écoles, c'est vider les prisons* »[269]. La même idée se retrouve sous la plume de M. Beaufreton, pour qui l'Etat, en agissant à l'égard des plus déshérités, remplit sa mission de protecteur de tous, car l'indigence favorise la criminalité : « *à elle seule, la faim suffit à mettre Jean Valjean sous le coup du Code Pénal* »[270] . Le Doyen Hauriou reprend ces justifications, bien qu'il les présente de façon beaucoup plus nuancée. Pour le maître de Toulouse, « *le devoir d'assister est pour la société la contrepartie et la rançon du droit qu'elle a de punir. La société a le droit de punir parce que l'état social est en partie volontaire et que le délinquant, en s'insurgeant contre lui, mérite une punition ; mais elle a le devoir d'assister le malheureux parce que ce même état social est en partie imposé par la force et qu'elle a le devoir de le rendre tolérable* »[271]. Or, l'insuffisance de l'instruction publique empêche la moralisation des démunis et permet de ce fait la propagation du vice au sein de la société. En somme, l'idée que l'indigent non secouru aura tendance à demander « *au crime ce que le travail ne pourra lui donner* » est unanimement partagée, d'où la constatation « *que, dans ce cas, mieux vaut dépenser pour l'assistance, remède préventif, que pour la répression* »[272].

69. A ce souci de maintien de l'ordre s'ajoutent indéniablement des préoccupations de santé et d'hygiène publiques, dont ces dernières étaient déjà des composantes[273]. De telles considérations ont clairement présidé à l'édiction de mesures sociales. Le doyen Hauriou reconnaît la nécessité d'une amélioration des

---

[266] E. REY, *Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner (...) le projet de loi sur l'assistance médicale gratuite*, *JO, Doc. Parl.*, Ch. députés, ann. séance du 23 janvier 1892, n° 1899, p. 186.
[267] H. BERTHELEMY, Préface au *Traité théorique et pratique d'assistance publique*, H. DEROUIN, A. GORY, F. WORMS, 3e éd., 1914, Sirey, vol. I, p. X.
[268] H. BERTHELEMY, Préface au *Traité théorique et pratique d'assistance publique*, H. DEROUIN, A. GORY, F. WORMS, 1e éd., 1900, p. XXX.
[269] H. BERTHELEMY, précit., 1e éd., p. XXIV.
[270] M. BEAUFRETON, *Assistance publique et charité privée*, Girard et Brière, 1911, p. 34.
[271] M. HAURIOU, « Des services d'assistance », *Revue d'économie politique*, 1891, p. 616.
[272] CAUWES, *Cours d'économie politique*, T. 3, p. 628, cité par M.-A. CANITROT, précit., p. 26.
[273] Pour une analyse de la formation de l'Etat hygiéniste, sur le terrain du social mais animé de préoccupations de police : P. ROSANVALLON, *L'Etat providence*, précit., pp. 128-135.

services d'hygiène, car l'insuffisante surveillance des logements ouvriers a pour conséquence de créer des milieux propices aux maladies qui sont autant de foyers d'infection. Ce souci est partagé par le législateur et entraîne l'adoption de la loi sanitaire du 15 février 1902 ainsi que de celles du 12 avril 1906 et du 22 juillet 1912, complétant la loi du 30 novembre 1894 relative aux habitats bon marché. Le développement de ces derniers est perçu par les parlementaires comme un moyen de réduire le nombre de logements insalubres. La préoccupation de santé publique et de lutte contre la propagation de maladies infectieuses est évidente, un commentateur du début du siècle le relevait expressément : « *dans nul autre domaine ne se manifeste avec plus d'éloquence la loi de solidarité sociale. Tout logement surpeuplé constitue un danger pour la cité et contribue à élever dans des proportions redoutables le taux de mortalité* »[274].

70. Mais l'argument tiré de la santé et de l'hygiène publiques rejoint également les justifications tirées de l'intérêt général s'attachant à l'édiction de mesures d'assistance. H. Berthélémy le remarque, une « *assistance administrativement organisée* » correspond à un intérêt général, car il va de l'intérêt personnel de chacun que des hôpitaux existent, « *comme c'est chose utile qu'il existe des chemins, des phares ou des postes* »[275]. Cet argument tiré du caractère d'intérêt général de mesures d'assistance est également avancé par le législateur. Ainsi, le député Constant souligne combien « *il importe* (...) *à la société que les travailleurs* (...) *soient, lorsqu'ils se trouvent arrêtés dans leur activité par la maladie, rendus dans le plus bref délai possible à l'industrie ou à l'agriculture* (...) *Que dirait-on d'une grande usine où l'atelier de réparation ferait défaut ; qui, faute d'avoir à temps entretenu ses outils serait obligée de les remplacer à grand frais ? Le service médical des pauvres, c'est l'atelier de réparation de l'outillage le plus important du travail national, de l'outillage humain* »[276]. Conception utilitariste de l'assistance, certes, mais argument essentiel, comme le rappelle H. Berthélémy selon qui « *une nation est une armée en campagne* ». Or « *l'armée ne peut pas, sans se diminuer, abandonner ses traînards et laisser périr ses blessés* »[277]. D'où l'existence, selon cet auteur, d'une réelle « *obligation sociale dont la prévoyance est la source et dont l'utilité générale est la fin* »[278], relevée, ici encore, par le législateur, pour qui l'absence d'assistance gratuite en matière médicale « *est contraire au bien-être des classes laborieuses et à la paix sociale, non moins qu'aux intérêts économiques et vitaux de la nation* »[279].

71. La lecture des auteurs et des travaux parlementaires du tournant du siècle s'avère particulièrement éclairante. Elle met en lumière l'ambivalence des considérations ayant présidé à l'édiction de l'œuvre sociale de la IIIème République,

---

[274] C. GIDE, *Les institutions de progrès social*, 1912, 4e éd., p. 245.
[275] H. BERTHELEMY, précit., 1e éd., p. XXIX ; 3e éd., p. XIII.
[276] V. A. CONSTANT, *Projet de loi sur l'assistance médicale gratuite*, *JO, Doc. Parl*., Ch. Députés, ann. séance du 5 juin 1890, p. 920.
[277] H. BERTHELEMY, précit., 3e éd., pp. II-III
[278] Id., p. III; l'auteur semble avoir évolué sur ce point, puisqu'en 1900, dans sa préface à la première édition de ce même ouvrage, il rejetait l'existence d'une obligation de l'Etat et n'admettait au plus qu'un caractère de « *nécessité sociale* » (1e éd., p. XXVIII).
[279] E. REY, rapport précité, p. 185, le rapporteur soulignant l'aspect « *pratique et utilitaire* » de l'assistance (p. 187).

où les préoccupations d'ordre et d'intérêt général se révèlent essentielles. M. Borgetto, s'attachant dans sa thèse à démontrer l'importance de la notion de solidarité dans l'adoption de la législation sociale, le reconnaît expressément en soulignant combien est erronée l'idée que « *les nombreux textes élaborés au tournant du siècle dans le domaine de l'assistance et de la prévoyance sociales furent tout entiers motivés par des conceptions purement éthiques ou altruistes ou, ce qui revient au même, furent tout entiers inspirés par le principe de justice ou de solidarité sociales* (...) *Sans qu'il soit question de méconnaître le rôle décisif joué par ce principe dans l'adoption de ces textes, il est clair que ces derniers ne sauraient se ramener à ces seules considérations : d'autres motivations furent à l'œuvre et d'autres justifications furent avancées* »[280]. Toutefois, après avoir admis non seulement l'existence, mais également l'importance du rôle joué par les considérations d'ordre public et d'intérêt général, l'auteur s'attache à réfuter l'hypothèse qu'elles aient pu constituer un « *fondement théorique réel* »[281] aux mesures sociales. Ainsi, si le souci de maintien de l'ordre *lato sensu* s'avère déterminant, cette idée fonctionne moins, selon M. Borgetto, « *comme un principe ou une affirmation première susceptibles de légitimer l'intervention de l'Etat que comme un simple argument supplémentaire, ne visant rien d'autre, en définitive, qu'à étayer la nécessité pratique de celle-ci* »[282]. De même, l'idée tirée de l'existence d'un intérêt général s'attachant à l'édiction de mesures sociales « *fut invoquée par le législateur non pas tant pour fonder directement le principe d'aide et d'assistance que pour renforcer la légitimité dernière de celui-ci*. (Cette idée) *fut conçue, en d'autres termes, non pas tant comme une source originelle que comme un caractère essentiel de ce même principe* »[283]. Considérations surabondantes donc pour M. Borgetto et simples considérations, qui plus est, et non "fondement théorique réel". En effet, l'auteur, établissant une nette distinction entre, d'une part, "motivations" et "buts" et, d'autre part, "fondement", récuse l'idée que ces justifications aient pu fonder les mesures d'assistance, et ne retient pour fondement exclusif de ces dernières que « *l'idée à la fois positive et éthique de solidarité* »[284], c'est-à-dire, en somme, le devoir moral de solidarité théorisé par L. Bourgeois.

La distinction que l'auteur suggère entre "motivation" et "fondement" n'emporte pas l'adhésion. Elle suggère que la première appartient au seul domaine du politique, tandis que la seconde relève du champ juridique. Telle est bien l'idée sous-jacente dans sa thèse, que l'auteur développe expressément dans un ouvrage ultérieur : « *certes, il se peut fort bien que le législateur soit guidé, lorsqu'il crée ou réforme une prestation, par le souci de prévenir d'éventuelles atteintes à l'ordre public : mais il est clair, alors, que ce souci doit s'analyser non pas tant comme le principe ou l'affirmation première susceptibles de légitimer son action que comme une simple motivation ou finalité plus ou moins décisive permettant d'étayer la nécessité pratique de cette dernière* »[285]. La question de savoir pourquoi le maintien

---

[280] M. BORGETTO, précit., p. 421.
[281] Id., p. 424.
[282] Id., p. 425.
[283] Id., p. 425.
[284] Id., p. 426.
[285] M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, Montchrestien, 3e éd., 2000, pp. 29-30.

de l'ordre ne serait pas un fondement des mesures d'assistance reste en suspens, l'auteur, limité par l'objet de ses recherches, n'avait pas à y répondre.

Or, force est de constater qu'il est impossible de le faire. Outre le fait que, tout comme le principe moral de solidarité, il a été constamment invoqué par les parlementaires lors de l'examen des textes d'assistance, le souci de maintenir l'ordre obéit indéniablement à un principe juridique. Il se démarque en ceci de la notion de solidarité, laquelle, n'ayant pas été expressément consacrée par les textes de l'époque, restait un devoir moral et philosophique. Tout comme la solidarité dans l'esprit de la majorité des parlementaires et des juristes du tournant du siècle, le maintien de l'ordre constitue un devoir moral et politique et, au contraire de celle-ci, il constitue déjà à cette époque un principe juridique, conditionnant la notion de police administrative. Or, celle-ci présente encore au début du siècle la particularité de recourir à des procédés indistincts de ceux du service public.

E. Picard a démontré la consubstantialité existant au début du siècle entre les notions de police et de service public. Elle est flagrante chez M. Hauriou, pour qui « *les deux notions s'expliquent l'une par l'autre* (...) *la police est tout autant le but du service public que le service public est le but de la police* »[286], et se retrouve dans la théorie de L. Duguit. Elle est consacrée par la jurisprudence, le Conseil d'Etat ayant admis que, si « *l'assistance et la bienfaisance entrent dans la notion d'affaire de la commune* (...)*, la police municipale comprenant notamment le soin de faire cesser, par des distributions de secours, les accidents et fléaux calamiteux, aucune disposition de règlement n'interdit à un conseil municipal de voter un secours* » à un individu se trouvant dans une situation d'indigence[287]. Le tournant du siècle ne pose nulle barrière étanche entre les deux notions et voit souvent des procédés matériels de prestation s'avérer être des mesures de police. Or, le cas de l'assistance aux indigents est particulièrement typique de cette confusion entre police et service. En effet, note E. Picard, ces mesures « *étaient beaucoup plus* (...) *des moyens de protéger l'ordre libéral que des services rendus dans l'intérêt des prestataires : le mendiant ou l'assisté n'étaient pas aidés pour eux-mêmes ; dans l'activité d'assistance, ce n'était pas la finalité d'assistance qui comptait, ni l'existence de la pauvreté qui fondait la prestation de police ; à la limite, c'était son spectacle et surtout les risques qu'elle comportait pour la propriété. Dans un ordre statutaire qui était censé permettre à chacun de s'enrichir, l'assistance n'était pas conçue comme un moyen de modifier cet ordre bénéfique : elle constituait un procédé destiné à le sauvegarder en palliant ses défaillances anormales et dangereuses* »[288].

On le voit, minorer le rôle de l'ordre public dans l'édiction de mesures sociales procède d'un anachronisme, tant il est vrai que sous la IIIème République, et cela jusqu'aux années trente environ, les mesures de police sont entendues largement, comme pouvant comprendre « *tous les actes accomplis dans l'intention*

---

[286] E. PICARD, *La notion de police administrative*, précit., p. 88 ; M. HAURIOU, note sous CE, 2 février 1901, S.1907, III, p. 1 : « *tout service public doit être motivé par une pensée de police* ».

[287] CE, 26 décembre 1908, *Commune de Labastide Saint Pierre et commune de Rémoray*, Sirey, 1909, III, pp. 81-83, note M. HAURIOU, lequel constate : « *il y a donc des distributions de secours qui sont des mesures de police et il y en a d'autres qui sont des mesures de service* », les dernières étant celles assurées par les établissements publics de bienfaisance.

[288] E. PICARD, précit., T. 2, pp. 788-789.

d'assurer (un) *état d'ordre et de paix intérieur à la cité* »[289], nonobstant le caractère matériel des prestations qu'elles assurent. Est-ce dire que la solidarité ne constitue pas le fondement exclusif des mesures sociales de la IIIème République, et qu'il faille se référer également à la protection de l'ordre public ? La réponse est certainement positive si l'on entend par solidarité le seul principe de devoir moral altruiste inspirant l'action des pouvoirs publics. Elle appelle en revanche une réponse plus nuancée si l'on retient une acception plus large de la solidarité.

3- La solidarité comme voie de cohésion sociale

Une synthèse doctrinale des deux acceptions de la solidarité telles qu'elles prévalent au début du siècle est concevable. En réconciliant son double aspect de fait objectif et de devoir moral et philosophique et en y intégrant les préoccupations utilitaristes, il est possible de soutenir que la solidarité se présente, sous la IIIème République, comme un but permettant d'assurer la cohésion sociale.

72. On le sait, les tenants du solidarisme ont développé une double acception de la notion de solidarité : d'une part, une solidarité de fait entendue comme la dépendance réciproque de divers éléments associés, d'autre part, une notion d'un devoir moral et philosophique à observer. L. Bourgeois a particulièrement étudié le passage de l'une à l'autre : « *tout être qui vit, qui se développe, est une association qu'un double péril menace : si une partie périclite, souffre et meurt, l'équilibre rompt, l'être décline et meurt. Si, par contre, une partie développe son activité de façon excessive ou dans une direction contraire à celle de l'effort commun, l'équilibre commun se rompt encore, l'être se désagrège et meurt* »[290]. Or, pour l'école solidariste, cette loi biologique vaut dans tous les domaines où l'activité de l'homme s'exerce, y compris, et surtout, la vie sociale. De cette conception "organique" de la solidarité, issue du constat de l'interdépendance des êtres, a pu être tiré le fondement de mesures sociales. Ainsi, pour H. Berthélémy, le principe dominant les institutions d'assistance n'est plus la charité, la pitié, la philanthropie ou la fraternité mais bien la solidarité de fait, cette « *conception moins noble, assurément, mais plus efficace en ce qu'elle a pour fin non le soulagement de quelques uns mais l'intérêt de tous. C'est la constatation de l'interdépendance étroite des membres d'un même corps social, autrement dit la notion positive, égoïste, utilitaire de la solidarité* »[291]. En renvoyant à ce constat d'interdépendance, la solidarité intègre les considérations utilitaristes, fondées sur l'ordre et l'utilité générale, en justifiant, au nom de la cohésion et de l'équilibre général de la société, l'intervention des pouvoirs publics à des fins d'assistance. Toutefois, la doctrine solidariste est loin de se résumer à cette seule dimension.

73. En effet, le projet social des républicains repose sur une promotion sociale généralisée résultant de l'effort et du travail de chaque individu[292]. Dans cette optique, il est rigoureusement impossible d'opérer une nette césure entre les

---

[289] E. PICARD, précit., T. 1, p. 415.
[290] L. BOURGEOIS, « L'idée de solidarité et ses conséquences sociales », *Essai d'une philosophie de la solidarité*, précit., pp. 3-4.
[291] H. BERTHELEMY, précit., 3e éd. p. II.
[292] V. en ce sens C. BEC, « Classer les assistés, 1880-1914 », *Cahiers de la recherche sur le travail social*, n° 19, 1990, p. 22.

potentielles implications des notions de solidarité de fait et de devoir de solidarité. Il n'est qu'à citer le rapporteur du projet de loi sur l'assistance médicale gratuite, selon qui l'adoption d'une telle mesure ne fera plus de « *la Nation* (...) *qu'une grande et même famille* (...) *au grand profit de l'harmonie générale non moins que de l'intérêt de la collectivité* »[293] ou le directeur de l'Assistance Publique en 1900, pour qui « *les actes* (de l'Etat en matière sociale) *ne doivent être que l'application de la justice dans l'intérêt social* »[294], pour mesurer l'imbrication des deux. L. Bourgeois lui-même a entrevu les potentialités théoriques que recèle l'idée de solidarité, en soulignant que « *tout être vivant tend à la persistance de l'être ; tout être vivant tend au progrès de l'être ; d'où deux nécessités : celle de la conservation et celle du progrès* ». Et l'auteur d'ajouter « *ce qui est vrai de l'être humain l'est nécessairement de l'association humaine* »[295]. L'analyse *a posteriori* de la fonction assignée alors aux services d'assistance souligne le caractère indissociable des deux acceptions du principe de solidarité, à la fois principe de philosophie politique et morale et constat de l'existence de liens organiques au sein d'une société. En tous points, l'œuvre sociale édifiée par les républicains démontre leur attachement à concilier ces deux préoccupations de conservation et de promotion, grâce à l'organisation d'un système d'assistance et de prévoyance sociales ayant pour fonction l'intégration à l'entité sociale des individus se situant à sa marge. Cette marge à laquelle les indigents se situent constituant une menace pour la conservation de la société et un frein à son développement, le législateur républicain entend la réduire grâce à des mesures sociales fondées sur un souci à la fois humaniste et utilitariste, en un mot sur une justification de solidarité, c'est-à-dire de cohésion.

Cette mission assignée aux lois sociales a été très clairement théorisée par le Doyen Hauriou, qui soulignait combien l'Etat a pour fonction de conserver les similitudes rationnelles du groupe social. Incarnation de l'intérêt général, il dispose de pouvoirs, que le maître de Toulouse qualifie de droits de puissance publique ou droits de police, qui recouvrent une fonction d'intégration politique et sociale et l'existence d'une contrainte. Prenant l'exemple de l'enseignement, M. Hauriou remarque qu'« *instruire les enfants, c'est leur transmettre les similitudes sociales, les vérités* (...) *acceptées ; en tant que ces vérités sont réellement acceptées de tout le monde, il est naturel, utile même, que l'Etat soit chargé de les enseigner, car il représente l'unité politique et il importe à celle-ci que l'unité du groupe social soit fortifiée par celle qu'établira dans les esprits un enseignement uniforme*»[296]. Ce rôle d'intégration assuré par l'Etat, au besoin de façon contraignante, apparaît également dans les services d'assistance où « *la contrainte est sans doute à l'arrière plan mais elle existe quand même dans l'interdiction de la mendicité, qui signifie :* "*ayez des ressources d'existence ou faites-vous inscrire à l'assistance publique, mais ne mendiez pas dans la rue*"*, et qui, d'une certaine façon, contraint à l'assistance* »[297], ou encore dans l'obligation de s'acquitter de contributions aux institutions de prévoyance mises en place.

---

[293] E. REY, rapport précité, p. 187.
[294] Cité par Ph. GUMPLOWICZ, « Assistance publique ou bienfaisance privée », précit., p. 142.
[295] L. BOURGEOIS, *Solidarité*, précit., p. 46.
[296] M. HAURIOU, *Droit administratif et droit public général*, Sirey, 3e éd., 1897, p. 611.
[297] M. HAURIOU , *Précis de Droit administratif*, Sirey, 11e éd., 1927, p. 444.

Mais cette conception d'une assistance et d'une assurance intégratrices, car imposant à son bénéficiaire l'adhésion à l'idéal républicain et aux principes le fondant, trouve également toute sa place dans le discours politique de l'époque. Outre les discours parlementaires déjà cités arguant de la nécessité d'instaurer une assistance pour apaiser les troubles sociaux, un discours comme celui de Millerand est révélateur : « *si l'Etat moderne pratique, comme il le fait à notre époque, une politique sociale dont l'objet immédiat est le mieux être de l'individu* », affirme-t-il, « *il faut que par une réciprocité nécessaire, l'individu, à son tour, apprenne à se dévouer, sans réserve, à la grandeur, à la prospérité de sa patrie. Inspirer à chacun l'esprit d'abnégation, de sacrifice, développer les forces morales ; c'est pour toute société et pour une démocratie plus que pour aucune autre, le premier, le plus impérieux des devoirs* »[298]. Derrière la législation sociale, c'est la question de l'intégration politique et juridique qui apparaît.

Dans ce contexte général, la solidarité sur laquelle se fondent assistance et assurance sous la IIIème République se présente, non plus comme un fait ou un devoir, mais bien, synthèse de cette double nature, comme un but : instaurer des liens sociaux, intégrer les individus et maintenir une cohésion sociale, en suscitant l'adhésion à un pacte social républicain lequel suppose « *que chaque individu ait le devoir de coopérer à l'œuvre commune, au progrès et à l'aisance de tous. La transgression volontaire de ce devoir est légitimement condamnable, l'incapacité à remplir ce devoir justifie l'obligation de l'assistance* »[299]. Or, c'est bien parce qu'ils poursuivent un impératif de cohésion sociale, articulé sur l'idée de solidarité, que les républicains du tournant du siècle procèdent à une stricte délimitation des conditions d'accès à l'assistance.

II- La stricte délimitation des conditions d'accès à l'assistance

74. La politique assistancielle de la IIIème République se caractérise par son refus d'instaurer un traitement global de la pauvreté. « *Si le principe d'une solidarité collective devant la misère parait acquis* », note Ph. Gumplowicz, « *il semble bien que l'on soit décidé à en découdre avec* "*ces terribles parasites*" *irrespectueux du contrat social* »[300]. Les parasites que l'auteur évoque sont au premier rang les mendiants et les vagabonds[301]. Mais, plus généralement, l'époque voit la prolifération d'une littérature témoignant d'une méfiance généralisée à l'égard des pauvres, perçus comme des profiteurs voire des usurpateurs. Que ces écrits émanent de juristes[302] ou de journalistes[303], tous mettent l'accent sur la nécessité d'organiser une assistance rigoureuse et avant tout sélective, réservant son bénéfice au seul « *indigent qui se trouve temporairement ou définitivement dans l'impossibilité*

---

[298] A. MILLERAND, *La politique sociale d'un Etat moderne*, conférence tenue à Gand, cité par D. COCHART, « Démocratie politique, Démocratie sociale », *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, 1989, p. 191.
[299] C. BEC, « Classer les assistés », précit, p. 22.
[300] Ph. GUMPLOWICZ, précit., p. 142.
[301] V. sur ce point *infra*, 1ère partie, titre 2, chapitre 1, § 117 et 119.
[302] V. en ce sens F. CHANTEAU, *Vagabondage et mendicité*, 1899.
[303] Par ex. : L. PAULIAN, *Paris qui mendie*, 1893. Pour une analyse de la littérature de l'époque et de l'extraordinaire méfiance à l'égard des pauvres dont elle rendait compte, V., outre l'article précité de Ph. GUMPLOWICZ, J. DAMON, *Des hommes en trop*, éd. de l'Aube, 1995, pp. 27 et s.

physique de pourvoir aux nécessités de l'existence »[304]. En cela, cette conception de l'assistance se réfère directement à l'intérêt du groupe, qui serait menacé par la mise en place d'une assistance indiscernée. Une sélectivité de l'assistance apparaît nécessaire car « *l'organisme social ne peut se révolter contre l'exploitation de la pitié publique que s'il est établi que ceux qui se livrent à cette exploitation étaient en état de vivre par leurs propres forces. Et quel autre moyen y-a-t-il d'opérer ce triage, sinon celui qui consiste à assurer l'existence des incapables dignes d'excuses ?* (...) *L'utilité générale exige que des précautions soient prises pour supprimer l'indigence imméritée, afin de réprimer l'indigence professionnelle, périlleuse pour la sécurité* »[305]. Le même propos se trouve sous la plume du doyen Hauriou, pour qui « *le péril est dans l'assistance à l'indigent adulte et valide* »[306].

Comment, dès lors, concilier la fonction intégratrice des mesures sociales avec ce refus de prendre en charge de façon indistincte la pauvreté ? Tout simplement en délimitant clairement au sein de la population française la fraction exacte des "ayants-droits", en réponse à la question posée énergiquement par le fondateur de l'Assistance Publique : « *il était parfaitement oiseux de répéter que* "*les secours sont une dette sacrée*" *si nous n'étions prêts à répondre aux questions suivantes : le devoir social du secours naît-il du seul fait de la pauvreté et s'applique-t-il en conséquence à toutes les catégories de pauvres ? Si à cette première question, l'on répond par la négative, quelles sont les catégories de pauvres auxquelles les secours sont dus ?* »[307]. Le terme même d'"ayant-droit" ne doit pas faire illusion : il ne recouvre en aucune façon la reconnaissance d'un droit créance de l'individu. Un tel droit est unanimement refusé par les théoriciens de l'assistance et les juristes[308], au point que l'on préfère évoquer la rencontre de deux devoirs, d'un devoir d'assistance pesant sur l'Etat et d'un devoir d'intégration incombant à l'individu. Il n'est qu'à rappeler les propos de députés de l'époque, pour qui « *la même loi morale, qui prescrit à la société d'assister l'indigent dans ses souffrances et ses besoins, prescrit avec une égale force à l'indigent valide le travail, la prévoyance et l'économie qui seuls peuvent créer des moyens d'assistance. La véritable harmonie sociale résulte ainsi de l'accomplissement d'un double devoir et non de la coexistence d'un droit et d'un devoir* »[309].

75. Si cette opération de sélection dans les critères d'attribution s'est effectuée avec un « *soin obsessionnel* »[310], c'est qu'elle conditionne l'aspect de l'assistance que les républicains entendent instaurer, une aide publique ordonnée sur le principe traditionnel d'incapacité au travail. Le devoir d'assistance pesant sur la société suppose que, « *en retour, les membres qui la composent s'engagent à coopérer à* "*l'œuvre commune, le progrès et l'aisance de tous*". *Par-là même, celui qui se*

---

[304] Résolution adoptée par le 1er Congrès international de l'Assistance Publique, 1900.
[305] H. BERTHELEMY, précit., pp. X-XI.
[306] M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, 1910, p. 711.
[307] H. MONOD, *L'œuvre d'assistance de la IIIème République*, 1909, cité par Ph. GUMPLOWICZ, précit., p. 143.
[308] Sur ce point, V. *infra*, 2e partie, titre 1, chapitre 1, § 193-194.
[309] ROUSSEL et MORVAN, *Proposition de loi ayant pour objet l'organisation de l'assistance médicale dans les campagnes*, Doc. Parl, séance du 9 juillet 1972, ann. 1281.
[310] Ph. GUMPLOWICZ, précit., p. 140.

soustrait à ce pacte social se met hors du réseau d'assistance »[311]. Ce choix dans les bénéficiaires, cette sélection d'une "clientèle" témoigne bien de la fonction intégratrice assignée à l'assistance, tant par son action en direction des invalides que par son inaction à l'encontre des valides, qu'elle renvoie à leurs propres responsabilités. En ce sens, sa préoccupation essentielle est bien la conservation du groupe social et son fondement une solidarité entendue dans une acception large, comme un but au service d'un ordre social républicain à protéger et affermir.

C'est à cette sélection restrictive des bénéficiaires qu'est subordonnée la reconnaissance d'une stricte obligation de secours aux indigents pesant sur les pouvoirs publics. Car, en lui-même, le principe d'une telle obligation ne pose pas de problèmes particuliers et la majorité de la doctrine juridique de l'époque s'accorde à reconnaître l'existence d'un réel devoir de l'Etat d'assurer des secours. Ainsi, pour le Doyen Duguit, « *il ne suffit pas que l'Etat ne porte aucune atteinte par ses lois au libre développement de l'activité individuelle, il faut encore que chacun puisse développer son activité individuelle. Par conséquent, si un individu est sans ressources et dans l'impossibilité de s'en procurer par son travail, parce qu'il est malade, infirme ou vieux, l'Etat doit lui assurer les moyens de se soigner et de se remettre, ou, s'il est incurable, les moyens de subsister. L'Etat doit faire des lois reconnaissant cette obligation et la mettant en œuvre* »[312]. Plus encore, ajoute-t-il, il s'agit d'un « *devoir juridique s'imposant rigoureusement à lui* »[313]. Le Doyen Hauriou ne dit pas autre chose : « *c'est à un véritable devoir, non pas à un vague sentiment d'humanité, que la société obéit* »[314] lorsqu'elle accorde des secours aux indigents.

En ce sens, l'unanimité des deux maîtres fait écho au consensus ayant régné dans les milieux parlementaires et M. Borgetto a démontré les très faibles oppositions de principe à la reconnaissance d'une obligation de l'Etat, au moins en ce qui concerne l'adoption des lois de 1893 sur l'assistance médicale gratuite et de 1905 relative à l'assistance aux vieillards[315]. Très largement acceptée dans son principe, l'obligation de l'Etat est consacrée à travers les différents textes d'assistance aux indigents. A l'instar de la loi 15 juillet 1893, tous affirment le caractère obligatoire de l'organisation du service et des dépenses nécessaires à son fonctionnement et prévoient des procédures d'inscription d'office de celles-ci en cas de carence ou de refus de la collectivité débitrice. Ces principes valent pour toutes

---

[311] Ph. GUMPLOWICZ, précit., p. 143, citant H. MONOD, *L'assistance publique en France de 1899 à 1900*.

[312] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Boccard, 3e éd., 1930, T. 3, p. 675.

[313] Id., p. 686 : « *On ne saurait méconnaître que c'est un devoir juridique s'imposant rigoureusement à un Etat civilisé, d'assurer gratuitement à tous ses nationaux un minimum d'instruction, à tous ceux qui sont en état de travailler la possibilité de se procurer, par un travail suffisamment rémunérateur et n'excédant pas leur force, les moyens de subsistance pour eux et pour leur famille. Enfin, c'est un devoir strict pour l'Etat de donner assistance à ceux qui, à raison de leur âge, de leurs infirmités ou de leurs maladies, sont dans l'impossibilité de travailler ou même d'accomplir un travail suffisamment rémunérateur* ».

[314] M. HAURIOU, « Des services d'assistance », *Revue d'économie politique*, 1891, p. 615. Le Doyen fondait cette obligation de l'Etat sur une idée de réparation : « *si l'humanité seule était en cause, la bienfaisance privée, si ingénieuse, pourrait décharger la société de sa tâche. Mais la société doit assister parce qu'au fond, c'est elle qui est en partie responsable. Si son organisation était meilleure, il n'y aurait sans doute pas autant de pauvres, autant de malades* » (id., p. 615).

[315] M. BORGETTO, *La notion...*, pp. 434 et s.

les autres lois d'assistance, que ce soit celle du 27 juin 1904 sur les enfants assistés, celle du 14 juillet 1905 accordant aux vieillards, infirmes et incurables une pension ou un placement gratuit dans un établissement public, celles des 17 juin et 30 juillet 1913 accordant une allocation aux femmes en couches privées de ressources ou encore celle du 14 juillet 1913 sur l'assistance aux familles nécessiteuses[316]. Quant aux secours à apporter aux valides, il ne saurait en être question. La naissance de la problématique moderne du chômage[317] ne transforme en rien l'idée que seul l'inapte au travail peut être secouru. L'embryon d'indemnisation de l'ouvrier à la recherche d'un emploi est confié aux caisses de chômage syndicales et soumis à des conditions très strictes portant tout à la fois sur les cotisations régulièrement versées et sur la recherche active et contrôlée d'un nouvel emploi[318].

A tous égards, l'œuvre de la IIIème République en matière de secours aux indigents s'avère fondamentale, tant en ce qui concerne les fondements que les modalités des secours à la pauvreté. Introduisant dans le vocabulaire politique et juridique une notion nouvelle destinée à un riche avenir, la solidarité, elle érige sur ce fondement les bases conceptuelles de notre système contemporain de protection sociale. Désormais, « *il s'agira beaucoup moins, pour les pouvoirs publics, de transformer en profondeur les règles régissant l'aide et l'action sociales que de les adapter à l'évolution d'ensemble et, en particulier, à la situation nouvelle créée par l'institution de la Sécurité sociale* »[319]. Ainsi, la réforme du 29 novembre 1953, transformant l'Assistance publique en Aide sociale, n'opère pas un bouleversement des principes fondamentaux, et maintient « *la forme typiquement française de l'Assistance* » qui réside, selon un commentateur de l'époque, « *dans l'existence de conditions particulières justifiant l'intervention des collectivités (vieillesse, infirmité, maladies), et non une assistance purement économique comme elle se pratique notamment dans les pays anglo-saxons* »[320].

CONCLUSION DU CHAPITRE

76. L'histoire de l'assistance aux pauvres peut ainsi être l'objet de deux lectures. Dans la première est mise en exergue la permanence du souci altruiste. Les métamorphoses de cette "attention" envers le pauvre sont ainsi soulignées, de la charité médiévale à la solidarité républicaine, en passant par la fraternité révolutionnaire et la philanthropie libérale. L'accent est mis sur la bienveillance et la

---

[316] Pour un détail de ces mesures : E. ALFANDARI, *Action et aide sociales*, précit., pp. 9 et s ;. M. BORGETTO, précit., p. 452 ; H. DEROUIN, A. GORY, F. WORMS, précit. ; J.-J LEROSIER et M. BASLE, « Les premières lois sociales », *RFAS*, 1981, n° 1, pp. 223 et s.

[317] V. sur ce point Ch. TOPALOV, *Naissance du chômage, 1880-1910*, Albin Michel, 1994.

[318] Il faudra attendre la Première guerre mondiale pour qu'apparaisse une institution publique de chômage, non sans réticences et difficultés, sans pour autant que l'indemnisation des demandeurs d'emploi soit véritablement assurée. Sur tous ces points, V. Ch. DANIEL et C. TUCHSZIRER, *L'Etat face aux chômeurs, l'indemnisation du chômage de 1884 à nos jours*, Flammarion, 1999, pp. 30 et s.

[319] M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., p. 24.

[320] E. RAIN, « La réforme des lois d'assistance », *Rev. adm.*, 1953, p. 350. E. ALFANDARI relève également le caractère peu novateur de cette réforme (*Action et aide sociales*, précit., pp. 12-13).

condamnation de l'inhumanité qui consisterait à laisser l'Autre dans le dénuement. L'impératif moral d'assistance traverse ainsi les siècles. La seconde lecture est plus pessimiste : ce n'est plus le souci du pauvre qui l'emporte, mais le souci causé par ce dernier. L'assistance se justifie alors par les risques de troubles à l'ordre public, de révolution, et la mise en garde de V. Hugo se profile : « *ce qu'il y a de plus éloquent, ce qu'il y a de plus irrésistible, ce qu'il y a de plus terrible pour commencer les révolutions, ce n'est pas M. Thiers signant la protestation des journalistes de 1830, ce n'est pas M. Odilon Barrot agitant les banquets de 1847, ce n'est pas Chateaubriand* (...) *ce n'est pas même Danton, c'est un enfant qui crie à sa mère : j'ai faim* »[321]. L'assistance aux pauvres s'inscrit alors dans une perspective de maintien d'un ordre social existant, de contrôle social et d'intégration : il s'agit avant tout de moraliser, d'intégrer le pauvre et de pacifier les relations sociales, voire de surveiller ou de punir.

Devant ces lectures divergentes, que conclure ? La seule réponse valable repose sur une analyse juridique. Le juriste, étudiant les caractéristiques de la norme adoptée, peut retrouver objectivement les fondements, quelquefois implicites, ayant présidé à l'édiction de celle-ci. Or, l'étude juridique amène la synthèse. Les mesures historiques d'assistance aux pauvres se réfèrent indéniablement à ce sentiment humaniste de sollicitude envers le plus démuni, sans que celui-ci ne constitue une référence exclusive. Si ses avatars, qu'il s'agisse de la charité, de la fraternité, de la philanthropie ou du devoir éthique de solidarité, sont toujours avancés, en faire les fondements exclusifs de la norme assistancielle reviendrait à méconnaître tout à la fois l'esprit et la lettre. L'esprit, tout d'abord, tant il est vrai que des considérations d'ordre public ou d'intérêt général furent avancées à toutes les époques, par-delà les divergences politiques du moment. La lettre, ensuite, tant les textes adoptés traduisirent toujours une volonté de moraliser, de contraindre et de surveiller les bénéficiaires des mesures édictées.

Ce que l'étude de la norme juridique traduit, c'est une recherche historique de cohésion. L'identité de préoccupations, du début du christianisme à la fin de la IIIème République, est flagrante : assurer une cohésion sociale en permettant, par l'édiction de mesures d'assistance, l'intégration des indigents. L'assistance se résume de la sorte en une tentative pour remédier moins à l'insécurité des pauvres qu'à l'insécurité qu'ils représentent pour la société constituée. La seule variante réside en fait dans les substitutions de fondements qui légitiment ces mesures, qui prennent successivement la forme de l'ordre Providentiel sous l'Ancien Régime, l'idéologie du pacte social sous la Révolution, d'une morale bienfaisante et tutélaire au long du XIXe siècle ou d'une certaine acception de la solidarité sous la IIIème République. Au fil des siècles, la cohésion recherchée implique nécessairement la construction d'un ordre social à la fois matériel et intellectuel.

Cet impératif historique de cohésion sociale se retrouve de nos jours, épuré de ses considérations policières, et s'ordonne autour des principes constitutifs d'égalité et de solidarité.

---

[321] Discours écrit pour le 20 février 1851, reproduit *in* « *Les Misérables* », Dossier annexe, document 4, Pocket Classiques, 1998, T. III, p. 323.

CHAPITRE 2

EGALITÉ ET SOLIDARITÉ, LES VOIES ACTUELLES DE LA COHÉSION SOCIALE

> « *On a beau dire que le pauvre jouit, comme le riche, d'une égalité commune aux yeux de la loi, ce n'est là qu'une séduction politique. Ce n'est pas une égalité mentale qu'il faut à l'homme qui a faim ou qui a des besoins*. »
>
> HARMAND DE LA MEUSE, cité par M. LEROY, *Histoire des idées sociales en France*, Gallimard, 1946, p. 277.

77. L'organisation sociale et le droit ont pour but de réagir contre « *la loi de la lutte pour la vie en assistant les faibles* »[1]. Ce que pressentait déjà le Doyen Hauriou en 1891 a été amplifié et développé par la République sociale, au nom d'un impératif de réduction des inégalités sociales[2]. Or, de toutes les formes d'inégalités, celle qui concerne les revenus serait, selon le constat d'un économiste, « *la première des injustices* »[3]. Le droit s'attache à la résolution de cette « injustice » : loin de ne promouvoir qu'une égalité par la règle de droit abstraite et mathématique, il confère au principe d'égalité un contenu plus concret, prenant en compte la situation personnelle de l'individu afin de réduire les inégalités et tendre vers l'égalité réelle[4]. Législateur et juge appréhendent ainsi la pauvreté à travers le prisme de la notion juridique d'égalité et du constat de sa mise à mal par la persistance de réelles inégalités sociales.

---

[1] M. HAURIOU, « Des services d'assistance », *Revue d'économie politique*, 1891, p. 615.

[2] Le terme sous-entend l'idée d'une répartition non uniforme de toutes les sortes d'avantages et de désavantages sur lesquels la société exerce une influence quelconque selon R. GIROD (*Les inégalités sociales*, Que Sais-je ?, PUF, 1993, p. 3) ; pour une présentation des disparités de revenus et des inégalités sociales : M.-T. JOIN-LAMBERT, *Politiques sociales*, 2e éd., Presses de Sciences-Po & Dalloz, 1997, p. 593-598. Entendu de la sorte, le terme d'inégalités sociales inclut la pauvreté, mais la dépasse largement puisque des constats aussi différents que l'inégalité entre les sexes, les disparités géographiques, les discriminations fondées sur l'origine ethnique ou l'espérance de vie peuvent s'y référer

[3] D. CLERC, « Première des injustices, les disparités de revenus », *Le Monde Diplomatique*, juillet 1988, p. 4.

[4] N. BELLOUBET-FRIER, « Le principe d'égalité », *AJDA*, n° spécial, 1998, pp. 152-164 ; J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Travaux de l'Association Henri Capitant, T. XIV, 1961-1962, Dalloz, 1966, p. 345.

Car la cohésion sociale est à ce prix : au XXe siècle, elle est assurée par un effort d'égalisation des conditions reposant sur une conjonction des principes d'égalité et de solidarité et par une certaine abstraction de l'individu : le service public étant ouvert à tous et des mécanismes de redistribution étant instaurés, la République sociale évacue la question juridique de la pauvreté par la promotion globale de l'égalité (*Section 1- La cohésion sociale assurée*). Mais le modèle républicain idéalisé de l'égalité se révèle insuffisant. Devant la menace que fait peser sur la cohésion la persistance d'inégalités sociales, se développent des techniques de différenciation des droits complétant l'égalité par l'égalité des chances, voire substituant l'équité à l'égalité (*Section 2- La cohésion sociale menacée*).

SECTION 1
LA COHÉSION SOCIALE ASSURÉE

Si « *la République n'est pas née sociale, elle l'est devenue, et la constitution de 1946 ne fait que prendre acte de cette réalité, produit d'un long et profond cheminement historique* »[5]. S'appuyant sur des fondements théoriques traditionnels (§ 1), la recherche de cohésion sociale qui caractérise la République sociale se manifeste par différentes techniques juridiques associant les principes d'égalité et de solidarité (§ 2).

§ 1- Les fondements théoriques

« *La belle égalité qui permet à l'homme riche comme à l'homme pauvre de dormir sous les ponts* ». La boutade d'Anatole France ne vaut que par son humour acerbe. Pour le reste, elle traduit peu le contenu du principe d'égalité, tant celui-ci, loin d'être resté purement formel, a toujours revêtu une dimension concrète. En effet, la réduction des inégalités sociales est traditionnellement considérée comme la conséquence de l'affirmation d'une égalité entre les individus et constitue un impératif démocratique fondé sur l'intérêt général (I). Le principe, intrinsèque à la Démocratie sociale, rejoint depuis peu la formulation explicite d'une recherche de cohésion sociale (II).

I- L'intérêt général, ou l'impératif démocratique de réduction des inégalités

78. La Constitution du 4 octobre 1958, tout comme celle de 1946, affirme solennellement le caractère social de la République. L'idée de démocratie sociale est

---

[5] B. MATHIEU, « La République sociale » *La République en droit français*, B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), Economica 1996, p. 175. Quoique M. BORGETTO et R. LAFORE ont démontré combien l'idée sociale est consubstantielle, dans la tradition politique et juridique française, à la formulation de l'idée républicaine (*La République sociale. Contribution à l'étude de la question démocratique en France*, PUF, 2000).

ainsi présentée comme le prolongement de la démocratie politique[6] et consacrée au plus haut niveau de l'ordonnancement juridique[7]. La démocratie sociale se veut, selon G. Burdeau, un « *régime du bien être dans la justice* »[8] dans lequel le droit acquiert une fonction correctrice d'aménagement social. Cette fonction de réduction des inégalités assignée au droit révèle l'existence d'une "conviction" au cœur de la pensée républicaine, selon laquelle la démocratie exige, en complément des principes libéraux, une protection effective des plus faibles.

L'ordre juridique ainsi fondé instaure une conjonction entre les principes d'égalité et de solidarité, comme le révèle le Préambule de 1946. Sans mentionner expressément le principe de solidarité[9], le texte est empreint de références à celui-ci, au point que la solidarité peut être perçue comme « *un cadre permanent d'intervention et de revendication* »[10]. Or, toutes les dispositions du Préambule de 1946 ayant pour objet de traduire l'idée de solidarité se trouvent systématiquement associées à celle d'égalité. Ce qui implique que, dans l'esprit du constituant de 1946, « *la mise en œuvre de la solidarité était indissociable, dans la mesure où elle la postulait et l'impliquait tout à la fois, des mesures d'universalité et d'égalité* »[11]. Ce lien entre les deux principes fondateurs a une double implication. La première est que la solidarité permet l'égalité : la solidarité constitue une « *voie privilégiée pour parvenir à l'égalité* » en ce sens que « *l'égalité, ou une réduction des inégalités, ne peut vraiment être obtenue que par la dépendance acceptée des uns à l'égard des autres, et l'effort réciproque des différentes catégories dans l'intérêt de tous* »[12]. Dès lors s'affirme l'idée d'une égalité minimale obligeant l'Etat à assurer un ensemble de prestations par le biais de services publics. La seconde implication est que la solidarité suppose l'égalité ou, autrement dit, que chacun ait un égal droit à la solidarité. La mise en œuvre du principe de solidarité repose sur celui d'égalité[13] et

---

[6] Telle était bien l'intention des rédacteurs de la Constitution de 1946, comme en témoignent les propos du rapporteur général de la commission de la Constitution : « *il faut essayer d'établir la république démocratique, non seulement dans le domaine politique, mais encore sur le terrain économique et social* », (« Rapport sur le projet de constitution du 9 août 1946 », *Pouvoirs*, n° 76, 1996, p. 8).
V. sur ce point, M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, LGDJ, 3e éd., 2000, p. 33 ; B. MATHIEU, « La République sociale », précit., pp. 175-186 ; R. PELLOUX, « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RDP*, 1947, p. 371.

[7] Malgré la solennité de la proclamation, le Conseil Constitutionnel s'est toutefois refusé à tirer les conséquences juridiques de l'affirmation du caractère social de la République. Il est vrai que ces dispositions n'ont guère été invoquées par les auteurs de saisine ; V. sur ce point X. PRETOT, « Droit constitutionnel social », *Jurisclasseur Administratif*, Fascicule 1443, § 34.

[8] G. BURDEAU, *Traité de science politique*, LGDJ, 1956, T. 6, p. 343.

[9] Réserve faite de l'alinéa 12 où il reçoit une acception relativement étroite puisque restreinte aux circonstances de calamités nationales.

[10] P. RAYMOND, *Solidarité et finances locales*, Thèse Droit, Paris II, 1996, p. 148 ; V. en ce sens la décision du Conseil Constitutionnel n° 96-387 DC du 21 janvier 1997, *Prestation dépendance vieillesse*, *Rec*. p. 23 ; *LPA*, n° 125, 1997, p. 10, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; *RDSS*, 1997, pp. 681-689, chr. X. PRETOT ; *RFDC*, 1997, p. 323, note F. MELIN-SOUCRAMANIEN ; par laquelle le Conseil Constitutionnel considère que l'article 11 du Préambule de 1946 édicte bien une exigence sociale de solidarité nationale.

[11] M. BORGETTO, « Egalité, solidarité... Equité ? », *Le Préambule de la Constitution de 1946, antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 241.

[12] J.-M. PONTIER, « De la solidarité nationale », *RDP*, 1983, pp. 909-910.

[13] En ce sens : B. MATHIEU et M. VERPEAUX, chr., *LPA*, 1997, n°125, p. 12 : « *la solidarité nationale a pour fondement le caractère social de la République et elle implique le respect du principe d'égalité avec lequel elle est indissolublement liée* ». Pour une application jurisprudentielle révélatrice, V. la

la jurisprudence du Conseil Constitutionnel « *fait clairement de l'exigence d'homogénéité de traitement des habitants sur l'ensemble du territoire une exigence constitutionnelle en matière de solidarité nationale* »[14].

En mêlant indissociablement égalité et solidarité, le pacte social traduit en termes juridiques une certaine idée du "vouloir vivre ensemble" et se fonde sur une approche de l'intérêt général transcendant les époques et les clivages politiques. Car le lien entre égalité et solidarité est loin d'être une découverte de l'après-guerre. Il avait déjà été formulé en son temps par M. Hauriou[15] et répond à une conception traditionnelle de l'égalité dans la pensée libérale[16], rénovée par la Démocratie sociale. Tant pour les tenants du libéralisme classique que pour les partisans d'un Etat Providence, l'intervention étatique aux fins de solidarité et d'égalité se justifie : l'Etat doit fournir aux individus un certain nombre de biens de base soit parce qu'ils sont destinés à servir de mécanismes correcteurs des inégalités - Etat Providence -, soit, dans une perspective libérale, parce qu'ils sont considérés comme souhaitables pour la vie en commun. L'utilité commune renvoie ainsi à l'utopie révolutionnaire du bonheur commun, et, « *après avoir été redisposée aux alentours de la fonction sociale de la solidarité par l'idéologie républicaine, elle se trouve de nos jours associée à la notion d'intérêt général. L'intérêt général devient le socle du principe d'égalité* »[17].

C'est en effet sur le fondement de l'intérêt général que se justifie l'intervention sociale, et c'est en son nom que les divergences politiques s'effacent. Dans une optique libérale, « *la transmission et le cumul des inégalités contredit bel et bien l'idéal d'une société ouverte où chacun ne doit qu'à son effort personnel l'amélioration de sa situation. Le risque est alors celui d'une rupture du lien social, sauf à introduire une régulation par la justice sociale qui permette de rétablir l'égalité des chances* »[18]. Dès lors, l'intervention sociale trouve sa justification. Dans une conception plus volontariste, l'intérêt général, dépassant la somme des

---

décision précitée *Prestation dépendance vieillesse* : selon le Conseil, le transfert aux départements de la compétence pour fixer les conditions d'accès à une mesure d'aide sociale n'est possible qu'à la condition que le législateur prévienne la survenance de rupture d'égalité dans l'attribution de cette prestation.

[14] H.-G. HUBRECHT, « Quarante ans après, un Etat garant de la cohésion nationale », *RDP*, 1998, p. 1370.

[15] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 6e éd., 1907, p. 355 : « *la fraternité est l'espèce de solidarité qui unit les hommes considérés comme membre de l'institution d'Etat et qui a pour but de leur assurer des avantages publics sous forme de biens ou de secours* ». C'est « *un élément de l'institution étatique qui remédie aux insuffisances pratiques de l'élément des libertés individuelles et* (...) *des services administratifs* ». En effet, les libertés individuelles sont des possibilités légales données à l'individu de « *courir les risques de la vie* », et les services publics ne sont que « *des limitations de risques ou des facilités de lutte et de concurrence offertes à tous* ». Ils sont donc un correctif au régime d'Etat individualiste, en assurant « *un minimum d'existence à ceux qui ne parviennent pas à réaliser leur vie avec les possibilités qu'il leur a fourni* ».

[16] V., pour une analyse de la pensée libérale, Y. POIRMEUR, « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », *in* G. KOUBI et G. GUGLIELMI (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, La Découverte, 2000, p. 91-114 ; A. TONI, « Le citoyen et le service public local, une approche politique », *in* J.-C. FROMENT et J. SAYAH (dir.), *Le service public local, des impératifs de la modernisation aux exigences de la démocratie*, PU Grenoble, 1998, p. 215.

[17] G. KOUBI, « Vers l'égalité des chances, quelles chances en droit ? », *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, précit., p. 72.

[18] CONSEIL D'ETAT, *L'intérêt général*, Rapport public 1999, *EDCE* n° 50, La D.F., p. 256.

intérêts particuliers, se confond dans un ordre social nécessaire à l'union des individus. Il devient alors le « *principe de légitimation de l'Etat Providence* »[19] et justifie l'intervention de l'Etat dans la sphère des intérêts privés afin de réduire des inégalités menaçant la cohésion sociale. En somme, indépendamment des divergences politiques, « *dans toutes ses applications*, *la notion d'intérêt général remplit une même fonction : l'idée d'intérêt général implique toujours la recherche d'une solidarité sociale, d'un consensus* (...) *Toute société* (...) *repose sur un minimum d'intégration* »[20].

Cette idée d'intégration et de lien social, occultée jusqu'ici par la référence aux seuls principes d'égalité et de solidarité, apparaît expressément à travers la formulation récente de la notion de cohésion sociale.

II- La formulation explicite de la cohésion sociale

Terme nouveau dans le discours politique (A), la cohésion sociale semble en voie de pénétrer le champ juridique et de renouveler ainsi les fondements de l'intervention sociale (B).

A- La naissance d'un thème politique

79. La cohésion sociale est devenue, dans les années quatre-vingt, une notion centrale du discours politique. En dépit de son caractère récent, elle a pris une importance telle que le Commissariat Général au Plan a pu affirmer que « *chaque politique publique, mais aussi chaque décision économique, doit être jaugée à l'aune de ses conséquences sur la cohésion sociale* »[21].

L'assertion permet de relever d'ores et déjà le caractère décisif de la notion dans le discours politique, sans pour autant lever toutes les ambiguïtés la caractérisant : présentée comme une donnée générale évidente pour tous, la cohésion sociale n'est jamais définie précisément[22], ce qui conduit certains à lui prêter « *une définition purement négative* »[23] : En effet, si le discours politique emploie systématiquement ce vocable en lieu et place d'autres plus habituels dans l'histoire et le vocabulaire politique (tels qu'*union nationale*, *paix sociale*, *consensus politique*, *unité nationale*…), il fait silence sur ce qu'elle recouvre positivement. Or, en contrepoint de ce silence, se déverse un flot de menaces apocalyptiques, précisément décrites quant à elles : "fracture sociale", "rupture", "nouvelles

---

[19] F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986, p. 189 ; l'auteur ajoutant plus loin que, « *sur le plan social, l'intérêt général est* (...) *associé à l'idée de solidarité* » (p. 191).

[20] Id., p. 189 ; à noter, toutefois, que le Conseil d'Etat souligne la divergence existant entre ces deux approches quant à la place reconnue à l'Etat. En effet, pour le courant libéral, la mission de l'Etat est plus de protéger la liberté de l'individu, tandis que pour le courant volontariste, ce dernier doit avant tout garantir la souveraineté de la volonté collective (*Rapport public 1999*, précit., p. 261).

[21] COMMISSARIAT GENERAL AU PLAN, *Cohésion sociale et prévention de l'exclusion*, rapport du XIe plan, La D.F., 1993, p. 39.

[22] A cet égard, le rapport précité du Commissariat général au Plan constitue un exemple topique. Il consacre une analyse approfondie aux moyens de restaurer la cohésion sociale sans jamais préciser le sens qu'il confère à la notion.

[23] P. TOLILA, « La cohésion sociale menacée : enquête sur une inquiétante étrangeté », *Le Banquet, revue du CERAP*, 1995, n° 6, pp. 231- 242.

pauvretés", "augmentation des inégalités", "effondrement des valeurs morales", "désintégration de la famille", "exclusion"[24]… C'est donc plus l'absence de cohésion sociale qui est mise en exergue, dans une ambiance alarmiste[25], que le contenu même du concept.

Pourtant, une définition semble possible. La cohésion étant, dans le vocabulaire courant, un ensemble dont les parties sont unies, harmonisées, une force qui unit entre elle les différentes parties d'une substance matérielle, la cohésion sociale peut s'appréhender comme « *cet état minimal mais essentiel d'union nécessaire à l'existence de tout corps social* »[26] dont l'affaiblissement fragilise un pays.

De plus, la lecture des discours politiques montre une précision croissante dans le contenu conféré à ce concept. Il apparaît pour la première fois durant la première cohabitation, le Président de la République se présentant comme le garant de la cohésion sociale[27] et trouve, de façon assez discrète, un premier emploi dans le débat sur le RMI en 1988[28]. Le terme se retrouve par la suite dans des contextes divers[29] jusqu'au discours prononcé par J. Chirac le 17 février 1995 lançant la thématique promise à un grand succès de la "fracture sociale". Dès lors, la menace pesant sur la cohésion sociale est présentée sous un jour médical, comme une maladie ou un accident affectant le corps social[30].

---

[24] En témoigne, à titre d'exemple et parmi de nombreux autres, l'ouvrage de M.-T. JOIN-LAMBERT (précit., p. 64) qui, analysant les « *tendances à l'affaiblissement de la cohésion sociale* », souligne notamment le chômage qui l'affecte « *à la manière d'un cancer* », le vieillissement de la population, l'éclatement de la structure familiale, l'évolution de l'attitude des jeunes, etc.

[25] Comme en attestent certaines unes de journaux, tels que le dossier du *Monde*, 20 avril 1993 : « La cohésion sociale ou le chaos », ou celui d'*Espace social Européen*, 19 février 1993 : « Perdre la cohésion sociale, un risque majeur ».

[26] P. AUVERGNON, *Union européenne et cohésion sociale*, MSHA, 1998, p. 10.

[27] Sans que le terme soit alors nettement distingué de celui de « cohésion nationale » ; V. sur ce point l'interprétation faite par F. Mitterrand des attributions présidentielles issues de l'article 5 de la Constitution *in* F. LUCHAIRE et G. CONAC, *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, Economica, 1989, p. 55 et *Pouvoirs*, n° 38, chr. constitutionnelle française, p. 191.

[28] L'exposé des motifs du projet de loi se concluait en effet par l'affirmation selon laquelle le RMI est « *un dispositif de grande ampleur, nécessaire à la cohésion sociale du pays* ».

[29] Ainsi une déclaration du Président de la République F. Mitterrand affirmant que « *la cohésion sociale serait menacée si l'on ne cherche pas à défendre l'intérêt de ces millions de gens qui sont considérés comme des petites gens, les salariés modestes mais aussi ceux qui ne sont pas salariés et qui sont à la limite de l'exclusion* » (*L'heure de vérité*, Antenne 2, 25 octobre 1993), ou du ministre de la Culture J. Toubon soulignant que « *la culture, dans un environnement extrêmement difficile où la cohésion sociale peut chanceler, doit retrouver son rôle de creuset où se forgent l'intégration et le progrès* » *Le Monde*, 13 janvier 1994.

[30] En témoignent les propos du secrétaire d'Etat à l'Action humanitaire d'urgence devant l'Assemblée nationale, X. EMMANUELLI : « *si, en médecine, la fracture est désignée comme une lésion osseuse formée par une solution de continuité avec ou sans déplacement de fragments, dans tous les cas elle est d'abord une souffrance. A ce titre, je trouve l'analogie appliquée au domaine social terriblement parlante, car tout y est : la lésion, qui est une blessure touchant l'os, élément constitutif de la charpente, du squelette, lequel nous fait tenir debout, et constitue le fondement anatomique de l'identité et de l'autonomie de l'homme. S'il y a une solution de continuité, c'est ce fondement même qui est atteint* », 15 avril 1997, 2e séance, *J.O Déb. A.N.*, 16 avril 1997, p. 2463 ; pour une analyse de l'emploi du terme de fracture sociale : J.-M. BELORGEY, « La fracture sociale : le mot et la chose ou du slogan au concept », *Recherche sociale*, n° 146, 1998, pp. 3 et s.

En 1997, la discussion d'un projet de loi d'orientation dénommé de façon significative « *renforcement de la cohésion sociale* » permet encore d'en clarifier le sens. Le Premier Ministre affirmant alors que la France doit demeurer « *une nation rassemblée en une communauté solidaire* », « *l'idéal républicain dessin*(ant) *le cadre qui nous permettra de restaurer notre cohésion sociale et nationale* »[31]. Le projet de loi, déposé en vertu du rôle de « *garant du lien social* » tenu par l'Etat[32], disposait en son article 1er que « *la lutte contre les exclusions sociales constitue un impératif national* »[33], les travaux parlementaires soulignant l'urgence et la nécessité de lutter contre « *l'apartheid social* »[34] que la montée de la pauvreté et de l'exclusion avait entraîné. De même, le Ministre du travail et des Affaires Sociales soulignait combien « *outre la fraternité, la cohésion sociale assure aussi la stabilité de la société. En agissant ainsi, nous consolidons donc notre communauté nationale, nous construisons une communauté plus solide à l'abri des déchirures sociales* »[35]. Un an plus tard, son successeur, bien que de sensibilité politique opposée, reprenait sensiblement la même analyse : « *la cohésion sociale repose sur l'adhésion collective à une communauté de valeurs et de destin.* (...) *C'est la République qui nous unit en une même volonté de vivre ensemble. Elle demeure* (...) *le fondement de l'égalité des chances et la base de l'intégration* »[36].

Le lien établi par les responsables gouvernementaux entre cohésion et principes républicains est significatif : la cohésion sociale recouvre à la fois l'adhésion à l'idéal républicain et sa mise en œuvre concrète, par des mesures de solidarité tendant à assurer l'égalité, le tout dans une perspective d'intégration. La cohésion sociale est donc consubstantielle au triptyque républicain[37]. En ce sens, elle s'impose comme le dernier avatar de la solidarité, reprenant et associant ses deux éléments constitutifs : un impératif de conservation du lien social, d'intégration sociale, et un élément affectif, une foi commune dans les principes fondateurs de la République, les deux se confortant mutuellement. A ce titre, la définition retenue par le Commissariat général au Plan s'avère exacte, lorsqu'il voit dans la cohésion sociale « *l'ensemble des processus sociaux qui contribuent à ce que les individus aient le sentiment d'appartenir à une même communauté et se sentent reconnus comme appartenant à cette communauté.* "*Appartenance*" *et* "*reconnaissance*" *renvoient tout à la fois à des valeurs partagées et à une communauté d'intérêts et fondent l'adhésion aux normes et règles du jeu de la communauté, ainsi que leur respect* »[38].

---

[31] A. JUPPE, 15 avril 1997, 2e séance, *J.O Déb. A.N.*, 16 avril 1997, p. 2457.
[32] A. JUPPE, id., p. 2459.
[33] « *Fondé sur le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains* » ; sur ce point, V. *infra*, 2e partie, titre 2, chapitre 1, § 259-260.
[34] Ch. DUPUY, 16 avril 1997, 2e séance, *J.O Déb. A.N.*, 17 avril 1997, p. 2562.
[35] J. BARROT, 15 avril 1997, 2e séance, *J.O Déb. A.N.*, 16 avril 1997, p. 2462.
[36] M. AUBRY, 5 mai 1998, 2e séance, *J.O Déb. A.N.*, 6 mai 1998, p. 3401.
[37] Comme en témoigne la définition d'un député à l'Assemblé : « *une vraie cohésion sociale devrait recouvrir un sentiment fort d'appartenir à une communauté d'êtres humains responsables de la marche en avant de chacun, sans laisser personne sur le bord du chemin.* (...) *Cette vraie cohésion sociale est tissée par des liens véritables de liberté, d'égalité et de fraternité* » (B. ISAAC-SIBILLE, 5 mai 1998, 2e séance, *J.O Déb. A.N.*, 6 mai 1998, p. 3427).
[38] COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU PLAN, *Cohésion sociale et territoires*, La D.F., 1997, p. 16.

Or, la pauvreté constitue une menace indiscutable pour la cohésion sociale. L'idée est constamment avancée, tant par le législateur[39] que par les commissions administratives[40] ou les analystes contemporains[41]. Le constat d'une précarité et d'inégalités ayant pris une ampleur et une visibilité telles qu'elles ne permettent plus de les considérer comme transitoires et marginales fait juger indispensable l'intervention des pouvoirs publics. Le consensus politique est, sur ce point, remarquable : les interventions des députés de droite[42] comme de gauche[43] au cours de la discussion sur le projet de loi de 1997 se répondent parfaitement. Quelle que soit la majorité politique, le maintien de la cohésion sociale constitue un fondement à l'intervention publique dans la lutte contre la pauvreté. Les mesures prises en ce sens permettent de dégager un contenu juridique à ce concept politique.

B- La cristallisation d'une notion juridique

Concept nouveau en politique, la cohésion sociale a reçu une traduction juridique dans deux champs différents : d'une part, au niveau communautaire où elle fonde l'action européenne de lutte contre la pauvreté, d'autre part, dans le cadre national, où la cohésion sociale est présentée comme consubstantielle à l'action du service public.

1- Cohésion sociale et action communautaire de lutte contre la pauvreté

80. Le terme de cohésion sociale est fréquemment employé dans le vocabulaire européen. Il se retrouve, sous cette forme ou sa variante de « *cohésion économique et sociale* » dans différents textes fondateurs européens. Ainsi, le Traité instituant l'Union européenne a introduit, aux articles 130A à 130, un titre intitulé « *Cohésion économique et sociale* » selon lequel la communauté développe une action tendant au renforcement de sa cohésion, en réduisant notamment l'écart entre les niveaux de développement des diverses régions[44]. L'application de cet article est certes

---

[39] V. en ce sens l'exposé des motifs du projet de loi d'orientation relatif à la lutte contre les exclusions : « *les phénomènes de précarité et d'exclusion touchent un nombre de plus en plus grand de personnes dans notre pays. Le lien social et la cohésion de la société sont menacés* ».

[40] V., par exemple, le rapport précité *Cohésion sociale et territoires*, p. 15.

[41] V., parmi d'autres, J.-P. FITOUSSI, P. ROSANVALLON, lesquels constatent que « *ce sont ainsi les principes d'égalité, dont l'intuition fait penser qu'ils sont essentiels à la cohésion sociale, qui se trouvent radicalement remis en cause par la multiplication des inégalités complexes* » (*Le nouvel âge des inégalités*, Le Seuil, 1996, p. 96).

[42] Ainsi, selon Ch. DUPUY, « *l'Etat, en s'attachant à réduire la fracture sociale et à lutter contre l'exclusion des éléments les plus fragiles de la population, remplit sa mission première.* (...) *Lorsqu'il recentre ses efforts sur ses fonctions régaliennes de sécurité, de justice, de défense et de solidarité, il retrouve toute sa justification, toute son utilité, toute sa nécessité* » (16 avril 1997, 2e séance, *J.O Déb. A.N.*, 17 avril 1997, p. 2562).

[43] Dans un sens identique, V. l'intervention de S. JANQUIN : « *la fracture sociale, c'est cette béance qui fait que deux continents, celui des protégés et celui des exclus, s'éloignent l'un de l'autre et rompent le pacte social fondateur de l'unité nationale. C'est dire s'il faut des moyens considérables et une volonté à toute épreuve pour réduire cette fracture là. C'est une ambition qui doit entraîner toutes les composantes de la Nation, plan Marshall pour resolidariser vainqueurs et vaincus* » (15 avril 1997, 2e séance, *J.O Déb. A.N.*, 16 avril 1997, p. 2475).

[44] V. l'interprétation en ce sens de l'objectif de cohésion sociale faite par la Commission européenne, *Premier rapport sur la cohésion économique et sociale*, Office des publications des CE, Luxembourg, 1996, p. 13.

restrictive, car réduite à l'utilisation de fonds structurels[45]. Cependant, selon certains auteurs « *le concept pourrait* (...) *être interprété plus largement que dans son acception habituellement reconnue de politique correctrice des écarts régionaux. En ce sens, la cohésion économique et sociale serait plutôt l'expression d'un principe de solidarité européenne* »[46]. De même, l'article B du Préambule du traité sur l'Union européenne dispose que cette dernière se donne pour objectif « *de promouvoir un progrès économique et social équilibré et durable notamment par* (...) *le renforcement de la cohésion économique et sociale* ». La cohésion sociale devient également un « *principe* » de la Communauté par son introduction dans les articles 2 (*Missions de la Communauté*) et 3 (*Action de la communauté*). De même, l'article 7 D du Traité d'Amsterdam mentionne la « *cohésion sociale et territoriale* » en se référant à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale. Dans ce cadre, la cohésion sociale recouvre la « *volonté d'assurer à terme une réduction significative de la précarité et des inégalités (égalisation) dans les conditions de vie et de travail ; une meilleure redistribution des revenus et des richesses, une plus grande solidarité, le tout dans un contexte de progrès social généralisé (...)* »[47]. La référence à la notion de cohésion sociale et territoriale servirait ainsi de fondement à une double intervention : d'une part, une telle référence pourrait justifier l'action menée par la Communauté contre la pauvreté : depuis 1970, des programmes de lutte contre la pauvreté au niveau européen se succèdent[48]. Le programme « *Pauvreté 1* », lancé en 1975, prévoyait une série d'études sur la pauvreté et la réalisation de projets pilotes dans des zones défavorisées. Il a été développé par celui dit « *Pauvreté 2* », lequel

---

[45] Sur l'utilisation des fonds structurels et l'objectif de cohésion : R. LAFORE, « Objectif de cohésion et interventions structurelles » *in* P. AUVERGNON (dir.),*Union européenne et cohésion sociale*, MSHA, 1998, pp. 184-207.

[46] M. DISPERSYN, « La cohésion sociale après le traité d'Amsterdam », *Union européenne et cohésion sociale*, précit., p. 17 ; E. VOGEL-POLSKY, « De la dimension sociale du marché intérieur à une véritable cohésion économique et sociale », *Quel avenir pour l'Europe sociale: 1992 et après?*, Bruxelles, Ciaco, 1992, pp. 83-84 et 94-96. La même idée se retrouve chez R. LAFORE : « *la cohésion économique et sociale fait donc participer l'Union européenne à l'une des fonctions centrales des entités étatiques : l'intégration des espaces et des populations dans un ensemble homogène, et ce, au travers de mécanismes de redistribution impliquant un minimum de solidarité entre Etats membres* » (« Objectif de cohésion et interventions structurelles », *Union européenne et cohésion sociale*, précit., p. 207).

[47] N. HANTALI, « L'harmonisation des législations au service de la cohésion sociale », *Union européenne et cohésion sociale*, précit., p. 51. L'auteur ajoute que, dans une conception plus restrictive, envisagée sous l'angle de la technique législative, la cohésion sociale suggère « *la nécessité de prendre en compte, pour chaque politique ou mesure envisagée, les aspects ou leurs répercussions en matière sociale afin de contribuer au progrès équilibré des aspects économiques et sociaux* (...) *de la construction européenne* » (id., p. 52). Le concept de cohésion sociale peut donc non seulement traduire un véritable objectif à atteindre mais aussi renvoyer à une méthode d'élaboration ou de mise en oeuvre des politiques économiques, ces deux aspects étant tout à fait complémentaires.

[48] Sur l'action communautaire de lutte contre la pauvreté : M. BADEL, « Union européenne et exclusion sociale », *Union européenne et cohésion sociale*, précit., pp. 103-120 ; F. EUVRARD et A. PRELIS, « La lutte contre la pauvreté dans la construction européenne », *Recherches et prévisions*, 1994, n° 38, pp. 113-124 ; R. HEIKINNEN, I. RADESTAD et A. REVIRIEGO-NAVARRO, « European social policy », *in* « La lutte contre le chômage et l'exclusion : nouvelles formes d'intégration sociale », *Collegium, nouvelles du Conseil de l'Europe*, n° 13, XI, 1998, pp. 52-59 ; Ph. ICARD, « La communautarisation de la pauvreté » *in* D. GROS et S. DION-LOYE (dir.), *La pauvreté saisie par le droit*, Revue *Le genre humain*, Le Seuil, à paraître.

reprenait ses grands axes[49]. Un Fonds européen de développement régional est crée à cette époque pour venir en aide aux régions défavorisées, en déclin ou en sous développement et le Fonds social européen, existant depuis 1958, se voit attribuer pour objectif prioritaire la lutte contre le chômage des catégories les plus démunies. « *Pauvreté 3* », réalisé de 1989 à 1994 se présentait comme un programme communautaire plus ambitieux d'intégration économique et sociale des groupes les moins favorisés. Enfin, un nouveau plan, proposé en septembre 1993 se veut être un « *programme d'action à moyen terme de lutte contre l'exclusion et de promotion de la solidarité* »[50]. L'objectif de cohésion sociale apparaît de façon évidente dans ces actions structurelles intentées par la Communauté, visant à réduire, par l'intervention de fonds régionaux, les inégalités et les disparités de revenus et de conditions de vie entre différentes régions[51]. D'autre part, la référence à la notion de cohésion sociale et territoriale permettrait de justifier le développement de services d'intérêt économique général, caractérisés par une exigence d'accessibilité de tous à ces services, quelles que soient les conditions sociales[52]. Ce qui rejoint sensiblement le lien établi, en droit interne entre cohésion sociale et service public.

2- Cohésion sociale et action du service public : le nouveau visage de l'intérêt général

81. Le lien entre service public et cohésion sociale est fréquemment souligné, le premier étant analysé comme le garant de la seconde. Ainsi, B. Stirn voit dans le service public une « *une notion juridique forte parce qu'elle constitue un des moteurs de la cohésion nationale* »[53]. De même, le rapport présenté par R. Denoix de Saint Marc souligne la double finalité des services publics, lesquels sont « *fondamentalement* (...) *faits pour satisfaire leurs utilisateurs et pour assurer en même temps la cohésion sociale. Leurs modalités concrètes d'organisation sont*

---

[49] Pour une présentation des réalisations entreprises au cours du programme « Pauvreté 2 » : *Rapport final du second programme de lutte contre la pauvreté, 1985-1989*, Commission des Communautés Européennes, 13 février 1991, ref. COM (91)29 fin. ; F. EUVRARD, « Le second programme européen de lutte contre la pauvreté », *Revue de l'UNIOPS, Union Sociale*, n° 13, février 1986.

[50] Ces quatre programmes s'insèrent au sein de nombreux avis, recommandations et déclarations, analysés de façon exhaustive par M. BADEL (« Union européenne et exclusion sociale », précit., p. 105) qui développe une analyse des fondements et de l'efficacité de la politique menée par l'Union Européenne, au terme de laquelle il ressort, non seulement que la lutte contre l'exclusion fait partie des compétences de la Communauté européenne (ce que le Traité de Nice a entériné, en affirmant que « *la communauté soutient et complète l'action des Etats membres dans le domaine de la lutte contre l'exclusion sociale*), mais, de surcroît, que son bilan est loin d'être aussi faible que ce qui a pu être pensé. V. également sur les politiques communautaires de lutte contre la pauvreté et l'exclusion : « Europe sociale et lutte contre l'exclusion sociale », *RFAS*, 2000, pp. 464-465 ; M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., pp. 40-43 et la bibliographie à laquelle ces auteurs renvoient.

[51] Sur ce point : A. LE ROY, « La cohésion économique et sociale : un nouveau modèle de politique communautaire », *Revue du marché commun de l'Union Européenne*, n° 429, 1999, pp. 383-393 ; J.-B. MORLOT, *Cohésion économique et sociale et politique régionale*, Centre européen universitaire de Nancy, 1990.

[52] V. sur ce point V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Services d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et territoriale », *AJDA*, 1999, pp. 959-964. A cet égard, il convient de souligner le lien établi par l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne entre l'accès aux services d'intérêt économique général et la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union.

[53] B. STIRN, « La conception française du service public », *CJEG*, n° 489, 1993, p. 299.

subordonnées à cette double exigence »[54]. Dans le même sens, P. Strobel constate que « *le service public agit* (...) *au nom des besoins collectifs et du bien public, et en premier lieu de la cohésion sociale* »[55]. L'analyse est reprise par B. Toulemonde pour le cas particulier de l'école, dont la nature de service public lui donne « *pour mission de contribuer à la cohésion sociale* »[56] et par R. Lafore pour ce qui concerne les services publics sociaux, lesquels ont « *reçu mission, sinon de produire la cohésion sociale, à tout le moins d'en réparer les accrocs et les dysfonctionnements les plus criants* »[57]. Enfin, S. Decreton s'interroge : « *doit-on voir dans le service public un principe axiologique de la cohésion sociale : la fidélité aux principes fondamentaux de notre tradition républicaine y répond d'elle-même, tant cette notion est nourrie de pratiques constitutives d'unité nationale* »[58].

A la fois moteur et instrument de la cohésion sociale, le service public est donc présenté par de nombreux auteurs comme ayant pour but le maintien ou la restauration de cette dernière. La rédaction de la loi du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, traduit fidèlement cette nouvelle orientation en affirmant que « *le service public de l'électricité a pour objet de garantir l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national, dans le respect de l'intérêt général* (...) *Il concourt à la cohésion sociale, en assurant le droit à l'électricité pour tous, à la lutte contre les exclusions* »[59]. A la lumière de ces affirmations doctrinales et législative, la tentation devient forte d'associer cohésion sociale et intérêt général, but traditionnel de l'activité de service public. C'est ainsi, selon certains, la cohésion sociale qui justifie l'intervention des services publics et un Commissaire du Gouvernement peut affirmer, compte-tenu des « *profondes fractures qui divisent aujourd'hui, plus qu'en 1985, la société française* (...)*, admettre en 1997 qu'est d'intérêt général tout ce qui contribue à affermir ou rétablir le lien social ne* (...) *paraît pas déraisonnable* » [60].

---

[54] R. DENOIX DE SAINT MARC, *Le service public*, Rapport au Premier Ministre, La D.F., 1996, p. 49.

[55] P. STROBEL, « Services publics et cohésion sociale », *Actions solidarité SNCF, analyses et initiatives*, 1997, p. 11.

[56] B. TOULEMONDE, « L'enseignement et la cohésion sociale: un système en panne? », *in* S. DECRETON (dir.), *Service public et lien social*, L'Harmattan, 1999, pp. 343-367, spéc. p. 367.

[57] R. LAFORE, « Services publics sociaux et cohésion sociale », *Service public et lien social*, précit., p. 369.

[58] S. DECRETON, *Service public et lien social*, précit., p. 14 ; dans le même sens, le Commissariat général au Plan affirme que « *les grands principes qui ont fondé les règles de fonctionnement du service public* (…) *sont des conditions nécessaires au maintien de la cohésion sociale* » (*Cohésion sociale et prévention de l'exclusion*, rapport précité, p. 53).

[59] Article 1er de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *J.O.* 11 février 2000, p. 2143. L'article 2 précise les moyens par lesquels EDF concourt à la cohésion sociale, notamment grâce à la péréquation géographique des tarifs et au maintien du courant en faveur des personnes en situation de précarité (« *La mission de fourniture d'électricité consiste à assurer sur l'ensemble du territoire* (...) *la fourniture d'électricité aux clients qui ne sont pas éligibles au sens de l'article 22 de la présente loi, en concourant à la cohésion sociale, au moyen de la péréquation géographique nationale des tarifs, de la garantie de maintien temporaire de la fourniture d'électricité instituée par l'article 43-5 de la loi no 88-1088 du 1er décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion et du dispositif institué en faveur des personnes en situation de précarité par l'article 43-6 de la même loi* (...) ». Sur ce point, V. ce chapitre, *infra*, § 85 et 102-103.

[60] P. H. STAHL, Concl. sur CE, S., 29 décembre 1997, *Communes de Gennevilliers et de Nanterre*, *RFDA*, 1998, p. 542.

Est-il dès lors possible de voir dans la cohésion sociale un nouveau visage de l'intérêt général ? La réponse est certainement positive sur le plan politique et administratif, où elle intervient comme un fondement des politiques de réduction des inégalités. Elle est plus nuancée sur le plan juridique, même si son emploi dans les textes européens et l'analyse contemporaine du service public tendent à dessiner les contours d'une notion juridique en voie de cristallisation. A la recherche de cohésion sociale, la République fonde donc sa légitimité sur le lien théorique établi entre égalité et solidarité, lien que différentes techniques juridiques mettent en œuvre.

§ 2- Les techniques juridiques

82. Fondée sur la conjonction des principes d'égalité et de solidarité, la cohésion républicaine repose traditionnellement sur une volonté de réduction globale des inégalités grâce à des mécanismes complémentaires tendant à assurer à la fois la solidarité par l'égalité (I) et l'égalité par la solidarité (II).

I- La solidarité par l'égalité

La première technique de réduction des inégalités sociales repose sur une certaine conception du principe d'égalité tendant à ce que, au nom de la cohésion ou de l'intérêt général, chacun soit traité de façon identique. Il ne s'agit pas, en somme, de s'occuper des plus pauvres mais de s'occuper de tous. En un mot, la République sociale occulte la pauvreté par le souci d'égale promotion de tous et le pacte républicain repose sur l'idée que « *mieux vaut amener chacun au niveau de tous, plutôt que d'enregistrer comme un fait acquis l'incapacité de certains à atteindre ce niveau par leurs propres moyens* »[61]. Ainsi se justifie traditionnellement la gratuité des services publics (A) ou, plus récemment, la péréquation tarifaire (B) : instaurer une égalité réelle entre les usagers en dispensant chacun de l'acquittement réel du service, afin d'assurer de la sorte une solidarité au profit de ceux qui ne pourraient accéder au service si celui-ci s'avérait payant ou trop onéreux.

A- La gratuité des services, technique de réalisation de l'égalité réelle ?

83. L'idée que des services publics gratuits et ouverts à tous constituent le meilleur moyen de réduire les inégalités d'accès et d'assurer la solidarité est ancienne. Elle a été développée en son temps par le Doyen Hauriou, pour qui le service public doit être rendu « *à tous les habitants du pays considérés individuellement d'une façon égale* ». En effet, l'égalité est « *la grande raison d'être de l'organisation des services publics* »[62]. Or, celle-ci n'est assurée, selon l'auteur, que si les prestations offertes sont gratuites. La gratuité crée l'égalité en permettant l'accès à tous, nonobstant les différences de situation financière. Le Doyen insiste tout particulièrement sur cette idée : « *le service public contient au profit des habitants pauvres une forte dose d'assistance, car* (...) *les gros contribuables*

---

[61] D. TRUCHET, « La dualité égalité et équité dans le service public », *in* Th. LAMBERT (dir.), *Egalité et équité, antagonisme ou complémentarité ?*, Economica, 1999, p. 86.
[62] M. HAURIOU, *Précis*, Sirey, 9e éd., pp. 45 et s.

entretiennent le service au profit des petits »[63], et *a fortiori* des non-contribuables. Ce constat se retrouve dans la doctrine contemporaine. Ainsi, J. Salomon constate que « *l'inégalité économique étant un mal quasi incurable, seule la gratuité des services permet de faire de l'égalité autre chose qu'une froide fiction juridique* (...) *aussi, la gratuité est la seule formule qui permette d'assurer l'égalité entre tous les usagers du service public* ». Dès lors, la gratuité des services publics « *aboutit à faire payer les riches, qui donnent de leur superflu pour que les indigents puissent obtenir gratuitement le nécessaire* »[64]. Dans le même sens, J. Du Bois de Gaudusson affirme que la gratuité des services publics est apparue comme « *la seule formule capable d'assurer réellement et parfaitement l'égalité entre tous les usagers* »[65]. Indiscutablement, selon les propos de C. Teitgen-Colly, « *la gratuité du service public apparaît sans conteste le moyen le meilleur pour assurer l'accès au service de tous les citoyens puisqu'il évite la sélection par l'argent* »[66]. En un mot, chez beaucoup d'auteurs contemporains, la gratuité recouvre un « *concept d'assistanciel* »[67] : tendant à dépasser les inégalités de fait, au nom de la solidarité, elle aboutit à l'égalité réelle en traitant indifféremment les usagers.

Le consensus doctrinal est sur ce point assez remarquable : la plupart des auteurs, soulignant les motivations d'ordre politique fondant la gratuité des services[68], voient en elle la traduction d'une volonté de remédier aux obstacles nés d'une faiblesse de ressources. Or, une telle interprétation, quoique classique, suscite différentes réserves.

La première remarque porte sur le principe même de la gratuité des services : force est de constater qu'il s'agit là plus d'une fiction doctrinale que d'une réalité. Amorcé par C. Teitgen-Colly, ce constat d'un « *mythe de la gratuité* »[69] s'est précisé[70] et banalisé, au point que certains auteurs d'ouvrages consacrés aux services

---

[63] Id., p. 45 ; V. également M. HAURIOU, « Des services d'assistance », précité, pp. 615-623.
[64] J. SALOMON, *L'égalité des individus devant le service public*, Thèse Droit Grenoble, 1954, p. 248.
[65] J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, LGDJ, 1974, Bibl. Droit public, pp. 169-187, spéc. p. 170.
[66] C. TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier ans l'action administrative*, Economica, 1981, p. 394.
[67] F. SERVOIN, *Droit administratif de l'économie*, PU Grenoble, 1996, p. 118 ; V. dans le même sens J.-P. VALETTE (*Le service public à la française*, Ellipses, 2000, p. 102) : « *la gratuité sert l'égalité et permet la réalisation du devoir d'assistance au profit des plus démunis* ».
[68] V. en ce sens M. BORGETTO et R. LAFORE (*La République sociale*, précit., p. 108) selon qui l'idée de gratuité a toujours joué un rôle dans la structuration de la République sociale et continue à entretenir des liens très étroits avec celle-ci ; R. HERTZOG, *Recherches sur la gratuité et la non gratuité des services publics*, Thèse Strasbourg, 1972, p. 103 : « *le service public gratuit est alors l'instrument d'une idéologie ou d'une politique égalitariste qui dépasse de loin un principe juridique* (...) *L'égalité que doit faire régner le service public gratuit est donc d'une autre qualité que le principe juridique d'égalité devant le service public* ». Dans le même sens, et avant lui, M. PRÉLOT, dans son cours de doctorat, 1951-1952, parlait de « *collectivisme officiel* » (cité par C. TEITGEN-COLLY, précit. p. 485) ; M. WALINE liait la gratuité à l'idée de solidarité et aux exigences de l'opinion publique tendant à ce que l'Etat fournisse comme un dû certaines prestations positives (note sous C. Cass., Crim., 11 janvier 1951, *Daronat*, *RDP*, 1951, p. 506).
[69] C. TEITGEN-COLLY, précit., pp. 299 et s.
[70] V. sur ce point : G. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, Montchrestien,2000, § 1114-1133 ; M. LECERF et G. BLANC, « La gratuité des services publics à l'égard des usagers », *JCP* 1998. I. 168 ; M. WILLEMIN et J.-L. POTHET, « La gratuité du service public à l'égard des usagers », *in* M.-J. GUEDON (dir.), *Sur les services publics*, Economica 1982, p. 15-37.

publics n'en traitent même pas[71]. En réalité, pour la majorité des auteurs contemporains, la gratuité est résiduelle, en ce qu'elle ne vaut que pour certains services et n'a plus aujourd'hui vocation à assurer l'égalité - celle-ci est considérée comme assurée dès lors qu'un tarif égal est fixé - mais a pour fondement l'intérêt général[72] ou des considérations techniques, tenant au caractère non individualisable des prestations assurées par le service[73].

84. Quant aux services dont on a pu penser que leur gratuité se fondait sur une conjonction des principes d'égalité et de solidarité, il convient d'être plus nuancé. Tout d'abord, ils sont peu nombreux, voire se résument à un seul exemple, celui de l'enseignement. En outre, la justification avancée à leur gratuité est peu probante. En effet, ces services n'ont pas été rendus gratuits dans le but de réduire les inégalités et de faciliter l'accès aux services publics des plus démunis. Il semble, au contraire, que loin de traduire la volonté politique d'instaurer une égalité de fait par la gratuité, un mouvement inverse caractérise l'histoire de ces services publics. En réalité, c'est davantage l'universalisation d'une gratuité autrefois réservée aux indigents qui a été instaurée[74]. La gratuité de certains services publics traduit, dès lors, le déclin de mesures spécifiques destinées exclusivement aux indigents au profit de mesures tendant à instaurer une égalité de traitement nonobstant les différences de ressources. L'enseignement en est un exemple topique, tant ce service est immuablement cité comme l'archétype du service public gratuit. Son histoire montre l'hésitation des législateurs à choisir entre le principe de l'école gratuite pour tous et celui d'une gratuité réservée aux indigents. Le choix d'un enseignement gratuit pour tous, décidé sous la Révolution[75], s'est avéré trop onéreux pour les finances publiques, et la loi du 3 Brumaire an IV a repris la formule utilisée par l'Eglise sous l'Ancien Régime[76] d'une gratuité réduite à l'indigence. Les lois Guizot du 28 juin 1833 et Falloux du 15 mars 1850[77] ont consacré ce principe, en réservant la gratuité

---

[71] V. en ce sens D. LINOTTE, A. MESTRE et R. ROMI choisissant de laisser de côté l'étude du principe de gratuité « *dont la portée est tout à fait marginale* » (*Services publics et droit public économique*, Litec 1995, 3e éd., p. 72).

[72] Cas des services dont les prestations bénéficient à l'ensemble de la collectivité, tels la Police, la Défense, les services de protection contre l'incendie.

[73] Outre ceux précités, on peut penser aux services assurant un aménagement de la vie sociale, tels les services de législation, les services administratifs des différents ministères... V., en ce sens, A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, PUF, 1991, pp. 195-196.

[74] Phénomène que l'on peut mettre en parallèle avec l'extension des secours autrefois réservés aux « citoyens malheureux » (a. 21 de la Constitution de 1793), aux « citoyens nécessiteux » (a. VIII du Préambule de la Constitution de 1848), aux personnes dépourvues de ressources (lois d'assistance de la IIIe République), devenus, à partir de 1946, des droits de « tout être humain » (alinéa 11 du Préambule de 1946). V. sur ce point M. BORGETTO et R. LAFORE, *La République sociale*, précit., p. 93.

[75] La Constitution de 1791 prévoyait, en son titre premier, qu'« *il sera créé et organisé une Instruction publique commune à tous les citoyens, gratuite à l'égard des parties d'enseignement indispensables pour tous les hommes* ».

[76] L'Eglise avait créé sous l'Ancien Régime des écoles de Charité, accueillant et catéchisant les enfants des familles dont les ressources ne leur permettaient pas de payer les dépenses ordinaires d'entretien scolaire.

[77] M. BORGETTO souligne que si le premier projet de Constitution de 1848 reconnaissait le droit à un enseignement gratuit, le texte finalement retenu s'est avéré plus restrictif. En effet, la lecture combinée des paragraphe VIII du Préambule et article 13 de la Constitution du 4 novembre 1848 montre une interprétation étroite du principe retenu, selon laquelle l'Etat aurait rempli son devoir en accordant la gratuité de l'enseignement « *non pas à tous les enfants, non pas encore à tous les enfants « pauvres »,*

aux seuls enfants que les conseils municipaux avaient désignés comme faisant partie de familles indigentes. Fortement critiquée[78], cette gratuité sélective a été abandonnée par la loi du 16 juin 1881, posant le principe d'une gratuité totale de l'enseignement primaire[79], principe consacré par la suite par le Préambule de la Constitution de 1946[80]. Un autre exemple, d'une importance moindre, peut être avancé : celui de la gratuité de l'état civil, à l'origine réservée aux indigents par une loi de 1850, puis généralisée par la suite[81].

Il faut alors relativiser fortement l'affirmation selon laquelle la gratuité a pour but d'assurer l'égalité réelle des usagers et de dépasser, au nom d'un principe de solidarité, les inégalités sociales de nature à freiner l'accès au service. L'histoire montre davantage le souci d'assurer une promotion globale de tous, par la gratuité, à travers une universalisation de l'accès au service. Par ailleurs, la finalité ainsi conférée à la gratuité devient résiduelle, puisque supplantée par une nouvelle technique : l'unification tarifaire.

B- L'unification tarifaire, nouveau moyen de réduction des inégalités de fait

85. Le déclin du mythe d'une gratuité destinée à assurer l'égalité réelle s'est accompagné de la naissance d'une nouvelle antienne : ce n'est plus la gratuité du service qui est perçue comme un moyen de réduire les inégalités mais bel et bien son prix lui-même. Le rapport Stoffaes sur les services publics révèle cette mutation, en mettant en exergue le lien entre fixation du prix d'accès aux services, égalité et cohésion sociale. La tarification est présentée comme un « *lien essentiel entre le fonctionnement des réseaux et la cohésion de la société* », « *une sorte d'expression comptable de la solidarité* »[82].

Plus précisément, le rapport Stoffaës constate que les réseaux de service public matérialisent deux types de solidarité. En premier lieu, leur fonction de lien social exige de tarifer raisonnablement le service qu'ils assurent. Le principe d'un tarif raisonnable est présenté expressément comme une manifestation de solidarité, par ailleurs revendiquée tant par ceux que leur situation économique priverait

---

mais seulement à ceux pour qui l'instruction était manifestement hors de portée, à savoir les seuls enfants indigents » (*La notion de fraternité en droit public français*, LGDJ, 1993, p. 308 et pp. 289-290).

[78] Deux types de critiques étaient opposés à ce système « dualiste » : les premières se fondaient sur les inégalités de traitement qu'il occasionnait. En effet, seuls les enfants des classes payantes recevaient un enseignement intellectuel, tandis que les enfants pauvres étaient occupés à des travaux manuels. Cette différence de traitement fut abondamment critiquée au début de la IIIème République et renforcée par une seconde critique, toutes deux venant militer dans le sens d'un abandon de ce système. Il fut en effet remarqué qu'il occasionnait une fraude massive : grâce à des complicités administratives, un nombre considérable d'enfants était inscrit sur les listes d'indigents. Dès lors, un commentateur de l'époque soulignait « *le mensonge officiel de trois millions d'indigents achevait d'introduire l'inégalité dans un domaine où elle n'avait que trop tendance à régner* », (cité par J. SALOMON, thèse précitée, p. 252).

[79] Cette mesure fut par la suite complétée par la loi du 30 octobre 1886, accordant la gratuité des écoles maternelles, primaires supérieures, cours complémentaires et écoles professionnelles, et celle du 16 avril 1930, consacrant la gratuité de l'enseignement secondaire.

[80] Lequel dispose que « *l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat* », réserve faite, on le sait, du cas particulier de l'enseignement supérieur.

[81] V. *supra*, chapitre précédent, § 64.

[82] Ch. STOFFAES, Commissariat général du Plan, *Services publics, question d'avenir*, Ed. Odile Jacob et La D.F., 1995, p. 234.

d'accès si des tarifs prohibitifs étaient pratiqués que par le restant de la société. Dans cette optique, « *la solidarité est surtout tournée contre l'exclusion* »[83] : éviter qu'un tarif trop élevé ne constitue pour certains un obstacle majeur à l'accès au service. Ce souci correspond, aux dires du Conseil d'Etat, à la vocation même du service public, qui est de « *satisfaire les besoins sociaux de tous les membres de la collectivité* (...) *concernée : personne ne doit être exclu du bénéfice du service en raison de handicaps physiques, économiques ou autres* »[84]. En second lieu, un semblable souci de solidarité conduit à pratiquer des tarifs identiques sur l'ensemble du territoire. Ici, la solidarité est, selon le rapport Stoffaes, « *plutôt fondée sur la volonté de réduire les inégalités* » et conduit à pratiquer dans des régions désavantagées ou pour des petits consommateurs les mêmes prix que dans des régions plus favorisées ou pour de gros consommateurs, alors même que les seconds sont moins chers à desservir que les premiers[85] : « *le principe supérieur d'égalité de traitement et de droit au service conduit à instaurer une péréquation des tarifs qui fonde la notion de service universel : pour réduire les inégalités et améliorer la cohésion territoriale, on fait payer le même service au même prix, quels que soient le lieu et l'usager, même si les coûts de desserte sont très inégaux* »[86]. La péréquation tarifaire a pour fondement la solidarité et pour objectif la cohésion sociale. Dans ses modalités, elle tend à ce que le prix pratiqué soit non seulement raisonnable, mais, de surcroît, le même pour tous.

Le service public apparaît donc bien comme un instrument de transformation de l'ordre social, par sa finalité de réduction des inégalités sociales qui découle du principe fondateur d'égalité des usagers sur lequel il repose. Pour autant, si le dénuement de certains est bien envisagé, la pauvreté et sa nécessaire atténuation ne sont pas en tant que telles prises en compte, puisqu'elles sont dissimulées derrière la notion d'égalité, qui constitue l'objet central du service public. Il ne s'agit pas, en sorte, de repérer qui sont et où sont les pauvres, mais, bien au contraire, de traiter indistinctement chacun de façon "favorable", par la gratuité ou la péréquation tarifaire. La cohésion sociale est à ce prix et les inégalités sociales sont niées par le droit afin, justement, de mieux les surmonter[87]. La conception républicaine du principe d'égalité participe alors également d'un souci de redistribution.

II- L'égalité par la solidarité : la redistribution

« *Quoique dans la démocratie, l'égalité réelle soit l'âme de l'Etat, cependant elle est si difficile à établir qu'une exactitude extrême ne conviendrait pas toujours.* (...) *C'est à des lois particulières à égaliser, pour ainsi dire, les inégalités par les charges qu'elles imposent aux riches et le soulagement qu'elles accordent aux pauvres* »[88]. Ainsi formulée par Montesquieu, l'idée de redistribution, terme

---

[83] Id., p. 238.
[84] R. DENOIX DE SAINT MARC, *Le service public*, Rapport au Premier Ministre, La D.F., 1996, p. 53.
[85] Ch. STOFFAES, précit., p. 238.
[86] Id., p. 21.
[87] V. en ce sens D. TRUCHET, précit., p. 86 : « *établir des catégories de personnes privilégiées serait les désigner officiellement comme défavorisées, les marginaliser dans un statut d'assistés, les exposer à des effets pervers ; ce serait contredire en outre l'idée que le service public est offert à tous, sans considération de situation sociale* ».
[88] MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, Livre 5, chap. 5.

générique recouvrant l'ensemble des interventions par laquelle la société corrige les inégalités de situations existant entre les individus, est au cœur de la logique démocratique. Elle est fondée directement sur une recherche d'égalité à travers des mécanismes mettant en œuvre un principe de solidarité[89]. Il s'agit essentiellement, selon la formule usitée, de "prendre à ceux qui ont, pour donner à ceux qui n'ont rien", au nom de l'interdépendance sociale[90], grâce à différents mécanismes fiscaux (A) et sociaux (B).

A- La redistribution fiscale

86. La redistribution financière au profit des pauvres est un principe ancien. Un des plus vieux exemples de taxation reposant sur cette idée est certainement offert par le « *droit des pauvres* », pratiqué de façon quasi continue de l'Ancien Régime à 1941. Cette taxe sur les spectacles, perçue dans une proportion variable sur le prix des billets d'entrée aux manifestations culturelles et artistiques, était un "impôt sur le plaisir" destiné à financer l'accueil et le soin des indigents dans les hôpitaux. Cette idée d'une « *contribution légitime au soulagement de la douleur et de l'indigence par ceux qui s'amusent* »[91] constitue, parmi d'autres exemples[92], une illustration de l'ancienneté de cette recherche de correction des inégalités sociales par une redistribution fiscale verticale.

Cette conjugaison des principes de solidarité et d'égalité à travers des mécanismes de redistribution fiscale a connu une extension considérable au XXe siècle avec l'épanouissement de la doctrine de l'interventionnisme social, laquelle cherche à réduire les trop grandes disparités de revenu et a pour finalité la réalisation d'une justice sociale par l'impôt[93]. L'objectif qu'elle poursuit est de permettre, grâce à une répartition inégale de la charge fiscale, une réduction des trop grandes différences de fortune. « *L'impôt neutre, pourvoyeur du Trésor, n'autorise qu'une justice purement statique, superficielle et confortant l'ordre social établi. Le réformisme fiscal recherche au contraire une justice agissante, remédiant aux inégalités, corrigeant les torts* »[94]. L'impôt se dote désormais d'une mission sociale : il représente l'expression d'une volonté politique tendant à promouvoir davantage d'égalité réelle et se présente comme une technique de réduction des

---

[89] V. en ce sens G. LAROQUE : « *le souci de redistribution vient de l'idée d'égalité. L'un des objectifs de la société est de donner à tous des espérances d'utilité à la naissance peu différentes. Comme il n'y a pas de mécanismes d'assurance, la puissance publique, par la redistribution, cherche à remédier à cette déficience du marché ex post* » (*Fiscalité et redistribution*, C.A.E., La D.F., 1999, p. 55).

[90] Il convient toutefois de souligner que la redistribution comporte plusieurs dimensions : elle peut être verticale, des riches vers les pauvres, mais aussi horizontale, entre différentes catégories de la population : redistribution entre hommes et femmes, entre différentes catégories socioprofessionnelles… Seule la première sera étudiée ici.

[91] S. RIQUIER, précité, « Financer l'hôpital : le droit des Pauvres est-il sacré ? », *Depuis cent ans, la société, l'hôpital et les pauvres*, éd. Doin, 1996, p. 92.

[92] On peut ainsi penser à l'affectation du produit des concessions des cimetières au début du XIXe siècle ou à la vignette automobile que certains auteurs ont comparée au droit des pauvres, en ce qu'elle était présentée, lors de son instauration, comme une taxe dont le produit devait normalement améliorer les conditions d'existence des vieillards aux ressources insuffisantes ; V. en ce sens, G. ORSONI, *L'évolution de la notion d'impôt*, Thèse Aix en Provence, 1975, p. 528.

[93] V. sur ce point J.-C. MERIGOT, « La justice fiscale : Variations sur un thème connu », *Rev. de science et de législation financières*, 1955, pp. 65 et s.

[94] G. ORSONI, thèse précitée, 1975, p. 353.

inégalités sociales grâce à la surimposition des plus grosses capacités contributives accompagnant l'exonération des plus faibles[95]. Les manifestations les plus récentes de cette préoccupation, telles que l'impôt de solidarité sur la fortune ou la péréquation intercommunale, l'illustrent.

1- L'impôt sur le revenu, exemple traditionnel de redistribution fiscale

87. L'instauration, au début du siècle, de l'impôt sur le revenu et de sa progressivité, se voulait une mesure fondée non seulement sur la solidarité mais aussi l'égalité : annonçant en 1895 tout à la fois l'institution d'un impôt général sur le revenu et le développement de l'assistance publique, L. Bourgeois soulignait l'unité de son objectif : diminuer l'inégalité[96]. D'emblée était donc affirmés non seulement la vocation redistributive de l'impôt sur le revenu, mais aussi les fondements sur lesquels cette fonction reposait, à savoir les principes d'égalité et de solidarité. Ces principes se sont consolidés tout au long du XXe siècle, au prix d'une profonde mutation du principe d'égalité. Comme l'analyse M. Borgetto, l'impôt sur le revenu a permis de passer, d'une part, d'une égalité formelle à une égalité concrète, en prenant en compte, à travers sa progressivité, la capacité contributive réelle de chacun, et, d'autre part, d'une égalité devant l'impôt à une égalité par l'impôt, grâce à son utilisation comme moyen de lutte contre les inégalités de fait[97]. Or, il est évident que cette évolution du principe d'égalité s'est faite non seulement au nom du principe de solidarité[98] mais également par l'application de celui-ci.

L'exemple des liens établis par les pouvoirs publics entre revenu minimum d'insertion et impôt de solidarité sur la fortune est particulièrement éclairant. L'impôt sur les grandes fortunes se présentait en 1981 comme un moyen de réduction des inégalités de patrimoine. Rétabli en 1988 sous la forme de l'impôt de solidarité sur la fortune, il est très explicitement lié à l'idée de solidarité[99], puisque destiné à assurer le financement du RMI. Il s'agissait, selon les propos du Premier Ministre de l'époque « *de demander à ceux qui ont beaucoup de faire un geste qui n'est pas très important, de telle sorte que ceux qui n'ont rien disposent d'un peu plus* (...). *Il n'y a pas de solidarité en effet si ceux qui ont le plus en sont dispensés, et la fortune crée des devoirs à l'égard de la société* »[100]. Or, comme le remarque J. Chevallier, « *même si la liaison ainsi établie entre ISF et RMI est factice, à la fois théoriquement puisque le principe d'universalité de l'impôt s'y oppose, et pratiquement dans la mesure où le produit de l'ISF est bien inférieur aux dépenses engagées au titre du RMI, l'idée simple mais efficace qu'il s'agit de* "*prendre aux riches pour donner aux pauvres*" *n'en est pas moins symptomatique d'une réactivation de la fonction redistributive de l'impôt* »[101]. La mission de correction des inégalités de cet impôt sur le capital est même doublement remplie car il s'agit

---

[95] V. en ce sens G. ORSONI, *L'interventionnisme fiscal*, PUF, 1995, spéc. p. 137.
[96] G. ARDANT, *Histoire de l'impôt*, Livre II, Fayard, 1972, p. 405.
[97] M. BORGETTO, « Egalité, solidarité...Equité ? », *Le Préambule de la Constitution de 1946, antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 246.
[98] J.-M. PONTIER souligne l'importance de la solidarité, l'impôt constituant « *l'expression possible la plus évidente de la solidarité nationale* » (« De la solidarité nationale », *RDP*, 1983, p. 922).
[99] V., pour une analyse détaillée du discours politique de l'époque, J. CHEVALLIER, « La résurgence du thème de la solidarité », *La solidarité, un sentiment républicain*, CURAPP, 1992, pp. 117-120.
[100] P. BEREGOVOY, 4 octobre 1988, *JO Déb. A.N.*, p. 634.
[101] J. CHEVALLIER, précit., p. 123.

de prendre à ceux qui ont le plus, corrigeant de la sorte les inégalités "par le haut", pour le redistribuer à ceux qui ont le moins et atténuer ainsi les inégalités "par le bas"[102]. Cette volonté se retrouve à l'identique dans l'exemple de la péréquation intercommunale.

2- La péréquation intercommunale, exemple récent de redistribution fiscale

88. La notion de péréquation est ancienne, le terme provenant du latin *perequaere* signifiant égaliser et était utilisé au XVe siècle dans le sens d'une répartition équitable de l'impôt. La péréquation fiscale se donne ainsi pour objectif d'assurer « *l'uniformité des conditions de vie et* (la) *cohésion de la société* »[103], en réduisant les inégalités. Si l'idée d'une péréquation entre les ressources des collectivités locales riches et celles déshéritées n'est pas nouvelle, elle a pris une importance particulière dans les années quatre-vingt-dix, parallèlement à la prise de conscience des inégalités entre les collectivités et au développement des politiques de la ville. Ainsi, F. Mitterrand annonçait-il en décembre 1990 la naissance d'un instrument chargé d'assurer la solidarité financière entre les communes « *en retirant quelque chose à ceux qui ont beaucoup pour donner davantage à ceux qui n'ont rien* ». La mesure fut réalisée par la loi du 13 mai 1991 instaurant la dotation de solidarité urbaine, dont la vocation était de « *contribuer à l'amélioration des conditions de vie dans les communes urbaines confrontées à une insuffisance de leurs ressources et supportant des charges élevées* »[104]. L'idée de redistribution et de correction des inégalités sous-tendait l'objet de la loi[105]. Il s'agissait, selon le Ministre de l'Intérieur de l'époque, d'un mécanisme simple de redistribution devant permettre « *de corriger les situations les plus criantes, d'aider les communes défavorisées, de venir en aide aux populations en difficulté* »[106], bref d'instaurer davantage d'égalité concrète entre les habitants des collectivités locales sur le fondement d'une solidarité intercommunale, le tout dans une perspective de cohésion sociale[107]. Certes, les modifications introduites par la suite[108] ont eu pour

---

[102] Cependant, hormis la valeur symbolique de l'ISF, il convient de nuancer la réalité de l'effet redistributif des mécanismes de taxation directe, différentes études ayant prouvé leur faible impact sur la réduction des inégalités, par delà les objectifs affichés. V. en ce sens F. BOURGUIGNON, *Fiscalité et redistribution*, La D.F., 1999, pp. 11-50 ; B. DUCAMIN, *Rapport de la commission d'études des prélèvements fiscaux et sociaux pesant sur les ménages*, La D.F., 1996.

[103] P.B. SPAHN, « Le fédéralisme financier en République fédérale d'Allemagne », *RFFP*, n° 20, 1987, p. 37.

[104] A. 7 de la loi n° 91-429 du 13 mai 1991, instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Ile de France, *JO*, 14 mai 1991, p. 6329 ; pour une analyse de l'origine, des principes et de l'évolution de cette loi : E. DESCHAMPS, *Le droit public et la ségrégation urbaine (1943-1997)*, LGDJ, Bibl. de droit public, 1998.

[105] Dans un sens identique, la création du fonds de solidarité des communes de la Région d'Ile de France a pour objet « *de contribuer à l'amélioration des conditions de vie dans les communes urbaines d'Ile de France supportant des charges particulières au regard de besoins sociaux de leur population sans disposer de ressources fiscales suffisantes* » (a. L. 263-13 du Code des Communes, loi du 13 mai 1991).

[106] Ph. MARCHAND, discussion à l'Assemblée Nationale sur le projet de loi relative à la dotation globale de fonctionnement, séance du 20 mars 1991, *JO Déb. AN*, 21 mars 1991, p. 74.

[107] V. en ce sens les propos du Ministre de l'Aménagement du Territoire, M. DELEBARRE : « *Ce qui est en jeu ici,* (…) *c'est notre cohésion sociale* » (*JO Deb. A.N.*, 21 mars 1991, p. 82).

[108] Loi n° 93-1436 du 31 décembre 1993 portant réforme de la dotation globale de fonctionnement : la dotation est désormais alimentée par l'ensemble des communes, par prélèvement sur la dotation d'aménagement, et non plus par quelques-unes, ce qui a pour effet d'appeler toutes les communes à financer l'effort de solidarité ; pour une analyse : E. DESCHAMPS, thèse précitée, pp. 260 et s.

effet de changer l'orientation de la loi : l'abandon du système "Mandrin" (prendre aux plus riches pour donner aux plus pauvres) n'ôte toutefois pas au mécanisme son caractère redistributif. Il atténue moins les écarts de richesse entre les communes mais a toujours pour finalité une aide aux collectivités les plus défavorisées.

Que ce soit dans ses instruments traditionnels ou les plus récents, la redistribution fiscale entend avoir pour effet de corriger les inégalités et d'assurer l'égalité concrète par la solidarité, en un mot de promouvoir une cohésion sociale par un lissage des inégalités. La redistribution sociale, à laquelle elle est intrinsèquement liée, est dotée d'objectifs semblables.

B- La redistribution sociale

89. Le souci de réduction de la pauvreté en tant qu'inégalité sociale se trouve également en matière de prélèvements sociaux. En effet, si le souci majeur des pères fondateurs de la Sécurité Sociale était de permettre une indemnisation des victimes de risques, il fut aussi de réduire les inégalités de revenus et d'instaurer une redistribution présentée alors comme l'une des solutions essentielles à la question sociale. L'exposé des motifs de l'ordonnance du 4 octobre 1945, fondant la Sécurité Sociale, est explicite sur ce point : « *la Sécurité sociale est la garantie donnée à chacun qu'en toutes circonstances il disposera des moyens nécessaires pour assurer sa subsistance et celle de sa famille dans des conditions décentes. Trouvant sa justification dans un souci élémentaire de justice sociale, elle répond à la préoccupation de débarrasser les travailleurs de l'incertitude du lendemain, de cette incertitude constante qui crée chez eux un sentiment d'infériorité et qui est la base réelle et profonde de la distinction des classes entre les possédants sûrs d'eux-mêmes et de leur avenir et les travailleurs sur qui pèse, à tout moment, la menace de la misère.* (...) *Le problème qui se pose alors est celui d'une redistribution du revenu national destinée à prélever sur le revenu des individus favorisés les sommes nécessaires pour compléter les ressources des travailleurs et des familles défavorisées* »[109]. Le regard jeté *a posteriori* par le "père" de la Sécurité sociale, P. Laroque, confirme cette finalité : l'édification du système français de Sécurité Sociale a répondu à la volonté de « *supprimer ou de réduire considérablement l'inégalité existant entre catégories sociales au regard de la sécurité du lendemain* »[110].

L'instauration de la Sécurité sociale marque donc une rupture nette avec l'ancien système des assurances sociales, où la redistribution était plus une conséquence des mécanismes instaurés que leur but. Cette nouveauté était soulignée à l'époque par la doctrine, qui voyait dans le principe de redistribution sur lequel se fonde la Sécurité sociale un instrument de correction des inégalités. Ainsi, P. Durand constatait en 1953 que, si « *la politique de Sécurité Sociale veut sans doute indemniser les victimes de risque* (...) *elle se propose d'abord de remédier aux inégalités entre individus et classes sociales* »[111]. Or, poursuivait l'auteur, « *l'inégalité des situations individuelles étant à l'origine du problème social, la*

---

[109] Cité par M.-T. JOIN-LAMBERT, *Politiques sociales*, précit., p. 376.
[110] P. LAROQUE, « Quarante ans de Sécurité sociale », *RFAS*, juillet 1985, p. 12.
[111] P. DURAND, « Les équivoques de la redistribution du revenu par le Sécurité Sociale », *Droit Social*, 1953, p. 293.

redistribution apparaît comme une des solutions nécessaires de la question sociale ; elle prend place à côté des autres modes de redistribution du revenu national : assistance, gratuité des services publics (...) *ou les subventions économiques* »[112].

Il semble toutefois que l'enthousiasme suscité par la naissance de la Sécurité sociale soit retombé. Cinquante ans plus tard, la doctrine est sensiblement plus nuancée quant aux buts poursuivis par les mécanismes de protection sociale, infirmant notamment l'idée d'une redistribution sociale verticale. Il est certain, en effet, que la Sécurité sociale est organisée sur un modèle assuranciel qui comporte trois caractéristiques : une contribution préalable en principe obligatoire, une solidarité horizontale - des actifs en direction des inactifs, des bien-portants vers les malades -, et un objectif de maintien des revenus plutôt qu'une prise en charge d'individus sans ressources. Dès lors, comme le constate R. Lafore, dès ses origines, la Sécurité sociale s'inscrit dans une « *perspective de réparation et de rétablissement dans un état antérieur, bien plus que dans une logique de transformation sociale par changement des positions originelles des individus* »[113], et l'effet redistributif de cette institution serait, en réalité, peu important.

Il est vrai que le choix d'un système assuranciel n'a pas entraîné la suppression de l'ancienne assistance. Tout au contraire, en dépit des prévisions de l'après-guerre, l'aide sociale s'est étendue jusqu'à pénétrer l'institution de la Sécurité sociale, en entraînant la création en son sein de prestations non-contributives. Or, si l'aide sociale est bien fondée sur une logique verticale de transfert des riches vers les pauvres, son extension ne contribue pas toujours à réduire les inégalités sociales. Deux caractéristiques essentielles limitent son action redistributive : d'une part, la subsidiarité de l'aide sociale, qui ne peut intervenir qu'en dernier recours ; d'autre part, sa spécialisation, qui ne lui permet de prendre en charge que des besoins spécifiques et déterminés et ne constitue pas un dispositif de solvabilisation générale des personnes sans ressources, malgré la création de revenus minima catégoriels. Ces protections minimales, comme le souligne R. Lafore, « *loin de modifier la position relative de leurs bénéficiaires, procèdent plus comme des assignations de statuts dans lesquelles ces derniers échangent l'acceptation d'une position dévalorisée (invalide puis handicapé, inapte au travail, personne âgée impécunieuse...) contre des prestations, très souvent matérielles et chichement calculées* »[114]. Ce double constat permet à l'auteur de conclure que les mécanismes de protection sociale « *opèrent essentiellement comme des dispositifs de conservation sociale par lesquels il s'agit, pour les plus nombreux engagés dans le modèle salarial et le mode de vie qui lui est attaché, de maintenir leur position relative dans l'accès aux biens matériels et symboliques que distribue la société, et pour les marginaux qui en sont exclus, de se stabiliser plus ou moins durablement dans un statut protecteur* »[115]. Dès lors, l'éventuelle redistribution qu'ils instaurent, loin de favoriser une quelconque réduction des inégalités, ne fait que les conserver et les entériner. Plus encore, la prétendue redistribution qu'ils créent tend à être une

---

[112] Id., p. 293.
[113] R. LAFORE, « Services publics sociaux et cohésion sociale », *Service public et lien social*, précit., pp. 369-398, spéc. p. 375.
[114] id., p. 376.
[115] Id., p. 376.

réparation « *moins à l'égard des bénéficiaires qu'à l'égard de la collectivité, puisqu'il convient de la maintenir telle qu'en elle-même, d'une part en protégeant les travailleurs temporairement ou durablement écartés du monde du travail, et d'autre part en apprivoisant ceux qui n'ont pas accès au monde du travail* »[116].

90. Il convient sur ce dernier point de donner raison à R. Lafore : la finalité de la redistribution sociale réside bien dans le maintien d'une protection sociale, au double sens du terme : protéger les ayant-droits et les bénéficiaires, certes, mais aussi, voire surtout, « *protéger la société des menaces de désintégration que lui font courir les phénomènes de marginalité ainsi que les risques sociaux* »[117]. Mais c'est cette finalité même qui fonde le souci de réduction des inégalités à travers différents types de prestations.

L'effet redistributif des prestations sociales est ainsi indéniable dans leur volet vieillesse[118]. Elles ont permis la « *fin des vieux pauvres* », selon M.-T. Join-Lambert[119]. A la Libération, la situation préoccupante des personnes âgées a justifié l'organisation du système de protection sociale autour de cette question des plus urgente. La création d'un régime général de couverture sociale du risque vieillesse, puis sa généralisation et son amélioration progressives, ont eu pour effet de « *largement éliminer la vieillesse comme facteur de pauvreté* »[120] et de reléguer aux oubliettes le terme d' "économiquement faibles" longtemps employé pour désigner cette catégorie de la population. L'effet redistributif des prestations familiales est également important. En effet, la politique familiale développée après-guerre affichait un double objectif, à la fois démographique et redistributif. Ce dernier s'intensifie dans les années soixante-dix, par la création de mesures à caractère social telles que l'allocation d'orphelin, l'allocation de parent isolé ou l'assurance veuvage et par la mise sous conditions de ressources de certaines prestations, s'inscrivant ainsi dans le cadre d'une politique plus large de réduction des inégalités[121]. Mais la mise sous conditions de ressources des prestations familiales n'a pas entraîné le déclin de la redistribution horizontale -des célibataires et des familles sans enfants vers les familles nombreuses- au profit d'une redistribution verticale -des familles "riches" vers les familles "pauvres"[122]-. En effet, le choix a été fait de fixer des plafonds de ressources assez élevés afin d'attribuer les prestations concernées à un nombre important de bénéficiaires, ce qui a eu pour effet de maintenir un caractère horizontal à la redistribution que ces prestations opèrent[123].

---

[116] Id., pp. 376-377.
[117] Id., p. 378.
[118] V., toutefois, en sens inverse J.-J. DUPEYROUX, selon qui l'assurance vieillesse aurait pour effet de « *voler* » les catégories déshéritées (« 1945-1995 : quelle solidarité ? », *Droit social*, 1995, p. 713).
[119] M.-T. JOIN-LAMBERT, ouvrage précité, p. 459.
[120] V. sur ce point, M.-T. JOIN-LAMBERT, ouvrage précité, p. 461 ; M. BORGETTO et R. LAFORE, ouvrage précité, pp. 215-268 et la bibliographie citée.
[121] V. en ce sens le rapport du Comité de pilotage de la conférence de la famille, *Pour une politique globale de la famille*, dact., avril 1997 (cité par M.-T. JOIN-LAMBERT, ouvrage précité, p. 550).
[122] En sens inverse, pour M. MESSU, « *la politique familiale s'affiche nettement comme une politique de redistribution en faveur des familles "pauvres"* » (« Les finalités des prestations sociales », *RDSS*, 1994, p. 591).
[123] Ceci permet à certains auteurs de souligner qu'« *on est loin, avec notre système d'allocations sous conditions de ressources, d'un dispositif d'assistance aux familles à bas revenus* » (M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., p. 204). V. également, en ce sens, J.-C. RAY, J.-M. DUPUY, B. GAZIER, *Analyse*

La lutte contre les inégalités constitue donc bien une finalité des prestations sociales à caractère familial, même si, par delà les objectifs affichés, le résultat est nuancé[124]. Le principe d'une redistribution des revenus par le biais des prélèvements obligatoires (impôt sur le revenu et cotisations sociales) est donc certain, même si celle-ci s'avère limitée dans ses effets[125].

L'égalité voit donc sa traduction assurée par un ensemble cohérent de dispositifs tendant à l'associer au principe de solidarité, que cela soit dans l'accès au service public ou dans des mécanismes de redistribution. Les objectifs de réduction des inégalités et de maintien de la cohésion sociale, auxquels cet ensemble participe, semblent donc solidement établis par un corpus législatif complet. Pourtant, cette conception de l'égalité semble concurrencée par l'émergence de nouvelles pratiques, présentées comme mieux à même de contribuer à la lutte contre la pauvreté et à la restauration d'une cohésion sociale menacée.

SECTION 2
LA COHÉSION SOCIALE MENACÉE

91. Le principe d'égalité est au cœur de l'institution des services publics : ouvert à tous, le service se doit non seulement d'offrir à chacun des prestations identiques mais, plus encore, de contribuer par son action à réduire l'ampleur des inégalités sociales. Ayant « *pour fonction de mettre un certain nombre de biens sociaux, culturels et économiques à la portée de tous, son action s'adresse de manière préférentielle aux plus démunis, ceux qui étaient exclus des mécanismes de répartition et de distribution résultant du marché* »[126]. Or, par-delà ces principes fondateurs, le service public se heurte à des inégalités de fait de toutes natures, qu'elles soient sociales, économiques et culturelles. Comme le remarque J. Chevallier, « *le principe d'égal accès ne suffit donc pas à garantir un usage réel identique des usagers potentiels du service public : celui-ci est aux prises avec des usagers socialement situés et les inégalités sociales et culturelles se traduisent par d'importantes disparités dans la fréquentation des équipements collectifs* »[127]. Parmi les différentes inégalités sociales, l'inégalité de revenus est sans conteste une des plus importantes et constitue un frein majeur dans l'accès au service : la faiblesse de ressources conduit souvent à renoncer à la fréquentation d'une crèche ou d'une cantine scolaire, d'un musée ou d'un centre de vacances.

économique des politiques sociales, PUF, 1988, pp. 113 et s. ; P. STECK, *Les prestations familiales*, PUF, 1993, p. 112 ; V., pour une analyse chiffrée de la redistribution effectuée, largement insuffisante selon certains auteurs, A. BIHR et R. PFEFFERKORN, *Déchiffrer les inégalités*, Syros, 2e éd., 1999, pp. 103 et s.

[124] V., en ce sens, l'analyse de M. GRIGNON, selon qui, si les prestations sociales semblent plus efficaces aujourd'hui pour lutter contre la pauvreté des familles, les prestations familiales ont évolué dans un sens moins redistributif (*Solidarité Santé*, n° 2-3, 1996, pp. 149-159).

[125] Pour une analyse des limites des politiques de redistribution : A. BIHR et R. PFEFFERKORN, précit., pp. 122 et s. ; P. STROBEL, « Aides aux familles et redistribution verticale, les apports des recherches comparatives en Europe », *Solidarité Santé*, n° 2-3, 1998, pp. 31-37.

[126] J. CHEVALLIER, *Science administrative*, PUF, 1986, p. 531.

[127] Id., p. 532.

Le droit ne reste pas indifférent à ce constat. En effet, comme le souligne J.-F. Lachaume, « *la pire des inégalités consisterait à traiter tous les usagers de la même façon, car l'inégalité des moyens a tôt fait d'anéantir l'égalité juridique* »[128]. Rejetant l'égalité formelle, qui consisterait à traiter de façon uniforme des personnes en situation différente, le droit s'attache à promouvoir une égalité réelle, tendant « *à établir des inégalités de traitement pour tenter de trouver la moins contestable des égalités* »[129]. Ces politiques traditionnelles d'aide à l'accès au service public sont autant de manifestations du principe d'égalité des chances : tendant à corriger les inégalités de départ, elles établissent des différenciations entre les usagers au regard de leur situation financière. A l'égalité devant la loi s'ajoute une égalité par la loi permettant une certaine égalisation. En d'autres termes, « *si le manque de ressources empêche un individu de profiter de cette égalité politique de principe devant le service public, des mesures sont prises pour y pallier, depuis la gratuité des soins pour les indigents dans les hôpitaux jusqu'aux bourses pour les étudiants* »[130]. Il s'agit, en somme, de donner à chacun « *les moyens de développer et d'utiliser au mieux ses talents* »[131].

La conception républicaine du principe d'égalité revêt ainsi une certaine souplesse : il ne s'agit plus ici d'une promotion globale de l'ensemble de la population mais d'une promotion ciblée, au bénéfice de certaines catégories de la population caractérisées par un handicap financier (§ 1). Le mouvement, ancien déjà, connaît une évolution sensible depuis quelques années, au point que le principe d'égalité serait en voie d'être concurrencé par celui d'équité (§ 2).

§ 1- Les politiques traditionnelles d'égalité des chances

92. De nombreuses politiques ciblées ont pour finalité de conférer une aide à l'accès à certains biens et services au profit de ceux dont les revenus sont insuffisants pour y accéder selon les modalités de droit commun. Il s'agit, en somme, de conférer à l'ensemble des services auxquels elles sont appliquées une vocation d'assistance, comme le notait le Doyen Hauriou, « *par cela seul que ces services sont également dus à tous alors que tous ne le paient pas également* »[132]. Ces mesures diverses assurent une combinaison entre le principe d'égalité des droits, en ce que les services offerts sont ouverts à tous, et celui d'égalité des chances, en ce que lesdits services reposent, pour leur accès, sur des modalités différenciées à vocation complémentaire. En effet, ces pratiques autorisent des procédés d'exonération ou d'aide à l'accès et tendent à assurer pour les premières, une gratuité sélective (I) et, pour les secondes, une assistance sélective (II)[133].

---

[128] J.-F. LACHAUME, *Grands services publics*, Masson, 1989, p. 308.
[129] Id., p. 298.
[130] F.-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 837.
[131] R. PELLOUX, « Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit public français », *RDP*, 1982, p. 912.
[132] M. HAURIOU, « Des services d'assistance », *Revue d'économie politique*, 1891, p. 615.
[133] C. TEITGEN-COLLY (thèse précitée, pp. 397) distingue la « *gratuité discriminatoire* » de l' « *assistance discriminatoire* ». Une préférence est toutefois à accorder à l'adjectif « sélective », en ce que celui-ci renvoie à l'idée de partage et de restriction dans le choix des bénéficiaires, et évite toute confusion avec la notion de discrimination.

I- La gratuité sélective

Le constat qu'une faiblesse de ressources est de nature à nuire à l'accès à certains biens et service est ancien : il a suscité depuis longtemps l'adoption de dispositions tendant à surmonter cet obstacle. Ces dispositifs, résultant souvent d'une intervention législative (A), ont reçu une traduction et une généralisation jurisprudentielle récente (B).

A- La gratuité sélective, conséquence d'une loi

93. Le choix du législateur d'accorder une gratuité sélective, réservée à ceux dont la faiblesse des ressources constitue un obstacle à l'accès normal, repose sur des considérations politiques : il s'agit de favoriser un égal accès à des biens considérés comme particulièrement importants. Aussi n'est-il pas surprenant de retrouver ces mécanismes de gratuité au profit des seuls démunis en matière d'accès aux soins et à la justice, services essentiels s'il en est.

94. L'idée d'un égal accès aux soins est volontiers perçue comme « *le dernier refuge d'une utopie égalitaire mise à mal de toutes parts* », « *une forme de dépense sociale nécessaire à la cohésion du corps social* »[134]. Malgré la vocation universelle de la Sécurité Sociale, il est resté une frange non négligeable de la population qui ne pouvait bénéficier d'une affiliation automatique. Dès lors, pour les personnes exclues de son affiliation ou ne pouvant prendre en charge le ticket modérateur, il convenait de maintenir un régime d'aide médicale, fondé sur l'idée d'assistance. D'où la subsistance d'une mesure d'aide sociale destinée à permettre aux plus démunis d'accéder aux soins qui leurs sont nécessaires : l'aide médicale[135].

Toutefois, l'affirmation d'une égalité devant l'accès aux soins grâce à des mécanismes assistanciels n'a pas pour autant supprimé les réelles inégalités[136]. Les problèmes de santé des personnes défavorisées ont été soulignés à partir des années quatre-vingt, avec l'ouverture de centres de soins gratuits par des associations humanitaires, comme les dispensaires de Médecins du Monde. Une telle évolution se situait en contradiction flagrante avec le souhait constant, formulé par l'Inspection générale des Affaires sociales, de « *faire prévaloir un droit commun sur un traitement discriminatoire* »[137], en refusant la création d'un système de soins à deux vitesses : « *médecine de brousse gratuite et spécifique pour les exclus du système, médecine hautement humaine et technicisée pour les actifs et leurs familles* »[138]. Devant ce constat d'échec, différents textes traduisent un souci de « *réduire les inégalités et de prêter une attention particulière aux plus fragiles* »[139] ou de faire de

---

[134] H. STROHL, « Le mythe de l'accès aux soins », *Droit Social*, 1995, p. 791.

[135] Pour un détail des modalités d'accès à l'aide médicale antérieurement à la loi du 27 juillet 1999 : M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., pp. 424-427.

[136] V. l'étude faite par le COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU PLAN, « Les inégalités sociales de santé », *Santé 2010, équité et efficacité du système*, La D.F., 1993, pp. 115-172.

[137] J.F. REVOL, IGAS, *L'accès aux soins des personnes en situation de précarité*, rapport dact. 1987, p. 7.

[138] Id., p. 7.

[139] *Rapport sur les orientations de la politique de santé et de sécurité sociale et les objectifs qui déterminent les conditions générales de l'équilibre financier*, *JO Sénat*, 23 décembre 1997, p. 18642. Le rapport ajoute que « *l'assurance maladie* (doit être) *ouverte à tous avec une attention particulière aux*

« *l'accès à la prévention et aux soins des personnes les plus démunies* (...) *un objectif prioritaire de la politique de santé* » en prenant en compte « *les difficultés spécifiques des personnes les plus démunies* »[140].

La loi du 27 juillet 1999 se situe dans le droit fil de cette aspiration égalitaire, en se donnant pour objectif, par la création de la couverture maladie universelle, la réalisation d'une égalité d'accès aux soins[141]. D'une part, sur le terrain de la stricte égalité des droits, la couverture maladie universelle parachève le mouvement vers l'universalisation de la Sécurité sociale, en permettant à toute personne de relever du régime général des travailleurs salariés lorsqu'elle n'a droit à aucun autre titre aux prestations en nature d'un régime d'assurance maladie-maternité. D'autre part, la loi s'inscrit nettement dans le cadre de l'égalité des chances, en modulant certaines de ses dispositions en fonction de seuils de ressources : ainsi, l'affiliation est gratuite pour les personnes dont les revenus sont particulièrement bas, la cotisation devenant proportionnelle pour les revenus supérieurs[142]. L'idée d'égalité des chances sous-tend également le complément instauré par la loi de 1999, qui vise à supplanter l'ancien système de l'aide médicale : les affiliés à un régime d'assurance maladie peuvent accéder, sans contrepartie contributive mais sous conditions de ressources, à une protection complémentaire en matière de santé. Celle-ci les exonère de l'acquittement de diverses dépenses non prises en charge par le régime général, et permet de dispenser ses bénéficiaires de l'avance des frais. L'économie générale de la loi repose donc sur une conciliation des principes d'égalité des droits et des chances : la Sécurité sociale semble désormais avoir atteint, si ce n'est l'objectif ambitieux d'universalité que ses pères fondateurs lui avaient assigné, tout au moins une généralisation presque parachevée, tout en aménageant son fonctionnement au regard du principe d'égalité des chances : assurer aux plus démunis un accès aux soins, par l'instauration de dispositifs spécifiques[143].

---

plus modestes », de sorte que « *pour les plus démunis, la prise en charge du ticket modérateur sera garantie* » (pp. 18646-18647) ; en dehors du cadre de l'assurance maladie, c'est l'ensemble des caisses de Sécurité sociale qui sont concernées par cette orientation : ainsi, la politique de la vieillesse doit se mettre « *au service des plus fragiles* » » (p. 18647), un meilleur soutien devra être apporté aux besoins des enfants « *en particulier dans les quartiers en difficulté* » (id., p. 18647), et des actions devront être développées « *en faveur des personnes particulièrement vulnérables* » (p. 18648).

[140] Article 67 de la loi de lutte contre les exclusions, précitée.

[141] Sur cette loi, V. le dossier spécial que lui consacre la revue *Droit Social*, n° 1, 2000 et notamment les articles de M. BORGETTO, « Brèves réflexions sur les apports et les limites de la loi créant la CMU », pp. 30-38 ; J.-J. DUPEYROUX, « La fin et les moyens », pp. 4-6 ; C. LEVY, P. MONY, P. VOLOVITCH, « La CMU : ce qui doit changer », pp. 57-60 ; R. MARIE, « La couverture maladie universelle », pp. 1-7. V. également J.-P. CHAUCHARD, « L'accès aux soins », *in* D. GROS et S. DION-LOYE (dir.), *La pauvreté saisie par le droit*, coll. *Le genre humain*, Le Seuil, à paraître ; ainsi que l'analyse faite dans les ouvrages généraux de droit de la protection sociale : M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., pp. 432-443 ; J.-J. DUPEYROUX et X. PRETOT, *Sécurité sociale*, Sirey, 10e éd., 2000, pp. 58-59.

[142] Gratuité pour les revenus inférieurs à 42000 francs par an. Pour les revenus supérieurs, la cotisation est égale à 8% de la fraction des revenus excédant le plafond (arrêté du 4 janvier 2000, *JO* 6 janvier 2000, p. 233).

[143] Constat qui n'interdit nullement de souligner la double limite de la Couverture maladie universelle, tant dans la délimitation des bénéficiaires d'une gratuité totale (moins de 3500 francs par mois et, pour les étrangers, sous réserve de la régularité de leur séjour) que dans le montant des frais remboursés. Pour une critique des insuffisances de la loi, V. notamment les articles précités de M. BORGETTO et C. LEVY, P. MONY, P. VOLOVITCH, lesquels soulignent l'effet couperet des seuils retenus.

95. La question de l'accès à la justice offre un autre exemple de conciliation par le législateur des principes d'égalité des droits et des chances. Si, en théorie, le principe de gratuité de la justice assure une égalité devant celle-ci, l'égalité consacrée demeure toutefois assez formelle, dans la mesure où le recours à l'institution judiciaire occasionne de nombreux frais de justice ou d'avocat… Dès l'Ancien Régime, époque où pourtant le système des "épices" prévalait, différentes mesures tendaient déjà à assurer une certaine égalité des plaideurs au nom de la charité[144]. L'idée d'une assistance judiciaire fut consacrée solennellement par la loi du 22 janvier 1851 au profit de « *ceux qu'une indigence réelle met dans l'impossibilité de faire valoir leurs droits en justice* »[145]. L'échec du projet de constitution du 19 avril 1946 ne permit pas de ranger parmi les normes constitutionnelles le principe selon lequel « *la loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice, l'insuffisance des ressources ne saurait y faire obstacle* ». Toutefois, les lois de 1972[146], 1991[147] et 1998[148] reprennent cette idée en l'élargissant : en effet, les textes ne tendent plus à assurer uniquement une égalité devant les tribunaux mais également une aide à l'accès au droit et à l'information au profit de justiciables dont les revenus sont insuffisants[149].

Les exemples tirés de l'accès aux soins et à la justice démontrent ainsi le souci du législateur de concilier égalité des droits et des chances : la première est réalisée du seul fait que le service est ouvert à tous, la seconde résulte d'un aménagement spécifique au profit de ceux qu'un handicap financier pourrait exclure de celui-ci. Or, une telle démarche se trouve également au cœur de la politique jurisprudentielle du juge administratif.

B- La jurisprudence administrative relative aux modulations tarifaires

96. Dans l'accès et le fonctionnement de leurs services, les collectivités locales pratiquent fréquemment des différenciations tarifaires fondées sur un critère de ressources, destinées à réduire les inégalités de fait[150] et à permettre à tous un accès aux services. Par un considérant célèbre, le Conseil d'Etat a admis la légalité de ces différenciations tarifaires, tout en les encadrant strictement. En effet, « *la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories*

---

[144] Sur l'histoire de l'assistance judiciaire : M. BORGETTO, thèse précitée, pp. 324-327 ; B. SCHNAPPER, « De la charité à la solidarité : l'assistance judiciaire française, 1851-1972, *Revue d'Histoire du droit*, T. 52, 1984, pp. 105-150 ; V. SENENTE, *De l'assistance judiciaire en matière civile et des réformes qu'elle pourrait comporter*, thèse Droit Paris, 1898, pp. 7-53.

[145] ROUHER, *Exposé des motifs et projet de loi sur l'assistance judiciaire*, Compte Rendu..., Ass. Lég., ann., add. séance 11 juin 1850, T.8, p. 90.

[146] L. n° 72-11 du 3 janvier 1972 et D. n°72-809 du 1er septembre 1972.

[147] L. n° 91-647 du 10 juillet 1991, mod. par la loi n° 93-1013 du 24 août 1993, D. n° 91-1369 du 30 décembre 1991.

[148] Loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits. S. LEBRETON, « Le volet social de la réforme de la justice : la loi n°98-1163 du 18 décembre 1998, relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits », *RDSS*, 1999, pp. 664 et s.

[149] Pour une présentation du dispositif et des barèmes de ressources : M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., pp. 489-503.

[150] Sans pour cela minimiser les impératifs de gestions qui peuvent présider à l'édiction de telles modulations tarifaires ; V., en ce sens, J.-P. FERRAND, « Les discriminations tarifaires dans les services publics », *AEAP*, 1994, p. 335.

d'usagers d'un service (...) *implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situations appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service* (...) *commande cette mesure* »[151]. Les motifs de la différenciation tarifaire peuvent donc se ramener, si l'on excepte la condition résiduelle d'une disposition législative expresse[152], à une différence de situation ou aux impératifs de l'intérêt général.

En réalité, l'opposition entre ces deux critères n'est pas aussi tranchée que ce que l'on pourrait croire et une partie de la doctrine souligne le lien existant entre ces deux conditions. Ainsi, D. Lochak remarque que « *l'examen des décisions du juge administratif atteste l'unité logique, la solidarité des deux critères, par delà une formulation qui les laisse apparaître à tort comme alternatifs* »[153] et des auteurs voient dans l'intérêt général un « *catalyseur* » dont le rôle est de « *légaliser la catégorisation des usagers établie à partir de différences de situations* »[154].

En effet, le critère tiré d'une différence de situation n'est pas, en ce qui concerne du moins les différenciations tarifaires fondées sur une différence de ressources[155], des plus concluants. Selon la jurisprudence, ces différences de situation doivent, pour pouvoir entraîner des catégorisations d'usagers, être objectives, appréciables et en rapport avec l'objet du service. Les deux premières conditions se révèlent peu pertinentes en matière d'appréciation des différences de revenus puisque, d'une part, les différences de situation « *résultent non d'éléments rationnels et préétablis mais de barèmes dont les seuils sont fixés de manière abstraite et discrétionnaire par les conseils municipaux* »[156] - constat qui permet d'écarter toute idée d'objectivité - et, d'autre part, la différence de revenus entre deux tranches successives peut s'avérer très faible - ce qui élimine toute prétention de fonder les différences de traitement sur des différences de situation "appréciables"[157] -. Seul, en définitive, subsiste le critère de l'objet du service. C'est d'ailleurs sur ce point qu'insistent la plupart des auteurs pour expliquer la

---

[151] CE, S., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, *Rec*. p. 274. Le principe dégagé par le Conseil d'Etat ne s'appliquait pas au cas d'espèce à des différenciations tarifaires fondées sur les ressources des usagers mais a une portée générale et vaut pour ces dernières, qui seront les seules étudiées ici.

[152] L'hypothèse d'une autorisation législative a en effet perdu de sa spécificité, le Conseil Constitutionnel soumettant le législateur aux mêmes critères que ceux utilisés par le Conseil d'Etat, et ne vaut que pour les rares cas de lois non conformes aux principes constitutionnels mais non déférées au Conseil ; V., dans le même sens, J.-F. LACHAUME, précit., p. 310. M. BORGETTO, note sous CE, S., 29 décembre 1997 ; *Communes de Gennevilliers et de Nanterre*, 2 arrêts, *RDP*, 1998, p. 904.

[153] D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, 1987, p. 787.

[154] J.-P. FERRAND, article précité, p. 344.

[155] La remarque ne vaut bien évidemment pas pour les différenciations tarifaires fondées sur le domicile.

[156] Concl. P.-H. Stahl sur l'arrêt *Commune de Gennevilliers*, *RFDA*, 1998, pp. 539-545 ; V., dans le même sens les conclusions du commissaire B. LASSERRE sur l'arrêt *Ville de Tarbes* (*RFDA*, 1985, p. 711), qui ne voyait pas « *comment l'on peut admettre que les familles tarbaises qui ont un quotient mensuel de 1950 F- et qui paieront des droits de 180F- sont, à l'égard du service géré par l'école de musique dans une situation différente de celles qui ont un quotient de 2010F- et qui paieront, elles, des droits de 280F. Ces différences ne sont pas en effet objectives et préexistantes : elles sont décidées par la commune elle-même qui choisit arbitrairement de découper en tranches la population des usagers potentiels* ».

[157] A rapprocher de l'analyse menée par le Conseil Constitutionnel à propos de la fixation de seuil dans l'obtention de la gratuité des soins prévue par la Couverture maladie universelle (décision n°99-416 DC du 23 juillet 1999, *AJDA*, 1999, chr. J.-E. SCHOETTL, pp. 700-744).

jurisprudence du Conseil : une différenciation tarifaire fondée sur les ressources des bénéficiaires pour le paiement de la redevance d'assainissement est illégale car sans rapport avec l'objet du service[158] tandis qu'une discrimination fondée sur la qualité d'assuré social ou de bénéficiaire de l'aide médicale pour l'accès à un cabinet dentaire municipal est avalisée par le juge[159]. Cette distinction était consacrée par la jurisprudence *Ville de Tarbes*[160], dans laquelle le Conseil d'Etat refusait d'admettre des différenciations tarifaires fondées sur le critère des ressources pour l'accès aux écoles de musique, alors qu'il l'acceptait pour des cantines scolaires[161], des centres de loisirs[162] ou des crèches[163]. Les commissaires du gouvernement prenaient alors soin de souligner, dans leurs conclusions, que « *l'objet d'un service public à caractère social diffère, par sa nature, de celui d'un service public culturel ou éducatif comme un conservatoire de musique* »[164]. Comme le confirmaient certains chroniqueurs, « *on ne voit pas, en effet, quel peut être le rapport entre l'enseignement de la flûte à bec ou du piano et les revenus dont bénéficient les parents des jeunes apprentis musiciens* »[165]. La pertinence de cette distinction entre ces différents services suscitait toutefois des réserves. Tout d'abord, il n'y a pas, dans l'absolu, plus de rapport entre la pratique d'une activité sportive dans un centre de loisirs, la garde d'un enfant par une crèche ou un déjeuner dans une cantine et les revenus familiaux qu'entre la pratique d'un instrument et ces mêmes revenus. Sur le terrain des faits, la situation de ces activités est identique et la distinction opérée par la jurisprudence depuis 1985 reposait, en réalité, sur l'idée selon laquelle certains services seraient plus essentiels que d'autres : les uns seraient nécessaires (cantines scolaires), les autres superflus (conservatoires artistiques). Or, en droit, l'argument ne saurait être retenu : *primo*, cette distinction éclaire peu la différence établie entre un centre de loisirs et une école de musique ; *secondo*, rechercher quels sont les services les plus indispensables entraîne forcément dans des considérations éminemment subjectives[166] ; *tertio*, aucun de ces services n'a été jugé essentiel au point que le législateur ait imposé aux communes de les créer[167]. Ensuite, sur le terrain strictement juridique, cette distinction opérée par la jurisprudence semblait reposer implicitement sur la distinction entre service public social et service public

---

[158] CE, 17 décembre 1982, *Préfet de Charente-Maritimes*, *Rec*. p. 427 : illégalité d'un dégrèvement accordé aux bénéficiaires de l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité.

[159] CE, S., 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, *Rec*., p. 563 : le principe d'égalité « *ne s'oppose pas à ce que les usagers d'un service public* (...) *supportent des tarifs différents ou même bénéficient éventuellement de la gratuité complète selon qu'ils sont ou non assurés sociaux ou bénéficiaires de l'assistance médicale gratuite* ».

[160] CE, S., 26 avril 1985, *Rec.* p. 119, concl. contraires B. LASSERRE ; S. HUBAC et J.-E. SCHOETTL, chron. *AJDA*, 1985, p.409 ; *D*., 1985 p. 592, note F. HAMON ; *JCP*, 1986.II.2067, note J.-P. MAUBLANC ; *LPA*, 6 octobre 1986, p. 15, note M. CLIQUENNOIS.

[161] CE, 10 février 1993, *Ville de La Rochelle*, req. n°95563.

[162] CE, 18 mars 1994, *Mme Dejonckeere*, *Rec.* p. 762.

[163] CE, 20 janvier 1989, *CCAS de La Rochelle*, *Rec*. p. 8.

[164] Concl. D. LEVIS sur CE, 10 février 1993, *Ville de La Rochelle*, cité par T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD, chron *AJDA*, 1998, p. 105.

[165] T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD, chron. *AJDA*, 1998, p. 103.

[166] V., en ce sens les conclusions de B. LASSERRE sur l'arrêt *Ville de Tarbes*, *RFDA*, 1985 p. 712. Par ailleurs, certaines prestations indispensables peuvent être assurées par des services publics industriels et commerciaux (cas de l'eau, par exemple) et être à ce titre, pour le moment du moins, insusceptibles de différenciations tarifaires fondées sur les ressources (V. l'arrêt précité *Préfet des Charentes Maritimes*).

[167] V. en ce sens les conclusions précitées de P.H. STAHL, *RFDA*, 1998, pp. 539-545.

culturel. Seuls les premiers auraient été susceptibles de donner lieu à des différenciations tarifaires fondées sur les revenus des familles. Or, l'imprécision de la notion de service public social est connue. Selon A. de Laubadère, serait social le service qui fournit des prestations sociales, c'est-à-dire « *d'interventions destinées à remédier plus ou moins aux inégalités sociales, à fournir un appui à des individus ou des catégories de personnes regardés comme socialement défavorisés* »[168]. Cependant, le Doyen ajoutait immédiatement que cette idée est simplement approximative au regard de l'évolution des services publics. Force est de remarquer que retenir cette stricte acception reviendrait à ne considérer comme service public social que les seuls services d'assistance, ce qui serait contraire à l'usage communément accepté qui désigne comme "social" toute une série de services. Dès lors, pour beaucoup, « *il n'est parfois guère aisé -même s'il convient ici de ne pas confondre les services sociaux et l'utilisation sociale des services- de faire le départ entre ce qui est social et ce qui ne l'est pas* »[169] et la distinction entre services publics culturels et services publics sociaux par « *un objet qui serait* "*par nature*" *différent est un combat douteux perdu d'avance* »[170].

97. De ce fait, le critère de la différence de situation au regard de l'objet du service paraît offrir un fondement douteux aux différenciations tarifaires fondées sur des différences de ressources. Il en va autrement du second critère jurisprudentiel, tiré des exigences de l'intérêt général. Le juge avait admis depuis longtemps l'existence de certaines distinctions fondées sur les ressources eu égard à l'intérêt général qui présidait à leur édiction[171]. Or, en matière d'accès aux services publics locaux, seul le critère de l'intérêt général permet de comprendre l'évolution de la jurisprudence administrative. Ainsi, dans l'arrêt *Ville de la Rochelle* de 1993, le Conseil d'Etat fait référence à la nécessité que les restaurants scolaires puissent être utilisés par toutes les familles sans distinction selon leurs revenus alors que, par ailleurs, compte tenu de l'objet d'une école de musique, aucune nécessité d'intérêt général ne justifie que son accès en soit favorisé[172]. C'est sur ce même fondement que le Conseil d'Etat, abandonnant la jurisprudence qui découlait de l'arrêt *Ville de Tarbes*, admet désormais que, eu égard à l'intérêt général qui s'attache à ce qu'un conservatoire de musique municipal puisse être fréquenté par les élèves qui le souhaitent sans distinction selon leurs possibilités financières, un conseil municipal peut, sans méconnaître le principe d'égalité des usagers devant le service public, fixer des droits d'inscriptions différents selon les ressources des familles[173].

---

[168] A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 3e éd., 1978, p. 421.
[169] M. BORGETTO, note précitée, *RDP*, 1998, p. 918.
[170] J.-M. PONTIER, « Les modulations tarifaires des services publics locaux et le principe d'égalité. A propos des décisions *Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre* », *Rev. Adm.*, 1998, n° 303, p. 412.
[171] Par exemple, CE, 19 octobre 1966, *Albet*, p. 549 : légalité de la suppression de l'allocation de prestations de subsistance aux rapatriés disposant de ressources différentes ; CE, S., 23 octobre 1981, *Saghérian et syndicat de l'architecture*, *Rec.* p. 386 : légalité d'un système progressif assis sur les revenus professionnels pour le calcul des cotisations obligatoires dues par les architectes ; CE, 21 janvier 1983, *CGC*, *Rec.* p. 605, légalité d'un plafond de ressources institué pour l'octroi d'une aide au logement.
[172] Arrêt *Ville de Tarbes*, précité ; pour un exemple d'application : CE, 12 novembre 1993, *Ville de Carrières-sur-Seine*, req. n° 103128.
[173] CE, S., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers, commune de Nanterre, LPA*, 1998, n°59, p. 12, note S. ALLOITEAU ; *RDP*, 1998, p. 899, note M. BORGETTO ; *AJDA*, 1998, p. 102, chron. T.-

L'analyse de la jurisprudence montre donc que c'est bien sur le fondement quasi exclusif de l'intérêt général que le juge admet des différenciations tarifaires fondées sur le critère des ressources[174]. Certes, les nécessités de l'intérêt général sont éminemment évolutives, et ce qui est d'intérêt général en 1997 ne l'était pas forcément en 1985. La crise économique et la montée des exclusions sont pour beaucoup dans cette évolution, et d'autres services facultatifs pourront légalement être soumis à des différenciations tarifaires[175]. Le législateur a d'ailleurs généralisé la possibilité de pratiquer de telles différenciations tarifaires, sur le fondement explicitement formulé du « *droit à l'égalité des chances par l'éducation et la culture* »[176].

98. Les inégalités sociales ne constituent pas objectivement des différences de situation. Si le souci de les atténuer peut conduire à instaurer des différenciations tarifaires, c'est sur le seul fondement de l'intérêt général, si fluctuant soit-il. En somme, si la pauvreté ne place pas l'usager dans une situation différente au regard du service, en revanche l'intérêt général commande de la traiter différemment… Les variations que connaît ainsi le principe d'égalité sont certes importantes et « *l'égalité par le service public s'est substituée à l'égalité dans le service public* »[177]. Le recours à la notion d'intérêt général pour écarter une stricte application de l'égalité des droits contribue à en diluer la notion, au point que certains auteurs proposent

---

X. GIRARDOT et F. RAYNAUD ; *Rev. Adm.*, 1998, p. 406, note J.-M. PONTIER ; *RFDA*, 1998, p. 539, concl. P.-H. STAHL.

[174] V. en sens inverse, M. BORGETTO, selon qui le Conseil aurait maintenu un lien entre la nécessité d'intérêt général et l'objet du service (*RDP*, 1998, p. 909). Cette analyse n'emporte cependant pas l'adhésion. D'une part, les arrêts *Commune de Gennevilliers* et de *Nanterre* ne font pas référence à l'objet du service, d'autre part, la comparaison entre l'intérêt général et l'objet du service, c'est-à-dire sa finalité, s'avérait peu concluante puisqu'elle se fondait implicitement sur la différence entre les services publics sociaux et les autres, distinction très aléatoire qui avait pour effet de rendre certains services insusceptibles de différenciations tarifaires, ce à quoi le juge a renoncé. Enfin, l'auteur reconnaît que le mouvement amorcé ne s'arrêtera pas au seul cas des écoles de musiques mais est susceptible de s'étendre à tous les services publics administratifs, ce qui, si la prédiction s'avère exacte, aura pour conséquence de rendre totalement inopérante car trop générale la référence à l'objet du service. Il semble donc plus logique de penser que c'est désormais l'intérêt général seul qui peut présider à l'édiction de différenciations tarifaires fondées sur les ressources des usagers, tout en constatant que le contenu dudit intérêt est pour le moins fluctuant et variable et confère au juge un large pouvoir d'appréciation.
Certes, il serait possible d'avancer que le critère de l'objet joue encore, implicitement, en faveur de la distinction entre services publics industriels et commerciaux et services publics administratifs, les seconds seulement pratiquant une politique de différenciations tarifaires fondée sur les ressources (ce qui, d'ailleurs, déplacerait le problème sur le terrain du lien entre intérêt général et *nature* du service (SPA ou SPIC) et non *objet* du service). Mais un tel constat est voué à disparaître : en effet, la loi de juillet 1998, relative à la lutte contre les exclusions, dispose en son article 133, que « *dans le cadre de la mise en oeuvre du droit au transport* », une concertation sera engagée sur l'instauration de mécanismes d'aide aux chômeurs en fin de droits et aux demandeurs d'emploi de moins de vingt-six ans, leur permettant l'accès aux transports collectifs. « *Le financement de ces mesures reposera sur la modulation des tarifs* ». On mesure, à la lumière de cette disposition, que les modulations tarifaires sont vouées à s'étendre à des services publics industriels et commerciaux. Dès lors, il serait vain de croire à la persistance du critère tiré de l'objet du service : les services publics industriels et commerciaux, si l'intérêt général le commande et la loi les y autorise, pourront pratiquer de telles modulations.

[175] En ce sens, un décret pris sur le fondement de l'article 147 de la loi de lutte contre les exclusions autorise les modulations tarifaires fondées sur les ressources familiales dans l'accès à la restauration scolaire de l'enseignement public (D. n° 2000-672 du 19 juillet 2000, *JO* 20 juillet 2000, p. 11120).

[176] Chapitre V de la loi de lutte contre les exclusions précitée, article 147.

[177] J.-P. FERRAND, article précité, p. 366.

d'abandonner la référence à l'égalité dans le contrôle juridictionnel des différenciations tarifaires, que l'évolution jurisprudentielle a rendu « *dérisoire* », et de se référer désormais à la solidarité, ce qui « *aurait au moins l'avantage de fournir à la jurisprudence actuelle une justification autrement plausible que celle du principe d'égalité* »[178]. Cette gratuité ou quasi-gratuité ainsi instaurée au seul bénéfice de ceux dont les ressources sont insuffisantes pour leur permettre un accès normal au service, qu'elle soit l'œuvre du législateur ou du juge, est également complétée par différentes mesures tendant à instaurer une assistance sélective.

II- L'assistance sélective

Les mécanismes juridiques d'aide à l'accès à certains biens et services au profit de personnes dont les ressources sont insuffisantes sont de deux types : ceux, d'une part, supposant l'édiction de politiques transversales d'assistance (A), et ceux, d'autre part, imposant certaines obligations spécifiques aux services publics (B).

A- Les politiques transversales d'assistance

99. Un grand nombre de dispositifs tendent à assurer une certaine égalité des chances en facilitant l'accès à certains biens et services également ouverts à tous mais pour lesquels l'application du seul principe d'égalité formelle serait insuffisante. Deux exemples, parmi d'autres, permettent d'en mesurer l'importance.

Tout d'abord, celui de l'aide à l'accès à l'enseignement. La gratuité de l'enseignement public ne saurait occulter, dans son principe, les nombreux frais entraînés par la scolarisation, qu'il s'agisse de l'achat de fournitures, des frais de transport ou de logement. Différentes aides matérielles sont donc proposées à ceux qui, sans elles, ne pourraient poursuivre leurs études et vont de l'aide sociale accordée par les caisses des écoles aux bourses octroyées dans le cadre de l'enseignement secondaire et universitaire[179]. En outre, ces aides nationales n'excluent pas l'intervention des collectivités locales et le Conseil d'Etat a ainsi admis la légalité d'une « *prestation d'aide sociale facultative qui a pour but d'assurer une meilleure égalité des chances quant à la possibilité matérielle d'entreprendre des études supérieures* », en l'espèce un revenu minimum étudiant destiné aux moins de 25 ans entreprenant des études supérieures[180].

---

[178] J.-M. PONTIER, article précité, p. 414.

[179] V. en ce sens les modifications introduites par l'article 145 de la loi de lutte contre les exclusions, inséré significativement au sein du chapitre V intitulé « *Droit à l'égalité des chances par l'éducation et la culture* », modulant les bourses nationales de collège selon les ressources de la famille.

[180] CE, 11 décembre 1996, *CCAS Saint-André-Les-Vergers*, *LPA* 1997, n° 36, p. 7, concl. J.-C. BONICHOT ; cependant, l'octroi de cette aide étant subordonné à la qualité de contribuable, le Conseil a relevé, à la suite de son commissaire du gouvernement, l'inadaptation d'un tel critère : il est en effet possible de résider sur le territoire d'une commune et de ne pas payer pour diverses raisons la taxe d'habitation. De surcroît, l'allocation que la commune entendait créer étant réservée à ceux qui contribuent au budget communal, une telle disposition est contraire au but même du revenu minimum étudiant. V. également la possibilité ouverte aux collectivités territoriales par l'article 138 de la loi de lutte contre les exclusions (a. L.1611-6 CGCT) de remettre aux personnes « *qui rencontrent des difficultés sociales* » des « chèques d'accompagnement personnalisé » pour acquérir différents biens et services dans

Un autre exemple de politique transversale tendant à assurer l'égalité des chances peut être trouvé dans les dispositifs assurant une aide au logement. L'accès au logement fait l'objet, depuis le XIXe siècle, de nombreuses politiques tendant à assurer une protection des défavorisés en leur garantissant un accès au logement. Outre celles relevant de la catégorie dite d'aides "à la pierre", par lesquelles les pouvoirs publics garantissent des constructions en faveur des plus démunis, les aides dites "aux personnes" s'orientent autour de deux axes d'intervention. Le premier est l'aide à l'hébergement et à la réinsertion sociale, bénéficiant aux « *personnes et* (...) *familles qui connaissent de graves difficultés notamment économiques, familiales, de logement, de santé ou d'insertion en vue de les aider à accéder ou à recouvrer leur autonomie personnelle et sociale* »[181]. Le second regroupe des politiques d'aide au logement tendant à fournir à leurs bénéficiaires un complément de ressources affecté au logement. Ces dispositifs de solvabilisation, fort divers[182], ont pour but de faciliter le logement et constituent autant d'exemples de politiques d'égalité des chances, tendant à corriger des handicaps de toutes sortes afin de rétablir des conditions matérielles d'égalité. Les politiques transversales d'assistance aux démunis se présentent donc comme autant de mesures de solidarité destinées à assurer une certaine égalité des chances. Elles se combinent avec des obligations spécifiques pesant sur certains services publics, afin de réduire les inégalités de fait résultant de la faiblesse des revenus.

B- Les obligations spécifiques des services publics à l'égard des usagers en situation de pauvreté

100. Les services publics concourent, dans leur principe même, à la réduction des inégalités sociales mais leurs impératifs de gestion limitent les possibilités de modulation de leur action en faveur des usagers en situation difficile. Il semble toutefois possible de dégager une ligne directrice de la masse des textes et principes jurisprudentiels les concernant : celle tendant à voir la pauvreté comme une exception d'inexécution au profit de l'usager[183]. Le terme ne vaut pas, en toute rigueur juridique, pour l'usager du service public administratif, lequel n'est pas dans une position contractuelle. De surcroît, ces services préfèrent recourir à la fixation de tarifs différenciés au profit des usagers aux ressources modestes. L'assistance aux usagers en situation de précarité se cantonne donc aux services publics industriels et

---

le domaine de l'hygiène, de l'habillement, des transports, des actions éducatives, culturelles ou sportives et des loisirs.

[181] Article L. 345-1 du CASF ; pour une analyse des modalités de cette aide : M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., pp. 455-464.

[182] Aide personnalisée au logement, allocation de logement familiale et allocation de logement sociale, aides diverses accordées par les fonds départementaux de solidarité pour le logement…Pour une description de ces aides au logement : M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., pp. 464-469 et 482-484. A celles-ci s'ajoutent les aides facultatives qui peuvent être accordées par les collectivités locales. Le Conseil d'Etat a en ce sens validé une délibération municipale accordant une allocation municipale d'habitation sous condition de ressources et de domicile, estimant que « *le législateur n'a pas entendu interdire aux communes de créer, de leur propre initiative, des aides dont l'objectif est de favoriser l'insertion sociale de leurs bénéficiaires dès lors qu'elles répondent à un intérêt communal* » (CE, S., 29 juin 2001, *Commune de Mons en Baroeul*, à paraître au Lebon).

[183] V. en ce sens S. NICINSKI, *L'usager du service public industriel et commercial*, Thèse Paris I, 2000, § 1061 et s.

commerciaux. Toutefois, une réserve doit être faite du cas particulier de l'hôpital, service public certes administratif, mais dont l'histoire explique la particularité.

101. En effet, c'est à partir de la IIIème République que les hôpitaux et des hospices perdent leur vocation exclusivement asilaire et voient leurs clientèles s'élargir, grâce à la conjonction du développement des organismes de prévoyance sociale et des progrès médicaux[184]. Cet élargissement, qui ne s'est toutefois pas accompli sans certaines réticences[185], a constitué un tournant décisif dans l'histoire du service public hospitalier en lui façonnant son visage moderne. L'hôpital, dès lors qu'il n'a plus été réservé aux indigents, a perdu son caractère gratuit. Cependant, différentes obligations à l'égard des plus démunis lui confèrent une certaine spécificité au sein des services publics administratifs. Ainsi, le directeur de l'hôpital est tenu de prendre toutes les mesures pour que les soins urgents requis par un patient soient assurés « *même en l'absence de toutes pièces d'état civil et de tout renseignement sur les conditions dans lesquelles les frais de séjour seront remboursés à l'établissement* »[186]. Cette limitation implicite aux soins urgents ne doit toutefois pas induire en erreur : elle doit être rapportée aux dispositions de la charte du patient hospitalisé, selon laquelle « *l'accès au service public hospitalier est garanti à tous, et en particulier aux personnes les plus démunies quand bien même elles ne pourraient justifier d'une prise en charge par l'assurance maladie ou l'aide médicale. En situation d'urgence, lorsque leur état le justifie, elles doivent être admises à l'hôpital. Lorsque l'hospitalisation n'est pas justifiée, il importe que celles-ci puissent être examinées et que des soins leur soient prescrits. L'hôpital est un lieu d'accueil privilégié où les personnes les plus démunies doivent pouvoir faire valoir leurs droits y compris sociaux* »[187]. L'idée se retrouve dans la création de

---

[184] V. sur ce point M. ROCHAIX, *L'évolution des questions hospitalières de la fin de l'Ancien Régime à nos jours*, Berger Levrault, 1996, pp. 167-169.

[185] Ainsi, une circulaire du 31 mars 1936 affirme que « *l'hôpital a été crée pour les indigents* (...) *L'admission des malades aisés ou peu aisés risque de nuire au service des malades indigents* » (citée par M.-J. IMBAULT-HUART, « Médicalisation et fonction sociale de l'hôpital. Convergences et contradiction », *Depuis cent ans, la société, l'hôpital et les pauvres*, éd. Doin, 1996, p. 75). Or, la principale conséquence de cet attachement à la vocation asilaire du service public hospitalier a été d'en écarter les malades dont la situation pécuniaire leur permettait les soins à domicile et le développement d'un florissant réseau de cliniques privées, instaurant de la sorte un système de santé à deux vitesses. Dans les années 40, législateur et juge ont tiré les conséquences de cette évolution sociale. Le premier, en adoptant la loi hospitalière du 21 décembre 1941 consacrant l'hôpital comme lieu ayant vocation à soigner l'ensemble de la population. Le second, en 1946, en considérant que la loi du 7 août 1851, faisant aux hôpitaux une obligation de recevoir les individus privés de ressources, n'avait pas entendu limiter leur clientèle aux seuls indigents. En effet, selon le Conseil d'Etat, les « *conditions de droit et de fait, résultant notamment de l'institution d'un régime d'assurance obligatoire, de l'extension de la législation sociale, de l'amélioration de l'organisation hospitalière et de l'évolution des circonstances économiques, font obstacle à ce que les hôpitaux soient réservés à cette seule clientèle de malades.* (...) *L'intérêt public justifie l'admission éventuelle dans les hôpitaux, lorsqu'il a été satisfait aux besoins des individus privés de ressources, soit des bénéficiaires de la législation de protection sociale,* (...) *de malades capables de faire face personnellement au paiement total et partiel des frais de séjour de l'établissement* » (CE, Sect., 15 mars 1946, *Sieur Odilon Platon*, *Rec*. p. 79 ; CE, Ass., 26 octobre 1945, *Syndicat national des maisons de santé*, Rec. p. 510).

[186] Article 44 du décret du 14 janvier 1974 ; V. sur ce point M. DUPONT et al., *Droit hospitalier*, Dalloz, 1997, n° 349, pp. 280-281.

[187] La charte a été promulguée par voie de circulaire (DGS/DH n°95-22 du 6 mai 1995) et a caractère impératif. V. sur ce point J.-M. CLEMENT, *Cours de droit hospitalier*, Les études hospitalières, 1999,

permanences d'accès au soin de santé destinée aux personnes en situation de précarité. L'article L. 6112-6 du Code de la santé publique prévoit que les établissements participant au service public hospitalier concluent avec l'Etat « *des conventions prévoyant, en cas de nécessité, la prise en charge des consultations externes, des actes diagnostiques et thérapeutiques ainsi que des traitements qui sont délivrés gratuitement à ces personnes* ». L'histoire, ainsi certainement que la nature particulière des services fournis par l'hôpital[188], expliquent l'obligation d'accueil des usagers en situation de dénuement matériel pesant sur ce service public.

102. Hormis ce cas, cette obligation particulière pèse essentiellement sur les services publics industriels et commerciaux. En effet, devant la montée de la pauvreté et l'aggravation de la fracture sociale, la question du maintien de l'accès à certains biens jugés nécessaires, tels que l'électricité, l'eau ou les télécommunications, a pris une ampleur certaine : la multiplication des impayés entraînant des coupures s'est révélée un enjeu majeur de la politique de cohésion sociale. Le Conseil National de la Consommation a été le premier à souligner les difficultés d'accès aux services publics marchands que rencontraient les personnes en situation d'exclusion. Par un avis de 1989[189], il rappelait l'importance d'un accès minimal aux services publics marchands et soulignait combien la coupure qui suit le défaut de paiement de ces prestations revêt un caractère insupportable, ressenti comme une grave injustice sociale. Aussi en appelait-il de façon significative à la solidarité, qu'elle soit nationale ou locale, présentée comme nécessaire pour préserver l'accès aux services publics. Par ailleurs, le principe communautaire d'universalité a contribué à cette réflexion sur l'accès aux services marchands des usagers en situation de précarité[190]. La question ainsi posée montre nettement l'opposition de deux logiques ; celle du caractère commercial du service, d'une part : une recherche, si ce n'est de profit, tout au moins de rentabilité anime les services publics commerciaux, ce qui, conjugué aux règles de droit privé relatives à l'exception d'inexécution, les autorise à suspendre la fourniture des biens qu'ils assurent en cas de non-paiement des sommes dues ; celle du service public, d'autre part, auquel un égal droit d'accès doit être ouvert à tous, notamment pour la fourniture de prestations jugées indispensables à l'intégration sociale. Or, selon certains auteurs, une politique d'aide aux clients les plus démunis correspondrait à la mission de même de service public des services industriels et commerciaux[191].

---

pp. 220-221 ; F. FEVRIER, « Les lois du service public hospitalier » *in* M.-L. MOQUET-ANGER (dir.), *De l'hôpital à l'établissement public de santé*, L'Harmattan, 1998, p. 74.

[188] Les éléments constitutifs de l'incrimination pénale de non-assistance à personne en danger pourraient, dans certains cas, être retenus à l'encontre de personnels soignants refusant, pour des raisons financières, de recueillir et soigner des patients ne présentant pas des garanties de solvabilité.

[189] Avis du 27 juin 1989 relatif aux modalités du maintien d'un minimum de fournitures aux usagers en situation de pauvreté, *BO Concurrence, consommation et répression des fraudes*, n° 15, 14 juillet 1989, p. 177.

[190] V. la thèse précitée de S. NICINSKI (§. 222 et s.) et son analyse des directives communautaires édictées dans les années 1990 en faveur de l'accès aux services des usagers en situation de précarité, que l'auteur fonde significativement sur un souci de cohésion sociale (§ 999).

[191] A. BRIERE, « Les services publics à travers le cas d'EDF-GDF », *Revue de la Concurrence et de la consommation*, n° 96, 1997, pp. 22-23. De même, S. NICINSKI décèle dans le principe d'efficacité sociale un objectif propre aux SPIC (thèse précitée, § 1564).

Le débat a pris une nouvelle ampleur lors de la discussion au Parlement du projet de loi relatif à l'exclusion sociale[192], au cours de laquelle les parlementaires ont souligné l'importance de l'accès à certains services marchands au sein du dispositif de lutte contre l'exclusion. Ainsi, l'article 136 de la loi adoptée dispose que « *toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières du fait d'une situation de précarité a droit à une aide de la collectivité pour accéder ou pour préserver son accès à une fourniture d'eau, d'énergie et de services téléphoniques* »[193].

Les mécanismes institués se présentent comme un mode d'expression de la solidarité à travers les services publics, et le discours du Ministre des affaires sociales devant l'Assemblée se réfère expressément à ce fondement : « *la solidarité doit aussi s'exprimer, dans certaines occasions, par une aide matérielle de la collectivité.* (...) *Cela vaut pour l'accès à des biens et services fondamentaux tels que l'eau, l'électricité, le gaz et le téléphone, mais aussi pour le droit à un compte bancaire* »[194]. Cette recherche d'égalité réelle au profit des seuls usagers en situation de dénuement est garantie par deux types de mesures à caractère complémentaire : d'une part, des fonds de solidarité qui préexistaient pour certains à la loi de 1998 ; d'autre part, une jurisprudence judiciaire offrant une certaine protection aux clients incapables de faire face à leurs dettes.

Les fonds institués par diverses conventions nationales passées entre l'Etat et les fournisseurs d'électricité et d'eau sont symptomatiques d'une logique d'assistance ciblée. Loin de garantir un droit à un minimum universel[195], ces fonds s'inscrivent dans une perspective de solidarité au seul profit des personnes en situation d'exclusion. EDF et GDF ont ainsi instauré des fonds dits « *pauvreté–précarité* », destinés à prendre en charge les factures impayées des clients en difficulté. Un service dit « *maintien énergie* » permet de proposer une alternative à la coupure complète de l'électricité ou du gaz en cas de non-paiement. L'établissement public accorde alors une puissance électrique minimale, en attendant l'intervention des services sociaux que le client s'engage à contacter. Un décret ultérieur a remanié la procédure en en gardant l'esprit[196]. Dans une optique similaire, une Charte « *solidarité-eau* » a été conclue entre les différents intervenants

---

[192] Séance du 18 mai 1998, *JO déb. A.N.*, 19 mai 1998, p. 4017 et s.

[193] Art. L. 115-3 du CASF. Pour un commentaire critique de cette loi, soulignant le caractère ambigu du droit consacré (simple "droit à l'aide" et non "droit au service", dispositif de gestion des impayés générateur d'inégalités…) : O. COUTARD, « Préserver l'accès aux services de première nécessité », *Informations sociales*, n° 76, 1999, p. 18-27.

[194] M. AUBRY, présentant le projet de loi d'orientation relatif à la lutte contre les exclusions, 5 mai 1998, 2e séance, *J.O Déb. A.N.*, 6 mai 1998, p. 3400.

[195] Un tel droit, dont la généralité et le caractère novateur ont été soulignés par le Parlement, a été expressément repoussé. V. en ce sens les propos du rapporteur à l'Assemblée : « *aller vers ce concept tout à fait important, novateur et révolutionnaire mais extrêmement difficile de minimum énergétique universel me posait personnellement, à moi et à bien d'autres membres de la commission, bien des problèmes* », *JO Déb. A.N.* , 19 mai 1998, p. 4019.

[196] D. n° 2001-531 du 20 juin 2001, relatif à l'aide aux personnes en situation de précarité pour préserver ou garantir l'accès à l'électricité (JO 22 juin 2001, p. 9888). Des aides ou des avances peuvent dans certains cas être attribuées à des personnes en situation de précarité pour le paiement des factures d'électricité. Par ailleurs, une fourniture minimale provisoire est accordée. Le décret énumère précisément les critères sur la base desquels les commissions doivent se fonder pour décider d'attribuer ou non une aide et en fixer le montant.

afin d'assurer le maintien d'une alimentation minimale en eau pour les usagers démunis[197]. La question du maintien de l'accès aux télécommunications téléphoniques a été réglée dans une perspective similaire par un décret de 1999[198].

103. Cette logique de solidarité reposant sur l'existence de différents fonds se combine avec une jurisprudence civile tendant à garantir l'accès aux biens fournis par les services marchands. En effet, le principe de l'exception d'inexécution en matière contractuelle veut que les services publics industriels et commerciaux soient en droit de suspendre leurs fournitures dès lors qu'ils ne reçoivent plus le paiement des biens déjà consommés. Toutefois, les tribunaux judiciaires atténuent le principe dans les litiges où la pauvreté de l'abonné est en cause. Ainsi, il a été admis, dans le cas d'Electricité de France, que « *s'agissant d'un établissement public investi d'une mission d'intérêt général, ce pouvoir doit être tempéré en considération de la situation particulière de l'abonné défaillant* »[199]. En l'espèce, une « *situation familiale et financière difficile* » qui ne permet pas à l'abonné de faire face à ses échéances justifie l'octroi d'un délai de paiement et le rétablissement d'un minimum de courant. D'autres tribunaux ont rejoint cette solution, soit en invoquant des « *raisons humanitaires* »[200], soit en soulignant que « *parmi les besoins impérieux pour vivre, outre la nourriture, l'habillement, le logement et le chauffage, l'éclairage est une nécessité première* »[201]. Par ailleurs, outre ces obligations imposées à EDF, le juge peut également accorder des délais de paiement sur le fondement de l'article 1244 du Code civil[202], bien qu'il se réserve le droit d'apprécier la bonne foi de l'abonné[203] ou qu'il se refuse à imposer des sujétions

---

[197] Circulaire n° 97-100 du 23 octobre 1997, *B.O. Equipement et transports* du 25 décembre 1997.

[198] Décret n° 99-162 du 8 mars 1999, relatif au service universel des télécommunications et modifiant les articles R 20-34 et R. 20-40 du Code des postes et télécommunications et l'article R. 251-28 du Code de la Sécurité sociale, *JO* 9 mars 1999, p. 3512. V. également le dispositif prévu antérieurement par la loi du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications et le commentaire fait par H. MAISL, « La nouvelle réglementation des télécommunications », *AJDA*, 1996, p. 762. Le décret de 1999 prévoit d'une part la possibilité d'accorder une réduction de leur facture téléphonique aux bénéficiaires de certaines prestations sociales (RMI, ASS ou AAH) et, d'autre part, une aide pour le paiement des dettes téléphoniques, accordée après examen d'une commission préfectorale. La demande d'une telle prise en charge a pour effet immédiat d'accorder un accès restreint au service téléphonique, comportant la possibilité de recevoir des appels ainsi que d'en acheminer vers les services gratuits et d'urgence, en attendant que la commission se prononce, ce qui permet de retarder ou d'éviter, selon les cas, la coupure. Ces deux mesures complémentaires sont prises en charge par un fonds de service universel des télécommunications, selon des modalités que le décret définit.

[199] TI de Périgueux, référés, 23 octobre 1992, *M. Cheyral c/ EDF*, *CJEG*, 1993, p. 430-431.

[200] TGI de Carcassonne, référés, 14 février 1992, *M. Molinier c/ EDF*, TI de Tarbes, 19 juin 1992, *M. Bègue c/ EDF*, *CJEG*, 1993, p. 431 : « *rétablissement du courant ordonné pour des raisons humanitaires jusqu'à la fin de l'hiver en raison de la présence de jeunes enfants* ».

[201] TI d'Yssingeaux, 16 octobre 1990, *R. c/ Percepteur de Saint Didier en Velay*, *CJEG*, 1992, p. 214.

[202] Ex. : TI Grenoble, 7 janvier 1997, *EDF C/ Mme Cretet*, *CJEG*, 1998, p. 349 : octroi d'un échéancier de paiement « *compte tenu des difficultés financières de l'intéressée* » ; sur ce point, V. *infra*, 1ère partie, titre 2, chapitre 2, § 175.

[203] TI Fontenay le Comte, 6 janvier 1995, *EDF-GDF c/ Brochet et Dudognon*, *CJEG*, 1996, p. 324 : ressources du client inférieures à 2000 francs, mais « *le seul fait de persister dans une activité professionnelle quasiment déficitaire* (...) *alors que ses qualifications lui permettraient de postuler à un emploi salarié constitue une aggravation volontaire de son passif* (...). *En effet, M. s'assure ainsi des revenus difficiles à évaluer et à saisir, et, selon ses dires, inférieurs au salaire auquel il pourrait prétendre* ».

trop lourdes au service public[204]. La jurisprudence judiciaire rendue en matière de suspension de fournitures d'eau est sensiblement identique. Ainsi, le juge des référés, chargé de contrôler la légalité d'une suspension de fourniture en raison du défaut de paiement de facture, après avoir relevé que, aux termes du règlement des abonnements, la fermeture du branchement jusqu'au paiement des sommes dues n'est qu'une faculté pour la société, a constaté que la cessation de la fourniture d'eau entraîne « *la privation d'un élément essentiel à la vie d'une famille de six personnes dont quatre enfants* (ce qui) *constitue actuellement une gêne très importante et un risque pour la santé, auxquels ils convient de remédier par le rétablissement immédiat de la fourniture d'eau* »[205]. Une affaire similaire a permis au juge des référés de qualifier une telle suspension de « *trouble manifestement illicite porté aux conditions de vie normales de plusieurs familles* »[206].

Le principe d'une aide apportée à l'usager de services publics en raison de handicaps financiers est donc ancien. Le souci d'égalité des chances intervient de façon traditionnelle en complément d'une égalité des droits, sous la forme diversifiée d'une aide à l'accès. Il s'agit de compenser des difficultés particulières, nées d'une insuffisance financière, afin de permettre l'accès de tous aux services offerts. Cette tendance s'accroît encore davantage, affectant bon nombre de services publics jusqu'ici plutôt fondés sur une logique marchande. Le modèle républicain de la cohésion sociale est à ce prix, d'autant plus que la persistance de la crise économique jointe aux difficultés rencontrées par l'Etat Providence suscitent de nouvelles interrogations.

§ 2- De nouvelles interrogations

Le contexte social et doctrinal particulier des vingt dernières années favorise la remise en cause, au nom de la cohésion sociale menacée, du modèle républicain issu de l'après-guerre (I) et de nouvelles réflexions, articulées autour des principes de justice sociale et d'équité, tendent à préconiser des mécanismes de discriminations positives (II).

I- Le contexte social et doctrinal

Crise économique, échec des politiques traditionnelles, souci d'efficacité et de justice sociale, le contexte social d'aggravation des inégalités met à mal le modèle républicain de cohésion sociale (A) et suscite un renouveau doctrinal (B).

---

[204] TI Rouen, 24 septembre 1993, *EDF-GDF c/ T.*, *CJEG*, 1994, pp. 504-505 : abonnée disposant de faibles ressources à laquelle est refusée une demande de délai : « *il est indéniable que la rupture du contrat crée un préjudice très important à Mme T... et à ses enfant* (sic) *qui n'ont donc plus d'électricité à leur domicile et n'ont plus les moyens ni de se chauffer, ni de se préparer des repas chauds. Cependant, le Tribunal ne peut imposer à l'EDF de se substituer aux organismes sociaux ou à l'état* (sic) *lui-même pour apporter les aides auxquelles une famille peut prétendre* ».

[205] TGI d'AVIGNON, référés, *P. et D. / S.A.D.E.*, 12 mai 1995, *Droit en Quart Monde*, n° 13, 1996, pp. 44-45.

[206] TGI de ROANNE, référés, *L., D. et G. / S.D.E.I.*, 11 mars 1996, *Droit en Quart Monde*, n° 13, 1996, pp. 42-43.

A- L'aggravation des inégalités et l'échec des politiques traditionnelles

104. Le paradoxe de la situation française est connu : le produit intérieur brut a augmenté de 50% en 25 ans, tandis que le nombre de pauvres n'a cessé de croître. Ainsi, entre 1970 et 1995, le nombre de bénéficiaires de minima sociaux a augmenté de plus de 40%, couvrant près du dixième de la population[207]. « *Plus de richesse et pourtant plus de pauvres* », tel est l'accablant constat dressé par certains[208] devant l'aggravation des inégalités.

Celles-ci sont multiples et se confortent en se répétant : inégalités face aux revenus ; inégalités face à l'emploi en raison d'un chômage de masse persistant, inégalités face à la consommation en découlant ; échec scolaire et illettrisme ; problème de l'inégal accès aux soins que renforce une inégalité sociale devant la maladie et la mort ; bref, un cumul d'inégalités inquiétant pour la cohésion du pays[209]. A ce constat s'ajoutent les difficultés que rencontrent les mécanismes de protection sociale. Le chômage de masse entraîne une diminution des ressources de la Sécurité Sociale et, corrélativement, rend nécessaire une augmentation de ses dépenses afin d'assurer le versement des prestations aux demandeurs d'emploi. L'augmentation continue des dépenses de santé a pour effet de rendre pratiquement toujours déficitaire le régime d'assurance maladie ; la crise financière de l'Etat le rend incapable d'assurer son rôle traditionnel de régulateur en la matière, tout comme elle handicape l'amélioration du fonctionnement de ses services publics. Ce constat implacable des effets de la crise économique a entraîné une critique accrue du système de protection sociale, jugé incapable de faire face à sa mission de réduction des inégalités. Elle prend alors la forme de la dénonciation de « l'effet Mathieu » et des « pièges de la pauvreté ».

Le nom du premier provient d'un passage de l'évangile selon Saint Matthieu : « *à celui qui a, il sera donné et il aura en abondance ; mais de celui qui n'a rien, il sera aussi repris le peu qu'il possède* »[210]. En science administrative, il désigne la "redistribution à l'envers" que les politiques fiscales et sociales peuvent entraîner en direction, non des personnes aux faibles revenus, mais, au contraire, de ceux dont les revenus sont les plus élevés. Ainsi, le bilan de la Sécurité sociale est présenté de façon implacable par J.-J. Dupeyroux, selon qui la cohérence de la Sécurité sociale a toujours été « *d'avantager systématiquement les catégories les plus aisées* »[211]. De même, le caractère redistributif de l'impôt et des prélèvements obligatoires est fortement mis en doute par différentes analyses socio-économiques[212] en raison, d'une part, de la faible assiette et des larges possibilités de fraude du premier et, d'autre part, du caractère proportionnel voire dégressif des

---

[207] CERC Association, « Les minima sociaux : 25 ans de transformations », *Les dossiers de CERC Association*, n° 2, 1997, p. 80.
[208] A. BIHR et R. PFEFFERKORN, ouvrage précité, p. 11.
[209] V. sur tous ces points, A. BIHR et R. PFEFFERKORN, id.
[210] Mt., XXV- 29. La transposition du terme dans le domaine de la pauvreté est due à H. DELEECK, « L'effet Mathieu : de la répartition inégale des biens et services collectifs », *Recherches sociologiques*, Louvain la Neuve, 1978, vol. IX, n° 3, pp. 301-326. Renvoyant au nom de l'évangéliste, les auteurs auraient dû écrire « *Matthieu* » et non « *Mathieu* », cependant, l'usage a consacré ce dernier terme.
[211] J.-J. DUPEYROUX, « 1945-1995 : quelle solidarité ? », *Droit social*, 1995, p. 713 ; dans le même sens, C. BEC, *Assistance et démocratie, un siècle de collaboration,* thèse dact. Paris 1, 1995, p. 58.
[212] V., sur ce point, A. BIHR et R. PFEFFERKORN, ouvrage précité, pp. 63-86.

seconds. Enfin, les services publics eux-mêmes procèderaient à une redistribution inversée[213].

Il apparaît donc que les politiques sociales, loin d'atteindre leur objectif de réduction des inégalités, accentuent ces dernières en profitant davantage aux catégories les plus aisées. La présence de pièges de la pauvreté renforce ce constat d'échec. Le terme tend moins à dénoncer les effets pervers du système de protection sociale qu'à en pointer les insuffisances. Les revendications du mouvement des « chômeurs et des exclus » de l'hiver 1997-98 sont symptomatiques de cette critique ; soulignant les nombreuses insuffisances, tant qualitatives que quantitatives des minima sociaux, ils demandaient une augmentation généralisée des minima sociaux afin de réduire efficacement la pauvreté[214]. Différentes analyses ont souligné l'insuffisance de ces politiques dans la réduction de la pauvreté et des inégalités, tant en raison de la persistance de populations non couvertes qu'au regard de la faiblesse des revenus qu'elles garantissent[215].

Dès lors, devant le constat d'échec de la mise en œuvre traditionnelle du principe d'égalité, il était inévitable de le voir critiqué au profit d'un nouveau principe, jugé plus à même de surmonter la décomposition du lien social et de réduire les inégalités sociales : le principe d'équité.

B- Le contexte doctrinal

Des nouvelles interrogations, liées à l'échec des politiques traditionnelles de réduction des inégalités sociales dans la lutte contre la pauvreté, surgissent. Elles s'articulent autour de la problématique des discriminations positives en faveur des plus défavorisés et d'une recherche d'équité dont la compatibilité avec le modèle républicain est sujette à interrogation.

1- Egalité, priorité ou équité ? Le renouveau doctrinal

105. Un des éléments essentiels du renouveau doctrinal réside, à n'en pas douter, dans la diffusion en France des écrits de J. Rawls[216]. La pensée de l'essayiste s'articule autour de deux principes constitutifs d'une « *théorie de la justice comme équité* ». Le premier, dit « *d'égale liberté* » affirme que «*chaque personne doit avoir*

---

[213] Certes, comme le souligne J. CHEVALLIER, l'effet Mathieu « *ne se fait pas sentir ni dans tous les services ni avec la même intensité* ». Cependant, le revenu joue un rôle important dans la fréquentation des services : pour certains, comme les équipements de loisirs ou les services culturels, elle croît avec le revenu, pour d'autres, elle augmente jusqu'à un certain seuil (services parascolaires et éducatifs), pour d'autres en revanche, elle ne varie pas (hôpitaux, cantines, écoles maternelles) ou même décroît (services d'assistance). Or, selon l'auteur, « *ces variations révèlent que les services publics se situent sur une échelle de prestige et qu'ils s'adressent à des catégories d'usagers différentes : les couches sociales privilégiées tendent à déserter les services* "*prolétarisés*" *ou dévalorisés* » (*Science administrative*, PUF, 1986, p. 532).

[214] V. sur ce point P. CONCIALDI, « Faut-il attendre la fin du chômage pour relever les minima sociaux ? », *Droit social*, 1998, pp. 252 et s.

[215] M.-T. JOIN-LAMBERT, *Chômage, mesures d'urgences et minima sociaux*, La D.F., 1998 ; CERC-Association, « Les minima sociaux : 25 ans de transformations », *Les dossiers de CERC Association*, n° 2, 1997.

[216] J. RAWLS, *Théorie de la justice*, (1971), Le Seuil, 1987 ; sur la réception de la pensée de J. Rawls par la doctrine française : *Individus et justice sociale, autour de J. Rawls*, Le Seuil, coll. Points Politique, 1988.

un droit égal au système total le plus étendu de libertés de base égales pour tous, compatible avec un même système pour tous ». Le second concède l'existence d'inégalités économiques et sociales à la condition qu'elles soient « *a/ au plus grand bénéfice des plus désavantagés, dans la limite d'un juste principe d'épargne* » (« *principe de différence* ») et « *b/ attachées à des fonctions et à des positions ouvertes à tous, conformément au principe de la juste égalité des chances* » (« *principe d'égalité des chances* »). L'auteur procède également à une hiérarchisation de ces principes, en insistant sur la priorité du premier sur le second, et, au sein de ce dernier, sur la priorité du principe d'égalité des chances au regard du principe de différence. Cette différenciation et cette hiérarchisation permettent à l'auteur de déterminer deux types d'inégalités : les unes, justes et équitables, sont celles qui ont pour résultat l'amélioration, fût-elle minime, de la condition des plus défavorisés. Les autres, contraires au principe de « *justice comme équité* », sont, d'une part, celles qui accroîtraient le fossé entre les plus démunis et les mieux nantis, d'autre part, celles qui, tout en assurant une répartition au profit des défavorisés, auraient pour effet d'affecter les libertés ou l'égalité des chances.

La théorie de J. Rawls ne condamne donc pas, *a priori*, toutes les inégalités. Bien au contraire, elle en légitime certaines, celles qui, pour aller vite, ont un effet positif sur le fonctionnement de la société[217], et en appelle d'autres, dès lors qu'elles sont à même d'améliorer la situation des plus défavorisés. Entendue de la sorte, la pensée de l'auteur américain, qui se veut une synthèse et une conciliation des exigences de liberté, de solidarité, d'égalité, d'efficacité, de justice et de compétitivité[218], a eu un impact certain sur l'analyse politique française, tous courants politiques confondus.

De nombreux auteurs, constatant l'échec des politiques traditionnelles, recommandent en effet de renoncer à la conception "égalitaire" prévalant jusque là, au profit d'une conception équitable, fondée sur la légitimation de certaines inégalités. C'est ainsi le rapport du Commissariat général au Plan, présidé par A. Minc, qui écrit : « *la France a vécu jusqu'ici sur un modèle égalitaire simple : accroître de façon uniforme les droits juridiques ou sociaux, réduire les inégalités de revenus, développer pour tous les prestations sociales* (...). *La France est* (aujourd'hui) *à la recherche d'un compromis de combat qui* (...) *se substituera à celui des années de forte croissance. La commission souhaite qu'il soit fondé sur le principe d'équité, par opposition à l'aspiration égalitaire qui a bercé toute l'histoire sociale de l'après guerre* »[219].

Ce souci de « repenser l'Etat Providence » constitue également le leitmotiv de l'ancienne Fondation Saint-Simon, selon qui « *pour rétablir davantage d'égalité concrète, il faut sortir du mythe égalitaire de 1945. Le niveau de vie n'est plus le même, les besoins non plus et des inégalités insupportables se sont glissées entre les mailles du filet juridique conçu théoriquement pour les arrêter. Dans ces conditions,*

---

[217] Rapp. M. LAROQUE, *Politiques sociales dans la France contemporaine*, Editions sciences techniques et humaines, 1984, p. 279 : « *la réduction des inégalités ne se justifie que lorsqu'elles sont source d'injustice sociale ou de clivages sociaux irraisonnables. Une politique d'égalitarisme n'a pas de sens. Une politique de justice sociale et de solidarité est en revanche indispensable* ».
[218] V. en ce sens M. BORGETTO, « Égalité, solidarité… équité ? », précit., p. 262.
[219] A. MINC, Commissariat général au Plan, « *La France de l'an 2000* », Ed. O. Jacob, 1994, p. 85 et 87.

l'égal accès de chacun aux services de toute nature rendus par l'Etat-Providence conduit de fait à perpétuer les inégalités acquises »[220]. Fort de ce constat, le rapport Minc préconise un nouveau pacte, un « *compromis de l'an 2000* » à même de « *concilier l'impératif de productivité et la cohésion sociale, les principes d'une société ouverte et le devoir de solidarité, l'efficacité et l'équité. Equité : tel est en effet le maître mot, comme égalité l'a été pour le modèle de l'après-guerre* »[221].

Le concept d'équité[222] resurgit ainsi au centre du discours politique et social, d'où la notion d'égalité semblait l'avoir banni en raison de son ambivalence : dans l'antiquité grecque, l'équité désignait à la fois la bonté de l'aristocrate secourant les plus démunis au sein d'une cité n'accordant pas les mêmes droits aux uns et aux autres, mais aussi la politique qui, dans le cadre d'un régime démocratique, permet d'atteindre concrètement l'égalité des droits. D'où les deux acceptions du terme, dont F. Stasse souligne l'éloignement : dans le premier cas, l'équité s'entend comme « *une disposition compassionnelle devant l'inégalité des droits* »[223], « *une disposition morale qui incite les riches à aider les pauvres tout en maintenant ces derniers dans leur statut juridique inférieur* »[224] ; dans le second, elle ajoute au principe d'égalité « *une exigence d'efficacité concrète* »[225]. La conception moderne de l'équité la présente comme un principe d'action tendant à rétablir une égalité de fait, fut-ce par l'affirmation d'une inégalité en droit. Dans cette optique, l'équité deviendrait le fondement de nouvelles mesures sociales tendant à restaurer la cohésion sociale par l'instauration de discriminations positives, c'est-à-dire d'inégalités en faveur des démunis.

2- Justice et cohésion sociales, fondement des discriminations positives

106. Le discours "équitariste" introduit une rupture réelle dans les politiques sociales qu'il entend refonder. Non pas tant, comme on a pu le penser[226], parce qu'il tendrait à modifier une conception purement procédurale de l'égalité au profit d'une forme équitable et se traduirait par l'affirmation d'une égalité des chances : cette distinction est admise depuis longtemps et se trouve au fondement de l'Etat

---

[220] FONDATION SAINT-SIMON, *Pour une nouvelle république sociale*, Calmann Levy, 1997, p. 68.
[221] A. MINC, précit., p. 11.
[222] Sur la notion d'équité et ses liens avec celle d'égalité, V. notamment N. BELLOUBET-FRIER, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1998, n° spécial, pp. 152-164 ; M. BORGETTO et R. LAFORE, *La République sociale*, PUF, 2000, pp. 250-281 ; M. FOULETIER, *Recherches sur l'équité en droit public français*, Thèse droit Poitiers, 1999, dact. ; Th. LAMBERT (dir.), *Egalité et équité, antagonisme ou complémentarité ?*, Economica, 1999.
[223] F. STASSE, *Egalité et discriminations positives*, Regards sur l'actualité, La D.F., 1997, n° 232, p. 20 ; A.-M. LE POURHIET relève, dans le même sens, que la notion de discrimination positive, découlant du concept d équité, est « *fortement imprégnée de compassion politiquement correcte* », (« Discriminations positives ou injustice ? », *RFDA*, 1998, p. 519).
[224] Conseil d'Etat, *Considérations générales sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, *EDCE* n° 48, p. 84.
[225] F. STASSE, précit., p. 20.
[226] V., en ce sens, deux contributions significatives de l'ouvrage dirigé par Th. LAMBERT, *Egalité et équité, antagonisme ou complémentarité ?*, Economica, 1999 : d'une part, celle de D. TRUCHET, (« La dualité égalité et équité dans le service public », pp. 83-91) selon qui l'équité explique certaines discriminations dans l'accès aux services et fonde les modulations tarifaires ; d'autre part celle de H. THOMAS (« Vers un renversement de la dialectique égalité et équité dans les politiques sociales », pp. 93-112), pour qui l'équité est un principe complémentaire de l'égalité et fonde les mesures de protection sociale consubstantielles à la démocratie sociale.

Providence et de la démocratie sociale. L'égalité des chances est une notion ancienne, qui n'est que le complément traditionnel du principe d'égalité. Elle justifie la prise en compte des différences de situation et confère au droit une fonction d'enregistrement des différences sociales afin de faire en sorte, par des mécanismes appropriés, que les inégalités sociales ne constituent pas un obstacle insurmontable à l'accès à certains biens et services. La rupture se situe, en réalité, en ce que l'équité intervient à un nouveau niveau : il ne s'agit plus d'affirmer l'égalité des droits en insufflant quelques mesures destinées à favoriser l'accès et la jouissance de ces droits, mais de consacrer des inégalités juridiques afin de corriger des inégalités sociales. En d'autres termes, l'équité vient instiller « *l'égalité promotion* » pour compléter « *l'égalité protection* »[227], et, contrairement à la formulation du pacte républicain, tend à affirmer un "inégal droit à la solidarité".

Or, cette rupture est souvent mal perçue. Certains auteurs ont tenté de démontrer la continuité existant entre les principes de la démocratie sociale et la théorie "équitariste". On a ainsi pu écrire que « *les principes de justice proposés par Rawls ne sont autres que l'expression logiquement hiérarchisée des trois principes républicains français : liberté, égalité, fraternité* »[228] . Le Conseil d'Etat lui-même, dans son rapport public de 1996, tente de relier le principe d'équité à celui, traditionnel, de l'égalité des chances[229].

En réalité, la confusion persistante entre la conception traditionnelle de l'égalité et celle plus récente de l'équité provient de ce que les deux affichent un objectif identique : la réduction des inégalités sociales. Une double différence les sépare toutefois. Si leur but correcteur des inégalités est identique, il ne s'agit pas, dans le cadre de l'équité, de réduire toutes les inégalités, mais seules celles contraires à l'efficacité et à la cohésion sociale[230]. En d'autres termes, là où l'égalité des chances appelait une réduction globale des inégalités sociales, l'équité suggère des réductions ponctuelles des seules inégalités contraires à l'efficacité[231]. La rupture avec les principes traditionnels de la démocratie sociale est ici évidente. A cette différence de champ d'application s'ajoute une autre divergence, portant sur les moyens : si l'égalité des chances passait par l'affirmation d'une égalité des droits,

---

[227] Selon la terminologie employée par F. DEMICHEL, à propos du débat sur la parité « homme-femme » (« A parts égales, contribution au débat sur la parité », *D.*, 1996, chr., p. 95).

[228] A. BOYER, « Justice et égalité », *Notions de philosophie III*, Folio Essais, Gallimard, 1995, p. 63.

[229] Précit., pp. 83-94 ; dans le même sens, pour une démonstration de la place de l'équité dans les politiques sociales depuis 1945 : M. FOULETIER, thèse précitée, pp. 318 et s. ; H. THOMAS, précit., pp. 93-112.

[230] V. en ce sens le rapport Minc, affirmant qu'« *il faut identifier les inégalités inefficaces et injustes qui doivent être combattues, développer les formes d'équité qui sont un facteur d'efficacité, et trouver le niveau acceptable d'inégalités nécessaires pour assurer le dynamisme de l'économie* » (rapport précité, p. 89). Or, une telle affirmation présuppose trois idées forces, comme le souligne M. BORGETTO (« Equité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions », *Droit Social*, 1999, p. 227) : d'abord, qu'il est des inégalités qui sont justes et efficaces ; ensuite qu'il est des formes d'équité qu'il n'est pas besoin de développer, car n'étant pas un facteur d'efficacité ; enfin qu'il est des inégalités nécessaires car permettant d'assurer le dynamisme de l'économie. Dans le même sens, V. l'analyse de J.-P. FITOUSSI et P. ROSANVALLON : « *au nombre de ses clauses, en effet, un contrat social doit définir les domaines où la société entend promouvoir l'égalité, ce qui légitime en même temps les différences auxquelles elle consent* » (*Le nouvel âge des inégalités*, Le Seuil, 1996, p. 99).

[231] V. en ce sens M. BORGETTO, « Equité, égalité des chances… », précit., p. 229.

l'équité repose, quant à elle, sur l'abandon de cette conception procédurale de l'égalité et appelle, au contraire, une différenciation des droits.

107. Cette différenciation des droits passe par l'idée de discriminations positives[232], dont la compatibilité avec les principes républicains est sujette à interrogation : pour certains, elle serait le prolongement des mécanismes traditionnels de redistribution[233] et d'égalité des chances[234], tandis que, pour d'autres, leur introduction dans le droit français « *ébranle tout à la fois le pacte social issu de la Libération et le pacte civique issu de la Révolution* »[235]. Il est toutefois indéniable que la discrimination positive dépasse l'égalité des chances et vise, comme le souligne le Conseil d'Etat, la réalisation d'une « *égalité de résultats* »[236]. En effet, les discriminations positives désignent « *des différenciations juridiques de traitement dont l'autorité normative affirme expressément qu'elles ont pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait existant entre elles* »[237]. Elles se présentent donc comme autant de mesures destinées à réduire l'inégalité de fait grâce à une inégalité des droits.

Cette création d'une inégalité juridique pour restaurer une égalité de fait est justifiée, dans l'esprit de nombreux auteurs, par un impératif de cohésion sociale. Ainsi, selon G. Calvès : « *l'instauration de discriminations positives apparaît* (...) *comme une des clés de la modernisation de l'Etat Providence et, indissociablement, du maintien de la cohésion sociale* »[238]. De même, selon J.-J. Dupeyroux, c'est bien l'équité qui fonde la cohésion sociale et non une prétendue égalité des droits démentie par le constat de réelles inégalités de fait[239]. L'analyse menée par le Commissariat général au Plan dans son rapport sur la cohésion sociale est symptomatique du lien établi entre discriminations positives et cohésion sociale : rappelant, à propos de l'école publique, que « *la volonté d'offrir à tous* (...) *des chances égales d'accès à la promotion sociale, au développement matériel et*

---

[232] Le caractère impropre des termes de « discriminations positives » et « à rebours » a été souligné avec justesse (D. LOCHAK, « Réflexion sur la notion de discrimination », *Droit social*, 1997, pp.778-790). Il sera pourtant conservé, en raison de son emploi courant pour désigner un certain nombre de politiques publiques.

[233] Le Conseil d'Etat considère ainsi que la progressivité de l'impôt, qu'il rattache aux dispositions de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen selon lesquelles « *pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable. Elle doit être également répartie entre tous les citoyens en raison de leurs facultés* », constitue une forme de discrimination positive (rapport précité, p. 87).

[234] Ainsi G. BRAIBANT considère-t-il que l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen constituerait la première apparition dans le corpus juridique français de la notion de discrimination justifiée (« Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 97).

[235] G. CALVES, « Les politiques de discrimination positive », *Problèmes politiques et sociaux*, n° 822, 4 juin 1999, La D.F., p. 3.

[236] CONSEIL D'ETAT, rapport précité, p. 86.

[237] F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *RFDA*, 1997, p. 906.

[238] G. CALVES, *L'Affirmative Action…*, précit., p. 4 ; dans le même sens, H.-G. HUBRECHT, article précité, p. 1372 : « *la cohésion nationale justifie une différenciation des droits* » et légitime le recours à des techniques de discrimination positive.

[239] J.-J. DUPEYROUX, « Liberté, équité, fraternité », *Libération*, 6 août 1997.

culturel, est porteuse d'un projet commun fondant la cohésion nationale », le rapport préconise pour ce faire « *des mesures de promotion ciblée* »[240]. En effet, selon le Commissariat, le renforcement de l'égalité implique la prise en compte « *des difficultés particulières que connaissent les enfants défavorisés, individuellement et collectivement, en mettant à leur disposition des équipements et services disposant de moyens supplémentaires pour faciliter leur intégration, leur donner une réelle chance, suppléer à ce à quoi ils n'ont pas accès par le marché* »[241].

Fondées sur le principe d'équité, les techniques de discriminations positives sont donc légitimées par un impératif de cohésion sociale et se rattachent directement à la lutte contre la pauvreté[242].

II- Les applications pratiques

Les applications pratiques des mesures de discriminations positives se situent à un double niveau : d'une part, à une échelle territoriale où l'effort de réduction des inégalités sociales passe par une médiation communautaire (A) et d'autre part, à un degré individuel, par un ciblage des mécanismes de redistribution sociale (B).

A- La médiation communautaire

108. L'idée d'une médiation communautaire, par laquelle s'opère une certaine abstraction de l'ayant-droit et permettant à l'aide sociale de s'exercer sur un territoire délimité, a fortement inspiré les politiques publiques depuis une dizaine d'années : aménagement du territoire en faveur des zones économiquement et socialement défavorisées, zones d'éducation prioritaire dans le cadre de l'Education Nationale, développement social des quartiers pour la politique de la Ville… Dans ces mécanismes, l'action de réduction des inégalités entre territoires a pour finalité la réduction des poches de pauvreté. La pauvreté est donc bien l'enjeu de ces mesures que l'on pourrait qualifier de « *systémiques* »[243] et qui tendent à faire émerger un « *droit des espaces ségrégués* »[244] caractérisé par une sur-assistance administrative. Ces réalisations sont obtenues par des mesures de discrimination positive en destination des populations vivant sur ces territoires et caractérisées par leurs difficultés économiques. En effet, devant le constat d'une concentration

---

[240] Rapport précité, p. 103.
[241] Id., p. 105.
[242] V. en ce sens J.-J. DUPEYROUX : « *la lutte contre ce scandale qu'est la pauvreté dans un pays riche n'est pas chose simple ! Mais si l'on commence par poser en principe qu'il faut absolument donner aux riches les mêmes droits et avantages qu'aux pauvres, c'est mal parti !* » (« Liberté, équité, fraternité », *Libération*, 6 août 1997).
[243] S. PAUGAM, « Assistance et insertion: à propos du droit des pauvres » *in* F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. Droit et société, 1991, p. 217.
[244] E. DESCHAMPS, thèse précitée, p. 239 ; même s'il convient d'apporter une nuance : ce ne sont évidemment pas les territoires qui sont les sujets de ce droit, mais bel et bien les individus. Comme le remarque P. JANIN : « *l'espace n'est que l'objet indirect des lois, car, à travers lui, c'est la population qu'il contient qui est l'objet du droit. Ainsi est vérifié l'anthropocentrisme fondamental de notre tradition juridique* » (*L'espace en droit public interne*, thèse droit, Lyon III, 1996, p. 13) ; V. également A.-M. LE POURHIET, « Discriminations positives ou injustice ? », *RFDA*, 1998, p. 521.

géographique des phénomènes de pauvreté et d'exclusion[245], le législateur a développé une politique d'aménagement du territoire s'inscrivant nettement dans la perspective des discriminations positives. L'article 1er de la loi du 4 février 1995 est révélateur lorsqu'il énonce que « *la politique d'aménagement et de développement du territoire corrige les inégalités des conditions de vie des citoyens liées à la situation géographique* (...) *Elle vise à compenser les handicaps territoriaux. Elle fixe des dispositions dérogatoires modulant les charges imposées à chacun* »[246].

Avalisées par le Conseil Constitutionnel[247], ces interventions feraient ainsi apparaître, « *à côté de l'intérêt général ou venant constituer un nouveau fondement jusqu'alors non expressément formulé de l'intérêt général* » une nouvelle mission de l'Etat : « *le territoire et ses déclinaisons dans une perspective de cohésion sociale* »[248].

Pour l'essentiel, ces mesures de discriminations positives en faveur de territoires considérés comme défavorisés se ramènent à deux types de dispositions : d'une part, des instruments financiers, fiscaux et sociaux - les dérogations fiscales et sociales qu'ils autorisent traduisant l'instauration d'un véritable zonage, amorcé par la loi Pasqua de 1995 et étendu par la suite[249] -, d'autre part, des discriminations positives dans les services publics et la fonction publique[250]. La politique administrative des zones d'éducation prioritaire en constitue l'exemple le plus connu. Né au début des années 1980, le principe d'une répartition inégalitaire des moyens humains et matériels au bénéfice de zones caractérisées par la présence d'élèves en situation d'échec scolaire[251] constitue, selon G. Calves, « *l'exemple type*

---

[245] V. sur ce point, M.-T. JOIN-LAMBERT, ouvrage précité, p. 606.

[246] Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JO*, 5 février 1995, p. 1973.

[247] C. Cons., Décision n°94-358 DC du 26 janvier 1995, dite *Aménagement du territoire*, selon lequel « *le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation au développement et à l'aménagement de certaines parties du territoire dans un but d'intérêt général* », *JO*, 1er février 1995, p. 1706 ; *LPA*, n°126, 1995, p. 8, note B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; *RFDA*, 1995, p. 876, note D. ROUSSEAU ; *RFDC*, 1995, p. 389, notes F. MELIN-SOUCRAMANIEN, J. PINI et J. TREMEAU.

[248] H.-G. HUBRECHT, article précité, p. 1375.

[249] Loi n° 95-116 du 4 février 1995, portant diverses dispositions d'ordre social, *JO* 5 février 1995, p. 1999 ; loi n° 96-987 du 14 novembre 1996 relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville, *JO* 15 novembre 1996, p. 16656 ; C. BARTOLONE, *Rapport au Parlement* sur l'application de cette loi, Imprimerie Nationale,4 mars 1999. Pour un détail du régime dont bénéficient les différentes zones créées (zones urbaines sensibles, zones de redynamisation urbaine, zones franches urbaines) : E. DESCHAMPS, thèse précitée, pp. 286-297 ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, article précité, pp. 917-918. ; CONSEIL D'ETAT, rapport précité, pp. 95-106.

[250] Ainsi, au sein de la fonction publique, une valorisation des postes "difficiles" est assurée par des avantages de rémunération, formation et mutation, afin d'attirer les fonctionnaires dans les espaces ségrégués. Pour un détail : E. DESCHAMPS, thèse précitée, pp. 316-332, 473-476.

[251] Article 7 de la loi n° 75-620 du 11 juillet 1975 disposant que « *des aménagements particuliers et des actions de soutien sont prévus au profit des élèves qui éprouvent des difficultés* » ; circulaires n° 81-238 du 1er juillet 1981 et n° 81-536 du 31 décembre 1981, relatives aux ZEP, prévoyant des créations d'emplois supplémentaires dont « *le but est de « contribuer à corriger l'inégalité par le renforcement sélectif de l'action éducative* » ; articles 2 et 4 de la loi n° 89-486 du 10 juillet 1989 prévoyant certaines mesures spécifiques pour « *les écoles situées dans un environnement social défavorisé* » et disposant que « *pour assurer l'égalité et la réussite des élèves, l'enseignement est adapté à leur diversité* » ; V. sur ce point, E. DESCHAMPS, thèse précitée, pp. 302-304 et pp. 476-478 ; B. LIENSOL, « les zones prioritaires », *Bilan/Perspectives des contrats de plan de développement social des quartiers*, F. LEVY

de la politique publique qui a renoncé au principe d'égalité géométrique au profit d'un principe d'équité compensatrice »[252]. Cette « *école différentielle* »[253] s'assigne pour objectif de surmonter l'échec scolaire lié à l'origine sociale modeste et aux disparités spatiales. Rares sont toutefois les autres exemples d'aménagement des services publics. Cette politique de discrimination positive est, en effet, restée cantonnée au ministère de l'Education nationale, même si certains ont suggéré son renforcement et son extension à la plupart des autres grands services publics, tels ceux chargés de l'action sociale, de la culture, de la police et de la justice[254] et si un rapport interministériel préconisait en 1991 une « *répartition équitable des efforts consentis* » afin d'améliorer l'accueil des populations en difficulté dans certains quartiers[255].

B- Le ciblage des prestations sociales

109. « *L'autorité organisatrice fait en sorte que le service soit rendu à tous, et en particulier à ceux qui en sont exclus dans les conditions économiques normales. De ce point de vue, les moyens spécifiques qu'elle met en place n'ont pas de raison particulière d'être étendus aux usagers qui ne risquent en aucune façon d'être exclus du bénéfice du service* »[256]. Les propos du Vice-président du Conseil d'Etat laissent deviner un thème central du débat sur l'action des pouvoirs publics : faut-il cibler celle-ci en direction des plus démunis, au nom de l'efficacité dans la lutte contre la pauvreté ? En d'autres termes, faut-il privilégier l'équité, fut-ce au détriment de l'égalité ? La question est particulièrement vive en matière de prestations sociales, où de nombreuses voix s'élèvent pour réclamer leur affectation prioritaire voire exclusive à « *ceux-qui-en-ont-réellement-besoin* »[257]. Reposant sur une orientation des prestations familiales amorcée dans les années soixante-dix (1), la mise sous condition de ressources d'allocations autrefois universelles semble destinée à se généraliser, en dépit des critiques qu'elle suscite (2).

(dir.), La D.F., 1989, pp. 210-217 ; F. OEUVRARD, « Les zones d'éducation prioritaire huit ans après leur création », *Regards sur l'actualité*, 1990, n° 160, p. 51.

[252] G. CALVES, thèse précitée, p. 4 ; toutefois, selon certains auteurs, les ZEP ne constitueraient pas de réelles discriminations positives mais s'inscriraient toujours dans le cadre de l'universalisme : dès lors que des pédagogies spécifiques n'y sont pas utilisées, la conception égalitariste et républicaine prédominerait toujours : « *l'école tient compte des inégalités sociales* (...) *mais ne traite pas vraiment la différence. Les ZEP ne sont ainsi qu'une dose d'* "*équité*" *au sein d'un système éducatif animé, dans son ensemble, par de solides principes égalitaires* » (D. MARTUCELI, « Les contradictions politiques du multiculturalisme », M. WIEVIORKA (dir.), *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, La Découverte, 1996, pp. 62-72).

[253] FONDATION SAINT-SIMON, *Pour une nouvelle république sociale*, Calmann Levy, 1997, p. 69.

[254] Id., p. 69.

[255] Comité interministériel de l'évaluation des politiques publiques, *Les services publics et les populations défavorisées, évaluation de la politique d'accueil*, La D.F., 1993, p. 133.

[256] R. DENOIX DE SAINT MARC, *Le service public*, Rapport au Premier Ministre, La D.F., 1996, pp. 53-54.

[257] P. VOLOVITCH, « Faut-il cibler la protection sociale sur "ceux-qui-en-ont-réellement-besoin" ? », *Droit Social*, 1995, pp. 739-743.

1- La mise sous condition de ressources, une pratique continue des prestations familiales

L'utilisation de la politique familiale comme moyen de résolution de la question sociale remonte aux années soixante-dix. L'idée de privilégier les familles démunies en leur réservant un certain nombre de prestations familiales se développe alors, non sans susciter de vives critiques : en effet, ce passage d'une conception commutative de la justice sociale (solidarité horizontale) à une conception distributive (solidarité verticale) a pu être qualifié de « *péché qui a introduit un désordre* »[258]. Passant outre ces remarques, les divers gouvernements ont accentué ce mouvement, en abandonnant l'idée fondatrice d'une aide apportée à toutes les familles. Ainsi, sur l'ensemble des prestations versées par la Caisse Nationale d'Allocations Familiales, hormis le RMI, la part des prestations sociales soumises à une condition de ressources était de 13,6% en 1970 et de 42% en 1996[259]. Le débat actuel sur une généralisation de la mise sous condition de ressources des prestations familiales est omniprésent et consubstantiel au discours politique sur la lutte contre la pauvreté[260]. Il oppose les tenants de l'universalité, attachés à l'idée que les politiques familiales viennent compenser une diminution de revenu ou relancer la natalité, et les partisans de la sélectivité, selon qui l'effort de solidarité ne doit se porter, en raison des contraintes budgétaires, que sur "ceux qui en ont besoin".

Sur ce point, la marge de manœuvre dont dispose le législateur est assez grande. En effet, le Conseil Constitutionnel a refusé de consacrer l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République tendant à ce que l'attribution des allocations familiales soit reconnue quelle que soit la situation des familles qui assument la charge et l'entretien des enfants[261]. Constatant que les textes fondateurs n'avaient pas entendu conférer aux prestations qu'ils créaient un caractère universel, en ce qu'ils ne concernaient pas la collectivité nationale dans sa totalité, mais n'avaient vocation à s'appliquer qu'aux seules personnes exerçant une activité salariée ou professionnelle, le Conseil a refusé de reconnaître une valeur constitutionnelle au principe invoqué par les auteurs de la saisine. Dans le même sens, il a estimé que la mise sous conditions de ressources des allocations familiales ne méconnaît pas le principe d'égalité, dès lors que les critères sur lesquels elle se fonde sont suffisamment rationnels et objectifs et que cette mesure, présentée comme transitoire, a pour but de rétablir l'équilibre financier de la branche famille

---

[258] M. LAGRAVE, « Une forme d'impôt négatif, les conditions de ressources affectant les prestations familiales », *RFFP*, 1986, n°14, pp. 99-110.

[259] Ce chiffre s'élève à 60% si l'on inclue le RMI (M.-T. JOIN-LAMBERT, précit., p. 553) ; chiffre également retenu par M. BORGETTO (« La réforme de la Sécurité Sociale : continuité ou déclin du modèle républicain », *Droit Social*, 1997, p. 879). L'écart s'explique par le développement des prestations de logement et des minima sociaux, ce qui permet à certains chercheurs d'affirmer qu'en réalité, si l'on ne retient que les seules prestations famille, la part de celles d'entre elles soumises à des conditions de ressources est identique depuis 1968 (V. en ce sens C. BOISSIERE, « Les prestations famille sous condition de ressources : au même niveau en 1995 qu'en 1968 », *Recherches et prévisions*, CNAF, n° 45, septembre 1996).

[260] V., en ce sens, M.-T. JOIN-LAMBERT, précit., p. 554 : « *la mise sous condition de ressources est en effet un des moyens de privilégier la lutte contre la pauvreté* ».

[261] Décision n° 97-393 DC du 18 novembre 1997, *Loi de finances pour la Sécurité Sociale pour 1998*, *Droit social*, 1998, pp. 164-171, note X. PRETOT ; *LPA*, 22 juin 1998, n° 74, pp. 9-15, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX.

du régime général de l'assurance maladie. Sous ces réserves, rien n'interdit donc au législateur de réserver, à l'avenir, des prestations familiales aux personnes en situation de besoin. Le mécanisme de discrimination positive peut donc jouer pleinement et tendre, en rejetant le principe de l'égalité des droits, à substituer l'équité à l'égalité[262]. Car s'est bien en vertu de celle-ci qu'est justifiée la priorité accordée aux familles démunies[263].

Reste toutefois à nuancer le constat, sur le terrain de l'effectivité des mesures ainsi engagées : en effet, *a priori*, le ciblage des prestations apparaît légitime. Fondé sur le principe de l'affectation prioritaire de l'aide à ceux qui en ont le plus besoin, il semble s'inscrire à ce titre dans le cadre de la lutte contre la pauvreté. Or, il est appliqué de façon assez curieuse à l'aide de barèmes disparates et, dans l'ensemble, élevés. Les seuils fixés par ces barèmes couvrent donc une grande part des classes moyennes. Ainsi, en 1995, 75% des familles de quatre enfants ou plus touchaient le complément familial, ce qui permettait à certains auteurs de souligner le faible impact du ciblage retenu[264]. De même, les allocations familiales, durant la brève période où elles étaient subordonnées à une condition de ressources, bénéficiaient d'un plafond suffisamment élevé[265] pour profiter largement aux classes moyennes et ne pas effacer totalement leur fonction de redistribution horizontale. On mesure alors le décalage entre l'objectif affiché d'équité et de lutte contre la pauvreté et les effets concrets des choix retenus pour l'application de ce ciblage. Il s'agit moins, en réalité, de cibler les populations les plus pauvres que d'exclure celles parmi les plus aisées.

Indépendamment de ce constat, le principe d'une sélection dans l'octroi de prestations jusque là universelles pourrait s'étendre hors du champ des seules prestations familiales.

2- Vers une extension des prestations sous condition de ressources ?

110. Plusieurs voix s'élèvent en effet pour réclamer une extension de la mise sous conditions de ressources à d'autres domaines de l'Etat-Providence. La solution est ainsi préconisée pour résoudre les difficultés de la branche maladie du régime général de la Sécurité sociale. La Fondation Saint-Simon suggère d'envisager son extension, en particulier « *au régime maladie qui rembourse à l'heure actuelle les dépenses de santé de manière indifférenciée aux indigents et aux personnes aisées alors que ces dernières pourraient supporter sans difficulté une franchise de quelques centaines, voire de quelques milliers de francs qui laisserait à leur charge*

---

[262] V. en ce sens, M. BORGETTO, selon qui la mise sous condition de ressources des prestations de Sécurité Sociale a pour effet « *de substituer le principe d'équité à celui d'égalité* ». Or, cette substitution a vocation à impliquer, en matière de protection sociale, « *le déclin de la règle d'universalité induite par le principe d'égalité et la montée en puissance concomitante, au nom et en vertu de l'équité, de différenciations multiples et systématiques entre usagers ou ayant droits* » (« La réforme de la Sécurité Sociale : continuité ou déclin du modèle républicain », *Droit Social*, 1997, p. 880).

[263] Un tel argument était avancé pour justifier le choix du Gouvernement Juppé de placer l'allocation pour jeune enfant sous condition de ressources, voire l'ensemble des allocations familiales comme l'a décidé le gouvernement Jospin pour l'année 1998.

[264] « *Ce n'est plus du ciblage si tout le monde ou presque en profite* » s'exclame P. VOLOVITCH (article précité, p. 741).

[265] 25 000 F nets de revenus mensuels, majorés de 7 000 F lorsque les deux conjoints travaillent ou pour les familles monoparentales et 5 000F par enfant à charge à partir du 3e.

une part de leurs dépenses de santé courante »[266]. Une telle distinction est d'autant plus justifiée et opportune, selon ces auteurs, que la consommation des services médicaux croît avec le revenu. Un rapport du Commissariat général au plan va dans le même sens, en soulignant que si « *l'égalité d'accès au système de soins est un objectif largement réalisé et constitue un puissant facteur de cohésion sociale indispensable à préserver* »[267], devant la persistance de réelles inégalités et au nom de la recherche d'une cohésion sociale, il apparaît nécessaire d'améliorer l'équité globale du système, en définissant de nouvelles « frontières » au « *panier des biens et services pris en charge par la collectivité* »[268] : à ce titre, « *définir des principes mêlant judicieusement les critères de gravité (actuels critères d'exonération du ticket modérateur) et sociaux (prise en compte des ressources) permettrait sans doute de progresser dans l'équité sociale de notre système* »[269]. En ce sens, il préconise de réorganiser le ticket modérateur, en assurant une modulation de l'exonération en fonction du revenu des consommateurs. Mais le principe d'un ciblage de la protection sociale est également envisageable pour toutes les autres branches de la Sécurité sociale, qu'il s'agisse du régime des retraites ou des prestations liées à l'emploi[270].

Or, derrière la controverse opposant les tenants de l'universalisme aux partisans du ciblage équitable, se profile l'enjeu de la cohésion sociale. Le caractère ambivalent de l'argument est remarquable et joue une fonction rhétorique centrale : en effet, tous s'en réclament pour justifier le bien fondé de leur argumentation. Les premiers invoquent, à l'appui de leur critique de la sélectivité, le risque d'une atomisation du corps social. En ce sens, la cohésion supposerait l'égalité des droits et s'opposerait au ciblage. C'est bien l'argument de la cohésion sociale qui permet à M. Borgetto de prédire que « *si l'on abandonne ce principe* (d'égalité)*, et qu'on lui substitue celui d'équité, que risque-t-il d'arriver ? Le scénario est prévisible : le développement d'une société duale* "*à l'américaine*" »[271]. Dès lors, l'auteur suggère que « *loin de chercher à opposer l'égalité à l'équité en proposant de substituer celle-ci à celle-là, il faut au contraire chercher à les concilier en ne renonçant ni à l'une ni à l'autre* », ce qui implique que « *l'on assume sans complexe la nécessité de préserver le plus grand nombre de prestations universelles* » tout en prévoyant des prestations ciblées sous conditions de ressources et des minima sociaux[272]. Les seconds, en revanche, utilisent ce même argument tiré du maintien de la cohésion sociale pour justifier une priorité accordée aux plus démunis. Ainsi, J.-J. Dupeyroux

---

[266] FONDATION SAINT-SIMON, ouvrage précité, p. 71

[267] R. ROCHEFORT, avant propos, « Les inégalités sociales de la santé », rapport du Commissariat général au Plan *Santé 2010*, La D.F., 1993, p. 117.

[268] Id., p. 119.

[269] Id., pp. 119-120.

[270] Pour une analyse critique exhaustive : P. VOLOVITCH, article précité.

[271] M. BORGETTO, « La réforme de la Sécurité Sociale : continuité ou déclin du modèle républicain », *Droit Social*, 1997, p. 881. ; la même idée développée dans un article ultérieur « Sécurité sociale et démocratie sociale : état des lieux », *RFFP*, n° 64, 1998, p. 21 : « *c'est dans le fait que tous peuvent* (...) *attendre un bénéfice* (de la Sécurité Sociale) *que réside en définitive de la force de celle-ci comme facteur de cohésion entre tous les membres de la collectivité* ».

[272] M. BORGETTO, « Sécurité sociale et démocratie sociale : état des lieux », *RFFP*, n°64, 1998, p. 23 ; dans le même sens : R. LAFORE, « Services publics sociaux et cohésion sociale », *Service public et lien social*, précit., pp. 388-389, selon qui les mécanismes de discriminations positives que sont les dispositifs de ciblage constituent une menace pour la cohésion sociale.

s'exclame-t-il : « *les mêmes droits pour tous… La cohésion du corps social exigerait cette égalité. Quand cessera-t-on de se payer de mots* ? ». La cohésion sociale n'est pas mise à mal par la subordination à une condition de ressources de certaines prestations, elle l'est en revanche quand les aides sont inexistantes. Et l'auteur de souligner « *les aberrations auxquelles conduisent ces calembredaines égalitaires dans le domaine de l'assurance maladie : le même forfait hospitalier* (...)*, allègrement supporté par les plus aisés, est catastrophique pour le smicard. La belle* "*justice*" *que voilà* (...) *L'égalité de traitement est ainsi directement génératrice de très graves inégalités dans l'accès aux services médicaux* »[273].

La controverse opposant ces deux conceptions met en exergue la fonction rhétorique de la notion de cohésion sociale. Loin de la vider de son sens, elle permet, tout au contraire, d'en préciser le contenu en la liant intrinsèquement au principe d'égalité, dans ses aspects à la fois formel et procédural mais aussi concret et matériel, et à celui de solidarité.

CONCLUSION DU CHAPITRE

111. Les débats les plus récents sur les discriminations positives mettent en exergue une interrogation sur le rôle de la règle juridique confrontée à une « *éthique de la distribution* »[274] : l'amélioration d'une distribution doit-elle passer par l'égalité entre différentes personnes ou par une priorité accordée aux plus défavorisés ? L'urgence sociale rend la question brûlante et suscite de réelles polémiques. Faut-il laisser au droit un objectif global de réduction des inégalités par l'affirmation du caractère universel des services publics et par des mécanismes de redistribution, quelles qu'en soient les insuffisances, ou tendre vers une égalisation équitable, dérogeant à bien des égards à l'égalité telle que l'a façonnée la tradition républicaine ? Les choix politiques retenus ces dernières années semblent opter pour la seconde hypothèse. Le rapport du Conseil d'Etat en atteste, lorsqu'il affirme : « *le juge considère désormais que le renouveau de la conception équitable de l'égalité est compatible avec la conception procédurale dès lors qu'un intérêt général justifie une différenciation des droits. Or, la société française paraît souhaiter qu'aujourd'hui une priorité soit donnée à des actions qui restaurent l'égalité des chances afin de réduire des inégalités économiques et sociales devenues excessives* »[275]. En somme, d'un souci de protection globale, la société française s'oriente vers une promotion ciblée. Le thème politique de la fracture sociale et la recherche juridique de cohésion sociale semblent ainsi voués à transformer la République sociale en République équitable…

---

[273] J.-J. DUPEYROUX, « Liberté, équité, fraternité », *Libération*, 6 août 1997.
[274] D. PARFIT, « Egalité ou priorité ? », *Revue française de sciences politiques*, 1996, n°2, p. 281.
[275] Rapport public du Conseil d'Etat pour 1996, précit., p. 94.

CONCLUSION DU TITRE 1

112. Le souci de cohésion sociale traverse l'histoire en se métamorphosant. Au fil des siècles, une continuité apparaît : le but premier des mesures d'assistance est d'assurer une stabilité politique et un ordre social, en réponse aux dangers que représente la pauvreté. Les mesures d'assistance aux pauvres reposent bien sur un devoir que la société se reconnaît, mais ce devoir ne répond pas uniquement à des motivations d'ordre humaniste : certes, la charité chrétienne, la fraternité révolutionnaire, la philanthropie libérale ou la solidarité républicaine constituent, au fil des époques, des fondements constamment avancés. Pourtant, ils sont loin d'être exclusifs et les justifications tirées du maintien de l'ordre, de l'intérêt général et de la recherche de stabilité politique et sociale abondent. La raison d'être même des mesures d'assistance aux pauvres réside dans une volonté d'assurer l'adhésion à l'idéal politique dominant - qu'il s'agisse de l'ordre providentiel sous l'Ancien Régime, de l'idéologie du pacte social révolutionnaire, de l'ordre libéral bienfaisant ou de la construction républicaine - et de garantir la stabilité de l'ordre politique et social que cet idéal instaure. Les formulations les plus récentes de la cohésion sociale traduisent cette permanence, en associant à la fois un élément affectif, une foi commune dans les valeurs républicaines, et un impératif de conservation du lien social.

Pourtant, par-delà cette continuité évidente, des évolutions se remarquent. Les métamorphoses de la cohésion sociale apparaissent dans les variations que connaît cet impératif de cohésion. Les préoccupations d'ordre policier disparaissent au XXe siècle tandis que s'affirme une conception républicaine de la cohésion sociale intrinsèquement liée aux principes d'égalité et de solidarité. Il s'agit désormais de réduire les inégalités sociales, au nom des principes fondateurs de la République sociale. Mais, disant cela, un constat s'amorce, déjà opéré en son temps par Ch. Péguy : « *le problème de la misère n'est pas sur le même plan, n'est pas du même ordre que le problème de l'inégalité* »[276]. Si les deux questions se rejoignent sur certains aspects, elles diffèrent également. Constat qui laisse deviner combien l'appréhension juridique de la pauvreté se fait sur un mode latéral.

---

[276] Ch. PEGUY, *De Jean Coste*, *Œuvres en prose complètes*, La Pléiade, 1987, T. 1, p. 1033.

TITRE 2

L'APPRÉHENSION JURIDIQUE TRADITIONNELLE DE LA PAUVRETÉ

113. Fait social menaçant pour la cohésion sociale établie, la pauvreté ne peut être ignorée du droit. Il devient alors nécessaire d'analyser l'approche de la pauvreté que le droit retient, et le contenu qu'il donne à cet objet ainsi appréhendé.

Dans une société à la recherche de sa cohésion, la pauvreté n'est saisie par le droit que de façon disparate et fragmentée. Sa principale facette réside dans le rejet du mendiant et du vagabond, figures séculaires dangereuses car rebelles au principe fondateur autour duquel la société s'ordonne : le travail. Pour le reste, le pauvre n'apparaît pas, et l'ordre juridique s'ordonne autour d'une notion substitutive élastique, le besoin, pour la satisfaction duquel il adopte différentes dispositions.

Deux principes cernent alors la réponse juridique à la question sociale et un double rapport symétrique régit le lien entre droit et pauvreté : l'un actif, le travail et l'intégration sociale qu'il suppose et traduit (*Chapitre Premier*), l'autre passif, le besoin, cet état de manque ressenti auquel le droit tente de remédier (*Chapitre Second*).

CHAPITRE 1

LE DEVOIR D'INTÉGRATION DU PAUVRE

> « *Il n'est honteux à personne d'avouer qu'il est pauvre, la honte consiste à ne pas chasser la pauvreté par le travail.* »
>
> THUCYDIDE, cité par L. LALLEMAND, *Histoire de la charité*, Picard, 1902, vol.1, T. 1, p. 74

114. « *Les institutions sociales et le droit* (...) *sont explicitement faits pour intégrer à la société, c'est-à-dire notamment pour éviter ou pour le moins atténuer la marginalité* »[1]. S'instaure ainsi une dialectique infinie entre la norme et le hors-norme, le normal et l'anormal, le licite et l'illicite, au sein de laquelle ceux qui ne se soumettent pas aux normes en vigueur, qui manifestent une différence ou ne sont pas en mesure de tenir leur place dans l'ensemble social, font l'objet d'une série de mesures allant du rejet et de l'affrontement à l'aide et la prise en charge. Ainsi entendue, la foule des marginaux regroupe dans un vaste ensemble indéterminé le fou, l'épileptique, le délinquant, la prostituée, le vagabond et le nomade… Pour autant, le pauvre n'appartient pas en tant que tel à cette construction juridique de la marge. Le droit ne l'appréhende qu'au travers d'un exemple particulier, celui du mendiant, ce pauvre dangereux qu'il convient de rappeler à son devoir : le travail.

Le traitement juridique de la pauvreté est tout entier contenu dans l'affirmation de Bô, en l'an II : « *en imposant* (aux indigents valides qui ne travaillent pas) *la nécessité du travail, vous les ramenez à la nécessité d'être des citoyens utiles et vertueux. Vous établissez entre eux et la société une réciprocité de devoirs* »[2]. Cette réciprocité de devoirs permet la cohésion de la société en déterminant les conditions de l'intégration du pauvre : par le travail, il se fond dans l'ensemble social ; refusant le travail, il devient déviant et marginal. Aux métamorphoses de la question sociale s'oppose la permanence historique de la « *question pénale du non travail* »[3]. La continuité historique est remarquable : rejetant le mendiant, cette figure paroxystique et déviante du pauvre (*Section 1*), le

---

[1] R. LAFORE, « Le droit social et la marginalité », *Informations sociales*, 1998, n° 68, p. 24.
[2] BO, *Rapport sur l'extinction de la mendicité présenté à la Convention au nom du Comité de secours publics*, 21 vendémiaire an II, *A.P.* , T. 76, pp. 443 et s.
[3] C. GUITTON, *Droit, action publique et travail, étude juridique des politiques d'insertion*, Thèse Paris X, 1996, p. 3.

droit procède à l'intégration et à la "normalisation" du pauvre par sa mise au travail (*Section 2)*.

SECTION 1
LE REJET DU MENDIANT

La catégorie générale du vagabond, être totalement asocial et dangereux, est une construction symbolique recouvrant, sous une même chape d'infamie, une foule de démunis[4]. Le droit saisit alors une figure particulière du pauvre, mendiant et vagabond confondus, en l'incriminant dans une permanence historique remarquable (*§ 1*) dont le droit positif ne s'est pas entièrement départi (*§ 2*).

§ 1- Le mendiant, ou le pauvre historiquement dangereux

Du Moyen Age à nos jours, la présence de vagabonds errants ou de mendiants constitue, par delà les siècles, une constante dérangeante. Cette population d'"exclus" a toujours suscité crainte et inquiétude, sentiments que le droit traduit au fil des siècles par la répression de la mendicité et du vagabondage, mesure traditionnelle depuis l'Ancien Régime (I), érigée en délit par le Code Pénal (II).

I- Une répression séculaire

La « question pénale du non travail » naît avec les débuts du christianisme. Rejetant le principe de l'esclavage, lequel rendait impossible toute forme de vagabondage ou de mendicité, la conversion de Rome au message chrétien de liberté et de dignité humaine ouvre la voie à un fléau séculaire, que l'Ancien Régime (A) et la Révolution française (B) incriminent dans une continuité remarquable.

A- L'Ancien Régime ou la chasse aux gueux

115. L'incrimination de la mendicité remonte aux débuts du christianisme[5] et s'accentue au Moyen-Age[6]. Nulle contradiction, pourtant, entre la morale chrétienne faisant de la charité une vertu théologale et ces textes traduisant le souci de diminuer la présence d'oisifs dans les villes, en les privant d'un tel moyen de subsistance. La distinction opérée entre pauvres méritants et non méritants par les canonistes du XIIe siècle justifie cette ambivalence : la malédiction divine issue du péché originel obligeant l'homme à travailler, l'oisiveté est un péché. Enfreignant la loi divine du travail, le mendiant valide compromet gravement son salut éternel et devient un paria, au point que les canonistes autorisent sa femme à se séparer de lui, tandis

---

[4] R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale, une chronique du salariat*, Fayard, 1995, p. 102.

[5] La Constitution de Justinien (*Novelle*, 80) consacre ce principe fondamental, rappelé par la suite dans les Capitulaires carolingiens (rapporté par A. VEXLIARD, *Introduction à la sociologie du vagabondage*, M. Rivière, 1956, p. 65).

[6] V. sur ce point, Ch. PAULTRE, *De la répression de la mendicité et du vagabondage sous l'Ancien Régime*, Sirey, 1906, p. 17, et les ordonnances citées par l'auteur.

qu'ils le refusent à la compagne d'un lépreux[7]. Le péché d'oisiveté ne saurait, par voie de conséquence, être entretenu par une charité indiscernée.

Fondée théologiquement, la législation royale obéit également à des préoccupations politiques. Déjà en 1256, Guillaume de Saint Amour qualifiait le vagabondage et la mendicité comme « *le plus grand péril de tous les temps* »[8]. Le XIVe siècle, marqué par son poids de famines, de guerres et d'épidémies, voit la répression à l'égard des pauvres mendiants s'accentuer. En témoigne la grande Ordonnance du 30 janvier 1350, enjoignant aux « *gens oiseux* (...) *ou mendiants de quelqu'état ou conditions qu'ils soient* (...) *qui soient sains de corps et de membres* » de quitter Paris sous peine d'emprisonnement, voire de pilori et de marquage au fer[9]. Texte fondamental dans l'histoire de la prise en charge de la mendicité par les pouvoirs publics[10] mais de peu d'effet. Devant l'inefficacité de ces mesures, des solutions plus radicales sont affirmées, allant jusqu'aux galères et à la peine de mort[11] pour un ensemble de personnes désignées sous les termes de "*bêlitres*"[12], "*truands*"[13] ou "*caymands*"[14], toutes caractérisées par ce refus de travailler qu'il convient de châtier dans une perspective à la fois punitive et dissuasive. Ainsi, une ordonnance du prévôt de Paris du 22 février 1388 promet que les mendiants seront « *tellement punis que ce sera exemple à tous* »[15].

Il est une variété particulière de mendiant qui focalise toutes les accusations : le vagabond, « *désaffilié par excellence* »[16] dont le caractère dangereux est nettement souligné. Sa double marginalité, née de son absence de ressources et de son errance, le place hors de tous les liens sociaux sur lesquels la société médiévale se fonde et confère à cette mobilité individuelle et non contrôlée un aspect intrinsèquement menaçant. Dans les sources judiciaires de l'époque, la constatation que l'accusé est un vagabond apparaît souvent comme une présupposition du mode de vie criminel de l'individu et de son incorrigibilité[17]. La définition du vagabond apparaît éminemment moderne puisque Guillaume du Breuil, auteur d'un traité sur la pratique du Parlement de Paris au XIVe siècle, y plaçait la caractéristique de « *l'absence de domicile fixe* »[18].

---

[7] B. SCHNAPPER, « La répression du vagabondage et sa signification historique du XIVe au XVIIIe siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, 1985, n° 2, p. 145.
[8] A. VEXLIARD, *Le clochard, essai de psychologie sociale*, Desclée de Brouwer, 1957, p. 35.
[9] *Isambert*, T. 4, pp. 576-577. Ordonnance rappelant également l'interdiction faite aux établissements charitables d'héberger les mendiants valides et enjoignant aux curés de défendre à leurs paroissiens de leur faire l'aumône.
[10] A tel point que R. Castel situe à cette époque le début de la question sociale (« La question sociale commence en 1349 », *Vie sociale*, mai 1989, pp. 9-25) .
[11] J.-F. WAGNIART, *Le vagabond dans la société française, 1871-1914. Recherches sur les constructions d'une identité sociale*, Thèse histoire Paris I, dact., 1997, p. 17.
[12] *Bêlitre* vient de l'allemand *Bettler*, mendiant, et a pris par extension le sens de gueux ou coquin, évolution significative de la perception du mendiant valide.
[13] *Truand* signifiait à l'origine mendiant professionnel ou misérable sans attache. Là encore, l'évolution du terme est significative.
[14] Le terme désigne dès le début du XVe siècle à la fois les mendiants et les vagabonds.
[15] Citée par A. WEXLIARD, *Introduction*..., précit., p. 69.
[16] R. CASTEL, « La question sociale... », p. 18.
[17] B. GEREMEK, « La marginalité à l'aube des temps modernes », *Revue d'Histoire moderne contemporaine*, T. XXI, 1974, p. 346.
[18] Cité par B. GEREMEK, précit., p. 349.

Cependant, dans les textes répressifs, il est extrêmement difficile de distinguer entre mendiants valides, vagabonds et manœuvriers en quête de travail, ces situations étant confondues sous un même sceau d'infamie et *« les gens sans feu ni lieu, par glissement sémantique, deviennent vite gens sans foi ni loi »*[19]. L'histoire voit la succession impitoyable de textes se répétant, sans grande effectivité du reste. Ainsi, en 1473, le Parlement de Paris ordonne de prendre toute une série de mesures pour protéger l'ordre public au sein de la capitale[20]. En dépit de peines incroyablement sévères réservées aux mendiants et vagabonds (fouet, essorillement, carcan ou supplice de la roue), ceux-ci continuent d'affluer vers les grandes villes, Paris notamment. Aussi font-ils figure « *d'ennemis publics »*[21] et l'on permet « *à toute personne de les tuer, saccager, tailler et mettre en pièce* », les plus suspects « *auront la gorge ouverte au fer chaud et la langue tirée et coupée par dessous* », selon les termes d'une ordonnance de François 1er[22]. Précisions cauchemardesques, révélatrices du degré de préoccupation des pouvoirs publics, mais fort peu appliquées. Si l'Angleterre, où des lois analogues sont prises, voit jusqu'à 12 000 pendaisons de vagabonds sous Henri VIII[23], les persécutions en France sont très sporadiques, désordonnées et incohérentes. Le corps de la maréchaussée, institué par une ordonnance du 6 juillet 1495 afin d'assurer la sécurité sur les routes et l'exécution de la législation contre la mendicité dans l'ensemble du royaume, ne fait alors du zèle que lorsque des primes lui sont attribuées, puis relâche rapidement son attention tandis que les juridictions, peu désireuses de payer les frais de justice de ces insolvables, se rejettent les unes aux autres les vagabonds et mendiants arrêtés[24].

Au XVIe siècle, la répression se durcit encore et le pouvoir royal institue les galères pour les vagabonds et les mendiants[25]. L'argument théologique excipé du péché commis par l'oisif devient secondaire, relayé par un argument politique : il n'est qu'à lire J.-.L. Vives, auteur en 1525 d'un traité sur la façon d'organiser la société et d'assister les pauvres, pour qui les mendiants sont les « *ennemis des citoyens* »[26] , A. Vitré, affirmant « *quand vous voyez des mendiants dans une ville, soyez assurés qu'il y a des voleurs, des larrons et des sacrilèges* »[27] ou encore J. Bodin, souhaitant que les magistrats puissent connaître « *de quoi chacun gagne sa*

---

[19] X. EMANUELLI, préface à J. DAMON, *Des hommes en trop, Essai sur le vagabondage et la mendicité*, éd. de l'Aube, 1996, p. 6.

[20] L'idée d'infliger une amende à ceux qui auront octroyé une aumône dans la rue ou à l'Eglise apparaît même dans un arrêt de la Cour du Parlement de Paris du 1er avril 1533 (B. GEREMEK, précit., p. 350).

[21] A. VEXLIARD, *Introduction…*, précit., p. 61.

[22] En date du 27 septembre 1523, citée par A. VEXLIARD, Id., p. 61.

[23] Pour une description du système répressif anglais, particulièrement dur et qualifié par Marx de « *lois sanglantes* », allant jusqu'à la mise en esclavage auprès de son dénonciateur du vagabond ou du mendiant : B. GEREMEK, précit., pp. 353-357.

[24] A. VEXLIARD, *Introduction*, précit., p. 80 ; C.-.J. RIBTON-TURNER, *A history of vagrant and vagrancy and beggars and begging*, 1887, réed. Patterson, New Jersey, 1972, p. 519. Pourtant, des procédures expéditives leur sont réservées, dans lesquelles les règles de preuves sont assouplies et les recours écartés, des ordonnances de 1493 et 1498 leur interdisant d'interjeter appel d'aucun décret ou sentence sinon de condamnation à la « question » ou à une peine corporelle (ordonnances citées par B. SCHNAPPER, précit., p. 151).

[25] J.-F. WAGNIART, précit., p. 18.

[26] J.-L. VIVES, *De subventione pauperum*, 1525, cité par Ph. SASSIER, *Du bon usage des pauvres, histoire d'un thème politique*, Fayard, 1990, p. 70.

[27] A. VITRE, *S'il faut donner l'aumosne aux pauvres et quels pauvres on doit nourrir dans l'Hospital général*., cité par Ph. SASSIER, précit., p. 70.

vie afin de chasser des Républiques les mouches guêpes, qui mangent le miel des abeilles, et bannir les vagabonds, les fainéants, les voleurs, les pipeurs, les rufians qui sont au milieu des gens de biens comme des loups entre les brebis »[28]. Le mendiant est dangereux pour l'ordre social, la mendicité est donc criminelle.

Le sort réservé aux mendiants et vagabonds durant le XVIIe siècle s'inscrit dans le contexte général du « *grand renfermement* » des pauvres[29]. Durablement institutionnalisé à Paris par un édit d'avril 1656[30], le principe de l'Hôpital Général est étendu en 1662 à la France entière et procède nettement de cette double influence, à la fois mercantile et religieuse[31]. Certes, des intentions charitables et moralisatrices inspirent cette institution[32] : il ne s'agit, alors, pas tant de punir mendiants et vagabonds que d'intégrer, moralement et physiquement, au système social une grande masse indifférenciée de pauvres, infirmes, valides, vagabonds et autres asociaux susceptibles d'être amendés[33]. Pourtant, l'évolution des méthodes répressives et des mentalités marque « *une sorte de dialectique* », car, comme le note B. Schnapper, « *la lutte contre la mendicité entraîne un traitement particulier des mendiants vagabonds et ce traitement réagit à son tour sur l'image qu'on se fait du pauvre, un vagabond en puissance* »[34], un criminel potentiel. Ainsi, une déclaration du 28 janvier 1687 menace des galères perpétuelles les mendiants vagabonds et, à la deuxième récidive, les mendiants valides domiciliés. La fonction de correction de l'Hôpital général ne subsiste que pour les mendiants de moins de 15 ans. Pour les autres, la juridiction de l'Hôpital général est battue en brèche par l'élargissement de la compétence du Châtelet, innovation traduisant un changement de perspective : la mendicité et le vagabondage sont désormais des crimes de droit commun.

Le XVIIIe siècle accroît encore cette incrimination, par le biais d'une législation très touffue. La mendicité est réprimée et le vagabondage en constitue une circonstance aggravante, punie d'une peine de déportation vers les Amériques. Sanction éphémère, rapportée par des déclarations royales de 1722 et 1724, visant les « *gens qui portoient avec eux la fainéantise et les mauvaises mœurs* », qui préfèrent instaurer un casier judiciaire des mendiants, pour constater les récidives de ceux-ci en dépit de leur déplacement sur le territoire[35], mesure complétée par le marquage au fer sur l'épaule des récidivistes. Les textes se multiplient là encore, tous imparfaitement et inégalement appliqués, malgré les appels de la population et

---

[28] J. BODIN, *De la République*, 1629, VI, chap. 1.
[29] Particulièrement analysé par M. FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, 1972, rééd. Gallimard, 1993.
[30] Ch. PAULTRE date de 1611 la première tentative de renfermement à Paris, qui cause alors un tel effroi que la ville se vide de ses mendiants (précit., p. 150).
[31] V. sur ce point, B. SCHNAPPER, précit., p. 153 ; J.-P. GUTTON, « À l'aube du XVIIe siècle, idées nouvelles sur les pauvres », *Cahiers d'histoire*, X, 1965, pp. 87-97.
[32] V. *supra*, titre 1, chapitre 1, § 33.
[33] A cette fin, les directeurs de l'Hôpital reçoivent un droit de juridiction et les sanctions qu'ils infligent présentent un aspect de « *vieille peine ecclésiastique, avatar du temps de pénitence* (...) *: le but est de réintégrer les vagabonds au sein des préceptes moraux de l'Eglise* » (J. DEPAUW, « Pauvres, pauvres mendiants, mendiants valides ou vagabonds. Les hésitations de la législation royale », *Revue d'histoire moderne contemporaine*, T. XXI, 1974, p. 405).
[34] B. SCHNAPPER, précit., p. 153 .
[35] Ch. PAULTRE, précit., pp. 326-342.

des juristes à la sévérité. Pour Le Trosne, en 1764, « *il n'y a que deux moyens de faire travailler les vagabonds ; c'est de les y contraindre par la force ou de leur infliger un châtiment si sévère qu'ils préfèrent encore le parti du travail* »[36] : il convient donc de leur infliger les galères à perpétuité et les marquer au front ou à la joue pour éviter leur fuite. Brissot, moins cruel, constate qu' « *il y aura toujours des riches, il doit donc y avoir des pauvres* » mais il ajoute *« dans les Etats bien gouvernés, ces derniers travaillent et vivent ; dans les autres, ils se revêtent de haillons de la mendicité, et rongent insensiblement l'Etat sous le manteau de la fainéantise. Ayons des pauvres et jamais de mendiants : voilà le but où doit tendre une bonne administration* »[37].

C'est l'effort auquel tend la déclaration du 3 août 1764 ordonnant le renferment des vagabonds dans des dépôts de mendicité. Mais la définition des vagabonds qu'elle propose, individus n'ayant exercé ni profession ni métier depuis six mois et pour cette raison ne pouvant justifier de bonnes vies et mœurs, est suffisamment large pour faire entrer dans son champ d'application la plupart des mendiants valides[38]. Très efficace[39], cette déclaration sert de fondement à la généralisation des dépôts de mendicité, financés par le pouvoir central et dépendant directement de lui, contrairement aux Hôpitaux généraux. Leur caractère répressif et laïc est affirmé et leur instauration traduit, dans son principe, « *la création d'un univers disciplinaire et spécialisé* »[40] qui veut éteindre le fléau de la mendicité et du vagabondage. La fondation des dépôts de mendicité marque en effet un tournant essentiel dans l'histoire de la lutte contre la mendicité. Tout d'abord parce que l'institution perdurera, *mutatis mutandis*, jusqu'à nos jours[41], mais surtout parce que cette création ôte à l'hôpital son caractère répressif. Désormais spécialement affecté à l'assistance aux pauvres invalides, malades, fous, épileptiques et infirmes de tous genres, son futur rôle médical se dessine.

B- La Révolution française ou la condamnation d'un délit social

La Révolution française marque un renouveau de l'analyse de la mendicité et du vagabondage (1), tout en maintenant le principe de strictes sanctions (2).

---

[36] Cité par B. SCHNAPPER, précit., p. 156.

[37] BRISSOT, *Traité des lois criminelles*, 1781, cité par R. CASTEL, « La question sociale... », précit., p. 22.

[38] Les mendiants n'ayant pas de profession, ils pouvaient être regardés comme suspects de vagabondage et à ce titre arrêtés, selon les termes d'une circulaire d'exécution de cette ordonnance en date de 1767 (citée par H. PEQUIGNOT, *Rapport du Conseil économique et social sur la lutte contre la pauvreté*, JO, CES, 1979, p. 369) ; cette considérable extension fut d'ailleurs la raison pour laquelle le Parlement de Paris refusa d'enregistrer ce texte, en ce qu'il avait pour effet d'étendre la compétence des représentants du roi à l'ensemble des mendiants (V. sur ce point, Ch. PAULTRE, précit., pp. 381 et s).

[39] Ch. PAULTRE note que de 1764 à 1777, plus de 100 000 mendiants furent capturés et, sur ce nombre, plus de 88 000 condamnés au renfermement dans des dépôts de mendicité, les autres ayant été envoyés aux galères (précit., p. 511). L'auteur constate que, si le système des dépôts de mendicité « *ne détruisit pas la mendicité, il fit régner un calme et une sécurité relative dans les villes et les campagnes* » (id., p. 425).

[40] J.-F. WAGNIART, précit., p. 19.

[41] L'actuel CASH de Nanterre, dépendant de la Préfecture de police de Paris et dans lequel sont amenés les SDF ramassés dans les rues de la capitale par une brigade de police spécifique, la BAPSA (V. sur ce point, *infra*, 2e partie, titre 1, chapitre 2, § 226), est issu de la transformation d'un ancien dépôt de mendicité crée en 1887.

1- Un renouveau de l'analyse

116. Les Lumières opèrent un renversement certain dans l'approche de la mendicité. L'oisiveté et l'inutilité sont toujours sévèrement dénoncées, mais, rupture essentielle, elles sont relevées aux deux extrêmes de l'échelle sociale[42]. Pourtant, malgré ce constat d'un égal partage des responsabilités[43], c'est bien l'oisiveté des pauvres, c'est-à-dire la mendicité, cette « *grande question sociale du XVIIIe siècle* »[44], qui fait l'objet de toutes les attentions, car elle entraîne une charge directe pour l'Etat. Après tout, la fainéantise des riches, si opposée soit-elle aux termes du contrat social, ne constitue qu'un poids indirect pour la société, dans la seule mesure où ces derniers ne contribuent pas au développement de la richesse nationale. Or, il n'en va pas de même de l'oisiveté du mendiant et du vagabond. Dès lors que, d'une part, le principe de la liberté du travail est posé et, d'autre part, qu'un devoir d'assistance aux pauvres inaptes au travail est expressément reconnu, le refus de travailler et la persistance d'une vie oisive et/ou vagabonde ne peuvent provenir que d'un choix délibéré de l'individu. En effet, dans la pensée dominante de la fin du XVIIIe siècle, le problème de la mendicité est avant tout moral et non économique et social. Les "sans ouvrage" sont perçus comme des "sans courage", et le vocabulaire utilisé à leur égard est significatif : la mendicité est une vermine, l'oisiveté est coupable et dangereuse[45]. De ce fait, la question de la mendicité mobilise l'attention des révolutionnaires et constitue l'angle d'approche du problème général de la pauvreté et de l'assistance, au point que le comité révolutionnaire chargé de proposer des réformes en ce domaine est significativement intitulé Comité pour l'extinction de la mendicité.

Pour le Comité, la mendicité constitue l'activité « *anti-sociale* »[46] par excellence. En effet, « *l'homme qui préfère la mendicité au travail met sa subsistance au hasard ; et ce malheur en est déjà un grand pour la société* »[47]. L'idée que la mendicité puisse être autorisée en vertu des principes libéraux de libre choix et de responsabilité est soigneusement réfutée : sans doute, reconnaît le Comité, « *à considérer l'action de mendier, uniquement en elle-même, et sans égard à ses conséquences, elle pourrait ne paraître qu'un exercice très simple de la liberté.* (...) *Le mendiant qui sollicite la charité des passants n'oblige pas les passants à l'assister ; il ne prétend obtenir d'eux qu'en les intéressant par sa misère. S'il n'obtient, ou s'il n'obtient qu'incomplètement, il a fait un mauvais calcul ; il eût pu, en travaillant, en faire un meilleur ; mais il était le maître de courir la chance dont il est victime* ». Pourtant, ajoute-t-il, « *la législation ne peut*

---

[42] Ph. SASSIER, précit., p. 169.
[43] V., par ex., l'abbé de BEAUVAIS, « *Et de quel droit la plupart des riches osent ils censurer les mœurs des pauvres* (...) *? Vous leur reprochez leur oisiveté ; et où sont donc* (...) *vos grands travaux ?* », « Sermon sur la misère des pauvres », *Les avocats des pauvres ou sermons de Bossuet, Bourdaloue, Massillon, Fléchier…*, Francart, 1814, T. 1, p. 257.
[44] M. LEROY, *Histoire des idées sociales en France*, Gallimard, 1946, T. 1, p. 53, relatant les nombreux mémoires et écrits de l'époque stigmatisant le grand nombre de mendiants et vagabonds et les troubles en découlant.
[45] J. BART, « La Révolution française, le manque d'ouvrage et le devoir de travailler », *Les sans emploi et la loi*, Calligramme, 1988, p. 17.
[46] Sixième rapport, « De la répression de la mendicité », *in* C. BLOCH et A. TUETEY, *Procès verbaux et rapports du Comité de mendicité de la constituante*, 1790-1791, Imp. Nat., 1911, p. 512.
[47] Id., p. 512.

voir d'une manière isolée les actions des membres qui composent la société ; ce sont leurs conséquences qui les rendent réellement bonnes ou mauvaises, licites ou à défendre ». Or, les conséquences de la mendicité sont intrinsèquement néfastes : non seulement le mendiant, en consommant sans produire, « *absorbe la subsistance d'un homme utile* » et, « *ne faisant rien pour l'utilité commune,* (...) *appauvrit la société par son oisiveté* »[48], mais, de surcroît, ce parasite est un criminel en puissance : « *comme le moyen de la mendicité est alors le seul qu'il ait pour vivre, s'il lui manque, il doit être bien près d'en chercher de plus certains encore, et de plus dangereux. Commandé par la faim, il est en guerre avec tout ce qui l'environne, et la société est exposée aux entreprises du besoin, qui doit vouloir impérativement se satisfaire* »[49]. De ce que l'état de mendicité est propice à la commission de crimes ou délits, le Comité en déduit que la mendicité est elle-même un délit[50]. La conclusion, logique, est rigoureuse : « *il doit donc être réprimé, et l'homme qui l'exerce, être puni à autant de titres que tous ceux qui troublent, par d'autres délits plus ou moins graves, l'ordre public* »[51]. Reste pour le Comité à concilier cette nécessaire répression avec la philosophie des droits de l'homme dont il est empreint. Il y parvient par un tour de passe hasardeux : rappelant que la liberté individuelle doit être entendue comme la faculté de faire toutes les actions qui ne compromettent ni l'intérêt général, ni l'intérêt légitime d'un autre, il affirme qu'il ne saurait y avoir de liberté de mendier, pas plus que de liberté de faire l'aumône. « *Qu'on ne dise pas* », s'exclame le Comité, « *qu'un homme riche a le droit de donner son superflu à un être nuisible à la société, puisqu'alors cet homme se met en association de malveillance contre la chose publique.* (...) *Celui qui donne à un vagabond conspire* (...) *contre une partie de la société, comme le vagabond, en recevant gratuitement, conspire contre l'individu qu'il force à travailler pour lui* ». Dès lors, il n'est pas douteux que « *l'intérêt de la société et même les véritables principes de liberté et de propriété ordonnent la répression de la mendicité* ». Cette répression est présentée comme tirant son origine du pacte social[52] et, à ce titre, ne saurait violer un quelconque droit : « *cette punition ne contrarie pas plus l'exercice des droits de l'homme que la punition d'un fripon ou d'un assassin* »[53]. Bien plus, loin de porter atteinte aux droits de l'homme, « *elle les maintient* »[54], à une condition essentielle toutefois : que le mendiant ait la possibilité de se procurer du travail, car, « *sans cette condition, la répression serait à son tour une injustice, par conséquent un crime commis par la société* »[55].

Pour cette raison, le Comité propose d'établir une distinction entre mendiants domiciliés et vagabonds, mais qui, dans les faits, les assimile : le mendiant domicilié est appelé à bénéficier des secours de sa municipalité, où ses concitoyens, « *s'ils le*

---

[48] Id., p. 512.
[49] Id., p. 513.
[50] « *Cet état de fainéantise et de vagabondage, conduisant nécessairement au désordre et au crime, et les propageant, est donc véritablement un délit social* », id., p. 513.
[51] Id., p. 513.
[52] « *La répression de cet homme, qui, sans rien posséder, voudrait vivre sans travailler, n'est donc qu'une suite de la convention qu'il a faite lui même en se mettant en société, et à laquelle il ne peut manquer, sans mettre les autres en souffrance* », Sixième rapport, précit., p. 512.
[53] Id., p. 513.
[54] Id., p. 512.
[55] Id., p. 513.

connaissent honnête et laborieux, ne le laisseront pas dans le besoin absolu. (...) *La loi doit renvoyer le domicilié à la censure de ses parents, de ses concitoyens, de la police municipale de son village* »[56]. Le vagabond doit être arrêté et renvoyé dans son village d'origine ou éconduit de France s'il est étranger. En tout état de cause, le mendiant est renvoyé dans son lieu d'attache, « *où il a le droit aux secours ordonnés par la Constitution* »[57]. En revanche, la récidive doit être sévèrement réprimée, car elle témoigne d'une incapacité à s'amender. Elle est sanctionnée par le placement en une maison de correction, voire par la transportation dans les colonies. Sanctions infiniment plus douces, on le voit, que celles prévues sous l'Ancien Régime, bien que la mendicité apparaisse comme plus coupable qu'elle ne l'était auparavant, dans cet ancien système où les secours étaient jugés aléatoires et insuffisants ; mais peines témoignant d'un identique souci : amender l'individu et protéger la société[58]. En ce sens, le Comité peut conclure que « *l'exercice du droit d'arrêter un mendiant est donc non seulement un devoir de police, mais* (...) *aussi un acte de bienfaisance* »[59].

2- Les mesures coercitives adoptées

En 1789, les dépôts de mendicité, objets de toutes les critiques du Comité en raison de leur sévérité et de leur inefficacité à amender les individus, sont évacués et bon nombre de mendiants et vagabonds se répandent sur l'ensemble du territoire. Ch. Paultre, arrêtant son étude à cette date, remarque, non sans cynisme, qu'il aurait vraisemblablement été très difficile de se débarrasser de ce nombre prodigieux sans les guerres de l'époque[60]. Aussi, l'urgence soulignée dès 1791 par le député Vernier s'explique aisément : « *il entre dans les premiers devoirs* (...) *d'une administration nationale et fraternelle de pourvoir aux besoins des hôpitaux destinés aux malades, aux infirmes, aux vieillards, aux enfants trouvés et abandonnés* (...) *et d'extirper le vagabondage et la mendicité* »[61]. La distinction posée entre "bons" pauvres - ceux inaptes au travail - et "mauvais" pauvres - valides se livrant à la mendicité -, est explicite. Les premiers méritent des secours, les seconds un châtiment. L'année suivante, Barère rappellera ce principe : « *la mendicité est incompatible avec le gouvernement populaire* »[62] et « *dans une République bien ordonnée* (...) *le nom de mendiant est ignoré* »[63]. Aussi, le rapport et le projet de décret présentés en 1792 par Bernard reprennent, sur ce point, les mêmes idées que celles du Comité de mendicité, le décret tendant à réprimer, dans son article 15, l'exercice de la

---

[56] Sixième Rapport, p. 514.
[57] Id., p. 514.
[58] Les avantages de la transportation aux colonies sont particulièrement remarqués : « *elle préserve la société de la contagion et du danger du crime, puisqu'elle enlève d'au milieu d'elle celui de qui elle pouvait les craindre* » (p. 517) et est à même de lui permettre « *une entière régénération* ».
[59] Id., p. 514.
[60] Ch. PAULTRE, précit., p. 514.
[61] VERNIER, *Rapport sur les précautions à prendre pour distribuer les secours...*, *A.P.*, séance du 11 mai 1791, T. 25, p. 733.
[62] *A.P.*, séance du 22 floréal an II (11mai 1794), T. 90, p. 247.
[63] Id., p. 250.

mendicité[64], tout comme le feront, quelques mois plus tard, les lois du 19 mars 1793[65] et du 24 vendémiaire an II votée, pour cette dernière, sur le rapport Bô[66].

Malgré ces dispositions et faute de moyens réels pour la mettre en œuvre, la politique répressive de la mendicité sous la Révolution est un échec. Le souci d'efficacité de Napoléon tente d'y remédier : sommant son ministre de l'Intérieur, de supprimer la mendicité dans un délai d'un mois (!) (« *il faut qu'au commencement de la belle saison, la France présente le spectacle d'un pays sans mendiants* »[67]), il croit trouver une solution dans l'érection de la mendicité en délit pénal.

II- Une longue incrimination pénale

Deux décrets-lois des 5 juillet et 22 décembre 1808, repris par les articles 263 à 282 du Code Pénal modifiés plusieurs fois, érigent alors mendicité et vagabondage en délits pénaux, jusqu'à leur abrogation expresse en 1994. Durant les deux siècles d'incrimination, une évolution sensible se remarque, tant dans les fondements de l'incrimination (A) que dans son application (B).

A- Les fondements de l'incrimination

117. Les juristes croiront, durant deux siècles, trouver un double fondement à l'incrimination pénale : mendiants et vagabonds sont alternativement présentés comme des individus dangereux (1) ou marginaux (2).

1- Mendiants et vagabonds, des individus dangereux

La conception du vagabondage et de la mendicité comme un état dangereux en lui-même, car propice à la commission de crimes ou délits, est traditionnelle. Elle a constitué une justification avancée tout au long des XIXe et XXe siècles. Ainsi, un auteur du siècle dernier souligne qu'« *en droit naturel, il est hors de doute que le vagabondage et la mendicité ne sont ni des délits, ni des contraventions. On ne saurait dénier à celui qui a faim le droit de tendre la main et d'implorer un secours, et il est étrange d'interdire à celui qui n'a ni les moyens d'exister ni métier la faculté de chercher à travers le territoire national le coin qui sera le plus hospitalier* »[68]. Toutefois, pour cet auteur, l'atteinte est tout à la fois légitime et nécessaire car les infractions commises par les vagabonds vont croissant en nombre et en gravité. Un pénaliste de 1906 reprend la même idée : le vagabondage « *est un état, mais le législateur y a vu un délit sui generis, un état se suffisant à lui même* »,

---

[64] BERNARD, *Rapport et projet de décret sur l'organisation générale des secours publics et sur la destruction de la mendicité*, *A.P.*, séance du 13 juin 1792, T. 45, p. 159.
[65] Article 15 réprimant la mendicité et le vagabondage, *A.P.*, séance du 19 mars 1793, T. 60, pp. 326 et s.
[66] BO, *Rapport sur l'extinction de la mendicité*, *A.P.* , séance du 12 octobre 1793, T. 76, pp. 445-446. Cette dernière s'inscrit dans un contexte nettement répressif, quatre de ses cinq titres présentant un caractère pénal en fixant les moyens de répression (titre 2), l'organisation de « maisons de répression » remplaçant les dépôts de mendicité (titre 3), les modalités de la transportation pouvant être infligée pour une durée allant jusqu'à 32 ans (titre 4), et la fixation d'un domicile de secours afin de lutter contre le vagabondage (titre 5), allant jusqu'à prévoir une amende à quiconque aura donné une aumône.
[67] Note de Napoléon à son ministre de l'Intérieur, 15 novembre 1807.
[68] F. CHANTEAU, *Vagabondage et mendicité*, Pédone, 1899, cité par J. DAMON, *Des hommes en trop, Essai sur le vagabondage et la mendicité*, éd. de l'Aube, 1996, p. 23.

caractérisé par un genre de vie propice à des penchants vicieux[69]. En cela, ce juriste traduit une opinion largement répandue sous la IIIème République. Plusieurs articles du *Temps* de 1891 dénoncent la prétention du vagabond à vivre de la charité publique ou privée : « *il n'est pas seulement un être indigne, il est un être dangereux, qu'il est permis de traiter comme suspect. Celui qui n'a pas trouvé sa fortune dans son berceau n'a que deux façons de se procurer du pain : le travail ou le vol. Le lâche qui se refuse au travail se condamne lui-même au vol. Il a volé ou il volera demain* »[70].

Opérant une synthèse contemporaine dans des termes plus mesurés, A. Vitu affirme également que vagabondage et la mendicité portent atteinte à la sécurité publique. Il existe certaines catégories de personnes dont « *le statut ou, plus encore, le mode de vie peut être plus ou moins gravement générateur de troubles pour la collectivité* »[71]. Il en va ainsi du vagabondage ou de la mendicité, car ils témoignent de « *modes de vie dangereux* » préparant à la commission d'infractions[72].

Cette conception pénale de la mendicité et du vagabondage comme situations préparatoires à la commission de délits trouve un regain d'actualité dans la thématique contemporaine des « *incivilités* », sur laquelle se concentre aujourd'hui l'attention des criminologues américains. Le terme rassemble un « *ensemble de conduites différentes, mais aussi fréquentes qu'exaspérantes, comme les sollicitations intempestives, les actes de malveillance ou les comportements agressifs* »[73]. Des juristes approuvent ainsi les mesures prises par certaines municipalités américaines pour interdire la mendicité, afin d'inverser la tendance exponentielle de ces « *incivilités* »[74]. Par ailleurs, certains juristes britanniques, se fondant sur une corrélation entre la situation sociale d'individus et les délits commis, ont avancé l'idée que le fait d'être sans-domicile-fixe pouvait être une situation criminogène[75] et qu'un grand nombre des cas recensés dans leur étude avaient été conduits à commettre des délits en raison de leur dénuement matériel. Certes, les

---

[69] J. BARDOUX, *Vagabonds et mendiants devant la loi*, Thèse droit Paris 1906, p. 62 ; dans le même sens : G. SCELLE, *Précis élémentaire de législation industrielle*, Sirey, 1922, p. 332 : « *le chômage est un fléau social qui engendre la misère endémique et peut aller jusqu'à menacer l'ordre public* ».

[70] LEVEILLE, article paru dans *Le Temps*, juillet août 1891, cité par J.-F. WAGNIART, précit., p. 88. Ce dernier relève de nombreux autres exemples de cette grande peur du fin de siècle contre ces individus antisociaux et conclut qu'à cette époque « *c'est tout le pays qui se dresse contre le vagabond. Une impression totale de rejet et d'incompréhension monte et se traduit par cette idéologie à la fois confuse et claire de défense sociale qu'énoncent, dans un semblant d'harmonie, juristes et médecins* » (id., p. 119).

[71] A. VITU, *Traité de droit criminel, droit pénal spécial*, T. 1, éd. Cujas, 1981, p. 149.

[72] Id., p. 169. Même idée chez A.-M. PASCHOUD, « Vagabondage et mendicité », *Encycl. Dalloz, pénal*, 1994. Comparant les incriminations françaises à celles italiennes, J.-F. PARDINI relève l'identité de justifications avancées par les juristes cisalpins : en Italie, « *l'intervention de la loi pénale* (...) *s'explique par le fait que la mendicité est souvent l'auxiliaire de la délinquance et du vice, et que la laisser prospérer serait un grave danger pour la sécurité publique au sens générique du terme* » (« Droit et mendicité », *Cahiers du Centre de Droit et de Politique Comparées Jean-Claude Escarras*, 1997, vol. 7, p. 40).

[73] J. DAMON, « La mendicité, traque publique, ressource privée », *Recherches et prévisions*, n° 50-51, 1997, pp. 124-125.

[74] G.L. KELLING, C.M. COLES, *Fixing broken windows. Restoring order and reducing crimes in our communities*, New York, Free Press, 1996.

[75] B. McCARTHY et J. HAGAN, « Homelessness : a criminogenic situation ? », *Brit. Journal of criminology*, vol. 31, n° 4, 1991, pp. 393 et s.

conclusions résultant de ce constat sont bien différentes de celles prévalant au début du XIXe siècle : il ne s'agit plus de blâmer les auteurs de ces délits, en voyant en eux une lie dont l'humanité doit, pour sa propre survie, se défaire mais, au contraire, d'excuser la commission de tels actes par la fatalité pesant sur leurs auteurs. Il n'empêche, *in fine*, que la conclusion est identique : vagabondage et mendicité sont un état criminogène, menaçant pour le corps social[76].

Etat dangereux donc, tout comme l'association de malfaiteurs, délit avec lequel ces incriminations étaient associées au sein du Code Pénal dans un rapprochement significatif[77]. Mais une autre justification à l'incrimination a pu être avancée. Dans cette nouvelle acception, vagabondage et mendicité ne constituent pas tant une atteinte à la sécurité publique qu'un trouble à l'ordre social.

2- Mendiants et vagabonds, des individus marginaux

Le vagabondage et la mendicité constituent un trouble à l'ordre social en ce que ces deux états témoignent d'un refus suspect de travailler, indiquant de la sorte un comportement vicieux du délinquant. Ceci est souligné par un juriste du début du XIXe siècle : si « *la pauvreté par elle même ne saurait être un vice ;* (...) *elle est plutôt* (...) *le vice des institutions* », elle le devient « *lorsqu'elle s'incruste couche par couche sur un noyau primitif étranger à tout principe social, composé d'êtres dégradés qui ont le travail en horreur, et qui font profession expresse de la mendicité* ». Dès lors, la mendicité est la « *lèpre* » et la « *honte des sociétés humaines* »[78], idée reprise à la fin du siècle par Chanteau, pour qui la loi entend réprimer « *la réalisation de l'idée de se soustraire à la vie habituelle du citoyen* »[79]. Or, pour ces auteurs, la "vie habituelle du citoyen", le "principe social" essentiel sont fondés sur le travail. Cette hypothèse est développée dans sa thèse de droit pénal de 1906 par J. Bardoux, où l'auteur, s'interrogeant sur le fondement de l'incrimination, relève que l'absence de domicile et de ressources sont moins des fautes que des malheurs. Il faudrait donc, selon l'auteur, trouver l'élément du délit dans l'absence de travail. Existerait-il une obligation de travailler, questionne le juriste[80] ? Une réponse à cette question peut être trouvée à travers l'analyse de la doctrine pénaliste et de la jurisprudence pénale ultérieure.

La lecture de la doctrine pénaliste des années cinquante tend effectivement à prouver que, dans l'*opinio juris*, le fondement de l'incrimination réside dans la violation d'une obligation de travailler. Pour J.A. Roux, en 1951, l'individu sans ressources qui ne travaille pas est un être « *dangereux* (qui) *mérite d'être puni* » car

---

[76] L'ancien article 277 du Code Pénal confirme cette conception d'une dangerosité potentielle de ces individus, en punissant d'une peine de deux à cinq ans d'emprisonnement tout mendiant ou vagabond qui aura été saisi travesti d'une manière quelconque, ou porteur d'armes, ou encore muni d'instruments propres, soit à commettre des vols ou d'autres délits, soit à lui procurer les moyens de pénétrer dans les maisons. Dans le même sens, l'ancien article 279 aggravait les peines prévues pour violences commises lorsque leurs auteurs étaient mendiants ou vagabonds.

[77] V. en ce sens A. OLIVE, « Le droit de mendier », *Rev. de Sc. Crim. et de Dr. Pénal comparé*, n° 1, 1998, p. 69.

[78] F.-E. FODERE, *Essai historique et moral sur la pauvreté des nations, la population, la mendicité, les hôpitaux et les enfants trouvés*, Mme Huzard, 1825, p. 535.

[79] F. CHANTEAU, *Vagabondage et mendicité*, Pédone, 1899 , cité par J. DAMON, *Des hommes en trop*..., précit. p. 23.

[80] J. BARDOUX, thèse précitée, p. 62.

il « *cherche sa subsistance journalière dans des moyens inavouables et généralement délictuels* »[81]. L'auteur remarque que le Code pénal a perçu cette dangerosité, tout en ne la réprimant que lorsqu'elle revêtait la forme du vagabondage ou de la mendicité. Or, selon lui, « *l'insuffisance de ces mesures* (...) *est manifeste* » [82] et il conviendrait de rappeler la loi du travail à ceux qui l'oublient. Reprenant l'image traditionnelle de la ruche de laquelle les abeilles expulsent les mâles inutiles, J.A. Roux souligne combien ce rappel serait profitable à la morale et à la sécurité. Aussi propose-t-il une nouvelle incrimination : la *fainéantise jointe à l'absence de moyens d'existence*. Dans cette optique, le fait d'être dépourvu de moyens d'existence mais capable de travailler et de mener délibérément une vie de fainéantise, que l'auteur distingue de l'oisiveté accidentelle, serait constitutif d'un délit. L'auteur insiste tout particulièrement sur le premier élément constitutif, affirmant qu'il ne saurait être question d'incriminer les rentiers, vivant du placement de leur argent et, à ce titre, utiles à la société. La pensée de l'auteur est tout à fait significative. Outre le fait qu'elle témoigne d'une certaine conception de l'utilité sociale, fondée sur l'existence d'un revenu nonobstant la provenance de celui ci - rente ou travail -, elle suggère l'inscription formelle dans la loi d'une obligation de travailler, dont la violation implicite est insuffisamment sanctionnée par les seuls délits de mendicité et vagabondage.

A la même époque, l'école de la Défense sociale propose une toute autre lecture des délits de vagabondage et de mendicité, mais qui aboutit au même résultat : fonder l'incrimination sur la marginalité et le refus de travailler davantage que sur des considérations de sécurité publique. Ainsi, R. Vienne, souligne en 1958 combien le Code pénal est « *désuet* », « *absurde* » et instaure la « *réglementation la plus imparfaite qu'il soit possible d'imaginer* »[83] en posant, par une sorte de présomption irréfragable, la responsabilité individuelle du délinquant quant à l'état social dans lequel il est tombé. Pour cet auteur, l'argument tiré du maintien de la sécurité publique ne saurait être encore valable, les bandes menaçantes de vagabonds et de mendiants justifiant l'incrimination en 1810 ayant disparu. Il suggère donc une nouvelle approche de ce type de délinquance, fondée sur les principes de la Défense sociale. Si l'assistance conserve, à titre préventif, une importance capitale, R. Vienne relève la nécessité de mesures curatives, pour parvenir au « *reclassement* » des sujets[84] ou à leur « *rééducation* », c'est-à-dire leur retour, par le travail et le renoncement à une vie errante et oisive, au sein du corps social. Pour l'Ecole de la Défense sociale, vagabondage et mendicité constituent bien des comportements délictueux quand ils témoignent d'un refus de travailler et donc d'un choix de marginalité.

Or, il semble que la jurisprudence soit allée dans le sens d'un tel fondement. Une jurisprudence ancienne tout d'abord, se refusant à condamner pour mendicité un musicien ambulant porteur d'un livret visé par l'autorité administrative dans

---

[81] J.A. ROUX, « La fainéantise jointe à l'absence de moyens d'existence : un délit à réprimer », *Rev. de criminologie et de police technique*, n° 2, 1951, p. 83 ; dans le même sens : J. GRAVEN, « Le délit de fainéantise, une solution de défense sociale », *ibid.*, n° 3, 1951, pp. 163-174.
[82] J.A. ROUX, précit., p. 83.
[83] R. VIENNE, « Vagabondage et défense sociale », *Rev. de Sc. Crim. et de Dr. Pénal comparé*, 1958, p. 460.
[84] Id., p. 464.

lequel il était désigné comme exerçant la profession de joueur d'orgue de barbarie et ayant sollicité la charité publique à l'aide de cet instrument. Cette profession étant reconnue et réglementée dans le département par l'administration préfectorale, le prévenu n'est pas assimilé à un mendiant[85]. Définition stricte de la mendicité, donc, qui permet de supposer que, dès cette époque, le fondement de l'incrimination résidait bien dans le refus de travailler, quels que fussent les modes d'exercice de la profession retenue. Une jurisprudence ultérieure conforte cette idée : un jugement rendu par le Tribunal correctionnel de Lorient le 24 septembre 1987, confirmé en appel[86], relaxe un individu poursuivi pour délit de mendicité, au motif que, eu égard au contexte économique et aux difficultés rencontrées dans la recherche d'un emploi, il n'est pas établi qu'un chômeur en fin de droits avait délibérément choisi ce mode d'assistance. Or, de deux choses l'une : soit la mendicité et le vagabondage constituent en eux-mêmes un comportement attentatoire à la sécurité publique, auquel cas ils doivent être réprimés indépendamment de toute considération relative au contexte économique et social ; soit c'est, par une confusion entre fait constitutif matériel et élément intentionnel, le fait de mener une vie marginale qui constitue un trouble à l'ordre social, auquel cas il convient de rechercher si le prévenu avait délibérément choisi de mener une telle vie. Et c'est bien cette seconde hypothèse que retiennent les juridictions pénales. Au XXe siècle, la justification essentielle à l'incrimination de la mendicité et du vagabondage procède davantage du souci de prévenir les troubles à l'ordre social nés du choix d'une vie marginale et oisive que de la volonté de lutter contre les atteintes à la sécurité publique résultant d'un mode de vie propice à la commission d'infractions[87].

B- Les applications jurisprudentielles

Le Code pénal distinguait le délit de vagabondage (articles 269 à 273) de celui de mendicité (articles 274 à 276). Pourtant, les deux délits étant intrinsèquement liés, il est préférable de présenter leurs définitions (1) avant d'étudier l'évolution ayant caractérisé le régime commun de leurs sanctions (2) durant les deux siècles d'incrimination.

1- Les éléments constitutifs de l'incrimination

118. Le vagabond était défini par l'article 270 du Code pénal comme l'individu qui n'a ni domicile certain, ni moyen de subsistance et qui n'exerce habituellement ni métier, ni profession. En un mot, « *le dépouillement complet* »[88]. L'incrimination reposait donc sur l'existence de trois éléments constitutifs du délit de vagabondage,

---

[85] CA Riom, 15 avril 1863, *DP* 1863.II.90 ; A. VITU confirme cette analyse, en notant que « *n'est pas une aumône la somme d'argent* (...) *donnée à un chanteur ou à un joueur d'instrument qui, après s'être produit dans la rue, un couloir de métro ou un café, fait la quête* », précit., p. 175.

[86] CA Rennes, 29 février 1988, *M.P. c/ K*, *D.* 1989, II, 29, note D. MAYER

[87] Une telle analyse rejoint l'hypothèse formulée par P. COUVRAT en 1967 : pour cet auteur, l'explication selon laquelle le vagabondage serait un état dangereux de pré-délinquance conduisant son auteur à commettre des infractions est historiquement datée. La raison explicative du maintien de ces textes se trouverait alors dans leur seul refus de travailler : « *serait sanctionnée l'obligation d'avoir une activité au même titre que peut l'être celle d'effectuer un service militaire ou de payer des impôts* » (« Le vagabondage », *RTDSS*, 1967, p. 5).

[88] P. COUVRAT, ibid., p. 2.

dont la réunion était nécessaire pour que l'infraction soit réalisée[89]. La pauvreté, entendue comme l'absence de moyens de subsistance, constituait un élément essentiel de l'incrimination[90], même si l'appréciation du caractère suffisant des ressources a donné lieu à une jurisprudence contradictoire[91] et si l'incidence de l'origine des ressources[92], ou de leur absence[93], a été un élément essentiel. Cependant, dès le début du XXe siècle, la jurisprudence s'est attachée à écarter des poursuites certains individus tombés dans l'errance et la misère en raison de causes indépendantes de leur volonté[94].

L'incrimination de la mendicité distinguait, quant à elle, selon le lieu où l'acte a été commis. L'article 274 punissait toute personne mendiant dans un lieu où il existe un établissement public organisé afin d'obvier à la mendicité. Les éléments constitutifs de l'infraction étaient donc, outre l'existence d'un dépôt de mendicité au lieu où l'individu avait été trouvé mendiant[95], un acte matériel et un acte intentionnel.

La Cour de Cassation a spécifié que ce délit consiste à s'adresser à la charité ou à la bienfaisance dans le but d'en obtenir des secours gratuits sans offrir en échange une contre-valeur appréciable, soit que la demande ait été faite directement, soit qu'elle se soit dissimulée sous l'apparence d'un acte de commerce qui n'a rien de sérieux ou de réel[96]. Il fallait donc que l'aumône soit demandée ou sollicitée[97], cette distinction donnant lieu à une jurisprudence spécieuse relaxant l'indigent se présentant pour profiter d'une distribution de secours offerte à tous[98] ou se présentant au domicile d'un philanthrope connu pour ses distributions d'aumônes

---

[89] Cass. crim. 19 juillet 1812, *Jur. Gen*., V° Vagabondage - mendicité, n°52 ; 11 mars 1887, *DP* 1889.1.128 ; *S.*, 1890.1.288 ; 8 août 1936, *Gaz. Pal.* 1936.2.730 ; sur l'ensemble de la question, V. A.-M. PASCHOUD, précit.

[90] « *Celui qui dispose de ressources pour vivre n'est pas en état de vagabondage jusqu'à épuisement de ses ressources* ». CA Caen, 3 juin 1874, *DP.* 1875.2.185 : le droit à une pension militaire constitue un moyen de subsistance et est exclusif du délit de vagabondage alors même que le titulaire, sans domicile ni profession, a l'habitude de dissiper immédiatement le trimestre qu'il touche. De même, n'est pas vagabond un individu disposant d'un travail, même pour peu de jours (CA Lyon, 21 mars 1898, *Gaz. Trib*. 1898.2.343).

[91] N'ont pas été reconnus comme tels des secours alloués par une corporation ouvrière à un de ses membres en état de chômage afin de lui permettre de rechercher du travail (TC Annecy, 8 octobre 1892, *DP* 1893.2.398) ou reçus de personnes charitables (CA Nancy, 24 octobre 1901, *DP* 1903.5.771) ou encore un pécule remis à un condamné sortant de prison (TC Romorantin, 22 février 1901, *GP* 1901.1.497).

[92] Ainsi ne peuvent être prises en compte au titre de ressources les sommes provenant d'un délit tel que la mendicité (Cass. crim., 23 août 1883, *S*. 1885.1.513 ; CA Poitiers, 3 septembre 1987, *Juris-Data* n°44400).

[93] Pour une analyse de la jurisprudence pénale tendant à distinguer le chômeur involontaire du vagabond et mendiant : C. WILLMANN, *L'identité juridique du chômeur*, LGDJ, bibl. de droit privé, 1998, pp. 56 à 59, l'auteur soulignant l'incertitude sémantique régnant et démontrant que la distinction s'est opérée autour des notions de « travail » et de « défaut de revenu du travail » telles qu'elles étaient souverainement perçues par les juges, c'est-à-dire en fonction de critères plus sociaux que juridiques.

[94] En ce sens, n'ont pas été incriminés l'ouvrier victime du chômage (Cass. crim. 1887 précit.) ou le détenu libéré en période de crise économique (TC Loudéac, 20 mai 1932, *GP* 1932.2.22).

[95] CA Riom, 7 décembre 1887, *Journal parq*., 1888.2.126.

[96] Cass. Crim., 17 septembre 1874, *Bull. crim*. n° 281.

[97] A. PASCHOUD, précit., § 27-28.

[98] CA Lyon, 22 novembre 1898, *Le moniteur judiciaire Lyon*, 4 avril 1899.

charitables[99] mais incriminant l'individu ouvrant les portières de voiture pour aider les personnes qui en descendent, l'acte de mendicité se manifestant par l'attitude et le geste de l'individu qui s'y livre[100]…

Le second élément de l'infraction reposait sur l'existence d'une intention délictueuse. L'intention se confondait ici avec le fait matériel, mais la jurisprudence exigeait que le prévenu ait été réduit à mendier de sa propre faute. Echappait ainsi à la condamnation l'individu qui, trouvant habituellement dans l'exercice d'une profession régulière des ressources suffisantes à son existence, ne recourait à la générosité publique qu'accidentellement et dans le cas d'une nécessité pressante au moyen de quêtes faites à domicile sans publicité[101], ou celui qui, affamé et sans ressources, demandait un morceau de pain dans une boulangerie[102]. De même, dans une identité de fondement remarquable à un siècle d'écart, la Cour d'Appel de Rennes a considéré que, eu égard au contexte économique et aux difficultés rencontrées dans la recherche d'un emploi, il n'est pas établi qu'un chômeur en fin de droit ait délibérément choisi ce mode d'assistance[103]. Une telle interprétation, dans la pure orthodoxie juridique, est tout à fait contestable. En effet, en droit pénal, l'intention est démontrée quand l'auteur a conscience d'exécuter un acte pénalement interdit. Elle « *se résume à l'agissement matériel* », note D. Mayer[104]. Or, de tels arrêts assimilent l'absence d'intention de mendier à l'absence de choix délibéré, procédant de la sorte à une distorsion des principes juridiques[105]. En fait, la stricte logique juridique aurait dû commander le recours à la notion de causes de non-imputabilité, telles que la contrainte ou la force majeure, ou encore de faits justificatifs, tel que l'état de nécessité. En ce sens, la demande d'aumône peut être considérée comme un cas de force majeure, auquel l'article 64 du Code Pénal enlève son caractère délictueux[106]. Mais un tel fondement de la relaxe présente un inconvénient pour les magistrats soucieux de clémence ou de souligner la responsabilité sociale : elle conduit à reconnaître l'existence du délit, même si son auteur en est excusé.

Enfin, l'existence d'un dépôt de mendicité était le dernier élément constitutif du délit, l'article 274 du Code pénal n'étant applicable à défaut que pour les

---

[99] TC Pont-audemer, 8 juin 1900, *DP* 1900.2.481.

[100] CA Paris, 15 avril 1905, *DP* 1906.5.13. Les juges allaient jusqu'à établir une distinction entre celui qui sonne à une porte, même avec l'intention avouée de réclamer un secours, sans l'avoir formulée (Cass. Crim., 15 avril 1899, *Bull*. n° 87 –relaxe-) et celui qui sonne à une porte pour solliciter une aumône déterminée (CA Bourges, 30 avril 1896, *D.*1896.2.455 –condamnation-) ou à considérer que demander un abri pour coucher ne constitue pas le délit de mendicité, lequel suppose essentiellement une sollicitation d'aumône ou de secours (TC Apt, 14 février 1906, *DP* 1906.5.61) …

[101] CA Dijon, 9 juin 1875, *DP* 1878.5.316 ; CA Rennes, 8 mars 1882, *S*. 1882.2.117.

[102] TC Provins, 19 mai 1909, *DP* 1910.5.13.

[103] CA Rennes, 29 février 1988, *D*. 1989.2.29 note D. Mayer, sur appel TC Lorient, 24 septembre 1987.

[104] Note précitée, *D*. 1989.2.31.

[105] Cette distorsion, commandée par un souci de clémence, ne peut même pas se rattacher à la volonté du législateur de ne réprimer que ceux qui avaient d'eux-mêmes choisi de vivre de la mendicité et d'exclure de l'incrimination les indigents contraints à la mendicité pour des raisons indépendantes de leur volonté. Le souci napoléonien était bel et bien d'éradiquer toute forme de mendicité, en y obviant par l'existence de dépôts de mendicité… Pour un autre exemple de distorsion de la règle pénale par le juge, V. nos remarques sur l'état de nécessité, *infra*, chapitre suivant, § 164-166.

[106] TC. Château-Thierry, 20 janvier 1899, réformé par CA Amiens, 3 maris 1899, *DP* 1899.2.169, constatant qu'en l'espèce la force majeure n'existe pas.

mendiants valides[107], ce qui obligeait les juges à examiner la validité du mendiant et excluait des poursuites un homme amputé d'une jambe[108] ou de l'avant-bras[109], un vieillard[110], une personne âgée presque aveugle[111] ou un individu souffrant de mélancolie et d'anémie physique et morale du fait de nombreuses années passées en prison[112]. Plus récemment, la jurisprudence a donné à la notion de validité un aspect socio-économique, en énonçant que « *le prévenu n'a pas choisi de se maintenir dans un état de mendicité, mais qu'au contraire il n'a pas été tenu comme valide par la collectivité, que deux millions et demi d'individus en France ne sont pas reconnus comme valides au travail, la Nation étant dans l'impossibilité de leur trouver un emploi, que plus d'un tiers de ceux-ci sont désormais sans droit à indemnité de chômage et survivent par conséquent de mendicité, qu'elle soit organisée ou non et que le délit reproché ne peut être considéré que comme corollaire du droit constitutionnel au travail, lequel n'est pas assuré à l'heure actuelle par la société française* »[113]. Vivement approuvée par certains auteurs (« *il y a peu de jugements aussi courageux, et que c'est beau quand le droit dit le juste* », s'exclame A. Olive[114]), cette extension a été critiquée, en droit, par d'autres. Ainsi, D. Mayer remarque que le sens donné par le tribunal au qualificatif "valide" est contestable[115], en passant de l'idée d'"aptitude à exercer un travail rémunéré" à celle de "possibilité de trouver un travail rémunéré". Extension contestable, donc, mais tout à fait « *significative de la volonté du tribunal de mettre en lumière la responsabilité de l'extension du fait social de mendicité* »[116]. La conséquence d'une telle interprétation de cette notion de validité est logique, selon cet auteur : elle appelle « *la nécessaire mise en sommeil de l'infraction de mendicité en période de chômage* »[117].

L'évolution du contenu donné aux qualifications de délit de vagabondage et de mendicité est significative. Un semblable adoucissement se retrouve également dans le régime des sanctions qui leur ont été accolées durant deux siècles.

2- De la sévérité initiale à la dépénalisation progressive

119. Le Code pénal prévoyait initialement des peines de 3 à 6 mois d'emprisonnement pour les actes de mendicité commis dans les lieux où existe un dépôt, le mendiant devant être, à l'expiration de sa peine, conduit au dépôt de mendicité. Pour les infractions commises dans les lieux où n'existait pas de dépôt, le mendiant valide, s'il était arrêté dans le canton de sa résidence, encourrait une peine d'un à trois mois de prison ; en revanche, celui arrêté dans un autre canton risquait un emprisonnement de 6 mois à 2 ans, différence de traitement permettant de mesurer la sévérité du Code pénal napoléonien à l'égard des vagabonds. Celle-ci ressortait notamment de l'article 271 qui mettait ces derniers, au terme d'un

---

[107] Cass. crim. 11 avril et 23 mai 1846, *DP* 1846.1.222.
[108] CA Bourges, 3 février 1831, *Jur. gén.*, V° Vagabondage, n° 58.
[109] CA Pau, 21 janvier 1899, *DP* 1899.2.184.
[110] Cass. crim. 28 août 1845, *DP* 1845.1.352.
[111] TC. Montbelliard, 26 novembre 1903, *DP* 1904.2.437.
[112] TC Château-Thierry, 20 janvier 1899, précit.
[113] TC Lorient, 20 sept. 1987, sous CA Rennes, 29 février 1988, précit.
[114] Précit., p. 74.
[115] Note sous CA Rennes, 29 février 1988, *D.*, 1989.2.31.
[116] Id., p. 31.
[117] Id., p. 31.

emprisonnement pouvant aller de trois à six mois, à la disposition du Gouvernement « *pendant le temps qu'il déterminera en regard de leur conduite* »[118]. L'administration disposait ainsi d'un « *pouvoir absolu* »[119] puisque aucune durée n'était prévue par les textes. La mise à disposition du Gouvernement fut remplacée ultérieurement par la surveillance de haute police[120]. Types de mesures qui, on le voit, aboutissaient à instaurer durablement une répression associant emprisonnement et contrôle social.

Ce quadrillage répressif[121] correspond à l'affirmation d'un ordre moral caractéristique du XIXe siècle[122] et trouve son paroxysme dans les débats parlementaires relatifs à la loi du 27 mai 1885 instaurant la relégation. Certes, l'idée de relégation des mendiants et vagabonds n'est pas, en cette fin de siècle, foncièrement nouvelle. Waldeck Rousseau la rattache explicitement au patrimoine républicain issu de l'héritage de la Révolution[123] : comme en 1791, il s'agit de protéger la société contre les traîtres à la patrie[124]. La relégation est une mesure de « *salubrité sociale* », une loi « *d'assainissement social* » destinée à lutter contre un mal « *contagieux* » et « *épidémique* »[125]. La loi adoptée comporte deux peines accessoires. Tout d'abord, elle supprime la surveillance de haute police et la remplace par l'interdiction de séjour, interdisant aux condamnés de paraître dans un certain nombre de localités énumérées par voies de circulaires. Ensuite, elle instaure la peine de relégation perpétuelle pour les mendiants et vagabonds récidivistes[126]. Estimée initialement comme concernant une dizaine de milliers de mendiants et vagabonds, la loi ne s'appliquera en fait qu'à une centaine d'individus par an[127] et force est de constater l'échec de la politique répressive du XIXe siècle, qui ouvre lieu à la dépénalisation que connaît le XXe siècle.

---

[118] Curiosité juridique, l'article 273 du Code Pénal prévoyait que les vagabonds nés en France pouvaient, après jugement, être réclamés par délibération du conseil municipal de la commune d'où ils étaient natifs, ou cautionnés par un citoyen solvable. Si le gouvernement accueillait la réclamation ou agréait la caution, les individus réclamés ou cautionnés étaient conduits dans la commune qui les avaient réclamés, ou dans celle qui leur était assignée pour résidence sur la demande de la caution. Mesure témoignant bien du souci moral du XIXe siècle : l'individu réclamé prouvant ainsi avoir des attaches sociales, et par-là, ne pas être en rupture totale avec la société.

[119] A.-M. PASCHOUD, précit., § 20.

[120] L. 28 avril 1832, *S.* 1831-1848 125. La surveillance devait durer de 5 à 10 ans après la libération du détenu.

[121] Quadrillage répressif particulièrement mis en lumière par J.F. WAGNIART, précit., pp. 24 et s.

[122] V. *supra*, 1ère partie, titre 1, chapitre 1, § 48-49, 53.

[123] WALDECK ROUSSEAU, *Rapport à la commission chargée d'examiner la proposition de loi* (...) *relative à la transportation des récidivistes*, Ch. Députés, 1882, *JO Doc. Parl.*, annexe n° 1332, p. 4.

[124] L'idée de leur traîtrise à l'égard de la société est récurrente tant dans le discours parlementaire (V. le rapport précité de WALDECK ROUSSEAU) que dans les écrits politiques (V. par ex. T. HOMBERG, *Etude sur le vagabondage*, Forestier, 1880, pp. 187-188, dénonçant les « *êtres qui ne veulent pas se soumettre à ses lois* », et qui n'apportent que « *le trouble et le désordre* ».) ; sur tous ces points, V. J.-F. WAGNIART, précit., pp. 125 et s.

[125] F. DREYFUS, Ch. Députés, séance du 21 avril 1883, *annales*, pp. 27-32. Les débats à la Chambre des Députés lors des séances des 21 et 26 avril 1883 sont particulièrement instructifs : ainsi, F. Dreyfus met en parallèle les lois d'instruction, celle d'assistance et de prévoyance et les lois pénitentiaires qui « *sont des moyens d'assainissement et d'hygiène morale* » (*JO Déb*., 22 avril 1883, p. 703).

[126] Assimilés aux grands criminels, voleurs, escrocs, ce qui témoigne nettement d'un réel et violent rejet des mendiants et vagabonds.

[127] Document adressé en 1882 au Garde des Sceaux, cité par J.-F. WAGNIART, précit., p. 129.

Ce processus de dépénalisation progressive de la mendicité et du vagabondage se traduit tout d'abord par un assouplissement des textes les réprimant. Le décret-loi du 30 octobre 1935 abroge le délit de vagabondage des mineurs, et lui substitue, par l'ordonnance du 23 décembre 1958, des mesures d'assistance dans le cadre de l'enfance en danger ; la loi du 18 mars 1955[128] supprime l'interdiction de séjour ; la relégation, peu appliquée, devient facultative en 1954[129] puis est finalement supprimée en 1970[130] et remplacée par la tutelle pénale, elle même supprimée en 1981[131]. Mais ce processus de dépénalisation se marque également dans les faits. Si les poursuites persistent, elles sont en nette et constante décroissance : de 1901 à 1910, plus de 20 000 condamnations par an ont été prononcées. Après une diminution sensible dans les années 1910-1920, la moyenne annuelle dans les années vingt à quarante se situe aux alentours de 15 000 condamnations. Comme pendant la Première Guerre mondiale, le nombre des condamnations chute durant le second conflit. Ces dernières années, les infractions poursuivies étaient en constante diminution[132] et l'on ne trouvait guère en 1992, au sein de l'ensemble de la population incarcérée, que 3 personnes condamnées pour infraction à la législation sur le vagabondage et la mendicité[133].

Il faut donc souligner le « *relatif désintérêt du XXe siècle pour les questions du vagabondage et de la mendicité* »[134]. La "grande peur" n'est plus de mise, et les préoccupations sociales l'emportent désormais sur celles sociétales[135]. La loi du 22 juillet 1992 a abrogé les anciens délits de vagabondage et mendicité, tout en laissant subsister deux incriminations : la première, d'inspiration nouvelle, tend à protéger non plus la société mais des individus vulnérables, en créant le délit d'incitation de mineurs à la mendicité[136] ; la seconde, traditionnelle, maintient à la mendicité son caractère de contravention à la police des chemins de fer[137], les justifications

---

[128] Loi n° 55-304 ; *D.* 1955.121, comm. 483.
[129] Loi n° 54-706 du 3 juillet 1954, (*D.* 1954. 258).
[130] Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 (*D.* 1970. 199).
[131] Loi n° 81-82 du 2 février 1981 (*D.* 1981. 85).
[132] 5 967 en 1972, 3 491 en 1978, 2 597 en 1984, 2 153 en 1987. En 1993, ce chiffre était en hausse de 2,14% à 1 431 infractions poursuivies (Sources : Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, *Aspects de la criminalité et de la délinquance constatée en France en 1993*, La DF., 1994).
[133] Ministère de la Justice, *Rapport annuel de l'administration pénitentiaire*, 1992, La DF., 1993.
[134] J. DAMON, *Des hommes en trop*..., précit., p. 24.
[135] Même si les deux sont quelques fois difficiles à démêler : ainsi les décrets des 29 novembre 1953 et du 7 janvier 1959 fixant les conditions d'accueil des vagabonds « *estimés aptes à un reclassement* » dans les centres d'hébergement dans un but de réinsertion sociale, l'aptitude au reclassement étant constatée par le Procureur de la République. V. sur ce point, P. COUVRAT, « Le vagabondage », *RTDSS*, 1967, pp. 1-8 ; C. GUITTON, thèse précit., p. 120.
[136] Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 créant l'article L. 261-3 du Code du Travail, lequel punit le fait d'employer des mineurs à la mendicité habituelle, soit ouvertement, soit sous les apparences d'une profession, des peines prévues par les articles 227-20 et 227-29 du Nouveau Code pénal (jusqu'à trois ans d'emprisonnement et 500 000 francs d'amende).
[137] L'article 85 alinéa 4 du décret du 22 mars 1942 dispose que la mendicité est interdite dans toutes les dépendances du chemin de fer et sanctionne cette infraction d'une contravention de 4ème classe (punie d'une amende de 5000 francs, article 80-2 du même décret) avec possibilité d'application des mécanismes d'indemnité forfaitaire. La même situation prévaut pour l'enceinte du métropolitain parisien (article 15 de l'arrêté préfectoral du 9 décembre 1968 interdisant « *de se livrer à la mendicité, de troubler la tranquillité des voyageurs de quelque manière que ce soit et de quêter* »). V. sur ce point, J. DAMON, *Les indésirables dans les espaces de transport ; les exemples de la RATP et de la SNCF*, rapport de stage Ecole Supérieure de Commerce de Paris, septembre 1993.

avancées étant le souci d'assurer la tranquillité des voyageurs[138]. Or, à l'époque même où le Code pénal était dépoussiéré devant le renouveau de la question et de la fracture sociales, resurgit l'image d'un mendiant errant fauteur de troubles. Le terrain change, il ne s'agit plus du droit pénal mais de police administrative ; les termes évoluent, on parle désormais de « sans-domicile-fixe » (SDF), mais *mutatis mutandis*, les clivages sont les mêmes ; le débat juridique et politique autour des arrêtés municipaux « anti-mendicité »[139] en témoigne.

§2 - Les arrêtés municipaux anti-mendicité, une résurgence contemporaine

120. « *Les simples particuliers et même les maires sont toujours enclins à trouver qu'on ne les débarrasse pas suffisamment des mendiants et des vagabonds, dont la présence les incommode alors même qu'elle ne leur est pas à proprement parler préjudiciable* ». Tout est dit dans cette lettre d'un Procureur de la République vieille … d'un siècle[140] !

En juin 1991, alors que les dispositions du Code Pénal relatives au vagabondage et à la mendicité n'étaient pas encore abrogées, le maire de Montélimar prenait, pour donner suite à une pétition de commerçants, un arrêté interdisant la mendicité, le vagabondage et l'ivresse publique afin d'« *assurer la tranquillité publique* »[141]. Par-là, il ouvrait la voie à un mouvement d'une certaine ampleur, gagnant plus d'une vingtaine de villes, une sorte de "fronde communale" pourtant vivement critiquée par les pouvoirs publics : du Premier ministre de l'époque, regrettant la facilité qu'il y a à « *prendre un arrêté municipal en disant* "*il n'y a plus de mendiants, plus de pauvres*". *C'est se donner bonne conscience à peu*

---

[138] « *Les usagers du chemin de fer n'ont pas à subir, pendant leur voyage, des sollicitations importunes ; ce qui est tolérable sur la voie publique, où une plus grande latitude peut être laissée à chacun, ne l'est plus dans le cadre spécifique du chemin de fer où le voyageur se rend pour être transporté et trouver des services commerciaux annexes, mais non pas pour être assailli de quémandeurs en tous genres* », Direction juridique de la SNCF, *Actions solidarité SNCF, analyses et initiatives 1996*, p. 26. Dispositions paradoxales, tant dans leurs principes (une amende infligée à des individus par nature insolvables…) qu'au regard de leur efficacité, les gares et couloirs du métro parisiens étant des lieux traditionnels de regroupement des SDF... (sur ce dernier point, pour un aperçu des gares comme épicentres de la question sociale : J. DAMON, « La gare des sans abris, un miroir de la question sociale », *Annales de la recherche urbaine*, n° 71, juin 1996, pp. 120-126).

[139] L'appellation est, à vrai dire, plus journalistique que juridique. Ces arrêtés pris par différents maires en vertu de leurs pouvoirs de police municipale ne se sont en effet jamais intitulés de la sorte. L'usage générique de ce terme sera pourtant conservé, tout d'abord car la souplesse de l'intitulé permet de regrouper les différentes mesures, dont le contenu sera analysé ci-après, prises à l'encontre des SDF par les communes ; ensuite, parce que s'agissant d'un phénomène fortement médiatisé, c'est sous cette appellation que ces arrêtés sont connus.

[140] Lettre du Procureur de la République de Pont l'Evèque, 25 octobre 1907, jointe au courrier du Procureur Général de Caen au Garde des Sceaux du 2 novembre 1907, citée par J. F. WAGNIART, thèse précitée, p. 252.

[141] Arrêté n° 91.06.99 du 18 juin 1991, visant les articles 269 à 281 du Code pénal, énonçant : « *attendu que pour assurer la tranquillité publique, il convient que des mesures soient prises contre la mendicité, le vagabondage et l'ivresse publique* », et procédant, curiosités juridiques, à l'interdiction de tels comportements non seulement sur l'ensemble de la commune (alors que ces comportements étaient encore incriminés pénalement) mais également à l'interdiction de l'accès aux parcs et jardins des individus contrevenant à ces dispositions. C'est dire le manque de rigueur juridique d'un tel arrêté…

de prix, car les mendiants et les pauvres sont toujours là »[142] au Secrétaire d'Etat à l'Action humanitaire, soulignant qu'« *il faut rompre à tout prix avec le balancier qui, depuis le grand renfermement des pauvres au 17ème siècle, oscille entre la charité et les mesures coercitives à l'égard des mendiants, auxquelles se rattachent les arrêtés municipaux. Pire, ces derniers sont pris sans aucune mesure d'accompagnement. Or, si l'on interdit sèchement la mendicité, les miséreux se déplaceront d'une commune à une autre. On génère ainsi le vagabondage* »[143] ; du Ministre de l'Intégration qui voyait dans ces arrêtés « *une initiative surprenante* »[144] à celui de la Culture écrivant que *« le mendiant ne saurait être l'ennemi de la société moderne* »[145], tous les pouvoirs publics se sont alarmés de la résurgence d'une interdiction semblant dater d'un autre temps. L'ordre public se dresse à nouveau contre la visibilité de la pauvreté dans ses manifestations extrêmes, l'errance et la quête. Pourtant, ce sont avec des instruments juridiques contemporains qu'autorités municipales et juges ont tenté de résoudre ce traditionnel clivage[146], en donnant « *la mesure de l'interdiction, l'ordre public* » (I) et en sanctionnant « *la démesure de l'interdiction, la nécessité* »[147] (II).

I- La censure municipale de la mendicité

121. Pour faire face à une montée de la marginalité dans leurs communes, notamment en période estivale et festivalière, de nombreux de maires ont pris des arrêtés se rattachant expressément aux pouvoirs de police qu'ils tenaient des anciens articles L.131-1 et L.131-2 du Code des communes, afin d'interdire, au nom du maintien de l'ordre public, soit certains comportements liés à l'exercice de la mendicité (A), soit la mendicité en elle-même (B).

A- Le comportement des mendiants attentatoire à l'ordre public

Un certain nombre d'arrêtés sont fondés sur des arguments tirés des risques d'atteinte à l'ordre public et se réfèrent plus ou moins expressément aux dispositions législatives conférant au maire un pouvoir de police afin d'assurer le bon ordre, la sécurité et la salubrité publiques (1). Les autres justifications avancées s'avèrent plus problématiques (2).

1- Des interdictions rattachées à la trilogie traditionnelle

122. La première et principale justification avancée par les différent arrêtés réside expressément dans les risques d'atteinte à la sécurité des personnes et des biens. Si le maire de Nice affirme que l'arrêté qu'il entend prendre ne vise que « *la nouvelle mendicité* », c'est parce que celle-ci est exercée par des « *mendiants*

---

[142] A. JUPPE, *Le Monde*, 19 juillet 1995.
[143] X. EMMANUELLI, *Gazette des communes*, 7 août 1995, n° 1320/30, p. 7.
[144] « L'escalade antimendicité gagne Valence », *Libération*, 18 juillet 1995.
[145] Ph. DOUSTE BLAZY, *Le Journal du Dimanche*, 6 août 1995.
[146] Nous remercions les communes qui ont répondu à nos différents courriers et ont accepté de nous communiquer les copies des arrêtés qu'elles ont pris, ainsi que de nous apporter des précisions sur les procédures pendantes devant les juridictions administratives ou sur le contexte dans lequel elles ont été amenées à édicter de telles mesures.
[147] A. OLIVE, précit., pp. 77-79.

professionnels, parfois organisés en bande, et qui, par la pression morale ou la violence physique, exigent (...) *le salaire de leur incivisme et de leur inactivité* »[148]. Le même argument est avancé dans les arrêtés de La Rochelle et de Toulon, en dépit de l'éloignement géographique et politique de ces communes : la présence de certains SDF « *crée une situation constante de crainte au sein de la population* »[149]. A Béziers, c'est l'attitude des SDF qui est stigmatisée, car « *susceptible d'engendrer un sentiment de peur ou de panique de la part de la population* »[150]. Sur le même terrain fantasmatique[151], le maire d'Angoulême vise « *les risques d'atteinte à la sécurité des biens et des personnes, les nombreuses plaintes exprimées par la population* (...) *l'exaspération grandissante de la population et les conséquences dramatiques qui pourraient en résulter* »[152]. Cette exaspération s'explique, selon le maire de Sète, par l'agressivité « *de groupes d'individus, accompagnés ou non d'animaux* » imputable « *à la consommation abusive d'alcool* »[153]. Dans le même sens, l'arrêté de Bagnères-de-Bigorre[154] souligne « *le danger que constitue le regroupement de chiens, même accompagnés de leurs maîtres, en agglomération, et les doléances reçues en Mairie, certaines faisant état de morsures* » et celui de Gap[155] interdit « *le regroupement prolongé de plus de deux chiens* (...) *en raison de l'excitation réciproque souvent constatée qu'une telle promiscuité provoque entre eux et des dangers que de ce fait ils font courir à la population* » ainsi que les stations assises ou allongées à même le sol « *afin de préserver toute personne des chocs éventuels avec les cyclistes ou de garantir* (...) *la sécurité des piétons* »[156]. Au total, la comparaison des différents arrêtés est éclairante : la présence de SDF est de nature à nuire à la sécurité publique soit parce que leur mode de vie les incite nécessairement au vol ou à l'agressivité[157], soit parce que les chiens qui les accompagnent sont perçus comme dangereux, soit, enfin, parce qu'encombrant les rues, ils favorisent les accidents de circulation… Ce dernier argument rejoint une autre justification fréquemment avancée : celle de la nécessité d'assurer une commodité de passage sur la voie publique.

Ce souci de garantir une liberté de circulation est omniprésent, et se retrouve tant à Toulon[158] (où l'on « *note une multiplication des actions de mendicité qui sont de nature à entraver la libre circulation des personnes, le libre accès aux commerces* ») qu'à Béziers, qui interdit la mendicité et le vagabondage « *dans les*

---

[148] Lettre du maire de Nice appelant ses administrés à participer à un référendum communal sur la reconduction de l'arrêté municipal du 5 juin 1996 réglementant certaines formes de quêtes.
[149] Arrêté municipal de La Rochelle du 8 août 1995, de Toulon du 28 août 1995.
[150] Arrêté municipal du 14 juin 1996.
[151] « *N'est on pas en présence d'un avatar moderne des fantasmes qui ont toujours opposé nomades et sédentaires ?* » s'interroge le commissaire du gouvernement J.-Y. MADEC, dans ses conclusions sur TA Pau, 22 novembre 1995, *Couveinhes et Association « sortir du fond* », 22 novembre 1995, *RFDA*, 1996, p. 376.
[152] Arrêté municipal du 10 août 1995.
[153] Arrêté municipal du 21 juin 1996.
[154] Arrêté municipal du 7 mai 1996.
[155] Arrêté municipal du 8 août 1997.
[156] Arrêté municipal du 8 août 1997.
[157] L'arrêté de Millau du 25 juin 1996 vise expressément le nouveau Code Pénal et ses dispositions tendant à réprimer le vol et la menace.
[158] Arrêté municipal du 28 août 1995.

rues piétonnes où elles (sic) *sont une gêne pour la circulation* »[159]. L'arrêté d'Auxerre[160] préfère parler de « *fluidité de circulation* » et considère qu'« *il y a lieu de prendre* (...) *des mesures qui permettront d'assurer* » celle-ci. Aussi interdit-il, dans un secteur délimité, « *de s'installer sans autorisation, de déposer des effets personnels tels que vêtements, sacs de voyage et de couchage* ». Certaines communes invoquent la commodité du passage dans les rues, telle Carpentras[161], soulignant « *qu'il appartient à l'autorité municipale* (...) *d'assurer la sûreté et la commodité du passage sur les voies publiques* ». Ces communes semblent se référer à l'article L.2212-2-1° du Code Général des Collectivités Locales, lequel, pourtant, ne prévoit qu'une mesure susceptible de se rattacher à de telles interdictions : l'enlèvement des encombrements… Une conception pour le moins extensive de cette notion d'encombrement semble avoir joué… L'arrêté de Millau[162] confirme cette lecture, lorsqu'il considère que « *le fait de se coucher, de s'asseoir, de stationner sur la voie publique est susceptible de rendre incommode la circulation des piétons et est de nature à encombrer le passage* », tout comme « *le jet et l'abandon de détritus* ».

123. Sur ce dernier point, l'arrêté de Millau semble également se placer sur le terrain de la salubrité publique, cet argument étant fréquemment avancé dans différents arrêtés qui visent le règlement sanitaire départemental[163]. De nombreuses communes font état de motivations relatives à l'hygiène publique, telles Gap[164], Sait-Brieuc[165], Perpignan[166] et Banyuls sur mer[167], qui interdisent de ce fait la mendicité. Angoulême[168] vise, sans en mentionner la teneur, « *des problèmes*

---

[159] Arrêté municipal du 14 juin 1996 ; de même, Gap interdit le stationnement assis ou allongé à même le sol afin « *de garantir la libre circulation* » (arrêté du 8 août 1997), Toulouse « *toute occupation prolongée des rues, squares, quais, places et voies publiques* (...) *de nature à entraver la libre circulation des personnes* » (arrêté municipal du 1er juillet 1994), La Rochelle va dans le même sens en rappelant qu'il « *il appartient au Maire de garantir la liberté d'aller et venir de ses administrés, piétons et autres usagers, et de veiller à l'usage normal des voies publiques* » (arrêté municipal du 8 août 1995); V. dans le même sens l'arrêté de Mende du 10 juillet 1997 : « *considérant l'obligation faite au Maire de Mende d'assurer la commodité du passage dans les rues, places* ».

[160] Arrêté municipal du 20 juin 1997 ; même interdiction dans différents arrêtés du 19 juillet 1994.

[161] Arrêté municipal du 23 mai 1997 ; même considérant dans l'arrêté de Cannes du 30 septembre 1993 ou Pau, 29 mai 1996 ; Avignon, 29 mai 1997.

[162] Arrêté municipal du 25 juin 1996.

[163] Ex. : celui de Valence, en date du 13 juillet 1995, Toulon, 28 août 1995 ou Pau, 11 juillet 1995, Angoulême, 10 août 1995.

[164] Arrêté municipal du 8 août 1997 : « *afin de préserver* (...) *la salubrité des espaces publics, il est interdit de jeter ou d'abandonner des bouteilles, effets de repas ou tout autre élément revêtant le caractère de déchet sur la voie publique* ». Dans le même sens, l'arrêté d'Auxerre du 20 juin 1997, qui ne vise pas expressément la mendicité mais se réfère, dans ses visas, à la circulaire du Ministre de l'Intérieur du 20 juillet 1995, considère comme des « *atteintes à la salubrité publique* (...) *les dépôts et jets d'immondices, d'excréments ou d'objets polluants* » et les interdit sur ce fondement.

[165] Arrêté municipal du 17 juin 1997 : « *considérant l'existence d'un problème d'hygiène* (...) *induit par l'abandon sur le domaine public de bouteilles vides ou cassées* ».

[166] Arrêté municipal du 31 mai 1995 ; même considérant dans, par ex., les arrêtés municipaux de Carpentras des 12 juin 1996 et 23 mai 1997 ou dans l'arrêté de Pau du 29 mai 1996 ou de Tarbes du 17 juillet 1995.

[167] Arrêté municipal du 7 juillet 1995 : « *considérant qu'il appartient à l'autorité municipale de prévenir et de faire cesser les comportements qui entraînent la dégradation des conditions d'hygiène des espaces publics* ».

[168] Arrêté municipal du 10 août 1995.

d'hygiène et de salubrité constatés » dans certains endroits de la ville et l'arrêté de Toulon[169] affirme que les personnes amenées à mendier contreviennent « *aux règles les plus élémentaires de l'hygiène* ». Tarbes[170], en revanche, lie les atteintes à la salubrité publique à « *la divagation de* (...) *chiens* » appartenant aux personnes se livrant à « *l'interpellation des passants dans le but de faire appel à leur générosité* ». Comble du sordide, la commune de Mende[171] interdit « *les déjections humaines sur la voie publique* ». Rattachant ces interdictions à des considérations hygiénistes, J.-C. Froment détecte un souci « *d'empêcher la mise en scène publique d'un corps socialement dévalorisé* (...) *le corps* "*sale*" *ou* "*malade*" *du clochard-ivrogne* » et conclut à la similitude de fondements entre l'interdiction de la mendicité et celle du lancer de nain : « *c'est finalement une certaine représentation du corps qu'on cherche à écarter* »[172].

124. Enfin, une dernière justification est omniprésente dans ces arrêtés : celle tirée des exigences de la tranquillité publique. Ainsi, l'arrêté de Carpentras[173] souligne « *la situation actuelle* (mettant) *en évidence la multiplication des actions de mendicité qui troublent la sérénité et le fonctionnement* (sic) *de l'ordre public* » et que « *le comportement sur le domaine public de certaines personnes porte atteinte à l'ordre et à la tranquillité publics* » et relève « *qu'il appartient à l'autorité municipale de garantir la quiétude des personnes fréquentant les jardins et parcs publics ainsi que les chalands* ». L'idée d'une « *sérénité* » troublée par des actions de mendicité est reprise tant à Cannes[174], Pau[175], Avignon[176] qu'à Tarbes[177], que les atteintes à la tranquillité publique soient imputées aux aboiements des animaux (Millau[178]), à l'agressivité des SDF (Sète[179]), à la consommation d'alcool (Mende[180]), ou aux deux à la fois (Saint-Brieuc[181]).

Dangereux, menaçants, sales et fauteurs de troubles. Les éternels qualificatifs appliqués aux "bélîtres et gueux" resurgissent, et leurs comportements sont constitutifs d'autant d'atteintes à l'ordre public qu'il convient de prévenir. Pourtant, d'autres fondements sont invoqués ci et là, dont la justesse peut être mise en cause[182].

---

[169] Arrêté municipal du 28 août 1995.
[170] Arrêté municipal du 14 septembre 1995.
[171] Arrêté municipal du 11 juillet 1997.
[172] J.-C. FROMENT, note sous CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge, Ville d'Aix en Provence*, *RDP*, 1996, p. 557.
[173] Arrêté municipal du 23 mai 1997.
[174] Arrêté municipal du 30 septembre 1993.
[175] Arrêté municipal du 29 mai 1996.
[176] Arrêté municipal du 29 mai 1997.
[177] Arrêté municipal du 14 septembre 1995.
[178] Arrêté municipal du 25 juin 1996.
[179] Arrêté municipal du 21 juin 1996.
[180] Arrêté municipal du 11 juillet 1997.
[181] Arrêté municipal du 17 juin 1997.
[182] Même si, parmi les fondements avancés, il est également permis de douter de la possibilité pour certains maires d'invoquer les atteintes à la tranquillité publique. En effet, pour les villes où la police est étatisée, régime dont relèvent bon nombre de ces communes, il appartient à la compétence exclusive du préfet de réprimer les atteinte à la tranquillité publique telles qu'elles sont définies à l'article L.2212-2-2° du CGCT (article L.2214-3 du CGCT).

2- Des fondements plus douteux

125. Certains arrêtés font, plus ou moins explicitement, référence à des considérations tirées d'un souci de préserver la moralité. Ainsi Béziers[183] interdit « *la mendicité, le vagabondage, le colportage et le stationnement de groupes dont le comportement serait outrageant aux bonnes mœurs* » et Tarbes[184] « *toutes attitudes contraires aux règles habituelles de bonnes mœurs notamment le maintien prolongé en position allongée, l'épanchement d'urine, les exhibitions* ». Cette commune, ajoute dans un arrêté ultérieur[185], que les mendiants ont « *une tenue contrevenant aux bonnes mœurs et aux règles élémentaires de la bienséance* » et que leurs comportements « *constituent une incitation à la débauche* ». Le Code des communes ne donne pourtant pas compétence aux maires pour régler de comportements susceptibles d'attenter à la morale publique[186]. Il est vrai que la jurisprudence a admis la légitimité pour la police municipale de viser la moralité publique ou l'hygiène publique[187], mais il revient alors aux maires de prouver en quoi le spectacle de la mendicité est attentatoire à la morale publique[188], et surtout en quoi les circonstances locales sont susceptibles d'attacher à cette "immoralité" des conséquences matérielles de troubles à l'ordre public[189]. Sauf, évidemment, à se placer sur le terrain mouvant de la dignité humaine...

Or, il semble que l'idée d'une mendicité contraire à la dignité humaine et, à ce titre, à l'ordre public dont elle est une composante[190] soit évoquée. Elle apparaît implicitement dans les arrêtés de Toulon et de Gap, où la mendicité agressive de certains SDF serait « *de nature à porter préjudice aux formes normales et tolérées de mendicité* »[191] ou contribuerait « *à jeter l'opprobre sur ceux de nos concitoyens les plus exclus de notre société et qui font appel à la charité publique dans des conditions honorables et acceptables* »[192]. Dans cette optique, il y aurait une dignité

---

[183] Arrêté municipal du 14 juin 1996.
[184] Arrêté municipal du 14 juin 1995.
[185] Arrêté municipal de Tarbes du 14 septembre 1995.
[186] Sauf lorsqu'ils émanent d'aliénés, selon l'article L. 131-2-8°, ce qui n'a jamais été évoqué en l'espèce.
[187] Voir, outre la jurisprudence *Lutétia* (CE, 18 décembre 1959, *Rec*. p. 693), CE, 7 novembre 1924, *Club indépendant sportif chalonnais*, *Rec*., p. 863 ; J.-P. TAUGOURDEAU, *La moralité publique et la police administrative*, thèse Poitiers, 1964.
[188] V. en ce sens P. FRYDMAN dans ses conclusions sur l'affaire *Commune de Morsang-sur-Orge* (CE, Ass., 27 octobre 1995): « *il ne suffit évidemment pas de quelques témoignages d'indignation isolés pour autoriser un maire à interdire un spectacle, faute de quoi l'exercice du pouvoir de police ne manquerait d'ailleurs pas de devenir le terrain d'intervention privilégié des groupes de pression de tous bords* » (*RFDA*, 1995, p. 1207). La remarque qui, en l'espèce, s'appliquait au lancer de nain peut valoir pour le "spectacle" offert par la présence de SDF dans les rues …
[189] La jurisprudence du CE se refusant en effet, jusqu'à l'affaire du lancer de nain, à prendre en compte la seule immoralité abstraction faite des circonstances locales. Or, en ce qui concerne la mendicité, il semble que ce soit bien plus un certain ordre moral qui a prévalu, tendant à voir dans la personne du SDF un être dégradé et menaçant. A preuve, les panneaux d'information de La Rochelle, avisant le grand public : « *N'encourageons pas la mendicité, nous risquerons de favoriser l'ivresse et l'agressivité sur la voie publique* » (cité par J. SAYAH, « La mendicité et le vagabondage, une question d'ordre public », *Les cahiers du CNFPT*, 1996, n°48, p. 200).
[190] CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang sur Orge, Ville d'Aix en Provence*, *RFDA*, 1995, pp. 1204 et s., concl. P. FRYDMAN ; *RDP*, 1996, pp. 436 et s., notes M. GROS et J.-C. FROMENT.
[191] Arrêté municipal de Toulon du 28 août 1995.
[192] Arrêté municipal de Gap du 8 août 1997.

de "bons pauvres" à laquelle certaines formes de mendicité porteraient atteinte[193], voire une dignité du passant heurtée par la vue d'un spectacle dégradant[194] ou encore une dignité du SDF se livrant à de telles formes de mendicité, qu'il faudrait protéger malgré lui. On peut, après tout, voir de la dignité partout…

126. D'autres fondements douteux peuvent être décelés derrière des préoccupations esthétiques sous-jacentes aux interdictions : l'arrêté pris par la ville de Cannes[195] est particulièrement explicite : « *la ville doit conserver son image de ville d'accueil de qualité pour les touristes qui viennent y séjourner en nombre très important, ainsi que pour la population locale* ». Une motivation identique se retrouve dans de nombreuses villes qui organisent des festivals ou sont des lieux estivaliers : ainsi Banyuls[196] interdit la mendicité en « *considérant que le centre ville et le front de mer sont des lieux touristiques* ». Le souci de préserver « *des lieux agréables et animés* » est relevé à Millau[197] alors que Tarbes[198], moins touristique, se place sur le terrain des « *difficultés d'accès au commerce et au libre exercice de celui-ci* »[199]. Ces dispositions semblent s'inscrire dans le cadre de l'article L.2213-4 alinéa 2 du Code général des collectivités territoriales[200], lequel permet au maire d'instituer des secteurs protégés dans certaines parties de la commune considérées comme sensibles. La possibilité d'utiliser ce cadre légal a été relevée par le Ministre de l'Intérieur : dans certains quartiers « *particulièrement dignes d'intérêt, par exemple du point de vue de la tranquillité publique, de leur mise en valeur esthétique ou de leur attrait touristique* (...) *les maires peuvent* (...) *soumettre à de strictes conditions d'accès et d'horaires l'ensemble des activités s'exerçant sur la voie publique : colportage, commerce ambulant, quêtes et mendicité.* »[201]. Il est également vrai, indépendamment de cette base textuelle, que la notion d'esthétique peut être regardée par la jurisprudence comme une composante de l'ordre public[202]. Il n'empêche qu'appliquer de tels critères esthétiques à la vision d'individus détruits par la pauvreté et l'errance serait pour le moins indécent. Des déchus aux déchets, il y a une marge que le droit ne saurait franchir. Quant à l'argument tiré de ce que des commerçants perdraient une partie de leur clientèle, dissuadée de venir dans leurs

---

[193] Impression confirmée par un courrier en date du 26 février 1998 qui nous fut adressé par l'adjoint au maire de Carpentras : « *les « pauvres » n'ont pas que des droits, ils ont aussi des devoirs ne serait-ce que le respect d'autrui ce qui n'est pas toujours le cas ; d'ailleurs les « pauvres » ont de la dignité et ne mendient pas sur la voie publique, ils ne sont pas marginaux.* ».

[194] Hypothèse relevée puis rejetée par le commissaire du gouvernement FOUCHET, dans ses conclusions sur le jugement relatif à l'arrêté de Nice (« *invoquer le respect de la personne humaine pour protéger le promeneur du mendiant relève de la cécité intellectuelle* »), cité par J.-P. LABORDE, *Le Monde*, 18 avril 1997.

[195] Arrêté municipal du 30 septembre 1993.

[196] Arrêté municipal du 7 juillet 1995 ; V., dans le même sens, l'arrêté municipal de Perpignan du 24 août 1995 qui souligne que « *la période estivale est marquée par un afflux de touristes lié notamment aux multiples manifestations culturelles et spectacles de rues en Centre ville* ».

[197] Arrêté municipal du 25 juin 1996.

[198] Arrêté municipal du 14 septembre 1995 ; Béziers interdit également la mendicité « *dans les lieux de grande attraction commerciale* » (arrêté du 14 juin 1996), Avignon relève la « *vocation commerciale et touristique* » des espaces publics où s'exercent des actions de mendicité (arrêté du 29 mai 1997).

[199] Dans le même sens, l'arrêté municipal de Perpignan du 31 mai 1995 souligne la « *vocation commerciale* » des espaces dans lesquels la mendicité est pratiquée.

[200] Article L. 131-4-1, alinéa 2 du Code des communes.

[201] Circulaire du ministre de l'Intérieur en date du 20 juillet 1995.

[202] R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T. 1, Montchrestien, 13e éd., 1999, n° 908-1.

boutiques du fait de la présence de SDF à proximité, il frôle le détournement de pouvoir, tout comme le fondement d'un coût financier que cette présence ferait peser sur les finances communales. Un tel motif a pourtant été soulevé, notamment à Tarbes[203], dont un arrêté affirme que « *l'attitude des personnes se livrant à ces actes* (de mendicité) *entraîne des déprédations importantes des espaces publics dont la remise en état est à la charge de la collectivité locale* ».

La conclusion est logique : de ce que son exercice entraîne la commissions d'autant d'atteintes à l'ordre public, la mendicité doit être interdite. Elle devient elle-même attentatoire à l'ordre public.

B- La mendicité attentatoire à l'ordre public

127. La diversité de rédaction entre les mesures municipales est flagrante : certains arrêtés interdisent expressément la mendicité[204], d'autres l'occupation prolongée de la voie publique accompagnée ou non de sollicitations à l'égard des passants[205], d'autres encore la seule « *mendicité agressive* »[206]. Si Gap autorise expressément la mendicité sur tout son territoire[207] mais restreint le stationnement allongé sur la voie publique et les pressions sur les passants, certaines communes n'évoquent même pas le terme de "mendicité" mais interdisent, à l'instar de La Rochelle, quêtes, stationnement allongé ou consommation d'alcool.

Cependant, cette diversité ne doit pas induire en erreur. C'est bien la mendicité en elle-même que ces arrêtés visent, à peine de perdre toute utilité. En effet, tous les comportements annexes qu'ils prétendent viser sont, par ailleurs, interdits et réprimés pénalement. Ainsi, le Code des débits de boisson réprime déjà quiconque sera trouvé en état d'ivresse manifeste dans les rues, chemins, places, cabarets et autres lieux publics (a. R 4). L'article R 7 du Code de la Route punit l'entrave à la circulation, le Code pénal toute forme d'agression. Le régime des quêtes, auquel certains arrêtés font allusion[208], étant par ailleurs soumis à autorisation, on voit également mal l'utilité d'un arrêté interdisant l'exercice d'une activité non autorisée puisque tout défaut d'autorisation emporte en lui-même une interdiction. Moins l'utilité de tels arrêtés apparaît, plus leur caractère tautologique s'avère flagrant : « *l'arsenal juridique étant préexistant, les arrêtés municipaux sont inutiles. Pourquoi, sinon, ne pas prendre un arrêté municipal interdisant l'homicide* », note avec justesse (et quelque ironie) L. Fabre[209].

---

[203] Arrêté municipal du 14 septembre 1995.
[204] Par ex., Banyuls sur mer, Perpignan, Carpentras, Cannes, Toulon.
[205] Par ex., Toulouse et Saint Brieuc.
[206] Par ex. Béziers.
[207] « *La possibilité d'en appeler à la solidarité est un droit qui ne saurait être dénié à quiconque ; en conséquence, la mendicité est autorisée toute l'année sur le territoire de la commune* », arrêté précité.
[208] Témoignant en cela d'une confusion certaine, comme le relève dans ses conclusions J.Y MADEC, précit., p. 376 : les appels à la générosité publique relèvent d'un régime spécifique, organisé par la loi n° 91-772 du 7 août 1991 ; V. sur ce point Y. LAURIN, « Le contrôle des appels à la générosité publique », *D.*, 1992, chr., pp. 130-132.
[209] *Gazette des communes*, 7 août 1995, n° 1320/30, p. 7.

En fait, comme le relève un Commissaire du gouvernement[210], c'est bien la mendicité dans son ensemble qui est réglementée par ces arrêtés car, dans leur application par les forces de police, il est impossible de distinguer entre des formes "actives" (sollicitations expresses) ou "passives" (simple maintien sur la voie publique), agressives ou humbles, moyennant "contrepartie" (vente de journaux, lavage de pare-brise ou chansons) ou purement "désintéressées". Par-delà les allusions au comportement des SDF, c'est leur présence[211], et donc leur personne, qui est visée et incriminée par ces textes. Le Tribunal Administratif de Pau ne s'y est pas trompé, constatant que les différentes interdictions du maire de Pau, relatives « *au maintien prolongé, notamment en position allongée, de personnes ou d'animaux qui gênent le libre passage des piétons ou perturbent l'ordre public* », visent « *la même population de sans domicile fixe* »[212]. Cet objet particulièrement large rend ainsi nécessaire un strict contrôle de légalité de tels arrêtés.

II- La censure juridictionnelle des arrêtés anti-mendicité

La chose est connue, la légalité des mesures de police est subordonnée à leur nécessité. En ce qu'elles portent atteinte à des libertés (A), elles doivent nécessairement être adaptées et proportionnées aux risques de troubles à l'ordre public qu'elles entendent prévenir (B).

A- Les libertés en cause

128. Différentes libertés étaient invoquées à l'encontre des arrêtés anti-mendicité. Ainsi, étaient tour à tour évoquées la liberté d'aller et venir du SDF, celle du commerce et de l'industrie ou encore la liberté de mendier.

La liberté d'aller et venir et, plus spécifiquement, le principe de libre utilisation du domaine public ont été soulevés par de nombreux requérants. Un Commissaire du gouvernement reconnaissait le caractère opératoire d'une telle invocation[213], même si la liberté en cause est à la limite de l'occupation privative du domaine public, et un jugement de Tribunal Administratif admet que le moyen tiré d'une restriction à cette liberté constitue un moyen sérieux de nature à entraîner le sursis à exécution d'un arrêté anti-mendicité[214]. Il faut bien s'accommoder de « *ces activités généralement inoffensives qui ont leur siège sur la voie publique* », notait en 1965 le commissaire du gouvernement Kahn, « *si l'on veut conserver aux rues de nos villes leur fonction et leur visage traditionnels* »[215]. Or, ce caractère traditionnel fait des rues « *le siège d'une vie sociale, l'un des lieux d'exercice de certaines*

---

[210] J.-Y. MADEC, concl. précitées, p. 376.

[211] Sur ce point, significative est la mention contenue dans de nombreux arrêtés, prévoyant l'« interpellation » des SDF et leur conduite dans des foyers d'accueil. V. la polémique déclenchée à Nice par de telles pratiques et l'ouverture d'un centre situé à 15 km du centre ville (C. PRIEUR, « Les journées entières sur le Mont chauve pour les sans abris », *Le Monde*, 31 juillet 1996), pratiques qui ne sont pas sans rappeler au féru d'histoire l'expulsion des mendiants hors des enceintes des villes du Moyen Age par les archers…

[212] TA Pau, 9 juillet 1997, *Rolland et association « Sortir du fond » c/ Pau*, n° 96-883/96-895.

[213] J.-Y. MADEC, concl. précitées, p. 375.

[214] TA Toulouse, 23 août 1996, *Barbut c/ Millau*, req. n° 961762.

[215] Concl. sur CE, sect., 15 octobre 1965, *Préfet de police de Paris c/ Alcaraz*, *AJDA*, 1965, p. 662.

libertés »[216], parmi lesquelles la liberté du commerce et de l'industrie, elle aussi invoquée à l'encontre de ces arrêtés. J.Y. Madec dénie la possibilité d'appliquer ce principe aux SDF, quand bien même « *certains des individus visés semblent avoir fait de la mendicité une activité professionnelle* »[217]. Allant plus loin, A. Olive évoque un « *véritable métier de mendiant* »[218], rejoignant en cela la position de certains sociologues[219]. Les juridictions administratives ne se sont pas prononcées sur ce point. Bien au contraire, elles semblent mettre l'accent sur la libre circulation des passants, qu'une occupation abusive et prolongée du domaine public est de nature à compromettre[220].

La solution retenue par le Tribunal Administratif de Nice semble dès lors isolée, en ce qu'elle reconnaît l'existence d'une liberté de mendier qui aurait son siège sur le domaine public. En effet, dans un jugement de 1997, ce tribunal évoque la nécessité pour le maire de concilier la commodité et la sûreté du passage dans les voies publiques avec « *la liberté d'aller et venir, le* ***droit de quêter*** *et l'ordre dans la rue* »[221]. Ce faisant, ce jugement va dans le sens d'un débat, qui, s'il n'a pas pris en France, est très vif outre-atlantique et en Italie. Aux Etats-Unis, certains juristes, se référant au premier amendement de la Constitution, affirment l'existence d'un droit à pratiquer la mendicité, confirmé par la jurisprudence de différentes Cours[222]. En Italie, la doctrine, à l'occasion de décisions de la Cour Constitutionnelle, s'est emparée de la question et a pu envisager la mendicité à l'aune d'un possible droit-liberté, bien que non consacré par le droit positif[223]. Il reste à voir si, en France, les Cours Administratives ou le Conseil d'Etat confirmeront l'existence d'un tel droit. Pour le moment, l'état du droit est incertain[224].

En revanche, les juges de première instance n'ont pas eu à se prononcer sur la question d'une éventuelle liberté du passant de faire l'aumône, « *ce qui est considéré par certains comme un devoir de solidarité sociale, par d'autres comme une*

---

[216] O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, concl. sur CE, 4 mai 1984, *Préfet de police de Paris c/ Guez*, *AJDA*, 1984, p. 393.
[217] Concl. précitées, p. 375.
[218] A. OLIVE, précit., p. 77.
[219] V. J. DAMON, *Des hommes en trop*, précit., pp. 75 et s., pour qui la mendicité est « *un élément de la carrière du SDF* ».
[220] TA Strasbourg, 18 février 2000, *Ville de Colmar*, req. n° 992019, 992017, 993749, 993750 ; CCA Marseille, 9 décembre 1999, *Commune de Sète*, req. n° 97MA11654 ; CAA Marseille, 9 décembre 1999, *Commune de Prades*, req. n° 97MA11358.
[221] TA Nice, 29 avril 1997, *Cardinali-Boyer et autres c/ Ville de Nice*, *Quinzaine juridique*, 14 juillet 1997, p. 2 (souligné par nous).
[222] V., pour un bon exposé, H. HERSHKOFF et A.S. COHEN, « Begging to differ : the first amendment and the right to beg », *Harvard law review*, vol. 104, 1991, n° 5, pp. 896 et s. ; F. LEOUSSIS, « The new constitutional right to beg- Is begging really protected speech », *The Saint-Louis University Public Law Review*, vol. 14, n° 2, 1995, pp. 529 et s. ; H. SIMONS, « Towns without pity : a constitutional and historical analysis of official efforts to drive homeless persons from american cities », *Tulane Law Review*, vol. 66, n° 4, mars 1992, pp. 631 et s., R. TEIR, « Maintening safety and civility in public spaces : a constitutional approach to aggressive begging », *Louisiana Law review*, vol. 54, n° 2, novembre 1993, pp. 285 et s. ; ainsi que la controverse opposant H. HERSHKOFF et R. CONNER, « Aggressive panhandling laws », *The American Bar Association Journal*, vol. 79, juin 1993, pp. 40-41.
[223] V. la démonstration très complète de J.-J. PARDINI, précit., pp. 55 et s.
[224] *Contra* : P. ROSANVALLON selon qui « *aujourd'hui, l'état des choses est clarifié : le droit de mendier apparaît même comme un doit de l'homme* » (*La nouvelle question sociale, repenser l'Etat Providence*, Le Seuil, 1995, p. 186).

obligation religieuse », remarque incidemment J.-Y. Madec[225]. En effet, ceux-ci ont placé l'essentiel de leur contrôle sur le terrain de l'adéquation des interdictions aux nécessités tirées du maintien de l'ordre public.

B- Le contrôle de proportionnalité effectué par le juge

129. Le cadre de l'intervention des arrêtés anti-mendicité a été clairement défini par les juridictions : les maires n'ont « *le pouvoir de réglementer les activités non interdites par la loi et notamment la mendicité que dans la stricte mesure où les interdictions qu'ils édictent s'avèrent nécessaires à la protection de l'ordre public* »[226]. Considérant de principe, qui n'est pas sans faire écho à la belle formule d'un ecclésiastique du XVIIIe siècle : « *il ne faut pas croire que la loi puisse proscrire tout ce qui est mauvais ou dangereux. Pour que ses défenses soient justes, il faut que l'ordre public soit troublé. C'est sur ces principes qu'il faut juger de ce que la loi peut par rapport aux mendiants* »[227]…

Suivant en cela les principes très classiques du contrôle de légalité des mesures de police administrative, le juge administratif s'est livré à une vérification de la réalité des troubles allégués. En ce sens, il a sanctionné l'arrêté de Tarbes, la commune n'ayant « *produit* (...) *aucune pièce démontrant que l'éventualité des troubles occasionnés* (par les SDF) *présentait* (...) *un degré de gravité tel que l'interdiction de l'ensemble de ces activités* (...) *était nécessaire* »[228] mais affirmé la légalité de l'interdiction de Nice, en raison de réels risques de troubles à l'ordre public[229]. Les troubles à l'ordre public occasionnés par la présence de sans-domicile-fixe doivent être graves, rappelle la Cour administrative de Bordeaux[230], et l'atteinte doit être précisément identifiée. A ce titre, le maire doit indiquer les circonstances précises susceptibles de caractériser le trouble et seule une « *nécessité actuelle* » peut justifier l'interdiction[231].

Fidèles à la jurisprudence traditionnelle censurant les interdictions générales et permanentes, les tribunaux ont annulé une disposition tendant à prohiber des agissements et regroupements ayant pour conséquence de nuire au maintien du bon ordre car elle excédait, « *par sa généralité, l'étendue des pouvoirs que le maire peut légalement mettre en œuvre en vue d'assurer le maintien de l'ordre* »[232] ainsi qu'une

---

[225] Concl. précitées, p. 375.
[226] TA Montpellier, 21 mai 1997, *Association Vivre au présent c/ Commune de Prades*, *La quinzaine juridique*, 14 juillet 1997, p. 1.
[227] Mémoire de l'Archevêque de Toulouse, membre d'une commission fondée en 1773 par Turgot pour proposer des solutions au problème de la mendicité, cité par Ch. PAULTRE, précit., p. 557.
[228] TA Pau, 2 juillet 1997, *Rolland c/ Tarbes*, req. n° 96-897 (annulation totale), dans le même sens, TA Montpellier, 24 décembre 1997, *Préfet de Lozère c/ Commune de Mende*, req. n° 97-2625.
[229] TA Nice, 29 avril 1997, *Cardinali-Boyer et autres c/ Ville de Nice*, *Quinzaine juridique*, 14 juillet 1997, p. 2 (annulation partielle).
[230] CAA Bordeaux, 26 avril 1999, *Commune de Tarbes*, req. n° 97BX01773.
[231] TA Strasbourg, Ville de Colmar, précité. Sur la notion de « nécessité actuelle », V. I. MICHELLET, « Le contentieux administratif des arrêtés municipaux d'interdiction de la mendicité », *AJDA*, 2001, p. 327, soulignant les divergences d'interprétation existant entre la Cour de Bordeaux et celle de Marseille (CAA Marseille, 9 décembre 1999, Commune de Prades et Commune de Sète, req. n° 97MA11654 et 97MA11358), cette dernière semblant l'interpréter plus largement.
[232] TA Nice, 29 avril 1997, ibid.

interdiction de la mendicité s'étendant à tout le territoire de la commune[233]. La jurisprudence traduit également un contrôle de l'adaptation de la mesure aux circonstances locales. En ce sens, a été jugé adapté aux circonstances de temps et de lieu l'arrêté de Valence interdisant dans certains lieux et à certaines heures la mendicité et la consommation d'alcool[234], alors que l'arrêté de Béziers a été censuré comme emportant une interdiction trop générale, non justifiée par l'importance des risques de troubles à l'ordre public devant être prévenus[235]. En tout, une vingtaine de jugements et d'arrêts ont été rendus de 1993 à 2000, aboutissant tous, exception faite de celui de Valence, à l'annulation, partielle ou intégrale, d'arrêtés tendant à interdire la mendicité.

Au total, la jurisprudence indique clairement la possibilité pour les maires d'interdire, sous réserve de respecter les strictes nécessités tirées du maintien de l'ordre, les réunions « *d'individus socialement marginalisés dont le comportement laisserait subsister un sentiment de crainte ou d'exaspération chez les commerçants et leurs clients* »[236]. Loin de fixer un cadre juridique « *des plus flou* »[237], la jurisprudence est claire et parfaitement en conformité avec les principes généraux relatifs au contrôle de légalité des mesures de police administrative[238]. Elle aboutit toutefois à deux conséquences regrettables : la première en ce qu'elle tend non pas à « *criminaliser la pauvreté* »[239] mais à repénaliser de fait la mendicité : dans les communes où un tel arrêté existe, son non-respect est constitutif d'une contravention. La seconde en ce qu'elle permet un véritable jeu de dominos, les villes prenant tour à tour un arrêté pour repousser les indésirables refoulés par les communes voisines. Gestion de la question sociale en forme de ping-pong et syndrome que les Anglo-saxons, avec leur sens habituel du raccourci, ont appelé NYMBY, pour *not in my backyard*[240]…

Malgré les immenses bouleversements sociaux et économiques survenus depuis l'Ancien Régime, l'historien « *ne peut qu'être frappé par l'ampleur de certaines permanences, d'hier à aujourd'hui* » et l'image du mendiant, traversant les siècles, « *révèle, mutatis mutandis, de fortes analogies* »[241]. Le juriste, à son tour, ne manque pas de souligner cette continuité. En 1611, « *vagabonds, fainéants et caymans* » recevaient l'ordre de déguerpir de Paris avant huit jours et La Rochelle, à la veille de la Révolution, exigeait le renforcement du contrôle des mendiants,

---

[233] TA Montpellier, 25 octobre 1995, *Préfet des Pyrénées orientales c/ Commune de Perpignan*, req. n° 95-2525.
[234] TA Grenoble, 11 juillet 1996, *Allain et autres c/ Commune de Valence*, req. n°95-2880.
[235] TA Montpellier, *Association Source de fraternité et Rolland c/ Commune de Béziers*, 18 juin 1997, req. n° 96-2122.
[236] Jugement du TA de Nice, précit.
[237] J. FENOGLI, *Le Monde*, 10 mai 1997.
[238] Toutefois, la doctrine semble sévère à l'égard de certaines solutions, qu'il s'agisse de l'appréciation stricte de l'intérêt à agir des requérants sans domicile fixe ou de la critique d'une trop grande mansuétude à l'égard des arrêtés municipaux. V., outre l'article précité d'I. MICHALLET, E. DESCHAMPS, « Le contentieux des arrêtés anti-mendicité », *RDSS*, 2000, pp. 495-507.
[239] J. DAMON, « La mendicité, traque publique et ressources privées », *Diogène*, juillet 1997, n°35, p. 63.
[240] J. DAMON, *Des hommes en trop*, précit., p. 66.
[241] J. CUBERO, *Histoire du vagabondage, du Moyen Age à nos jours*, Imago, 1998, p. 287.

« *dans l'intérêt de l'économie et de l'ordre public* »[242]. Trois cents ans plus tard, le maire de cette commune entend, par un arrêté interdisant la mendicité, protéger sa population « *contre les abus de bandes organisées, malades de drogues et d'alcool, armées de couteaux et accompagnées de chiens sales à l'aspect inquiétant* »[243]. Les mêmes problèmes se posent, et suscitent d'identiques interrogations. Un chroniqueur peut ainsi reprendre une antienne traditionnelle, lorsqu'il évoque la « *lassitude d'une partie de la population* (...) *devant l'attitude de certains de ces mendiants agressifs, alcooliques, méprisants ou même dangereux* (...) *Le bon provincial, qui paie le R.M.I. avec ses impôts, ne comprend pas qu'il y ait des gens jeunes, en bonne santé, qui ne travaillent pas* ». Dans son esprit, il faut *« revenir à certaines contraintes »* et il convient de se demander *« quel est le taux d'assistés à vie qu'une société peut supporter* »[244]. Or, à cette question, le droit répond invariablement depuis des siècles : l'intégration des pauvres valides passe nécessairement par leur mise au travail.

SECTION 2
L'INTÉGRATION DU PAUVRE

130. Si la mendicité est présentée comme un fléau social historique, c'est parce qu'elle s'oppose au principe social essentiel sur lequel se fonde la société : le travail[245]. Dès lors, tout réfractaire doit être sanctionné. Mais, pour que le principe d'une répression soit acceptable, encore faut-il offrir à l'indigent valide les moyens de s'intégrer. Le mendiant valide pose à l'assistance « *la question du sphinx* » souligne R. Castel : « *comment faire d'un quémandeur d'aide un producteur de sa propre existence ?* »[246]. Ces moyens sont trouvés dans l'assistance par le travail, thème historique (*§ 1*), auquel le droit fait toujours écho (*§ 2*).

§1- L'intégration par le travail, un principe historique

En 1351, l'ordonnance de Jean le Bon ordonne aux indigents valides de prendre métier ou de quitter Paris. Texte fondamental s'il en est, puisqu'il interdit pour longtemps cette « *échappatoire* »[247] qui consisterait à avoir recours à l'assistance pour survivre si l'on est capable de travailler. Des travailleurs enchaînés[248] de l'Ancien Régime aux "sans ouvrage" assimilés à des "sans courage" du XIXe siècle, la continuité entre les différentes mesures prises à l'encontre des

---

[242] A. FORREST, citant un mémoire présenté à la Chambre de commerce de La Rochelle, *La Révolution française et les pauvres*, Perrin, 1986, p. 59.
[243] M. CREPEAU, « Justice pour les maires, pitié pour les mendiants », *Le Monde*, 13-14 août 1995.
[244] J.C., « A propos du débat sur la mendicité », chronique « Affaires sociales », *Rev. administrative*, n° 287, 1995, pp. 512-515.
[245] Sur le travail comme valeur essentielle et le devoir corrélatif de travailler : C. BLET, *Le devoir de travailler*, mémoire de DEA de Droit public, Poitiers, 1996 ; D. MEDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, éd. Alto/Aubier, 1995.
[246] R. CASTEL, *Les métamorphoses…*, précit., p. 70.
[247] R. CASTEL, ibid., p. 74, à propos de l'ordonnance de 1349 prise par Edouard III et appliquant à l'Angleterre des principes sensiblement identiques.
[248] GAUFRES, « L'assistance par le travail sous l'Ancien Régime », *Bulletin de la Société internationale pour l'étude des questions d'Assistance*, septembre 1893.

indigents valides est flagrante. Elle est soulignée par le Conseil Supérieur de l'Assistance publique en 1889 : « *il y a une loi de continuité qui régit le monde des idées, on a dit :* "*Natura non facit saltus*", *nous pouvons appliquer cette maxime à l'ensemble et à la succession des mesures prises dans notre pays contre la mendicité* »[249].

L'assistance aux pauvres aptes au travail présente historiquement deux caractéristiques essentielles : la première est la confusion permanente entre assistance par le travail et répression (I) et la seconde traduit la difficulté conceptuelle à penser séparément droit au travail et devoir de travailler (II).

I- La confusion permanente entre assistance par le travail et répression

131. A partir du XVIe siècle s'opère une nette évolution de la conception du travail, lequel devient une valeur sociale essentielle. Dès lors s'affirme une réelle apologie du travail, tout à la fois conçu comme une solution à la pauvreté et un vecteur d'intégration. Dans le premier sens, s'est développée, non sans faire écho à la doctrine chrétienne, une acception éthique et libérale du travail perçu comme moyen d'accroître la richesse, qui place le travail au cœur du contrat social[250]. Dans le second, le travail constitue le socle du concept sociologique d'intégration, conçu comme un ensemble d'individus inscrits dans les réseaux producteurs de la richesse et de la reconnaissance sociale[251]. Ultérieurement, le socialisme du XIXe siècle attribue également un rôle central au travail, faisant de cette notion la pierre angulaire du sentiment d'appartenance à une classe et le lieu d'expression de la dignité de l'individu. Ce consensus autour de la valeur du travail implique une conclusion logique : l'exclusion de ceux qui ne participent pas à ces échanges réglés, ces parias que sont le mendiant et le vagabond. La permanence est flagrante, de Lanjuinais, pour qui « *il sera toujours vrai de dire en général que l'indigence suppose ou la fainéantise ou la paresse* »[252] à L. Duguit, dénonçant l'« *être inutile* » que la société rejette de son sein[253].

Puisque le travail est perçu comme la pierre philosophale permettant non seulement la résorption de la pauvreté mais encore l'intégration sociale, tout l'effort des pouvoirs publics sera de parvenir à l'intégration des indigents, fut-ce par la contrainte. Car le travail recouvre une réalité paradoxale : malgré sa valorisation théorique, lorsqu'il est appliqué aux pauvres le travail se colore d'une nette teinte coercitive. Replacée dans la thématique traditionnelle de l'oisiveté et de l'inutilité

---

[249] *Rapport au Conseil supérieur de l'assistance publique sur les dépôts de mendicité, et projet de résolution*, 1889, BN 4 R 978 (19), pp. 14-15.

[250] V. sur ce point C. BLET, précit., pp. 22 et s. ; C. WILLMANN, *L'identité juridique du chômeur*, LGDJ, Bibl. droit social, 1998 pp. 250 et s.

[251] R. CASTEL, « Les marginaux dans l'histoire », *L'exclusion, l'état des savoirs*, La Découverte, 1996, pp. 32-42.

[252] LANJUINAIS, séance du 21 messidor an III, Mon. Univ. Réimp., p. 196.

[253] « *Il n'est pas permis à un être humain, en âge de travailler et ayant la force physique nécessaire, de rester inactif. En le faisant, il manque au premier devoir que lui impose sa qualité d'homme social S'il ne travaille pas, s'il ne produit pas, il est un être inutile que la société tôt ou tard rejettera de son sein* » (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Boccard, 1927, T. 3, n° 92, p. 645).

des pauvres, l'exhortation de Saint Paul selon laquelle « *si quelqu'un ne veut pas travailler, qu'il ne mange pas non plus* » trouve toute son application.

Ces principes expliquent l'aspect répressif du travail offert aux indigents valides, caractéristique transcendant l'histoire et rendant très difficile, voire impossible, la distinction entre les mesures d'assistance aux valides et celles répressives. Ceci est évident sous l'Ancien Régime : Ch. Paultre, dans sa thèse sur la répression de la mendicité à cette époque, traite ainsi indistinctement des ateliers publics et des dépôts de mendicité, soulignant combien assistance et répression étaient liés[254] à une époque où la législation considère le travail davantage comme une peine que comme un secours. Ainsi Richelieu, en 1625, ordonne l'enfermement des pauvres, afin que les valides soient « *employés en œuvres publiques* »[255] et Colbert en 1667, enjoint aux intendants : « *votre principale application doit être de trouver les moyens d'enfermer les pauvres et de leur donner de l'occupation pour gagner leur vie, sur quoi vous ne saurez trop prendre de bonnes résolutions* »[256]. Le XVIIe siècle accroît cette tendance[257], par l'instauration d'un travail forcé lors du grand renfermement dans des Hôpitaux généraux où la discipline interne, fondée sur le travail et la prière, avait nettement une vocation rééducatrice[258].

Mais le même constat peut être fait pour la période libérale, à partir de la Révolution française[259], au cours de laquelle ateliers de charité et dépôts de mendicité fonctionnent en tandem en visant le même public d'indigents réduits à la plus extrême nécessité : ces deux institutions « *représentent deux variantes, une relativement douce et une dure, du commun paradigme de l'obligation de travailler* »[260]. Les dépôts de mendicité, restaurés par Napoléon et conçus comme des maisons de correction et de redressement par le travail, sont, tout au long du

---

[254] Le travail dans les ateliers publics au XVIe siècle est ainsi analysé comme « *une peine dissimulée, souvent, il est vrai, sous les apparences d'une mesure d'assistance* » (Ch . PAULTRE, précit, p. 57) ; le grand renfermement du XVIIe siècle s'inscrit dans la continuité de la doctrine mercantiliste, selon laquelle le chômage est volontaire et motivé par le refus de travailler de la populace paresseuse et débauchée, ce qui explique la sévérité des règlements des hôpitaux généraux, prévoyant, à l'instar de celui de Paris : « *on les fera travailler le plus longtemps et aux ouvrages les plus rudes que les forces et les lieux où ils seront le pourront permettre* » (cité par J. LUCIANI, *Le chômage au XIXe siècle*, Thèse doctorat de 3e cycle, Economie des ressources humaines, 1985, Paris 1, p. 25).

[255] RICHELIEU, « *Lettres, instructions diplomatiques et papiers d'Etat* », cité par J.-P. GUTTON, *La société et les pauvres, l'exemple de la généralité de Lyon, 1524-1798*, PUF, 1971, p. 318.

[256] COLBERT, *Lettres, instructions et mémoires*, cité par J.-P. GUTTON, *La société et les pauvres*, précit., p. 338.

[257] J.-P. GUTTON, « A l'aube du XVIIe siècle, idées nouvelles sur les pauvres », *Cahiers d'histoire*, 1965, vol. X, pp. 87 et s.

[258] V. en ce sens les travaux de M. FOUCAULT, précit., et d'E. GOFFMAN, *Asiles*, Ed. de Minuit, 1968.

[259] Pour un exposé des hésitations quant au statut du travail sous la Révolution, naviguant entre « peine ou assistance » : C. GUITTON, *Droit action publique et travail, étude juridique des politiques d'insertion*, thèse Paris X, 1996, pp. 65 et s.

[260] R. CASTEL, *Les métamorphoses…*, précit., p. 140 ; les propos de DUCHATEL sont éclairants : si le pauvre doit recevoir des secours, il faut « *que le trajet lui soit pénible et que son sort soit moins heureux que s'il n'avait jamais délaissé la prudence et la vertu* » (*Considérations d'économie politique sur la bienfaisance ou de la charité dans ses rapports avec l'état moral et le bien être des classes inférieures de la société*, Guirodet, 1836, p. 298).

XIXe siècle, la pierre angulaire d'un système répressif, traduisant un souci de rééducation du mendiant par le travail au moyen d'ateliers industriels et agricoles[261].

Cette confusion perdure sous la IIIème République. Ceci ressort très nettement de la situation des dépôts de mendicité, rattachés formellement à l'assistance publique mais dont le caractère répressif est revendiqué[262] et la mission de « *correctionnalisation* », c'est-à-dire de redressement par le travail, affirmée[263]. Cette assimilation permet au Conseil supérieur de l'Assistance publique d'affirmer en 1889 que, dans le cadre des dépôts, « *ce qu'on veut partout, c'est que les deux idées d'assistance et de travail soient liées le plus intimement possible* »[264]. De plus, quand bien même la préoccupation disciplinaire est estompée, comme cela a été le cas dans les diverses expériences d'ateliers de secours, le fait que les rémunérations accordées soient toujours inférieures au cours normal permet de pointer l'incertitude s'attachant aux activités effectuées, moins réel travail qu'occupation contraignante[265]. Enfin, une dernière illustration peut être trouvée dans la coloration contraignante donnée au placement tout au long du XIXe siècle. Durant cette époque, « *l'appareil de placement est un moyen d'enfermement* »[266], un instrument de contrôle et d'information et non un outil de rapprochement entre employeur et main d'œuvre. Conception "sécuritaire" du placement, soulignée par les historiens[267], qui ne s'estompera qu'au début du XXe siècle et qui prouve combien, au XIXe siècle, le travail et son absence sont des affaires d'ordre public avant tout, relevant de mesures de police[268].

Instrument de coercition, le travail du pauvre prend ainsi les allures d'un facteur d'intégration[269]. Cette contrainte au travail se retrouve également, non sur le

---

[261] V. la circulaire du 6 mai 1815 du ministre de l'Intérieur, rappelant la mission de correction par le travail assignée aux dépôts : « *en ne les considérant que comme maisons de travail, on imprime à tous les individus qui se livrent à la mendicité la crainte d'y être renfermés ; on diminue les dépenses en ce que le régime alimentaire y est beaucoup moins généreux que pour les vieillards infirmes hors d'état de travailler, et que les établissements se trouvent couverts des dépenses par le produit des ateliers… L'administration a perdu de vue l'objet principal* ». Sur l'ensemble de la question : J. VALLEE, *Les dépôts de mendicité, leur utilisation comme moyen d'assistance,* Thèse Droit Paris, 1908.

[262] Le Conseil supérieur de l'assistance publique soulignait que « *les mesures portées contre la mendicité sont directement des mesures de répression et ne sont qu'indirectement des mesures d'assistance* », rapport précit., p. 8.

[263] Id., p. 17.

[264] Id., p. 19.

[265] V. en ce sens, P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale ; repenser l'Etat Providence*, Le Seuil, 1995, pp. 141 et s.

[266] C. CENTI, *Histoire du placement, éléments pour une généalogie du marché du travail*, T. 3, « Ordre productif, marché du travail et changement social », Centre d'Etude des Relations Sociales, Université d'Aix Marseille II, 1979.

[267] « *L'enregistrement des sans travail* (...)*, le contrôle de leur mobilité, leur surveillance policière deviennent des préoccupations d'ordre public* (...) *Pendant la première moitié du XIXème siècle, la question du placement tend à s'effacer derrière la préoccupation policière : le livret d'ouvrier, l'enregistrement dans les bureaux de placement n'ont pas tant pour fonction l'organisation de la médiation entre offreurs et demandeurs d'emploi que le contrôle d'une population ouvrière sans emploi* » (V. MERLE, « Transformations du marché du travail et transformation de l'intervention publique », *Chômage et chômeurs*, n° spécial, *Revue Les Temps modernes*, 1987, n° 496/497, p. 242).

[268] V. sur ce point, J. LUCIANI, précit., p. 23 et p. 57 et s., citant de nombreux rapports de police allant en ce sens.

[269] V. en ce sens C. GUITTON, thèse précitée, p. 4.

plan des faits dans l'organisation très coercitive de l'assistance par le travail, mais en droit, dans l'obligation faite historiquement au chômeur d'occuper n'importe quel emploi, sous peine de sanctions sévères. Du décret du 9 septembre 1905 à la réforme de 1979[270], le chômeur étant considéré comme un demandeur d'emploi, il ne saurait en refuser sous peine de sanctions. L'obligation incombant à ce dernier, « *largement dérogatoire à la liberté du travail* », le plaçait de ce fait « *dans une posture totalement exorbitante du droit commun du travail* »[271] témoignant d'une conception très contraignante du devoir de travailler.

II- L'affirmation historique du devoir de travailler

132. « *Si celui qui existe a le droit de dire à la société : Faites-moi vivre, la société a également le droit de lui répondre : Donne-moi ton travail* »[272]. L'exclamation du Comité de mendicité révolutionnaire est célèbre. Par delà son contexte politique particulier, elle répond à un souci séculaire de mise au travail des pauvres valides.

Dès la fin du Moyen Age, en effet, des réquisitions de mendiants valides et de vagabonds sont organisées pour l'entretien d'ouvrages publics. Ce souci de mettre ces marginaux au travail se systématise au XVIe siècle[273]. A cette époque se multiplient soit des établissements de travail forcé, soit des chantiers publics, destinés à fournir du travail aux pauvres et à les empêcher de sombrer dans le vagabondage et la mendicité[274], au point que certains datent de ce moment la tentation de l'Etat de se faire « *l'initiateur d'une mobilisation générale des capacités de travail du royaume* »[275]. Turgot marque le point final de cette tentative constante de l'Ancien Régime en créant des ateliers de charité. Effort insuffisant, d'où les réclamations dans les cahiers de doléances tendant à l'ouverture d'ateliers de travail et l'organisation de travaux publics.

La doctrine intellectuelle du Comité de mendicité réitère formellement le devoir de l'indigent valide de travailler. « *Nous avons admis comme un principe incontestable* », s'exclame La Rochefoucauld-Liancourt, « *que les pauvres valides doivent seulement être aidés par les moyens du travail* »[276]. Conformément à la

---

[270] Y. ROUSSEAU et B. WALLON, « Du droit pour un chômeur de refuser un emploi », *Droit social*, 1990, pp. 27-28 ; C. WILLMANN, précit., pp. 267 et s. ; sur l'ensemble de la question des conditions d'ouverture du droit à indemnisation : Ch. Daniel et C. TUCHZICHER, *L'Etat face aux chômeurs, l'indemnisation du chômage de 1884 à nos jours*, Flammarion, 1999.
[271] C. WILLMANN, précit., p. 269.
[272] *Premier rapport*, précit., p. 237
[273] Ph. SASSIER note que l'essor des manufactures de soie à Lyon est directement issu de cette volonté royale d'occuper les gueux de cette ville (précit., p. 106).
[274] Un arrêt du Parlement de Paris du 23 février 1516 permet aux officiers de police de mettre en prison tous les « *caymans, marraulx et belistres, puissans et sains de leurs membres* » et, « *pour iceux prisonniers d'être mis à servir et besogner à toute diligence tant à la réfection des murailles* (...) *curer et nettoyer les fossés, rues et égouts que en tous autres ouvrages et besognes publiques qu'il est et sera pour l'avenir nécessaire à faire pour la fortification et le profit du bien public* » (cité par J. VALLEE, précit., p. 20).
[275] R. CASTEL, *Les métamorphoses…*, précit., p. 136.
[276] *Troisième rapport*, précit., p. 38 ; V. également le *Plan de travail*, affirmant que, « *dans les remèdes à l'indigence, le travail est le principal* », id., p. 316.

philosophie libérale sous-tendant sa pensée, cette aide ne peut provenir que de la seule reconnaissance d'une liberté du travail qui, d'après les révolutionnaires, suffit à assurer l'accès au travail et donc la résorption de la pauvreté. Il n'est qu'à lire Montlinot, devenu membre du Comité de mendicité, qui déclare en 1779 : « *nous établissons comme un principe incontestable qu'il n'est presque jamais de pauvre valide, quelle que soit la dureté du temps, qui ne puisse gagner quelque chose* »[277]. Pour les révolutionnaires de 1789, il est certain que l'assistance aux valides ne peut en aucun cas résulter d'une quelconque obligation de l'Etat de fournir du travail au pauvre valide. En effet, affirme le Comité de Mendicité, « *si le travail lui est offert à chaque fois qu'il se présente et dans le lieu le plus prochain et de la nature la plus facile, la société le dispense, par-là, de la nécessité de chercher lui-même à s'en procurer et lui interdit, pour ainsi dire, toute industrie ; elle tombe, en lui donnant ainsi du travail, dans l'inconvénient qu'elle voulait éviter en se refusant aux secours gratuits : elle favorise la paresse, l'incurie* »[278]. Le rôle de l'Etat n'est pas de s'obliger à fournir du travail, mais seulement d'agir sur les moyens d'obtention d'un travail, de stimuler l'activité industrielle et d'abolir les entraves freinant l'accès au travail. La solution proposée par les révolutionnaires est formellement « *élégante* »[279] : elle établit, en théorie, une réciprocité de devoirs : la société s'engage à assurer du travail par l'abolition des diverses limitations à la pleine liberté du travail et l'indigent valide, s'il remplit son devoir corrélatif de travailler, est « *réintroduit dans le pacte politique* »[280] : il devient citoyen utile et vertueux. Cependant, les pouvoirs publics n'étant pas tenus de lui assurer en tous temps du travail, l'obligation pèse en réalité sur le seul pauvre valide. Il est, de fait, certain que la liberté du travail consacrée par le décret d'Allarde « *n'a pas été reconnue pour libérer les hommes du travail, mais bien pour les mettre au travail* »[281].

Le Comité admet toutefois un bémol à sa théorie en reconnaissant, dans son quatrième rapport, qu'une intervention directe de l'Etat en faveur des indigents valides puisse exister, à condition toutefois qu'elle soit essentiellement ponctuelle (crise ou chômage saisonnier) et d'application limitée. En dehors de ces périodes exceptionnelles, le principe est catégorique : l'indigent pourra toujours se procurer sa subsistance par sa force de travail et il ne saurait, la plupart du temps, être question de lui assurer des secours[282]. La Constitution de 1791 traduit en droit ses principes en prévoyant la création d'un Etablissement général de secours publics afin de « *procurer du travail aux pauvres valides qui n'auraient pas pu s'en procurer par eux-mêmes* » mais, dès avant, des expériences avaient été tentées à travers l'ouverture d'ateliers de secours[283], terme générique associant ateliers nationaux destinés à des activités de terrassement et ateliers de filature. L'expérience

---

[277] C.A.J. de MONTLINOT, *Quels sont les moyens de détruire la mendicité, de rendre les pauvres utiles et de les secourir dans la ville de Soissons*, Lille, Lehoucq, 1779, p. 84.
[278] *Premier rapport*, p. 331.
[279] R. CASTEL, *Les métamorphoses…*, précit., p. 196.
[280] R. CASTEL, id., p. 197.
[281] C. BLET, précit., p. 33 ; V. également J. BART, « Les sans emplois et la loi », précit., p. 18 relevant des citations de députés affirmant l'impérieux devoir de travailler.
[282] Le comité préconisait toutefois une distribution gratuite de terres aux pauvres (*Quatrième rapport*, p. 388). Pour une analyse plus exhaustive : M. BOUCHET, *L'assistance publique en France sous la Révolution*, Thèse droit Paris 1908, p. 183.
[283] Par ex., décrets des 30 mai 1790 et du 31 août 1790, *A.P.* , T. 15, p. 743, et T. 18, pp. 435-436.

est toutefois de brève durée, un décret du 16 juin 1791 fermant ces ateliers considérés comme des foyers d'agitation. Pourtant, l'idée est loin d'être abandonnée, un député soulignant à la même époque l'urgence qu'il y a d'« *extirper le vagabondage et la mendicité, ce qui entraîne la nécessité d'établir des ateliers de charité pour employer ceux qui manquent d'ouvrage et qui ne demandent que du travail* »[284] et la question ne manque pas de se poser à nouveau en 1793.

133. Analysant le débat constitutionnel de 1793, M. Borgetto note les profondes divergences opposant les constituants sur la question des secours à accorder aux indigents valides[285]. Si, à première vue, la déclaration finalement adoptée semble reconnaître une réelle obligation pesant sur la société[286], les termes employés ne doivent pas induire en erreur : le travail est présenté comme une simple modalité de l'assistance et les textes pris en application de cette disposition, loin de traduire l'existence d'un réel droit au travail[287], ne consacrent en fait que certaines garanties quant à la réalisation du devoir de travailler pesant sur l'indigent valide. Ceci ressort très nettement des principes régissant la loi du 24 Vendémiaire an II, où la création d'ateliers de secours par les municipalités n'est rendue possible que dans les seules saisons mortes. Encore ne s'agit-il que d'une simple faculté pour les communes qui disposent également en toute opportunité d'un pouvoir souverain quant à l'appréciation de la manière d'organiser les secours. De plus, le texte affirme que la rémunération offerte aux indigents doit nécessairement être inférieure à celle qui prévaut dans le canton[288] afin de ne pas décourager l'initiative privée. Les conséquences de la loi sont donc très limitées puisque, de surcroît, les secours dépendent de crédits alloués par la Nation et son application très lacunaire réduit d'autant sa portée[289].

Ce caractère aléatoire de l'assistance par le travail se retrouve tout au long du XIXe siècle, les différents régimes politiques tentant d'instaurer des secours par le travail sans pour autant dégager une réelle obligation pesant sur les pouvoirs publics. Ainsi, un arrêté ministériel du 19 juillet 1816 incite les bureaux de bienfaisance « *à multiplier les secours en travail, soit en se mettant en relation avec des*

---

[284] VERNIER, *Rapport sur les précautions à prendre pour distribuer les secours qui pourraient être accordés…*, *A.P.*, séance du 11 mai 1791, T. 25, p. 733.

[285] M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, LGDJ, 1993, p. 173.

[286] Article 21 : « *Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler* ».

[287] Sur la question de savoir si un réel droit au travail a été reconnu en 1793, V. la différence d'analyse entre P. LAVIGNE (*Les bases constitutionnelles du droit du travail, le travail dans les constitutions françaises, 1789-1945*, Thèse Droit Paris, 1948, pp. 117 et s.) et G. PROCACCI (« La naissance d'une rationalité moderne de la pauvreté », *L'exclusion, l'état des savoirs*, précit., p. 410), lesquels réfutent la reconnaissance d'un quelconque droit de l'individu opposable à la société ; M. BORGETTO (*La notion….*, précit., pp. 179 et s.), qui soutient l'idée contraire et enfin P. ROSANVALLON, pour qui le droit au travail tel qu'il était conçu sous la Révolution est un « *droit-limite, c'est à dire à la frontière de la notion de droit* » (*La nouvelle question sociale*, précit., p. 146).

[288] Les articles 6 et 13 du titre 1 fixent le salaire de l'indigent aux ¾ du prix moyen de la journée de travail locale.

[289] V., pour une présentation des créations d'ateliers publics sous la Révolution et leur impact, A. FORREST, *La Révolution française et les pauvres*, précit., pp. 146 et s. ; Th. VISSOL, « Pauvreté et lois sociales sous la Révolution française 1789-1794, analyse d'un échec », *Les idées économiques sous la Révolution française*, PU Lyon, 1989, pp. 259 et s.

manufacturiers ou maîtres artisans auxquels ils pourront adresser des indigents sans ouvrage, soit en proposant l'établissement d'ateliers de charité » et une instruction de 1823 recommande de « *s'appliquer* (...) *constamment, autant que les localités le permettront, à procurer du travail aux indigents valides* »[290]. Parallèlement, la Monarchie de Juillet tente éphémèrement d'ouvrir des ateliers de charité[291], sans grands résultats d'ailleurs, jusqu'à ce que l'idée resurgisse sous la forme d'ateliers nationaux, en 1848.

134. Les travaux parlementaires des constituants de 1848 montrent nettement une divergence d'acception quant à la portée du droit au travail. Ses partisans l'entendent essentiellement dans un sens restreint, loin du droit absolu d'exiger un travail correspondant à des aptitudes professionnelles et rémunéré conformément au cours des salaires dans l'industrie privée. Pour eux, le droit au travail doit intervenir seulement en période de crises, pour permettre à l'ouvrier d'exiger un secours en travail. En d'autres termes, ce qu'ils désignent sous le nom de droit au travail est en réalité le droit à l'assistance par le travail[292]. Au contraire, les adversaires du droit au travail le repoussent énergiquement parce qu'ils l'interprètent comme un droit absolu, permettant d'exiger dans tous les cas un travail semblable à celui que l'ouvrier fait d'habitude, rétribué par le salaire qui y correspond normalement[293]. Or, c'est très nettement la première acception qui a prévalu. Il n'est qu'à lire Lamartine, selon qui « *il ne s'agissait pas* (...) *de conférer à tout citoyen un titre impératif contre le gouvernement pour en obtenir la nature de salaire et de travail qui paraîtrait convenable à sa profession individuelle* » mais d'assurer « *la garantie des moyens d'existence alimentaire par le travail fourni au travailleur, dans le cas de nécessité absolue, de chômage forcé, aux conditions déterminées par l'administration du pays et dans la limite de ses forces* »[294], ou encore Mathieu de la Drôme, affirmant ne pas vouloir « *enlever à l'individu sa responsabilité et son initiative* (...) *L'individu doit chercher par ses efforts à se créer une position* (...) *indépendante* » et ce n'est qu'en cas d'échec qu'il revient aux pouvoirs publics de « *recueillir les individualités qui peuvent avoir été jetées en dehors du libre mouvement industriel et* (d') *employer ces individualités à des travaux d'utilité publique, comme cela s'est fait* (...) *dans tous les temps* »[295]. L'affirmation est explicite. La IIème République n'entend assurer qu'une assistance par le travail, dans les mêmes conditions et limites que celles antérieures[296].

---

[290] H. MAILLARD, *La théorie du droit au travail en France*, Thèse Droit Paris, 1912, p. 17.
[291] Circulaire du 21 décembre 1846 relative à la création de travaux extraordinaires à l'effet d'occuper les ouvriers indigents ; circulaire du 31 décembre 1846 relative à l'organisation des ateliers de charité (A. de WATTEVILLE, *Législation charitable*, 1875, T. 1, appendice pp. 72-74).
[292] En ce sens : H. MAILLARD, précit., p. 93.
[293] Cette second acception, maximaliste, était également celle qui prévalait dans les milieux populaires. D'où l'impossibilité de concilier ces différentes thèses et l'ambiguïté du décret du 25 février 1848, ne précisant pas si l'Etat devait intervenir comme organisateur de la production ou au titre de l'assistance, et dans lequel P. BASTID voit l'origine du drame opposant ouvriers et bourgeois (*Doctrines et Institutions politiques de la Seconde République*, 1945, Hachette, T. 1, p. 130).
[294] LAMARTINE, *Compte rendu*..., séance du 14 septembre, T. 4, p. 20.
[295] MATHIEU DE LA DROME, *Compte rendu*..., séance du 11 septembre, T. 3, p. 945-946.
[296] V. en ce sens F. HORDERN, « 1848, l'exercice du droit au travail », *Les sans emploi et la loi*, Calligrammes, 1988, pp. 31 et s.

Ceci ressort tout particulièrement des principes proclamés en 1848 : le devoir d'assistance par le travail reconnu par l'article VIII du Préambule au bénéfice des seuls indigents est la confirmation du devoir de travailler pesant sur ceux-ci : la dette de la société n'est conçue comme s'acquittant que dans le seul cadre d'une assistance par le travail, limitée de surcroît par la référence aux ressources de la société. L'assimilation entre droit au travail et devoir de travailler est flagrante chez les juristes de l'époque, soit que les deux se complètent, comme pour Cornemin pour qui « *le droit au travail a son origine et sa légitimité dans les charges fondamentales et implicites du pacte social et son justificatif dans l'obligation naturelle de travailler* (...) *Le droit au travail honore le labeur par le devoir et le bénéfice de l'obligation* »[297] soit qu'elles s'excluent, comme pour O. Barrot qui faisait valoir que l'on ne peut pas faire un droit de ce qui est un devoir[298].

L'exemple des Ateliers nationaux en est un bon révélateur. Organisés selon un « *ordre semi-militaire* »[299], ils consistent en des chantiers de terrassement ouverts aux indigents valides ne trouvant pas à s'employer ailleurs. Ils répondent au souci séculaire de ne pas concurrencer l'initiative privée et à la croyance selon laquelle le libre marché du travail suffit à procurer un emploi aux indigents désireux de travailler[300]. Par ailleurs, ils ont cette finalité spécifique, caractéristique des ateliers depuis l'Ancien Régime, d'être voués aux grands travaux d'utilité publique[301]. En fait, la pratique éphémère des ateliers nationaux renvoie purement et simplement aux anciens ateliers de charité tels qu'ils se pratiquaient sous l'Ancien Régime ou aux ateliers de secours de la Constituante[302]. L'innovation introduite en ce domaine par la IIème République réside essentiellement dans la consécration constitutionnelle de la faculté d'organiser des « *travaux publics propres à employer les bras inoccupés* »[303] et dans l'institution d'établissements publics agricoles, en Algérie notamment, ou la création à Paris, par un décret du 8 mars 1848, de bureaux gratuits de renseignements ayant pour but de lutter contre le chômage.

---

[297] Cité par P. LAVIGNE, précit., p. 203.

[298] P. LAVIGNE, précit., p. 198.

[299] E. THOMAS, *Histoire des Ateliers nationaux*, 1848, p. 31, cité par M. BORGETTO, précit., p. 282, note 1.

[300] Se reporter aux propos éclairants de MARRAST : « *je ne veux pas qu'on fasse concurrence au travail individuel* (...) *Je veux qu'on admette à ces ateliers de l'Etat que des individus qui justifieront, par des moyens qu'il sera facile de réglementer, qu'il leur a été impossible de trouver de l'ouvrage* » (*Procès verbaux*, séance du 24 mai 1848, 1er registre).

[301] Finalité caractéristique expressément soulignée par MARRAST, pour qui « *l'Etat ne doit faire que ce que les particuliers ne font pas , les grands travaux d'intérêt public, comme déboisement de montagnes, création de routes, etc.* » (*Procès verbaux*, séance du 24 mai 1848, 1er registre).

[302] M. BORGETTO voit toutefois une différence notable avec la situation de 1791, résidant dans le fait que, à s'en tenir aux débats de la Commission de Constitution, l'organisation des secours par le travail ne serait plus limitée aux périodes de temps mort ou de calamités, mais serait en théorie permanente (*La notion…*, précit., pp. 285-286). L'interprétation demeure hypothétique toutefois, puisque, d'une part, le texte constitutionnel finalement adopté est silencieux, et, d'autre part, les propos des parlementaires suffisamment contradictoires et elliptiques pour empêcher de dégager une idée force sur ce point. En sens inverse, pour R. CASTEL, la continuité est flagrante : « *ce sont, à peu près littéralement reprises, les mesures préconisées par le comité pour l'extinction de la mendicité et inscrites dans la constitution de 1793* » (*Les métamorphoses…*, précit., p. 274).

[303] Article 13 de la Constitution, qui n'est de surcroît qu'une vague promesse, le texte n'imposant aucune obligation mais prévoyant uniquement que « la *société favorise et encourage le développement du travail* » par de tels moyens.

Le Second Empire n'innove pas non plus, et sa législation est quasiment inexistante. Tout au plus peut-on relever un règlement du 20 mars 1860, qui incite les administrateurs des bureaux de bienfaisance à multiplier les secours en travail en jouant le rôle d'une sorte d'office de placement[304].

135. Quant à la IIIème République, elle se maintient dans cette lignée en refusant toute reconnaissance d'une quelconque obligation des pouvoirs publics à l'égard des valides tout en procédant à une nette valorisation conceptuelle du devoir de travailler et de l'assistance par le travail. Ainsi, selon un juriste du début du siècle, « *la loi du travail est la loi de l'humanité, loi à laquelle personne ne peut se soustraire* »[305]. Or, *« si dans la nature le droit à la vie importe le devoir du travail, il implique aussi* (...) *dans une société bien organisée, le droit au travail.* (...) *Du moment que tout homme est tenu de travailler, il apporte le droit à ce que* (...) *cette société à la fois organise bien le travail et lui assure le travail* »[306]. Théoriquement, le devoir de l'individu recoupe donc son droit d'obtenir de la société les moyens nécessaires à l'accomplissement de son devoir. Or, son droit n'est pas le droit d'obtenir un emploi, mais bien d'obtenir une assistance par le travail. Cette dernière est assurée « *chaque fois, que, en échange du secours donné à l'assisté, on lui demande et celui-ci fournit une part de travail inférieure à sa valeur d'échange* » ou encore « *chaque fois que l'on met en mesure de gagner sa vie par le travail une personne qui, de par son état, ne pourrait pas, sans cette aide, trouver à se suffire par son travail* »[307]. Formellement, là encore la solution est cohérente. Le travail constitue « *la pierre de touche grâce à laquelle on reconnaît l'homme qui exploite la charité publique de celui qu'une infortune imméritée a obligé à y avoir recours* »[308] et permet de ce fait de dresser la frontière entre assistance et répression : à ceux qui remplissent leur devoir de travailler, les bienfaits de la première, aux autres, les fainéants, mendiants et vagabonds, les foudres de la seconde[309]. Coexistence de deux devoirs, là encore, comme l'affirment des parlementaires de l'époque : « *la même loi morale, qui prescrit à la société d'assister l'indigent dans ses souffrances et ses besoins, prescrit avec une égale force à l'indigent valide le travail, la prévoyance et l'économie qui seuls peuvent créer des moyens d'assistance. La véritable harmonie sociale résulte ainsi de l'accomplissement d'un double devoir et non de la coexistence d'un droit et d'un devoir* »[310].

Pourtant, malgré cette nette valorisation théorique, le principe est clairement affirmé : l'assistance aux indigents valides, contrairement à celle offerte aux invalides, ne peut qu'être purement facultative et doit relever essentiellement des œuvres privées. Le Président de l'Assistance Publique en 1889, H. Monod, est

---

[304] Cité par E. CORMOULS-HOULES, *L'assistance par le travail*, thèse Toulouse 1910, Paris, Rousseau, p. 212.
[305] E. CORMOULS-HOULES, précit., p. 25.
[306] Id., p. 30.
[307] Id., p. 139.
[308] Id., p. 141.
[309] Les institutions d'assistance par le travail « *permettent la vérification des pauvretés vraies et tendent à réprimer l'industrie des faux indigents* », souligne l'auteur, précit., p. 142.
[310] ROUSSEL et MORVAN, *Proposition de loi ayant pour objet l'organisation de l'assistance médicale dans les campagnes et dans les localités dépourvues d'un service public de secours médicaux pour les indigents*, *JO Doc. Parl*, séance du 9 juillet 1972, ann. 1281.

catégorique sur ce point : « *l'obligation ici serait dangereuse. L'obligation, par sa nature, comporte une définition stricte qui, pour cette catégorie d'individu, ne peut être faite. Il faut craindre de faire un peuple de mendiants* »[311], soulignant à diverses reprises que la seule obligation de la société envers les indigents valides réside dans le soutien qu'elle se doit d'apporter aux œuvres de bienfaisance privée. Une circulaire de 1894 du ministère de l'Intérieur[312] en témoigne, recommandant aux préfets d'encourager et de favoriser les oeuvres privées d'assistance aux valides, « *qui préviennent les effets de la misère et du chômage, et servent aussi de pierre de touche pour établir une disjonction entre les vagabonds et les mendiants punissables ou les malheureux qu'une infortune accidentelle a privé des moyens d'existence. L'utilité sociale des assistances par le travail est incontestable et la société leur doit son appui* » sous une forme au demeurant variable et contingente : subventions, concession gratuite de bâtiments ou terrains, demande de main d'œuvre pour les travaux publics urgents et accidentels… Cette circulaire rappelle également avec énergie que les bureaux de bienfaisance ne doivent accorder pour seuls secours aux indigents valides que des bons de travail et en aucun cas des sommes en espèces[313].

Certes, quelques textes ont reconnu ultérieurement la possibilité pour les collectivités locales d'organiser des secours par le travail : une circulaire du 23 février 1897 incite au développement de la création d'ateliers départementaux et communaux pour des travaux d'utilité générale tels que construction des routes, curage des cours d'eau, défrichement, etc[314] ; plusieurs propositions de lois veulent instaurer une assistance par le travail à l'indigent valide accidentel[315] ; la loi du 22 avril 1905 accorde une subvention aux communes désireuses de secourir les chômeurs. Toutefois, là encore, aucune obligation n'est imposée aux pouvoirs publics. Seule réelle obligation, la disposition de la loi du 14 mars 1904, imposant aux communes de plus de dix mille habitants de créer un bureau municipal gratuit de placement. Mais cette obligation étant dépourvue de sanction, elle n'a été que très peu respectée par les communes, d'où le vote, en 1911, d'une subvention destinée à inciter ces dernières à plus de diligence.

La continuité historique s'avère de la sorte tout à fait remarquable : si le devoir de travailler pesant sur le pauvre valide a toujours été affirmé, son corollaire, le droit au travail, n'a reçu qu'une faible traduction juridique au travers d'une assistance par le travail aléatoire, résiduelle et de peu d'importance. Ce souci séculaire d'intégration du pauvre caractérise, aujourd'hui encore, le droit du travail moderne.

---

[311] H. MONOD, discours au Premier congrès de l'Assistance publique, 29 juillet 1889, cité par C. BEC, « Classer les assistés, 1880-1914 », *Cahiers de la recherche sur le travail social*, n° 19, 1990, p. 26.
[312] Citée par E. CORMOULS-HOULES, précit., pp. 627-628.
[313] L'admission aux œuvres privées d'assistance se faisait généralement après une enquête effectuée soit par les œuvres elles-mêmes, soit par la préfecture ou sur recommandation de magistrats, et grâce à la présentation de bons d'admission, véritables chèques de travail tirés par le bienfaiteur ou l'administration de bienfaisance sur l'œuvre, à l'ordre de l'indigent porteur de ce chèque et remboursables en espèces.
[314] Citée par E. CORMOULS-HOULES, précit., p. 628.
[315] V. par ex. BERRY, *Proposition de loi tendant à la suppression de la mendicité*, Ch. Débutés, Doc. Parl., n° 260, sixième législature, session de 1874 ou CRUPPI, n° 651, ann., séance du 25 janvier 1899, 7e législature, et leur analyse faite par E. CORMOULS-HOULES, précit., pp. 637 et s.

§2- La permanence du principe

136. Selon le Comité de Mendicité, « *l'assistance des pauvres est un devoir social. Elle n'est due qu'en échange d'une prestation de travail* »[316]. La formule est-elle toujours pertinente ? La problématique de la cohésion sociale, qui resurgit à l'occasion de la crise économique, réactualise la pensée du Comité révolutionnaire. Elle souligne les difficultés à penser et établir un lien social, vaste ensemble des principes juridiques et sociaux qui consacrent et définissent « *la place de chacun par rapport à l'autre, la dette* (et) *la créance réciproques de l'individu et du groupe, l'articulation de la partie par rapport au tout* »[317]. La fracture sociale oblige ainsi à repenser les conditions juridiques d'intégration à la société, en mettant en lumière le paradoxe du devoir de travailler qui, bien que présenté par la majorité de la doctrine comme une obligation morale (I), voit des effets juridiques quelquefois contraignants lui être attachés (II).

I- Un devoir moral de travailler ?

137. Le Préambule de la Constitution de 1946 dispose, en son alinéa 5, que « *chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ». L'affirmation, en tête des alinéas consacrés au statut du travailleur, semble situer ces dispositions hors du cadre étroit de l'assistance par le travail et rompre de la sorte le schéma historique. Pourtant, dans l'esprit des constituants, l'affirmation d'un tel droit a bien été la conséquence de la reconnaissance d'un devoir[318]. Non pas tant parce que, dans la syntaxe de l'alinéa, le devoir précède le droit, mais bien parce que, logiquement, chacun a le droit d'obtenir un emploi car chacun est tenu de travailler, la réalisation de cette dernière affirmation étant impossible si elle n'était pas assortie d'une garantie offerte par la première. Le devoir constitue donc le fondement théorique du droit et les deux dispositions sont intrinsèquement mêlées. Comme le soulignaient en 1947, J. Rivero et G. Vedel , « *devoir de travailler, droit à l'emploi, sont les deux faces d'un même principe, tournées, l'une vers la fonction sociale du travail, l'autre vers sa fonction individuelle* »[319]. Le Préambule de 1946 ne consacrerait pas, sur ce point, une rupture avec l'héritage du passé.

Cette continuité se manifeste tout particulièrement dans les difficultés d'interprétation quant à la portée réelle de ces dispositions. Difficultés traditionnelles quant à la nature de l'obligation pesant sur l'Etat : celui-ci s'acquitte-t-il de sa dette par une simple réglementation de l'embauche et du licenciement, par une organisation du placement des travailleurs au chômage ou doit-il créer des entreprises à même d'employer les inoccupés[320] ? Difficultés tout aussi coutumières

---

[316] *Premier rapport*, p. 327.
[317] R. LAFORE, « Réflexion sur la construction juridique de la contrepartie », *RFAS*, 1996, p. 12.
[318] V. en ce sens et pour une analyse des débats lors des deux assemblées constituantes de 1946, M. VERPEAUX, « La valeur constitutionnelle du droit au travail », *La pauvreté saisie par le droit*, actes du Colloque de Dijon, 2-3 décembre 1999, à paraître à la revue *Le genre humain*, Le Seuil.
[319] J. RIVERO et G VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule », (1947) rééd. *Pages de Doctrine*, LGDJ, 1980, p. 117.
[320] Le Conseil Constitutionnel a par la suite apporté une réponse, en soulignant que seule une obligation de moyens pèse sur le législateur, auquel « *il appartient de poser les règles propres à assurer au mieux le*

quant aux implications du devoir de travailler, qui pourrait contraindre à un travail tout à fait différent des qualifications et aptitudes professionnelles du demandeur d'emploi et déboucher ainsi sur un travail forcé[321].

Une interprétation souple du devoir de travailler semble avoir prévalu. La doctrine contemporaine, relevant l'absence de sanctions dans le texte constitutionnel, s'accorde à distinguer entre une obligation de travailler, obligation rigoureuse aux conséquences potentiellement attentatoires aux libertés, et un devoir de travailler, devoir moral aux faibles implications juridiques[322]. Le législateur semble également proscrire toute obligation contraignante au travail, comme l'indique la ratification par la France de la Convention n°105 de la Conférence internationale portant abolition du travail forcé. Pourtant, même si le devoir de travailler a clairement été conçu en corollaire au droit au travail, il persiste des traces tendant à associer le devoir de travailler à l'assistance et à la solidarité.

II- Le maintien d'une efficience juridique du devoir de travailler

Loin d'être purement moral, le devoir de travailler constitue bien une obligation juridique, ce dont témoignent tout à la fois les mécanismes d'indemnisation du chômage (A) et les débats contemporains sur l'avenir de la protection sociale (B).

A- Devoir de travailler et octroi d'allocation chômage

138. Le Constituant de l'après-guerre avait prévu que le droit au travail ne puisse être totalement effectif en raison notamment des circonstances économiques, comme en témoigne l'ajout significatif de l'alinéa 11 du Préambule. Sur ce fondement, des mécanismes d'indemnisation du chômage ont été généralisés à partir des expériences de l'avant-guerre[323]. Or, les réglementations relatives à l'octroi des allocations de chômage restreignent leur bénéfice aux individus témoignant d'une réelle recherche d'emploi. Cette restriction permet tout à la fois de démontrer l'efficacité juridique du devoir de travailler, mais aussi de prouver le souci du droit de n'accorder des mesures de solidarité qu'à ceux qui manifestent un désir d'intégration.

---

droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre d'intéressés » (décision DC 83-156 du 28 mai 1983, *AJDA*, 1983, obs. LE BRIS ; décision DC 85-200 du 16 janvier 1986, *Rec*., p. 9, *RDSS*, 1986, pp. 347-356, note X. PRETOT) ; obligation de moyens se traduisant concrètement par la confirmation de l'ANPE dans son rôle d'orientation et d'aide à la recherche d'emploi, et par la valorisation de la formation professionnelle permettant « *l'adaptation des travailleurs aux changements des techniques et des conditions de travail* ». V. en ce sens C. BLET, précit., p. 71 ; Y. GAUDEMET, « Une nouvelle dimension du principe d'égalité devant la contribution publique », *Droit Social*, mai 1986, p. 375, selon qui le droit au travail est plus une obligation pour le législateur d'en favoriser l'exercice pour chacun qu'un droit individuel à obtenir un emploi.

[321] Ce risque était parfaitement perçu par les constituants : ainsi le député BRUYNEEL se préoccupait : « *ce devoir de travailler ne deviendra-t-il pas, un jour, un travail forcé* ? », *JO, A.N.C.*, séance du 7 mars 1946, p. 610.

[322] V. en ce sens, C. BLET, précit., p. 66 ; J. PELISSIER, « La liberté du travail », *Droit social*, 1990, p. 23.

[323] V., sur ce point, Ch. DANIEL et C. TUCHZIRER, *L'Etat face aux chômeurs, l'indemnisation du chômage de 1884 à nos jours*, Flammarion, 1999, pp. 167 et s.

Il en est ainsi de la nécessité d'actes positifs de recherche d'emploi, exigée par l'article L. 351-1 du Code du Travail, lequel consacre un droit à un revenu de remplacement pour les seuls travailleurs involontairement privés d'emploi, aptes au travail et recherchant un emploi. Ces restrictions sont traditionnelles depuis la mise en place sous la IIIème République d'un embryon d'assurance chômage et témoignent du souci des pouvoirs publics de ne pas indemniser trop largement un chômeur toujours plus ou moins suspecté d'être à l'origine de sa situation de désœuvrement[324]. La condition de recherche d'emploi est satisfaite dès lors que les intéressés sont inscrits comme demandeurs d'emploi, accomplissent des actes positifs de recherche d'emploi et répondent aux convocations de l'ANPE[325].

Il en va de même de la nécessité d'un motif légitime imposée au demandeur d'emploi pour refuser une proposition d'embauche. L'article L. 351-17 du Code du Travail dispose en effet que le droit au revenu de remplacement s'éteint lorsque, sans motif légitime, le bénéficiaire de ce revenu refuse d'accepter un emploi compatible avec sa spécialité ou sa formation antérieure et rétribué à un taux de salaire normalement pratiqué dans la profession ou la région. La constitutionnalité de ces obligations a été reconnue, le Conseil Constitutionnel précisant que, si les droits à indemnisation du chômage ne peuvent être mis en cause en ce qu'ils représentent un droit subsidiaire du droit au travail, la loi peut toutefois subordonner cet avantage à l'absence de refus sans motif légitime d'un travail ou d'une formation[326]. Le devoir de travailler constitue le fondement implicite du raisonnement[327] et s'avère donc loin d'être dépourvu de toute efficience juridique, puisqu'il est sanctionné par le droit positif.

Cette sanction juridique du devoir de travailler aurait pu être encore accrue si le *Plan d'Aide au Retour à l'emploi*, dans sa version initiale, avait reçu un agrément ministériel[328]. L'allocation chômage n'était plus présentée comme une indemnité mais devenait, de façon très explicite, une allocation d'aide au retour à l'emploi. Si le projet avait été agrée dans sa version initiale, l'ANPE aurait été tenue de proposer au nouveau chômeur, dans les trois mois suivants la signature d'un « *projet d'action personnalisée* », une ou plusieurs offres d'emploi accompagnée(s) si nécessaire d'une formation. Un système contraignant de sanctions était prévu à l'encontre de l'allocataire récalcitrant, puisque la suspension du versement des allocations était provoquée par le refus, sans motif légitime, de s'engager dans un projet d'action personnalisé, de se présenter à l'examen d'évaluation des capacités professionnelles, de suivre « *avec assiduité* » une formation… Le refus « *sans motif légitime d'accepter une proposition d'embauche correspondant au projet d'action*

---

[324] V. en ce sens l'ouvrage précité de Ch. DANIEL et C. TUCHZIRER

[325] Pour une analyse de l'obligation posée par l'article L. 351-16 du Code du Travail et de ses implications : Y. ROUSSEAU et B. WALLON, « Du droit pour un chômeur de refuser un emploi », *Droit social*, 1990, pp. 27-32 ; C. WILLMANN, précit., pp. 252 et s.

[326] Décision 94-657 DC du 25 janvier 1995, *Loi portant différentes dispositions d'ordre social*, *RJC*, p. 622, note B. MATHIEU.

[327] En ce sens M. VERPEAUX, article précité à paraître à la revue *Le genre humain*.

[328] Issue du projet de "*Refondation sociale*" présenté par le MEDEF dans le cadre des négociations de l'UNEDIC et signée par certains partenaires sociaux le 29 juin 2000, la convention d'assurance chômage a été rejetée par le gouvernement le 24 juillet 2000 (*Le Monde*, 25 juillet 2000). Après de longues négociations, un accord a été trouvé sur un nouveau plan expurgé de son volet de sanctions et en conformité avec les dispositions actuelles du Code du Travail.

personnalisé » aurait été également sanctionné par une lettre de rappel au premier refus, une réduction de 20% des allocations au deuxième, une suspension de celles-ci au troisième et, en dernier recours, une suppression de celles-ci. L'économie générale du projet reposait donc bien sur un net rappel de l'obligation du demandeur d'emploi de chercher un travail, voire d'en accepter un. Or, la polémique suscitée par le projet s'est polarisée autour de cette question du refus : ce n'est pas tant la question des sanctions financières qui était contestée en l'espèce, mais les zones d'ombre entourant le « *motif légitime* » : l'actuel système apporte en effet une garantie, dans la mesure où il est admis qu'un demandeur d'emploi puisse refuser une proposition dont la rémunération est inférieure à celle dont il bénéficiait auparavant. Or, le *Plan d'aide au retour à l'emploi* était muet sur ce point et certains, soulignant le postulat d'un chômage volontaire sur lequel reposait le projet du MEDEF, craignaient qu'on en revienne à une assistance par le travail dans laquelle le chômeur se trouve contraint d'accepter n'importe quel emploi, à n'importe quel prix. En somme, le devoir de travailler, dans cette perspective juridique, aurait traduit un retour à cette « *discipline de la faim* »[329] qui caractérisait le XIXe siècle et permettait de distinguer le bon grain de l'ivraie, le chômeur prêt à travailler de l'indigent réfractaire devant être sanctionné.

Cette conception retrouve également une actualité très nette dans le cadre des débats doctrinaux contemporains sur la notion de contrepartie dans l'octroi d'allocation d'aide sociale.

B- Les débats contemporains sur la notion de contrepartie

La crise de l'Etat Providence a amené bon nombre de juristes et d'analystes à repenser la question du lien social, en prônant de nouveaux mécanismes d'intégration. Ceux-ci passeraient soit par l'idée très controversée d'une allocation universelle (1), soit par la multiplication de contreparties (2).

1- Le rejet d'une allocation inconditionnelle

139. Certains auteurs[330] ont préconisé l'instauration d'une allocation universelle, ou revenu d'existence, accordée de façon inconditionnelle et sans aucune contrepartie. Leur proposition se rattache à un souci de « maximalisation de la liberté », la société la plus juste étant perçue comme « *celle qui rend la plus élevée possible la situation des plus pauvres en leur octroyant la plus grande liberté possible* »[331] en les libérant du rapport tutélaire assistanciel. L'idée générale, même

---

[329] Ch. TOPALOV, *Naissance du chômeur, 1890-1910*, A. Michel, 1994, p. 27.

[330] Y. BRESSON et H. GUITTON, *Repenser la solidarité*, Ed. Universitaires, 1991 ; J.-M. FERRY, *L'allocation universelle. Pour un revenu de citoyenneté*, éd. du Cerf, 1995 ; A. GORZ, « Revenu minimum et citoyenneté. Droit au travail vs. Droit au revenu », *Futuribles*, 1994, pp. 50 et s. ; Ph. VAN PARIJS, *Sauver la solidarité*, Ed. du Cerf, 1995. Pour un aperçu synthétique des différentes conceptions de l'allocation universelle : A. BASCHENIS, « Le droit au travail face à la revendication d'une allocation universelle », *Droit Ouvrier*, 1999, pp. 148-154. Pour une critique de telles propositions : M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 3e éd., 2000, pp. 396-403 ; M. BORGETTO, « Minima sociaux et revenus d'activité : éléments d'une problématique générale », *Droit Social*, n° spécial juillet-août 2000, pp. 693-698 ; R. LAFORE, « L'allocation universelle : une fausse bonne idée », *Droit Social*, n° spécial juillet-août 2000, pp. 686-692.

[331] A. CAILLE et A. INSEL, « Note sur le revenu inconditionnel garanti », *La revue du MAUSS*, n°7, 1er semestre 1996, pp. 160-161.

si des nuances très sensibles existent entre les auteurs, est, d'une part de déconnecter les liens traditionnels existant entre travail et revenu, et, d'autre part de « *refuser une logique d'assistance* »[332] en accordant indifféremment un minimum social à chaque individu[333], en sa seule qualité de « *participant potentiel aux échanges* »[334].

L'apport de ces réflexions est double. Tout d'abord, le principe d'un revenu universel présente un grand avantage : celui de la simplification et de la clarté. A l'actuel cumul difficilement intelligible d'allocations et de prestations de toutes sortes se substituerait une allocation unique. Bref, à une époque où l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi sont devenues un objectif à valeur constitutionnelle[335], l'unification que représenterait une allocation universelle serait un pas vers un droit social plus simple à comprendre pour ses destinataires[336]. Ensuite, les théories en faveur de l'allocation universelle permettent de rompre avec les associations forgées par l'histoire : en constatant l'inanité actuelle du droit au travail dans la résorption de la pauvreté - que ce soit dans sa conception libérale de droit-liberté ou dans son acception de droit-créance opposable à l'Eta t-, elles séparent non seulement droit au travail et droit au revenu, mais elles permettent également de disjoindre droit au travail et devoir de travailler. En effet, comme le souligne J.-M. Ferry, l'octroi d'un revenu social inconditionnel permettrait d'en finir avec « *la contrainte de travail, et, ce faisant,* (...) *de mieux penser le droit au travail comme tel, c'est-à-dire comme un droit et non pas comme un devoir imposé de l'extérieur par la nécessité de gagner un revenu, lequel ne fait pas toujours l'objet d'un droit indépendant* »[337].

L'instauration d'un revenu inconditionnel suffisamment élevé aurait donc pour effet, bien que ses promoteurs s'en défendent[338], de consacrer le droit de ne pas travailler, ce qui serait, à n'en pas douter, contraire tant à la lettre qu'à l'esprit du Préambule de la Constitution[339]. En outre, l'idée d'un revenu inconditionnel, très à la mode il y a quelques années, est vivement battue en brèche par un courant d'idées en tout point opposé tendant à subordonner l'octroi d'allocations à la prestation de contreparties.

---

[332] B. EME et J.-L. LAVILLE, « L'intégration sociale, entre conditionnalité et incon-ditionnalité », *RFAS*, 1996, n° 3, p. 30.

[333] Ou seulement à certains individus ne bénéficiant que de faibles ressources, selon les auteurs. En faveur d'un revenu réellement universel, Y. BRESSON ; en faveur d'une « inconditionnalité faible », réservant un revenu minimum à ceux qui n'ont pas pour vivre un niveau de ressources déterminé, dont la fixation proposée est égale à la moitié du SMIC, A. CAILLE et. INSEL.

[334] Y. BRESSON, « Le revenu d'existence : réponse aux objections », *La revue du MAUSS*, précit., p. 107.

[335] V. en ce sens les décisions n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi d'habilitation en matière de codification*, et 99-424 DC du 29 décembre 1999, *Loi de finances initiale pour 2000*, selon lesquelles a valeur constitutionnelle l'objectif consistant à rendre la loi plus accessible et plus intelligible de manière à en faciliter la connaissance par les citoyens.

[336] Il est en effet assez fâcheux pour la démocratie et l'Etat de droit que le droit certainement le plus complexe à comprendre soit justement celui qui s'applique à ceux qui ont le moins les capacités matérielles et intellectuelles de le comprendre, et donc de contester le bien-fondé des décisions qui leur sont appliquées.

[337] J.-M. FERRY, précit., p. 46.

[338] V. notamment J.-M. FERRY, précit., pp. 74 et s.

[339] V. sur ce point C. BLET, précit., pp. 81-82, qui voit dans de telles propositions un « *système retors* » qui, bien que s'inspirant « *principes très généreux, ne saurait trouver application dans notre droit* » ; Dans le même sens, M. BORGETTO, « Minima sociaux… », précit., pp. 694-695.

2- La tentation de la contrepartie

140. Une réflexion récente sur la finalité de l'Etat Providence souligne la nécessité de repenser la dette sociale en faisant notamment suivre le versement d'allocations de prestations actives du bénéficiaire[340]. Les mesures instaurées en Belgique par la loi du 1er janvier 1995 s'inscrivent dans ce courant, les agences locales pour l'emploi proposant aux chômeurs des activités sociales et le bénéficiaire potentiel se voyant retirer tout droit au "minimex"[341] s'il refuse cette proposition[342]. Le système proposé pour la France et organisé en Belgique témoigne de l'apparition en Europe d'une tendance idéologique née aux Etats Unis : celle visant à remplacer, partout où cela s'avère possible, le "welfare" par le "workfare"[343]. Le terme désigne de façon générique les programmes sociaux américains qui conditionnent le bénéfice des aides sociales à l'obligation pour les individus assistés soit de travailler[344], soit, à tout le moins, de présenter certaines garanties de moralité et de sociabilité[345]. L'idée générale, d'inspiration conservatrice voire punitive[346], qui les sous-tend est que « *les bénéficiaires de l'aide sociale ne se comporteraient pas spontanément de façon civique* » et que « *l'obligation qui leur est faite serait le pendant des obligations que la société a envers eux* »[347]. Dans cette optique, n'est pas sanctionnée, comme en droit français actuellement, la seule abstention de recherche active de travail, mais bien le refus d'une activité ou d'une ligne de conduite générale proposées voire imposées par les pouvoirs publics.

La plupart des auteurs ayant étudié les effets du "workfare" dans les pays anglo-saxons soulignent les divergences profondes de conception entre les modèles américain et français ; ils remarquent notamment que de tels programmes sont nettement inspirés de la distinction traditionnelle entre "bons" et "mauvais" pauvres et que ce critère du mérite est supplanté, en France, par celui de la solidarité. Pourtant, il est certain que la thématique de la contrepartie influence les débats encadrant l'assistance à accorder aux personnes à même de travailler[348]. Ceci est

---

[340] V., par ex., P. ROSANVALLON, « L'Etat et les régulations sociales », *Revue CFDT Aujourd'hui*, n°110, 1993, pp. 21-38.

[341] Equivalent du RMI français. Pour une présentation du système belge d'aide sociale, V. *infra*, seconde partie, titre 2, chapitre 2, § 299.

[342] J.-L. LAVILLE, « La crise de la question salariale », *Revue Esprit*, décembre 1995, p. 52.

[343] Vocable apparu dans les années 1980 et fabriqué à partir de *work* et de *welfare*.

[344] J.-C. BARBIER, « Comparer insertion et workare ? », *RFAS*, 1996, n° 4, p. 7.

[345] V. par exemple, S. MOREL, qui détaille les critères de moralité et de "foyer convenable" imposés aux mères célibataires comme condition à l'octroi d'allocation (« La contrepartie dans la protection sociale américaine », *RFAS*, 1996, n° 4, pp. 61-87).

[346] V., en ce sens, D. BELAND qui souligne l'influence d'une certaine éthique sociale et morale, tendant à concevoir l'assistance non comme un droit, mais comme « *un secours temporaire offert à des individus qui, en échange, ont l'obligation de faire quelque chose, de se placer au service de la collectivité* » (« La fin du welfare state, de la guerre contre la pauvreté à la guerre contre les pauvres », *Revue Esprit*, 1997, n° 5, pp. 38-58, spéc. p. 41) ; L. WACQUANT relève la démarcation introduite entre « *pauvres méritants et pauvres indolents* » et le souci de « *redressement des comportements déviants et dévoyés qui seraient la cause de la misère* ». L'auteur souligne tout particulièrement le passage progressif d'un « *Etat (semi) Providence vers un Etat carcéral et policier au sein duquel la criminalisation de la marginalité et le* "*containment*" *punitif des catégories déshéritées font office de politiques sociales* » (« Les pauvres en pâture : la nouvelle politique de la misère en Amérique », *Hérodote*, 1997, n° 85, pp. 21-33, spéc. p. 24).

[347] J.-C. BARBIER, précit., p. 19.

[348] V., sur cette « *économie des droits et devoirs, des créances et des obligations* », M. BORGETTO et R. LAFORE, *La République sociale*, PUF, 2000, pp. 281-305.

apparu tout particulièrement lors des débats sur le RMI. Tel qu'il a été adopté, le dispositif encadrant le revenu minimum se présente comme un compromis évident entre les tenants d'une allocation inconditionnelle et les partisans d'une affirmation de devoirs incombant au bénéficiaire de la mesure. Le projet initial, « *effroyablement tutélaire et moralisateur* »[349] selon le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée, prévoyait notamment des activités d'insertion imposées à l'allocataire moyennant le bénéfice de l'assistance, obligation qui, d'après J.M. Belorgey « *reflétait encore les préventions les plus éculées que l'on peut rencontrer dans la société, concernant les risques d'incitation à la paresse* »[350]. Le rapporteur écartait toute idée d'obligation incombant au bénéficiaire, telle que celle de suivre une formation ou de se soigner, à laquelle serait subordonnée la perception de l'allocation, récusant en cela l'idée d'instaurer « *un véritable devoir de se réinsérer* »[351]. En revanche, de nombreux parlementaires, et pour des raisons fort diverses, soulignaient la nécessité pour le bénéficiaire de s'acquitter d'un certain nombre de contreparties, à peine de perdre le bénéfice de l'assistance[352].

Le dispositif finalement adopté présente la particularité d'être une synthèse de deux approches de la pauvreté. Approche novatrice, certes[353], fondée sur la dignité et le respect de la personne, qui, loin de consacrer le principe de la contrepartie sous sa forme historiquement contraignante, accorde des garanties certaines et instaure une nouvelle forme de contrepartie, qui n'est plus statutaire mais contractuelle[354], respectant en cela l'égalité des acteurs de l'insertion. Mais également vestiges de l'approche traditionnelle se traduisant, d'une part, dans l'économie générale d'un texte qui se réfugie derrière le respect formel de l'idée

---

[349] J.-M. BELORGEY et J. DONZELOT, « Une loi sans qualité ? », *Esprit*, déc. 1988.

[350] J.-M. BELORGEY, « Lever les malentendus » *in* R. CASTEL et J.-F. LAE (dir.), *Le revenu minimum d'insertion. Une dette sociale*, L'Harmattan, 1992, p. 35.

[351] R. LAFORE, « Les trois défis du RMI, à propos de la loi du 1er décembre 1988 », *AJDA*, 1989, p. 569.

[352] V., par ex., J. GODFRAIN : « *le lien entre revenu et activité ne doit pas être rompu. Dans notre société, ce n'est pas le revenu qui est un droit, c'est le travail. Rien ne serait plus grave que de laisser se développer l'idée folle selon laquelle il serait possible en France d'être payé à ne rien faire. Au revenu minimum doit indissociablement être lié une activité minimum. La solidarité, c'est donnant-donnant : la société verse une allocation, la personne s'engage à prendre ou à reprendre une place dans la société* » (*JO A.N.*, séance du 5 octobre 1988, p. 700) ; V., pour un aperçu plus complet des revendications avancées, R. LAFORE, « Les trois défis du RMI… », précité.

[353] V. *infra*, 2e partie, titre 2, chapitres 1 et 2.

[354] R. LAFORE, « Réflexion sur la construction juridique de la contrepartie », *RFAS*, 1996, pp. 11-25. Toutefois, le refus d'un bénéficiaire du RMI de signer un contrat d'insertion peut légalement justifier la suspension du versement de l'allocation par le Préfet (CE, 29 novembre 1999, *Lipmanov*, *RFAS*, 2000, p. 403, chr. Ph. LIGNEAU). Saisi de la question de savoir si une commune pouvait légalement créer des prestations facultatives à caractère social subordonnées à des contreparties, le Conseil d'Etat répondu très largement par l'affirmative (CE, 29 juin 2001, *Commune de Mons en Bareoul*, à paraître au Lebon : la création par une commune d'une allocation municipale d'habitation, sous la forme de secours ou de subventions individuelles subordonnée, dans un but d'insertion sociale, à une participation personnelle du bénéficiaire à des activités d'intérêt général ou d'utilité publique (telles que contribution bénévole au fonctionnement d'une association d'intérêt général..., intervention dans les travaux d'entretien des parties communes des immeubles collectifs H.L.M. ou du domaine communal ..., activités de formation...), limitée à 15 heures par trimestre à été jugée légale par le Conseil d'Etat, dès lors que le montant de l'allocation ne constitue pas la contrepartie d'un travail fourni par les bénéficiaires aux organismes auprès desquels ils effectuent des activités bénévoles mais répond à une finalité sociale d'insertion).

d'une réciprocité de devoirs[355] et, d'autre part, dans le débat politique qui l'a entouré : certaines voix n'ont pas manqué de s'élever contre de prétendus « *rentiers du chômage, qui veulent surtout ne pas* (sic) *chercher d'emploi et qui seront des assistés à vie* »[356], et qu'il conviendrait à ce titre de sanctionner financièrement, afin de mettre un terme à une « *culture de l'inactivité* »[357].

CONCLUSION DU CHAPITRE

141. « *C'est parce que la société civile est tenue de nourrir les individus qui en font partie qu'elle a également le droit de les obliger à se préoccuper de leur subsistance* »[358]. La remarque d'Hegel se vérifie par delà les siècles et le droit traduit à l'évidence une permanence du devoir de travailler pesant sur tous, mais recevant une acception particulière lorsqu'il s'applique à ceux qui, s'ils ne s'acquittaient de cette obligation, pourraient prétendre survivre par une aide extérieure. L'ordre juridique instaure ainsi une contrainte d'intégration pesant sur les pauvres, qu'ils soient saisis dans une identité diabolisée (mendiants et vagabonds), ou dans une version tolérée (inaptes au travail).

Les premiers, dont le mode de vie témoigne d'une "asocialité" délibérée, encourent, en conséquence, une sanction juridique certaine : des ordonnances de François Ier bannissant les mendiants des villes aux arrêtés municipaux les plus contemporains, le rejet du vagabondage et de l'oisiveté des mendiants est identique. Dans ce cadre, l'assistance par le travail, dans son principe traditionnel jusqu'à ses manifestations les plus récentes, revêt un rôle central. Elle sert de témoignage au devoir impératif de travailler pesant historiquement sur le pauvre valide et de technique permettant de distinguer entre "bons" et "mauvais" pauvres. Les seconds, en revanche, bénéficient de cette protection évoquée par Hegel et l'ordre juridique se structure autour de la satisfaction de leur état de besoin.

---

[355] Ainsi S. PAUGAM remarque que le contrat d'insertion, s'il ne constitue pas une réelle contrepartie en ce que l'insertion est plus considérée comme un objectif que comme un préalable au versement de l'allocation, traduit néanmoins la permanence du jugement libéral sur la nécessaire contribution du pauvre à l'amélioration de sa condition par des efforts personnels (*La société et les pauvres, l'expérience du RMI*, PUF, 1993, pp. 106 et s.) ; de même, P. ROSANVALLON remarque que le RMI est souvent subordonné à une condition « *d'intégration des comportements* (...) *Dans les comités locaux d'insertion, des élus locaux, des travailleurs sociaux vont considérer qu'untel a fait des efforts, qu'il ne boit plus, qu'il a suivi un stage. On fait dépendre le versement d'une allocation d'une évaluation du comportement, même si, dans les faits, ce principe est variable. Le droit change alors de sens* (...) *Le travailleur social vérifie désormais que des individus* "*méritent*" *une allocation* » (« L'Etat et les régulations sociales… », article précité, p. 28).

[356] J.C., « À propos du débat sur la mendicité », *Rev. administrative*, 1995, p. 513.

[357] L'expression a été employée en juillet 1995 par E. RAOULT, alors ministre de l'Intégration et de la lutte contre l'exclusion.

[358] G.W.F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit, ou droit naturel et science de l'Etat en abrégé*, § 240 add., réed. J. Vrin éd., 1982, p. 249.

CHAPITRE 2

PAUVRETÉ ET BESOIN, OU LA CONSTRUCTION JURIDIQUE D'UNE NOTION SUBSTITUTIVE

> « *Il n'y a point de droit naturel : ce mot n'est qu'une antique niaiserie... Il n'y a de droit que lorsque il y a une loi pour défendre faire telle ou telle chose, sous peine de punition. Avant la loi, il n'y a de naturel que la force du lion, ou le besoin de l'être qui a faim, qui a froid, le besoin en un mot* ».
>
> STENDHAL, *Le Rouge et le Noir,* Livre II, Chap. 44.

142. A lire Stendhal, le besoin se situerait hors du champ juridique, en amont de celui-ci. Pourtant, la notion n'est pas inconnue du droit. Dans le vocabulaire courant, le terme désigne « *la nécessité d'avoir qui équivaut à l'indigence et au dénuement et qui vise les choses nécessaires à l'existence* » (Littré). Au pluriel, les besoins sont les « *choses considérées comme nécessaires à l'existence, obtenues par de l'argent* » dont l'absence caractérise le besoin, au singulier cette fois, un « *état de privation* » qui renvoie au dénuement, la gêne, l'indigence, la misère (Robert). De prime abord, le besoin semble donc synonyme de pauvreté.

En droit, le besoin s'entend comme l'« *état de celui qui ne peut, par ses seuls moyens, assurer sa propre subsistance* »[1]. Au pluriel, les besoins recouvrent l'« *ensemble des exigences élémentaires (nourriture, logement, vêtements, soins) à la satisfaction desquelles une personne peut normalement prétendre, compte tenu de son âge, de son état de santé, de sa qualification professionnelle, etc., qui est notamment pris en considération chez les créanciers et débiteurs d'aliments ou entre époux divorcés, comparé aux ressources de chacun, pour déterminer le montant d'une pension alimentaire* (…) *ou de la prestation compensatoire, et qui a plus généralement vocation à être la justification et la mesure d'un droit* ». La définition ainsi donnée par le *Vocabulaire juridique* est assez restreinte, puisqu'elle ne vise que le cadre spécifique de l'obligation alimentaire. Or, il semble que la notion reçoive des acceptions plus larges. On sait son rôle en droit de l'aide sociale, on la trouve sous la plume de la doctrine en droit pénal ou en droit de la Sécurité

---

[1] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 5e éd., 1996, qui renvoie à l'article 205 du Code Civil.

Sociale, on croit la deviner en droit fiscal, on la pressant en droit de la consommation… C'est donc à une double tâche que l'étude doit s'atteler. Tout d'abord, à la recherche de la notion de besoin, la constitution d'un corpus doit être tentée. Le recensement des différentes utilisations de la notion de besoin devrait ainsi permettre, par une démarche inductive, de déterminer la consistance et la fonction de celle-ci. Ensuite, il conviendra de confronter cette notion de besoin avec celle de pauvreté, dont on augure, au vu des définitions données par les dictionnaires généraux, qu'elles entretiennent des liens étroits.

La pauvreté est un « *état de besoin total* »[2], où la satisfaction des besoins ne peut être assurée. Le besoin est une situation d'indigence, de dénuement, de misère. La prémisse est tentante, elle est à vérifier : si le besoin se définit juridiquement comme un état de fait, « *comme un manque qui produit des effets de droit* »[3], en ce qu'il suscite l'intervention (*Section 1*) ou la modulation (*Section 2*) de la règle de droit, constitue-t-il la notion par laquelle le droit appréhende la pauvreté ?

SECTION 1
LE BESOIN, JUSTIFICATION DE L'INTERVENTION DE LA NORME

143. « *Qui doit nourrir, vêtir et loger les pauvres gens sans ressources ?* » s'interrogeait en 1950 le Doyen Savatier[4]. En réponse, le droit désigne deux débiteurs : la famille, tout d'abord, la société ensuite. L'octroi de prestations aux pauvres est donc nécessairement régi par deux logiques différentes et complémentaires, les unes relevant du droit civil (*§ 1*), les autres du droit de la protection sociale (*§ 2*).

§1- Le droit civil et la protection familiale du pauvre

L'assistance aux pauvres incombe traditionnellement à un débiteur principal, la famille, et relève d'un mécanisme aux solides assises historiques et juridiques, l'obligation alimentaire. L'obligation ainsi instituée entre les membres d'une même famille a pour critère le besoin, fait juridique justifiant l'obligation alimentaire. Cependant, si la famille constitue le premier cercle de solidarité et d'assistance aux pauvres (I), il n'en résulte pas pour autant que la notion de besoin, au sens où le droit civil l'entend, puisse servir à une définition juridique de la pauvreté (II).

I- La famille, foyer de l'assistance aux pauvres

La famille est le premier foyer de l'assistance aux pauvres, en raison de deux considérations relatives à la fois au fondement de l'obligation d'assistance, la solidarité familiale (A) et au critère de l'obligation, le besoin (B).

---

[2] P. VAN HEDDEGEM, « Les besoins en matière de Sécurité Sociale : un inventaire provisoire », *Revue belge de Sécurité Sociale*, 1974, n° 9, p. 857.
[3] M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 3e éd., 2000, p. 74.
[4] R. SAVATIER, « Un exemple des métamorphoses du droit civil : l'évolution de l'obligation alimentaire », *D.*, 1950, I, 149.

A- Le fondement de l'obligation, la solidarité familiale

144. Sous l'influence stoïcienne d'abord, chrétienne ensuite, le droit romain a très tôt posé le principe d'une obligation d'assistance au sein du groupe familial, sanctionnée par la consécration de créances alimentaires au profit de l'enfant et des membres de la famille dans le besoin. Fondée sur les devoirs d'équité et de charité, cette créance a été théorisée par la doctrine médiévale[5], puis consacrée par le Code Civil. Dans sa version contemporaine, ses articles 205 à 211 imposent à certaines personnes de fournir des « aliments » à leurs proches.

Le fondement de cette obligation réside, pour la majeure partie de la doctrine civiliste[6], dans l'existence d'une solidarité familiale exigeant une assistance et un secours entre ses membres. « *Devoir de charité* »[7] interne à la famille, « *devoir d'entraide* »[8], « *devoir élémentaire* (de) *solidarité imposé au groupe familial devant l'épreuve d'un de ses membres* »[9] sont ainsi avancés par la doctrine comme fondement à l'obligation alimentaire. Cette exigence de solidarité se manifeste dans les relations entre époux, sur lesquels pèse un devoir de secours, et s'étend aux liens nés du mariage ou de la parenté sous la forme générale de l'obligation alimentaire[10] ou celle plus spécifique de l'obligation d'entretien des enfants mineurs[11].

Le parallèle entre solidarités familiale et sociale est évident. La généralisation de la notion de solidarité témoigne de l'impossibilité pour le droit de concevoir un individu isolé et insiste, bien au contraire, sur les liens unissant les individus, qu'ils soient primaires comme ceux de la famille ou plus conceptuels tel celui de la société, ainsi que sur les obligations d'assistance qui en découlent. Ce lien entre solidarités familiale et sociale réside non seulement dans l'identité de fondement présidant au devoir d'assistance[12] mais aussi dans les relations qu'entretiennent entre elles ces deux modalités de secours : l'aide publique n'intervient en effet qu'à défaut ou en complément de la solidarité familiale. Ce caractère subsidiaire de l'intervention de la collectivité publique, souci constant s'appuyant sur des considérations économiques

---

[5] A. SAYAG, *Essai sur le besoin créateur de droit*, LGDJ, Bibl. droit privé, 1969, pp. 75 et s.

[6] E. ALFANDARI a pourtant développé une analyse différente : selon cet auteur, l'état de besoin du demandeur constituerait le fondement même de l'obligation alimentaire et le besoin ne serait pas une condition du droit aux aliments, mais sa cause (*Le droit aux aliments en droit privé et en droit public*, Thèse Poitiers, 1958, T. 2, pp. 34 et s.).

[7] H., L. et J. MAZAUD, F. CHABAS, L. LEVENEUR, *Leçons de droit civil*, T. 1, *La famille*, Montchrestien, 7e éd., 1995, n° 1207, p. 603.

[8] J. PELISSIER, *Les obligations naturelles, unité ou diversité*, LGDJ, Bibl. droit privé, 1961, p. 6.

[9] G. CORNU, *Droit civil, la famille*, Montchrestien, 4e éd., 1994, § 119, p. 187.

[10] Articles 205 et suivants du Code Civil.

[11] Articles 203 et 204 du Code Civil. Selon certains auteurs, cette obligation serait autonome ; en ce sens : M. DERRIDA, *L'obligation d'entretien, obligation des parents d'élever leurs enfants*, Dalloz, 1952, pp. 45 et s. ; pour d'autres, comme J. PELISSIER (précit., pp. 50-52) et G. CORNU (précit., § 119), cette obligation n'est pas différente des autres obligations alimentaires. Une synthèse est opérée par L. LEVENEUR (*Jcl. Civil*, « Art. 203 et 204 », n° 3), qui fait découler cette obligation d'entretien du rapport de parenté et donc du lien de famille, tout comme les obligations alimentaires proprement dites, des articles 205 et suivants du C. Civil.

[12] V. en ce sens J. PELISSIER, précit., pp. 6-7 : « *Les proches parents se doivent réciproquement des aliments parce que le groupe familial forme un tout et que chaque membre du groupe est solidaire des autres. Il en est de même de l'aide fournie par l'Etat : les miséreux ont droit à l'aide de la collectivité, non parce qu'ils sont miséreux, mais parce qu'il existe entre tous les membres d'une même population une loi de solidarité* ».

et morales[13], constitue l'un des principes fondamentaux de l'aide sociale[14]. Elle traduit la préoccupation immémoriale d'établir un ordre entre les débiteurs civils et publics : si l'obligation alimentaire familiale était déjà consacrée dans la Rome antique[15] ou par l'ancien Droit, « *ce n'était pas seulement pour satisfaire au droit naturel* », note R. Savatier, « *mais aussi pour décharger la collectivité ecclésiastique qui correspondait alors à l'Assistance publique* »[16].

Les obligations alimentaires civiles et sociales ont donc une fonction similaire et complémentaire. Ce sont toutes deux « *un dispositif de détresse, un secours en réponse à une épreuve* »[17]. L'identité est corroborée par le critère de l'obligation alimentaire, l'état de besoin.

B- Le critère de l'obligation, l'état de besoin

145. A lire la doctrine civiliste, il y aurait une identité entre indigence et besoin, situations constituant le critère de l'obligation alimentaire : « *le critère des obligations naturelles est l'état d'indigence du créancier ou, plus exactement, la destination alimentaire de l'obligation* » écrit J. Pelissier[18] ; « *il y a obligation alimentaire entre deux personnes quand l'une est tenue de fournir à l'autre les moyens indispensables à la vie de celle-ci* », affirme J. Ghestin[19] ; « *celui qui prétend faire jouer à son profit le rapport alimentaire doit se trouver dans un état d'indigence. C'est l'absence actuelle de revenus qui est caractéristique*», soutient J. Carbonnier[20] ; la notion d'aliments implique « *l'affectation de certains biens aux besoins essentiels de la vie* » énonce Ph. Malaurie[21], lequel souligne la « *pressante nécessité* » à laquelle répondent ces aliments.

Définies ainsi, les obligations alimentaires sont nombreuses et recouvrent l'idée d'un « *minimum vital* »[22], idée corroborée par la jurisprudence de la Cour de Cassation, laquelle soutient qu'« *il faut entendre par "aliments" tout ce qui est*

---

[13] En ce sens : E. ALFANDARI, *Action et aides sociales*, Dalloz, 4e éd., 1989, p. 43 ; pour un aperçu de l'histoire des relations entre aide familiale et aide sociale : A. SAYAG, précit., p. 73-119.

[14] Pour un détail des mesures assurant la subsidiarité de l'aide sociale au regard de l'assistance familiale : M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., n° 89 et 167 et s. ; F. GEA, « Solidarité familiale et solidarité sociale, sur l'application du principe de subsidiarité dans le droit de l'aide sociale », *Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, nouvelle série, n° 2, 1998, pp. 107 et s. ; Ch. VIGNEAU, « Les rapports entre solidarité familiale et solidarité sociale en droit comparé », *Revue inter. de droit comparé*, 1999, pp. 51-81 (étude comparative démontrant que la primauté de la solidarité familiale sur celle nationale ne se retrouve pas de façon aussi nette dans les ordres juridiques anglais et italien).

[15] V. sur ce point A. SAYAG (précit., p. 77), qui montre que la relève de l'Etat par la famille est intervenue au IIe siècle, le problème des miséreux s'avérant une trop lourde charge pour le Trésor de l'Empire, et a conduit à accorder aux indigents un droit à la subsistance envers leur famille avant de leur en accorder un envers l'Etat.

[16] R. SAVATIER, précit., p. 150.

[17] L'expression est de G. CORNU (précit., § 119), qui l'emploie toutefois à propos de la seule obligation alimentaire entre parents et alliés.

[18] J. PELISSIER, précit., p. 5.

[19] J. GHESTIN, J. HAUSER, D. HUET-WELLER, *Traité de Droit civil. La famille*, LGDJ, 1989, n° 1254.

[20] J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, PUF, T. 2, 14e éd., 1991, § 380, p. 557.

[21] Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, la famille*, éd. Cujas, 1994, p. 479, n° 838.

[22] J. GHESTIN, précit., § 1254.

nécessaire à la vie »[23], c'est-à-dire « *les dépenses indispensables* »[24]. *Primum vivere*, car « *il s'agit bien, pour qui attend ou pour qui doit, de recevoir ou de fournir de quoi vivre : vivre, faire vivre, telle est la fin la raison justificative et donc la clé qui détermine qualitativement dans sa compréhension, l'objet de la vocation* »[25]. La notion de besoin correspond alors à l'idée d'une nécessité vitale, en réponse à une situation de détresse. Ainsi en va-t-il de l'obligation alimentaire née du devoir de secours issu des liens du mariage, laquelle est « *est une obligation alimentaire qui suppose donc qu'un des époux soit dans le besoin* »[26] ou de l'obligation à l'égard de l'enfant mineur[27] ou majeur et privé de moyens d'existence[28]. Il semble donc possible d'affirmer que toutes ces obligations alimentaires ont « *pour but d'assurer l'existence du créancier* »[29] en lui assurant la satisfaction de ses « *besoins vitaux* »[30].

La conclusion est tentante : le besoin, comme critère de l'obligation alimentaire, pourrait être analysé comme recouvrant une situation de pauvreté. Tout au moins, c'est ce que l'unanimité de la doctrine civiliste laisse croire. Pourtant, une étude plus approfondie montre que la notion est loin de correspondre à l'idée de dénuement matériel.

II- L'irréductibilité du besoin à la pauvreté

Un point essentiel interdit toute assimilation entre pauvreté et besoin : il consiste dans le caractère relatif de ce dernier, dépendant de l'appréciation *in concreto* faite par le juge. L'article 208 al. 1 du Code Civil est en effet formel : « *les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame,*

---

[23] C. Cass., Civ., 28 février 1938, *D.*, 1938. II. 241.
[24] Ph. MALAURIE et L. AYNES, précit., p. 485, n° 846.
[25] G. CORNU, précit., § 125, p. 193.
[26] Ph. MALAURIE et L. AYNES, précit., p. 513, n° 912.
[27] La question de savoir si l'obligation d'entretien des enfants mineurs est subordonnée au besoin de l'enfant est controversée. Selon certains auteurs, ce devoir existe indépendamment du besoin de l'enfant (en ce sens, M. DERRIDA, précit., pp. 176 et s. ; S. DION-LOYE, *Les pauvres et le droit*, PUF, QSJ, 1997, p. 105 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, précit., p. 499, n° 862 ; H., L. et J. MAZAUD et al., précit., n° 1198, p. 599). Pour d'autres, au contraire, l'obligation d'entretien ne fait pas exception à la règle générale selon laquelle la constatation de l'état de besoin est une condition d'exigibilité du droit aux aliments (V. en ce sens, J. PELISSIER, précit., pp. 152-154 ; A. SAYAG, précit., pp. 131 et s.). Certes, l'enfant présente des besoins spécifiques, tant physiologiques que sociaux, ce qui justifie la réaction du législateur d'en traiter dans des dispositions spécifiques du Code Civil. Mais la différence entre le besoin de l'enfant et celui d'un adulte est plus une question de degré que de nature (« *La satisfaction des besoins du jeune enfant est pour lui une question vitale au sens strict du mot. Elle l'est rarement pour toute autre espèce d'ayant besoin* » remarque A. SAYAG, précit., p. 131).
[28] Sur ce point, il convient de souligner l'hésitation de la jurisprudence relative aux enfants majeurs au chômage. En faveur de la reconnaissance d'une obligation alimentaire : CA Colmar 6 novembre 1981, *Jurisdata* n° 041799 ; CA Paris, 26 avril 1994, *RTDCiv.*, 1994, p. 582, obs. J. HAUSER ; en sens inverse : CA Paris, 29 mars 1985, *D.* 1986, IR, p. 108 ; CA Poitiers, 19 novembre 1986, *RDSS*, 1987, p. 667, obs. F. MONEGER (refus de faire droit à la demande car la demanderesse était logée chez ses grands-parents et bénéficiait d'une allocation d'insertion ; à ce titre, « *elle n'était pas sans toit ni sans ressources* » et il lui revenait d'améliorer personnellement sa situation si, comme il est légitime, elle voulait être en mesure de vivre de façon indépendante).
[29] H., L. et J. MAZAUD, F. CHABAS, L. LEVENEUR, précit., n° 1212, p. 613
[30] J. PELISSIER, précit., p. 157.

et de la fortune de celui qui les doit », ce qui implique, d'une part, que l'appréciation des besoins du créancier est subjective (A) et, d'autre part, que la détermination de l'obligation alimentaire est relative (B).

A- La subjectivité de l'appréciation des besoins du créancier

146. Le créancier de l'obligation alimentaire doit être dans l'impossibilité d'assurer sa subsistance. Le besoin se caractérise en effet par une absence de ressources, à la condition toutefois que cette situation soit involontaire, la solidarité familiale ne devant pas être une « *prime à la paresse* »[31]. De là, le refus de la jurisprudence civile de reconnaître une pension à un individu oisif[32] et la reconnaissance d'un tel droit aux personnes que leur âge, leur état de santé ou les conditions économiques empêchent de travailler[33]. Si, dans ces hypothèses, la situation du demandeur recouvre bien un état de précarité économique, la notion de besoin ne signifie pas, toutefois, le fait d'être dans le dénuement total.

D'une part, la jurisprudence reconnaît à certaines personnes un droit aux créances alimentaires quand bien même elles seraient à la tête d'un capital : la Cour de Cassation affirme en effet que « *les articles 205 et 207 n'impliquent ni par leur texte, ni dans leur esprit que l'exercice du droit aux aliments soit subordonné à la condition de ne posséder ni immeuble, ni aucune ressource ; ils édictent que le devoir alimentaire naît entre ascendants et descendants du seul fait que l'un d'eux est dans le besoin ; en cette matière, les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation très étendu, qui s'exerce en considération des circonstances et de la situation des parties* »[34]. Le juge ne prend donc en compte, pour l'évaluation du besoin, que les revenus effectivement produits par le capital et non le capital en lui-même, en vertu d'un souci de protection du patrimoine qui interdit de contraindre le demandeur à le réaliser. « *La solidarité familiale n'impose pas la paupérisation* »[35] et l'on peut donc être dans le besoin, au sens civiliste, tout en étant à la tête d'un patrimoine important, dès lors que celui-ci n'est pas productif[36]. Ce premier constat interdit dès lors de confondre besoin et pauvreté.

D'autre part, les besoins du créancier sont appréciés de façon variable et dépendent notamment de sa condition sociale[37]. La caractéristique de la notion de

---

[31] Ph. MALAURIE et L. AYNES, précit., p. 484, n° 844.

[32] « *L'état de dénuement où P.X. prétend se trouver a pour cause principale son instabilité dans les divers emplois qu'il a occupés, ses habitudes de désordre et d'oisiveté, sa répugnance à s'employer lui-même ; il était en âge et en état de se suffire à lui-même* » (C. Cass., Req., 7 juillet 1863, *D.P.*, 1863.I.400).

[33] Ainsi, par exemple, d'une mère inapte au travail pour des raisons de santé (CA Limoges, 23 janvier 1988, *Jurisdata* n° 040359) ou d'un père ayant travaillé pendant de nombreuses années mais se trouvant actuellement au chômage bien que n'ayant refusé aucune proposition d'emploi (CA Pau, 27 octobre 1989, *Jurisdata* n° 046638), que leurs enfants sont tenus de secourir (L. LEVENEUR, précit., § 56).

[34] C. Cass., Req., 23 février 1898, *D.P.*, 1898.I.303, rapp. DENIS.

[35] Ph. MALAURIE et L. AYNES, précit., p. 484, n° 844.

[36] V. sur ce point, les exemples cités par L. LEVENEUR, précit., § 55.

[37] C. Cass. Civ., 21 mai 1912, *D.P.* 1915, I, 8 ; Soc. 5 juin 1959, *Bull.*, IV, p. 540, n° 675 : « *les juges peuvent tenir compte de toute exigence résultant de la situation sociale de l'évincé, et notamment de la nécessité où il se trouve, en raison de ses diverses fonctions ou activités, de recevoir chez lui des personnes d'un certain rang* » ; sur la prise en considération de la classe sociale à laquelle appartient le créancier de l'obligation alimentaire : A. SAYAG, précit., pp. 287 et s., L. SEGUR, « Le rôle du train de vie dans l'application du droit civil », *JCP*, 1963.I.1783.

besoin, telle qu'elle résulte de la construction civiliste, est d'être fondée sur les aspirations individuelles et déterminée « *en vertu de critères psychologiques et économiques propres à chaque ayant besoin* »[38]. Le juge examine chaque situation personnelle et décide au cas par cas s'il y a besoin ou non, « *sans pouvoir tenir compte d'une prétendue frontière entre la nécessité et le privilège* »[39]. « *En forçant les termes* », écrit A. Sayag, « *on peut affirmer que la nature du besoin de subsistance est identique, qu'il s'agisse de celui ressenti par la dame de Bourbon épouse Patino, bénéficiaire d'une pension de 500 000 AF par mois en 1959*[40] *ou celui de la dame Fillette, ancienne blanchisseuse malade et en chômage à laquelle la même cour accorde 3000 AF par mois en 1958*[41] ». Certes, l'idée de pauvreté n'est pas totalement absente de la conception civiliste de la finalité de l'obligation alimentaire. Le caractère relatif de la notion de besoin ne doit pas être compris comme permettant à une personne de tenir son rang, mais se justifie par l'idée que « *la misère apparaît plus vite chez un individu habitué à un train de vie plus élevé* »[42]. Toutefois, force est de constater la plasticité extrême de l'insuffisance de ressources, appréciée au cas par cas par le juge et qui recouvre des réalités sociales très différentes, interdisant de ce fait toute assimilation entre besoin et situation d'indigence. Le besoin n'identifie pas le pauvre[43] ou, plus exactement, le pauvre n'est pas identifié par le besoin. Un tel constat est corroboré par le caractère éminemment relatif de la détermination du montant des aliments auxquels le besoin ouvre droit.

B- La relativité de la détermination du montant des aliments

147. La notion d'aliments désigne, au sens général, « *les choses nécessaires à la vie, qu'en vertu d'un devoir de solidarité familiale, celui qui le peut doit fournir à son parent ou allié dans le besoin, en général sous forme de pension, compte tenu des besoins et des ressources du créancier et débiteur* »[44]. La définition retenue met nettement en exergue le caractère relatif du montant de l'obligation alimentaire. Non seulement parce qu'il repose sur une appréciation subjective des besoins du demandeur, mais également parce qu'il implique la prise en compte des ressources du débiteur. La solidarité familiale ne saurait en effet imposer à quiconque de secourir son prochain dans le besoin s'il n'est pas lui-même en mesure de subvenir à ses propres besoins. « *Charité bien ordonnée commence par soi même* » invoque la doctrine, pour justifier que la détermination du montant de l'obligation alimentaire se fasse au regard de l'excédant de ressources du débiteur, après déduction des charges grevant son budget[45]. Le juge civil met donc en balance les ressources et les besoins du débiteur pour déterminer le montant des aliments qu'il peut être contraint à verser. La conséquence est logique : la détermination du contenu des aliments est éminemment relative, relativité affectant par contrecoup, la notion de besoin : si le

---

[38] A. SAYAG, précit., p. 284.
[39] Id., pp. 284-285.
[40] CA Paris, 1er juillet 1959, *D.*, 1959.431.
[41] CA Paris, 18 décembre 1958, *JCP*, 1959.II.11316.
[42] L. LEVENEUR, *Jcl Civil*, V° « art. 205 à 211 », fasc. 10, § 52.
[43] En sens inverse : S. DION-LOYE, « Le pauvre appréhendé par le droit », *RRJ*, 1995, p. 447.
[44] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, V° « Aliments », PUF, 5e éd., 1996.
[45] H., L. et J. MAZAUD, F. CHABAS, L. LEVENEUR, précit., n° 1207, p. 603.

besoin confère certains droits, il ne débouche pas forcément sur le droit à un minimum vital. « *Tout dépend des données concrètes de chaque espèce* »[46], note un auteur en relevant le grand étagement des montants retenus : un père dirigeant de société a ainsi dû verser 5000 francs par mois à son fils majeur étudiant[47], tandis qu'un chômeur aux faibles ressources n'a été condamné à verser qu'une pension mensuelle de 250 francs[48].

La conclusion est donc certaine : L'estimation de l'état de besoin par le juge civil est éminemment variable et dépend des espèces, en fonction de la condition sociale des débiteurs et créanciers de l'obligation. Selon les situations familiales, le créancier de l'obligation alimentaire peut avoir droit à une rente considérable ou à une pension très largement inférieure au minimum vital. L'état de pauvreté est, d'une part, une situation indifférente à la reconnaissance de l'état de besoin et, d'autre part, n'entraîne pas un droit absolu à la satisfaction de ce besoin par le mécanisme de l'obligation alimentaire. Si, comme certains auteurs l'ont démontré, le besoin est créateur de droit de manière limitée mais indiscutable en droit civil[49], c'est une conception restrictive du besoin qui prévaut, entendu comme un « *besoin immédiat concrètement démontré et non ensemble de nécessités d'ordre social* »[50]. Cette conception subjective a pu être critiquée, certains auteurs estimant que l'état de besoin devrait être apprécié de façon objective et tendre à assurer un minimum vital[51]. Mais cela supposerait d'inverser les propositions sur lesquelles se fonde le droit civil. En effet, celui-ci étant un arbitrage entre personnes privées, son incapacité à définir le besoin de façon objective lui est consubstantielle. « *A ce moment, le droit privé s'efface, laisse le dé au droit public, en lui souhaitant bien du plaisir* »[52]. Mais celui-ci offre-t-il réellement des instruments plus pertinents ? L'étude des mécanismes juridiques de la protection sociale permet d'en douter.

§2- Le droit social et la protection sociale du pauvre

La création de la Sécurité sociale à la Libération était destinée à garantir les travailleurs et leurs familles contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain, à couvrir les charges de maternité et celles familiales qu'elles supportent. L'objectif de suppression du besoin assigné à l'institution nouvellement créée était très nettement universel (I), sa généralisation ne devant laisser qu'un rôle subsidiaire à l'aide sociale (II).

I- La Sécurité sociale et le défi de la pauvreté

148. La Sécurité sociale désigne « *une institution ou un ensemble d'institutions qui ont pour fonction de protéger les individus contre les conséquences des divers*

---

[46] L. LEVENEUR, V° « obligation parentale d'entretien », *Jcl. Civil*, § 64.
[47] CA Paris, 12 janvier 1990, *Jurisdata* n° 020821.
[48] CA Colmar, 17 juin 1994, *Jurisdata* n° 051232.
[49] A. SAYAG, précit., pp. 305 et s.
[50] Id., p. 305.
[51] E. ALFANDARI, thèse précitée, T. 2, p. 67.
[52] J. CARBONNIER, préface à la thèse précitée d'A. SAYAG, p. III.

événements généralement qualifiés de risques sociaux »[53]. Si la notion de besoin semble *a priori* étrangère à cette institution, des liens consubstantiels existent entre les deux (A), sans pour autant que le droit de la Sécurité sociale ne se réfère expressément à la pauvreté (B).

A- Le besoin et le droit de la Sécurité sociale

L'opposition est classique entre les deux grands systèmes de Sécurité sociale : le premier, d'inspiration anglo-saxonne, tendrait à prémunir l'individu contre le besoin. Le second, d'influence "bismarckienne", tendrait à prévenir l'individu contre la réalisation de certains risques susceptibles de réduire ses revenus. Synthèse des deux, le système français se fonde sur une notion juridique de risque social pouvant s'analyser en un besoin potentiel (1) dont la nature est variable et relative (2).

1- Le risque, un besoin potentiel

149. La caractéristique du système français de Sécurité Sociale est de tenter un compromis entre les deux systèmes majeurs de protection sociale, celui dit "beveridgien" et l'autre qualifié de "bismarckien". Le "père" de la Sécurité Sociale, P. Laroque, l'affirmait en 1946 : « *la formule que nous entendons appliquer en France est un intermédiaire entre ces deux formules* »[54]. Dans cette optique, le modèle français vise à atteindre les objectifs de Beveridge avec les moyens de Bismarck[55] : supprimer le besoin (a) estimé par le risque (b).

a- L'influence conceptuelle du plan Beveridge

Le plan Beveridge, rendu public en décembre 1942, a fortement inspiré les promoteurs français du système de protection sociale mis en place à la Libération[56]. Dans son rapport, S.W. Beveridge affirmait que « *l'existence du besoin est un scandale sans excuse* » car « *il aurait été possible de supprimer le besoin par une redistribution des revenus au sein des classes salariées* »[57]. Soulignant l'insuffisance des régimes d'assurance sociale issus de l'*Insurance Act* de 1911, il rattachait son projet à l'esprit de la Charte de l'Atlantique[58] et se fixait un objectif : l'abolition du besoin. Le Plan Beveridge partait « *d'un diagnostic de besoin, c'est-à-dire des circonstances dans lesquelles* (...) *des familles ou des citoyens pris isolément manquaient, en Grande Bretagne, des moyens d'existence nécessaires à une vie saine* ». Le besoin était défini expressément comme le manque de moyens d'existence nécessaires à une vie saine, résultant d'une suspension du gain, de son

---

[53] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, précit., V° « Sécurité Sociale ».
[54] Cité par B. PALIER et G. BONOLI, « Entre Bismarck et Beveridge, "crises" de la Sécurité Sociale et politique(s) », *RFSP*, 1995, p. 672.
[55] B. PALIER et G. BONOLI, précit., p. 669.
[56] V. sur ce point, N. KERSCHEN, « L'influence du rapport Beveridge sur le plan français de sécurité sociale », *Comparer les systèmes de protection sociale en Europe*, MIRE, Imprimerie nationale, 1998, vol. 1, pp. 127-159.
[57] Les citations qui suivent sont extraites de la présentation et de la traduction qui sont faites du rapport par E. MILHAUD, *Le Plan Beveridge*, Annales de l'économie collective, Genève, 1943.
[58] Le Plan élaboré par Beveridge se rattachait notamment à la troisième des quatre libertés essentielles, « *la libération du besoin qui, traduite en termes mondiaux, signifie des ententes économiques qui assureront à chaque nation, dans le monde entier, le bien être de ses habitants* ».

insuffisance ou de son extinction. Plusieurs situations étaient distinguées par le rapporteur : interruption du gain résultant du chômage ou de la maladie, inadaptation du gain à l'étendue de la famille (essentiellement par suite du nombre d'enfants), perte de la capacité de gain notamment par suite d'un accident, d'une maladie professionnelle à effets persistants ou de la vieillesse[59].

Cette libération du besoin grâce à l'organisation de la Sécurité Sociale, devait résulter de la garantie d'un revenu. Cependant, l'auteur rejetait catégoriquement l'idée de subordonner l'octroi de prestations à des conditions de ressources. Voyant dans l'« *abject test of means* » un principe résolument contraire au progrès de la civilisation, le rapporteur proposait de dresser une série de risques élémentaires afin de prévoir leur couverture par des prestations correspondantes, moyennant le versement de cotisations forfaitaires. Un principe d'uniformité des prestations versées à chaque fois qu'un des risques recensés se réalise était fixé, de la sorte que l'assurance constituait un plancher. En-dessous, pour ceux qui ne pouvaient cotiser, intervenait l'assistance, dont le rôle subsidiaire était rappelé. Au-dessus, pour ceux qui disposaient de meilleurs revenus et auxquels le versement des prestations alimentaires paraîtrait dérisoire, pouvait jouer une assurance privée facultative.

Le rapport Beveridge a indiscutablement influencé les promoteurs français de la Sécurité Sociale. Ainsi, le Conseil National de la Résistance lançait l'idée, à la même époque, d'un « *plan complet de sécurité sociale visant à assurer à tous les citoyens des moyens d'existence, dans tous les cas où ils sont incapables de se les procurer par le travail* ». Les objectifs assignés à la Sécurité Sociale française créée à la Libération, qu'il s'agisse de la couverture de l'ensemble de la population, du soutien des pauvres, puis, ultérieurement, de l'insertion de prestations universelles ou sous conditions de ressources, sont d'inspiration "beveridgienne" et tendent, à travers la notion de risque, à l'abolition du besoin. Pourtant, la notion de besoin n'apparaît pas en tant que telle dans le droit de la Sécurité sociale, qui lui préfère celle de risque.

b- Le risque, indicateur du besoin

Le risque signifie, dans le langage courant, un danger, un péril, en tous cas un événement malheureux. Il a, en droit, une acception intrinsèquement liée à la notion de Sécurité sociale, en ce que cette dernière tend à « *la réparation des conséquences de divers événements généralement qualifiés de* "*risques sociaux*" »[60], appréhendés comme des événements ayant « *une incidence commune sur la situation économique des individus, qu'ils suscitent une diminution du revenu ou, inversement, un accroissement des dépenses* »[61]. Dans le premier cas, ce sont les risques physiques qui réduisent la capacité de travail (maladie, vieillesse ou invalidité) ou ceux économiques qui, sans altérer la force de travail, font obstacle à son exercice

---

[59] Le rapport prend soin toutefois de distinguer besoin et pauvreté, en réservant ce dernier vocable au seul cas d'extinction des gains due à la vieillesse. Dans l'esprit de Beveridge, le besoin est une notion générale, un terme générique, tandis que la pauvreté est un besoin devenu chronique, indéfini et permanent. L'objet du plan étant l'abolition du besoin en général, la Sécurité Sociale devait donc tendre, *a fortiori*, à la suppression de la pauvreté. Qui peut le plus peut le moins…

[60] V. l'article L.111-1 du Code de la Sécurité Sociale et J.-J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Dalloz, 13e éd., 1998, § 3.

[61] Id., § 5.

(chômage, obsolescence des formations). Dans le second cas, ce sont des charges exceptionnelles dont la survenance risque de diminuer de façon insupportable le niveau de vie (maladie, coût du logement, survenance de charges familiales)[62].

En ce sens, le risque recouvre la notion de besoin, en s'analysant comme un état de besoin susceptible d'apparaître. Certes, la condition posée par l'octroi de prestations de sécurité sociale est la réalisation d'un risque assuré et non l'état de besoin du bénéficiaire. La distinction est cependant relativisée par certains auteurs, pour qui la réalisation du risque assuré suppose presque toujours l'état de besoin de celui qui en est la victime. A l'origine, on supposait que la réalisation d'un des risques assurés entraînerait quasi-automatiquement la naissance d'une situation de besoin, tandis qu'inversement une grande partie des besoins découlerait de l'apparition d'un des risques recensés. Le système de protection universelle ainsi élaboré prenait « *le risque comme mesure de la protection et permettant d'éviter l'enquête sur les besoins* »[63].

Fondée sur l'analyse des prestations contributives de la Sécurité Sociale, la remarque vaut, *a fortiori*, pour les prestations non-contributives généralisées ultérieurement. Dans ces hypothèses, c'est bel et bien le besoin qui est pris en charge par la Sécurité Sociale, quand bien même celui-ci est masqué, artificiellement, derrière une conception floue du risque. Ainsi les mesures prises en faveur du parent isolé se rattachent aux charges familiales ou les allocations prises en charge par le Fonds de solidarité vieillesse se fondent dans le risque vieillesse. Or, comme le note M. Badel, dans ces hypothèses, « *la prestation n'intervient pas en raison de la réalisation d'une éventualité particulière, même si elle est présentée comme telle, mais en raison de l'état général de besoin du bénéficiaire* »[64] mesuré à la fois par une condition de ressources et par des circonstances explicatives de l'origine du besoin (solitude du parent, âge).

Le besoin est donc bien présent dans le versement des prestations sociales, même s'il est dissimulé, fut-ce au prix de quelques artifices, derrière la notion de risque. Pour autant, l'analyse des conditions de déclenchement des mécanismes de protection sociale rend impossible toute définition unitaire des situations qu'il recouvre.

2- La nature relative et variable du besoin pris en compte

150. La doctrine souligne la divergence sensible existant entre le système anglais et celui français quant aux moyens retenus pour assurer la sécurité des assurés. La Sécurité Sociale française est dominée par les idées "bismarckiennes", concevant la protection sociale comme devant viser moins la lutte contre la pauvreté que le maintien du revenu des bénéficiaires. Cette conception professionnelle de la Sécurité Sociale module l'ouverture des droits au regard des cotisations préalables. Or, ce choix entre conception universelle et conception professionnelle pose la question axiologique de la Sécurité sociale : doit-elle tendre à la garantie d'un minimum vital

---

[62] Id., § 6.
[63] B. CANTILLON, « Les limites de la sécurité sociale », *Revue belge de Sécurité Sociale*, n° 1, 1993, p. 18 ; en sens identique : J. BERGHMAN, « La résurgence de la pauvreté et la lutte contre l'exclusion, un nouveau défi pour la sécurité sociale ? », *RISS*, vol. 50, 1997, n° 1, p. 4.
[64] M. BADEL, *Le droit social à l'épreuve du RMI*, PU Bordeaux, 1996, p. 67.

ou à la garantie de revenus professionnels, revenus de remplacement en rapport avec les revenus remplacés ?

J.-J. Dupeyroux a parfaitement démontré l'origine de cette équivoque[65]. La confusion provient de la coïncidence historique entre deux groupes, celui des indigents et celui des salariés marqué par l'extrême misère de la classe prolétarienne. Au début du siècle, les pouvoirs publics ont cherché à protéger cette catégorie dans leur double dimension de travailleurs et de pauvres. De là l'ambiguïté des prestations garanties par le législateur : accordées aux assurés en contrepartie de leur activité professionnelle et en échange des cotisations versées, mais également destinées à leur garantir un minimum alimentaire. Or, « *la dissociation progressive des qualités de "travailleur" et d'"indigent" provisoirement confondues allait susciter une question fondamentale* »[66] : sur quel élément, de la garantie de revenus professionnels ou d'un minimum vital, devait se fonder l'évolution des systèmes ? J.-J. Dupeyroux oppose ainsi les systèmes fondés sur une conception commutative de la Sécurité Sociale, répondant à la première et les régimes universels, inscrivant leurs efforts dans la lignée des perspectives tracées par Beveridge et répondant au second.

L'opposition n'est cependant pas aussi radicale : les deux systèmes tendent à prendre en charge le risque encouru par l'individu d'être dans le besoin. Seule change l'aune à laquelle on mesure le besoin. Il peut être apprécié de façon absolue, en tendant à garantir à l'individu un minimum vital (système "beveridgien" ; prestations non-contributives sous conditions de ressources) ou relative, en considération du revenu remplacé, tendant donc à garantir un niveau de vie (système "bismarckien" ; prestations non-contributives sans conditions de ressources). En ce sens, si le régime français de Sécurité Sociale est bien fondé sur la protection de l'assuré contre le besoin, le besoin pris en compte est relatif. Il s'agit avant tout de préserver le niveau de revenus de l'individu affecté par la réalisation d'un risque assuré. Dès lors, le risque assuré n'est pas celui de pauvreté.

B- Vers la reconnaissance d'un risque de pauvreté ?

Les articles L. 111-1 al. 2 et L. 111-2 du Code de la Sécurité Sociale, après avoir défini le champ d'action de la Sécurité Sociale, prévoient la faculté d'étendre son intervention à d'autres risques sociaux. Dès lors, et quand bien même l'institution se refuserait à voir dans la pauvreté un risque social (1), il est permis de se demander si des évolutions ne se font pas sentir au sein de cette « *institution en devenir animée d'une dynamique d'extension permanente* »[67] (2).

1- Le refus traditionnel de reconnaître un risque de pauvreté

151. « *La société du risque et l'escamotage du pauvre* » a pu titrer de façon concise R. Lafore[68]. L'intitulé de l'auteur s'avère particulièrement exact, tant d'une

---

[65] J.-J. DUPEYROUX, précit., § 94.
[66] Id., § 95.
[67] J.-J. DUPEYROUX, « L'évolution des systèmes et la théorie générale de la Sécurité Sociale », *Droit Social*, 1966, p. 110.
[68] R. LAFORE, « Les trois défis du RMI ; à propos de la loi du 1er décembre 1988 », *AJDA*, 1989, p. 565.

part, sur un plan théorique, la notion de risque est indifférente à la pauvreté (a) et d'autre part, dans les faits, le risque ne recouvre plus les situations de pauvreté (b).

a- La notion de risque est théoriquement indifférente à la pauvreté

Le refus traditionnel de reconnaître un risque de pauvreté a été souligné par M. Badel. La pauvreté, définie comme un « *besoin total* »[69], est « *la forme d'insécurité d'existence par excellence* »[70]. Pourtant, elle a toujours été exclue en tant que telle des risques sociaux, en raison, selon cet auteur, de l'imprécision de la notion. Le droit aux prestations n'est pas subordonné à l'existence d'un état de besoin mais à la réalisation de certains événements constitutifs de risques, indépendamment de la situation économique réelle de la victime de ces risques. Cette exclusion trouve son fondement dans la conception professionnelle de la Sécurité Sociale : le droit à la sécurité sociale étant perçu comme un droit du travailleur, son étendue et son contenu sont déterminés en fonction des cotisations versées, celles-ci étant à la fois « *la justification et la mesure de leur droit* »[71], la détermination des revenus de remplacement se faisant par rapport aux revenus remplacés. La pauvreté n'entre donc pas en compte dans l'intervention des prestations sociales. Plus encore, elle pourrait même écarter celle-ci : la conception professionnelle de la Sécurité Sociale ne s'étant pas réellement détachée de l'idée de revenus procurés par le travail, elle suppose le versement préalable de cotisations et donc la disposition antérieure de revenus.

L'indifférence de la pauvreté dans le déclenchement des mécanismes de protection sociale n'est toutefois pas spécifique aux systèmes de Sécurité sociale à conception professionnelle et se retrouve, en principe, dans celui à caractère universaliste : dans cette hypothèse, la considération de la pauvreté du bénéficiaire des prestations n'entre pas en ligne de compte, dès lors que le critère de l'absence de ressources est écarté. En théorie, tout individu, quelle que soit sa condition économique, a droit aux prestations prévues.

En réalité, indépendamment de ces considérations théoriques, le risque assuré est celui de tomber dans la pauvreté, à la suite d'une maladie, du grand âge ou d'une infirmité... Cependant, en raison de l'évolution socio-économique, il apparaît que le risque ne recouvre plus des situations de pauvreté.

b- Le risque ne recouvre plus dans les faits des situations de pauvreté

L'analyse du contexte socio-économique montre une nouvelle relation entre besoin, risque et couverture du risque. Trois phénomènes principaux montrent une distorsion entre le lien initial risque/pauvreté.

Tout d'abord, le risque n'est plus un bon indicateur du besoin : les données prouvent que « *pour différents groupes de ménage, la réalisation d'un risque social a des conséquences très diverses en termes de besoins* »[72]. Ainsi, les ménages à double revenus absorbent mieux le choc de la perte d'un salaire. L'inadaptation à

---

[69] P. VAN HEDDEGEM, précit., p. 857.
[70] M. BADEL, précit., pp. 65-66.
[71] Id., p. 66.
[72] B. CANTILLON, « Mutations socio-démographiques et Sécurité Sociale », *RISS*, n° 4, 1990, p. 437.

l'évolution socio-économique des risques recensés « *mène à des situations de tension au sein de la Sécurité Sociale entre le principe de solidarité et le principe d'assurance. Etant donné que le risque social n'est plus un bon indicateur des besoins, il est devenu en effet très difficile de réaliser dans le cadre d'un seul système universel l'objectif de garantir un revenu minimal en fonction des besoins, d'une part, et la garantie de préservation de niveau de vie acquis en fonction de risques et de paiement des cotisations, d'autre part* »[73].

Ensuite, des études sociologiques ont montré l'inexactitude du modèle fréquemment avancé du basculement dans la pauvreté à la suite de réalisation de risques. Dans ce qui s'apparente, selon certains, plus à une « *figure idéologique* »[74] qu'à une réalité sociologique, l'entrée dans la pauvreté s'opère sur un mode de spirale : la perte de l'emploi, la maladie, conduit à des difficultés financières, le paiement du logement devient problématique, la famille se disloque, le pauvre glisse alors vers le RMI, les asiles de nuit et la mendicité. C'est sur la crainte de cette déchéance à l'image de celle d'un Coupeau chez Zola que s'est construit le modèle de la Sécurité Sociale fondé sur la notion de risque. Or, si cette image existe, elle est plus un phénomène marginal qu'un processus social, l'analyse sociologique montrant d'autres circonstances à l'origine de la pauvreté[75].

Enfin, l'apparition de nouveaux besoins non couverts par la Sécurité Sociale, accroît l'inefficacité de celle-ci. Cette incapacité de la Sécurité Sociale à prévenir et résoudre les phénomènes de pauvreté est soulignée dans de nombreux rapports et analyses : marginaux, exclus, Quart monde, SDF, chômeurs en fin de droits, personnes esseulées, ces « exclus » de la protection sociale et, *a fortiori*, de la société d'abondance, en témoignent par centaines de milliers[76]. La critique de G. Perrin, imputant « *une certaine responsabilité des conceptions antérieures de la Sécurité Sociale dans le maintien de la pauvreté, surtout là où la portée ou l'ampleur de ses interventions ont négligé l'évolution des besoins et des aspirations* »[77] reste donc, vingt ans après, toujours pertinente, et ceci malgré une évolution du système de protection sociale.

2- Les prémices de l'évolution ?

152. Si le système français de Sécurité Sociale n'a pas pour objet l'élimination de la pauvreté mais la garantie des revenus professionnels, l'opposition trop nette de ses objectifs avec ceux de l'aide sociale doit toutefois être nuancée. Ainsi, J.-J. Dupeyroux relève notamment deux considérations[78]. D'une part, les prestations relevant d'un principe de garantie des revenus professionnels participent indirectement de cette lutte contre la pauvreté, tout comme les prestations qui

---

[73] Id., p. 437.
[74] M.-O. GILLES et M. LEGROS, *Politiques sociales, l'épreuve de la pauvreté*, enquête réalisée par le CREDOC pour le Conseil Economique et social dans le cadre d'un programme d'évaluation des politiques de lutte contre la pauvreté, janvier 1995, pp. 6 et 260-261.
[75] V., par exemple, T. ATKINSON, « La pauvreté et l'exclusion sociale en Europe », *Pauvreté et exclusion*, Conseil d'Analyse Economique, La D.F., 1998, pp. 11-36.
[76] V. sur ce point, J. BORDELOUP, « Les idéaux de la Révolution et la Sécurité Sociale à l'épreuve d'une société éclatée », *Droit Social*, 1990, pp. 347-351.
[77] G. PERRIN, « La Sécurité Sociale au passé et au présent », *RFAS*, n° 1, 1979, p. 122.
[78] J.-J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, précit., § 982.

revêtent la forme de substituts des gains professionnels, souvent assortis de minima dont la fin alimentaire est évidente ; d'autre part, le système de la Sécurité Sociale, même principalement axé sur une garantie des revenus professionnels, distribue aussi des prestations relevant d'une autre logique. Ainsi, les prestations familiales, même quand elles ne sont pas assorties de conditions de ressources, ont pour effet de garantir aux familles des revenus minima. La remarque vaut, *a fortiori*, pour les prestations versées sous condition de ressources[79]. De même, l'instauration de différentes allocations catégorielles, garantissant des revenus minimaux à différentes catégories de personnes et gérées par la Sécurité Sociale traduit une évolution certaine du système, tendant à la prise en compte de la pauvreté *via* des prestations non-contributives. L'allocation de parent isolé, l'allocation adulte handicapé ou l'allocation supplémentaire du Fonds de Solidarité Vieillesse témoignent de cette adaptation de l'institution de la Sécurité Sociale, fût-ce au détriment de la relation fondatrice travail/cotisations/prestations.

L'adaptation de la Sécurité Sociale aux évolutions socio-économiques est toutefois restée imparfaite. La persistance et l'enracinement de la pauvreté parallèlement au développement des mécanismes de protection sociale le prouve de façon assez paradoxale au regard des objectifs assignés initialement à ces derniers. Pourtant, cette inadaptation de la Sécurité Sociale n'est pas aussi manifeste que ce qu'une analyse *a priori* pourrait laisser croire. Ainsi, selon G. Perrin, le paradoxe maintes fois relevé reposerait sur une confusion entre pauvreté et misère, qu'il conviendrait en réalité de distinguer « *comme le relatif et l'absolu* »[80]. Alors que la misère est un état de déchéance sociale où la dignité élémentaire de l'être humain est menacée par une situation ne permettant pas d'obtenir le minimum nécessaire au maintien de la seule constitution physiologique, la pauvreté correspondrait à une notion évolutive, dont le seuil est plus élevé, celui-ci dépendant du niveau de vie et de la sensibilité sociale à l'inégalité dans la distribution des richesses. Cette distinction sémantique opérée par l'auteur lui permet, d'une part, de relever les résultats positifs que la Sécurité Sociale a obtenus dans la lutte contre la misère et, d'autre part, de souligner « *la nécessité de s'attaquer à cet avatar de la misère que représente aujourd'hui la pauvreté sous une forme atténuée mais aussi vivement ressentie* »[81].

C'est le défi auquel s'est attelé le RMI, cette « *prestation sociale d'un nouveau type* »[82], répondant par bien des aspects aux critères des aides sociales mais gérée par les caisses de Sécurité Sociale, au point que certains ont pu voir en elle les prémices d'une évolution de la conception de la protection sociale[83], substituant une orientation universaliste garantissant un minimum social à celle professionnelle assurant une garantie des revenus, et faisant reculer de ce fait la notion de risque au profit de celle de besoin. Comme le remarque M. Badel, dans le cadre du RMI, « *la prestation se fonde sur l'insuffisance générale des ressources de la personne et non*

---

[79] Telles que l'allocation pour jeune enfant, le complément familial, l'allocation de rentrée scolaire, l'allocation de soutien familial…
[80] G. PERRIN, « La Sécurité Sociale au passé et au présent », *RFAS*, n° 1, 1979, p. 122.
[81] Id., p. 122.
[82] M. LAROQUE, « Le revenu minimum d'insertion, droit révolutionnaire et prestation sociale d'un nouveau type », *Droit Social*, 1989, p. 597.
[83] En ce sens, M. LAROQUE, article précité.

sur une éventualité justificative de l'état de besoin. La pauvreté y est perçue comme un fait présent et même antérieur à l'entrée dans le dispositif »[84]. Le recours à la notion de risque est écarté, quand bien même ce dernier est supposé s'être réalisé très en amont et être à l'origine de la situation de pauvreté. Dans cette interprétation, c'est l'institution même de la Sécurité Sociale qui serait renouvelée en incluant parmi ses finalités la lutte contre la pauvreté[85]. L'hypothèse est séduisante, force est toutefois de la rejeter. En effet, le RMI, malgré ses particularités, reste une prestation d'aide sociale et à ce titre ne modifie ni les fondements ni la logique de la Sécurité Sociale. Bien que géré par la Sécurité Sociale, il ne rencontre celle-ci « *qu'à travers la réalisation de risques particuliers et ne donne lieu au versement de prestations de Sécurité Sociale que si le bénéficiaire du RMI subit un risque ou une charge inventoriés par le régime général de Sécurité Sociale* »[86] (risque maladie, maternité). Et l'auteur de conclure que « *la pauvreté ne devient pas un risque au sens de la Sécurité Sociale, mais simplement une voie d'accès à certaines prestations déjà existantes du régime général* »[87].

Dès lors, un constat s'impose : le rôle central de la notion de risque occulte de façon artificielle celle de besoin. Le besoin est bien présent derrière ces mécanismes de protection sociale, même s'il s'agit d'un besoin relatif et variable. Cette caractéristique, directement issue de la conception professionnelle de la Sécurité Sociale, a deux conséquences principales : *primo*, elle ne recouvre qu'imparfaitement des situations de pauvreté ; *secondo*, elle s'avère, en tout état de cause, insusceptible de fonder une définition juridique de la pauvreté. Même l'instauration du RMI, tout en contribuant à renouveler l'institution de la Sécurité Sociale, ne bouleverse pas sensiblement ce schéma. En revanche, elle constitue une certaine nouveauté dans le droit de l'aide sociale.

II- L'aide sociale et la pauvreté

153. A l'inverse des principes constitutifs de la Sécurité Sociale, le besoin constitue une notion essentielle du droit de l'aide sociale. Il apparaît explicitement comme son objet direct (A), tandis que la pauvreté n'en est qu'un objet indirect (B).

A- Le besoin, objet direct de l'aide sociale

S'il est possible de présenter la notion de besoin comme essentielle au droit de l'aide sociale, c'est tout à la fois parce qu'il se définit par elle (1) et qu'il la définit (2).

1- La définition de l'aide sociale par le besoin

L'aide sociale est le vocable moderne qui a remplacé l'ancienne assistance publique ou sociale. Cette dernière se définit comme l'« *aide qu'une personne ou une collectivité, apporte spontanément ou en vertu d'une obligation juridique à une*

---

[84] M. BADEL, précit., p. 68.
[85] L'article 1er de la loi du 1er décembre 1988 dispose que le RMI « *constitue l'un des éléments du dispositif global de lutte contre la pauvreté tendant à supprimer toute forme d'exclusion* ».
[86] M. BADEL, précit., p. 69.
[87] Id., p. 70.

autre personne qui a besoin de cette aide, laquelle est mesurée à ce besoin »[88]. Sans recourir au terme d' "assistance", vocable ancien supprimé en 1953 en raison de sa charge symbolique trop connotée, M. Borgetto et R. Lafore définissent l'aide sociale comme l'« *ensemble de prestations en nature ou monétaires constituant une obligation mise à la charge des collectivités publiques par la loi et qui sont destinées à faire face à un état de besoin pour des bénéficiaires dans l'impossibilité d'y pourvoir* »[89]. Quelle que soit la définition retenue, qu'elle repose ou non sur le terme d'assistance, le besoin apparaît comme le critère d'intervention et de délimitation de la règle de droit en ce domaine : l'aide sociale se caractérise par sa finalité, la satisfaction du besoin du bénéficiaire de la prestation accordée. Se définissant par la notion de besoin, le droit de l'aide sociale la définit également.

2- La définition du besoin par l'aide sociale

Selon certains auteurs, « *les besoins étant par nature infinis, il s'agit donc de déterminer si le besoin est, ou non, comme le spécifiait la tradition épicurienne, nécessaire* »[90]. En réalité, ce sont les désirs qui sont infinis et les besoins, quant à eux, sont tout à la fois déterminés et constatés.

154. La nature du besoin pris en compte par l'aide sociale peut se résumer en une difficulté, en raison de circonstances exceptionnelles légalement prévues, à se procurer les aliments essentiels à l'existence, dont la nature et le montant sont également délimités. Ainsi présenté, le besoin comporte deux éléments, fondant les deux caractéristiques de l'aide sociale : il doit avoir une origine acceptable - ce qui fonde le caractère subsidiaire de l'aide sociale - et porter sur des aliments délimités - ce qui renvoie au caractère spécialisé de l'aide sociale -.

La nécessité d'une origine acceptable de l'état de besoin signifie qu'il doit être subi, c'est-à-dire résulter de circonstances exceptionnelles indépendantes de la volonté de l'individu. Le Préambule de la Constitution de 1946 rappelle ce principe traditionnel de l'assistance, en le consacrant au plus haut niveau de l'ordre juridique : « *tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ». La référence au travail structure de façon sous-jacente tout le droit de la protection sociale : de façon positive en droit de la Sécurité sociale, par l'ouverture des droits ; de façon négative en droit de l'aide sociale, où c'est bien l'incapacité de travailler résultant de certaines causes limitatives qui donne à l'individu le droit de recevoir des subsides[91]. Le droit est bien subsidiaire car tout homme a, avant tout, le devoir de travailler. Dès lors, c'est le malade, la personne âgée, l'infirme ou le parent isolé, que des circonstances particulières peuvent placer dans le besoin, qui, à ce titre, sont pris en charge par l'aide sociale.

---

[88] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, précit., V° « Assistance ». E. ALFANDARI précise, pour la différencier de la Sécurité Sociale, que si l'assistance peut se définir comme un système juridique tendant à satisfaire un besoin, elle ne repose sur aucune contribution directe et de nature alimentaire (« L'insertion et les systèmes de protection sociale », *RDSS*, 1989, p. 646).
[89] M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., p. 63.
[90] M.-T. JOIN-LAMBERT, *Politiques sociales*, Presses de Sciences Po & Dalloz, 2e éd., 1997, p. 414.
[91] V. en ce sens M. BADEL, précit., pp. 72 et s.

La cause du besoin ainsi identifiée, l'aide sociale suppose également un autre type de détermination : la nature du besoin. Comme le souligne M.-T. Join-Lambert, « *l'aide sociale a pour vocation de permettre la disparition des besoins et rien de plus. D'où son caractère traditionnellement discontinu, forfaitaire et spécialisé* »[92]. L'évaluation du besoin commande alors le versement de la prestation : aides en soins[93] ou en nature[94] pour les besoins réels et prestations en espèces pour les besoins évalués de façon théorique[95], en un mot, à la particularité du besoin correspond une prestation spécifique[96]. Au demeurant, par-delà la diversité des besoins recensés auxquels des aides sont accordées[97], un trait commun domine : l'évaluation théorique du besoin est toujours minimale. Il ne s'agit que de satisfaire l'acquisition de biens de première nécessité. Cette notion de bien de première nécessité ne doit, toutefois, pas s'entendre au seul sens de « *besoins physiologiques* »[98]. Les besoins pris en compte par l'aide sociale recouvrent également ceux « *sociologiques* », tels que l'accès aux soins, les besoins économiques et sociaux (l'emploi, la formation professionnelle, la sécurité et la protection familiale), ainsi que des besoins culturels (éducation, accès à l'information notamment juridique). Bref, les besoins sont englobés dans une unité indivisible et cohérente[99], constituant un corpus correspondant à un minimum vital. Cette notion de minimum vital permet ainsi de dégager une conception absolue du besoin[100], recouvrant la diversité des besoins concrets à la satisfaction desquels les différentes mesures d'aide sociale s'attachent.

La conséquence du principe de spécialité de l'aide sociale est donc certaine : le besoin détermine non seulement la nature de l'aide, mais également son montant.

Toutefois, il a pu être soutenu que l'instauration du RMI remettait en question ces principes traditionnels, en écartant le principe de spécialité. D'une part, l'idée d'une cause spécifique du besoin serait écartée. La loi de 1988, en paraphrasant le Préambule[101], aurait rénové le critère économique, prévu par la

---

[92] M.-T. JOIN-LAMBERT, *Politiques sociales*, précit., p. 414.
[93] Par ex., hospitalisation en établissement de soins et de cure ; soins médicaux à domicile...
[94] Par ex., fourniture de biens en nature, placement en établissement d'hébergement, en établissement de rééducation professionnelle, aide ménagère, aide juridique, etc.
[95] L'aide est en espèces lorsque les bénéficiaires reçoivent directement du service les sommes destinées à satisfaire le besoin pour lesquelles elles sont attribuées ; par ex., aide sociale aux familles dont les soutiens effectuent leur service militaire ; allocation de parent isolé pour l'éducation des enfants dans les familles monoparentales, allocations aux adultes handicapés, etc. ; V. pour un détail, M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., pp. 175-503.
[96] V. sur ce point, M. BADEL, précit., pp. 372-373.
[97] Dans le détail desquelles il ne saurait être question d'entrer ici, compte tenu de l'objet de la recherche ; pour une étude approfondie, se reporter aux ouvrages généraux d'aide sociale qui ont constitué notre principale source de référence, et notamment les ouvrages précités d'E. ALFANDARI ainsi que de M. BORGETTO et R. LAFORE.
[98] Ces besoins physiologiques, que certains économistes qualifient de « *besoins de subsistance* », se caractérisent par le triptyque « nourriture-vêtement-logement ». V. en ce sens P. MANDY, « besoins élémentaires et dignité humaine ; l'application économique du noyau intangible des droits de l'homme », *in* P. MEYER-BISCH (ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Editions universitaires Fribourg, 1991, pp. 149-170, spé. p. 163.
[99] P. MANDY, précit., p. 163.
[100] V. en ce sens M. BADEL, précit., p. 372.
[101] L'article 1er de la loi n° 88-1088 du 1er décembre 1988, codifié à l'article L. 115-1 du CASF dispose que « *toute personne qui, en raison de son état physique ou mental, de la situation de l'économie et de*

Constitution mais jusqu'alors de faible impact : les failles de l'organisation économique sont désormais placées au même rang que les causes physiologiques du besoin (âge et santé) et constituent toutes deux des causes objectives de l'état de besoin subi par l'individu. L'imprécision de la cause de l'incapacité de travailler aurait pour effet de rendre ce rappel purement formel et marquerait un déclin de l'exigence d'une origine acceptable et justifiée du besoin. La remarque est fondée, et à bien des égards, l'instauration du RMI traduit une évolution des principes juridiques. Pourtant il n'est pas certain que ce soit le RMI qui ait réellement innové sur ce point : les allocations du régime de solidarité aux chômeurs, garantissant, sous certaines conditions, un minimum aux demandeurs d'emploi[102] allaient déjà en ce sens[103]. D'autre part, l'instauration du RMI aurait entraîné une rupture dans ce principe traditionnel qui veut que chaque prestation satisfasse un besoin spécifique. Ainsi, selon R. Lafore, l'allocation du RMI est « *un mécanisme de solvabilisation globale d'individus* (...) *qui tend à la satisfaction de l'ensemble des besoins élémentaires* »[104] sans que ceux-ci soient définis. La rupture n'est toutefois pas évidente. Tout d'abord parce que tous les minima sociaux tendent en une solvabilisation globale de l'individu. Ensuite, parce que la notion de besoin est bien présente dans l'obtention de l'allocation. Certes, le bénéfice de son obtention est subordonné uniquement à un niveau de ressources, qui doit être inférieur à un certain plancher. Mais cette définition ne remet pas en cause l'idée que, comme toute prestation d'aide sociale, son obtention est conditionnée par un état de besoin que doit établir le demandeur[105]. La prise en compte objective de la situation économique du demandeur révèle implicitement un état de besoin global. Ceci permet l'inscription du RMI dans le schéma classique du modèle assistanciel : autour de la notion de « revenu minimal », il s'agit bien d'assurer la satisfaction des besoins essentiels de l'individu, sa survie en quelque sorte.

Une fois déterminé par la loi, le besoin doit également être constaté afin de produire les effets juridiques que les textes lui confèrent. Le droit aux subsides naît ainsi de la réalisation du besoin. A cet égard, le rôle des organes d'admission à l'aide sociale est uniquement de constater la vocation de l'individu à obtenir les secours prévus par les textes. La décision d'admission à l'aide sociale est donc déclarative et non attributive de droit[106].

---

l'emploi, se trouve dans l'incapacité de travailler, a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence »

[102] Pour un détail des mesures et des conditions auxquelles ces allocations sont subordonnées : M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., p. 331 et s.

[103] Il est vrai que ces allocations, bien que prises en charge financièrement par l'Etat, sont gérées par les ASSEDIC et ne relèvent pas, au sens strict, de l'aide sociale.

[104] R. LAFORE, article précité, *AJDA* 1989, p. 575.

[105] Pour une interprétation contraire : M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., p. 376 ; MINISTERE DE LA SOLIDARITE, *Le RMI, 52 fiches de commentaire de la loi*, non publié : « *le bénéficiaire n'a pas à justifier l'existence d'un besoin, et c'est ce qui distingue la nouvelle prestation des prestations d'aide sociale, où l'attestation d'un état de besoin est un critère général d'admission* ».

[106] M. BADEL souligne pourtant le paradoxe : en toute logique, la décision devrait prendre effet à la date où le besoin est né, et non à la date à laquelle elle a été rendue. Pourtant, la date d'ouverture du droit à l'aide est celle du dépôt de la demande, dans la mesure où, à cette date, toutes les conditions du droit se trouvent remplies (précit., p. 385).

Par ailleurs, la nature du besoin constaté suscite quelques interrogations doctrinales. Dans la jurisprudence civile, le refus de contrôle de la Cour de Cassation, qui laisse son appréciation aux juges du fond, placerait la notion hors des règles de droit. M. Rodière justifiait cette solution par l'idée que « *l'exigence d'un état de besoin est une de ces règles à contenu social et économique qui n'ont rien de la netteté des normes juridiques* »[107]. L'affirmation est assez curieuse, aussi la proposition d'E. Alfandari[108] paraît-elle plus logique : selon cet auteur, il faut voir dans le besoin un fait auquel sont attachés des effets de droit : un fait, tout d'abord, car il est constitué par un état de manque, celui dans lequel se trouve l'individu insusceptible de subvenir à son existence par ses propres moyens ; des conséquences juridiques, ensuite, car il constitue la cause juridique du droit alimentaire assuré par l'aide sociale.

Le besoin, déterminé comme un manque d'aliments définis par les textes comme nécessaires à l'existence, constitue donc l'objet direct de l'aide sociale, laquelle tend à sa satisfaction minimale. A ce titre, il constitue une notion juridique opératoire permettant tout à la fois de définir l'aide sociale et d'en délimiter le domaine. Notion juridique unitaire et transversale, il recouvre la pauvreté par son caractère absolu sans toutefois se confondre avec elle.

B- La pauvreté, objet indirect de l'aide sociale

155. Si la notion de besoin recouvre la pauvreté dans le droit de l'aide sociale, cette dernière présente la particularité d'être appréhendée de façon éclatée et fragmentée. Ce résultat est le fruit de la logique fondant le système de protection sociale : la société industrielle étant édifiée sur le travail et l'échange monétaire qui le sous-tend, la conséquence est que l'exclusion de ce rapport salarial « *éclate en grands risques ouvrant chacun sur un système prestataire spécifique, et* (...) *en conséquence, la pauvreté éclate à son tour en autant de publics cibles qu'il y a de risques identifiés* »[109].

Car il ne faut pas s'y tromper : l'insuffisance de ressources, critère générique constant requis par les textes pour l'obtention de l'aide sociale constitue un élément nécessaire mais insuffisant (1) et s'avère être une notion plus large que la pauvreté (2).

1- L'insuffisance de ressources, élément nécessaire mais insuffisant de l'aide sociale

156. Le principe de spécialité s'oppose à ce que la pauvreté soit la seule condition de l'obtention d'une mesure d'aide sociale. Partagé entre les deux logiques, parfois contradictoires, de ne pas désorganiser le marché du travail et de compléter les failles du système de protection sociale, le droit de l'aide sociale s'est construit autour de la création continue de dispositifs spécifiques assurant des ressources à des individus ciblés reconnus comme ayant besoin d'une telle garantie.

---

[107] M. RODIERE, *S.* 1938.II.121.
[108] E. ALFANDARI, *Action et aide sociales*, Dalloz, 4e éd., 1989, pp. 36-37.
[109] R. LAFORE, « La pauvreté saisie par le droit », *in* R. CASTEL et J.-F. LAE (dir.), *Le RMI, une dette sociale*, L'Harmattan, 1992, p. 74.

Depuis la création du minimum d'invalidité en 1930, les auteurs dénombrent pas moins de quinze dispositifs particuliers ayant tous pour fonction principale d'assurer un niveau de ressources minimales mais destiné chacun à des groupes particuliers dans la population[110]. A ce titre, c'est tour à tour à la personne âgée, au rapatrié, à la veuve, au handicapé, à la mère célibataire ou au chômeur en fin de droits, jugés dignes d'intérêt par le législateur, que sont attribués des subsides. Bref, les revenus catégoriels ainsi instaurés s'attachent plus aux causes de l'insuffisance de ressources qu'à leurs effets.

Pourtant, l'évolution des minima sociaux garantis traduit une tendance amorcée vers une objectivation de la pauvreté ou, plus exactement, des causes de la pauvreté. La première génération de minima sociaux visait des individus définitivement inaptes au travail du fait de l'invalidité, de la vieillesse et du handicap[111]. La seconde génération touchait des individus provisoirement exclus du marché du travail, en raison de charges familiales particulières[112] ou du décès du conjoint[113]. Une troisième génération, née de la crise économique, présente la particularité de ne pas se fonder sur les causes d'exclusion du marché du travail traditionnellement "justifiables". S'adressant à des individus potentiellement susceptibles de travailler, mais auxquels la situation économique rend difficile l'accès au travail, ces minima concentrent leur action sur l'indemnisation du chômage de masse, en « *introduisant des dispositifs fondés sur un constat d'insuffisance de ressources et sur une logique de dernier recours par l'établissement de planchers de revenus incompressibles* »[114]. C'est sur ce principe qu'ont été créées l'allocation de solidarité spécifique et l'allocation d'insertion destinée aux chômeurs de longue durée[115]. Enfin, le point d'orgue de cette « *objectivation de la pauvreté à travers la faiblesse du revenu* »[116] semble être atteint grâce au RMI, qui, selon une certaine analyse, romprait avec l'analyse traditionnelle des causes de la pauvreté, en reposant sur la seule appréciation des effets de la pauvreté : l'insuffisance de ressources.

Une telle idée est ainsi développée par S. Dion-Loye[117], selon qui, si la pauvreté est traditionnellement un élément insuffisant pour le droit à l'aide sociale,

---

[110] M.-A. BARTHE, B. GAZIER, F. LEPRINCE et H. NOGUES, *Protection sociale et RMI*, Syros, 1992, p. 61.

[111] Respectivement minimum invalidité (crée en 1930, allocation assurancielle versée aux salariés de moins de 60 ans privés de leur capacité de travail en raison de maladies ou d'accidents non professionnels en complément des pensions d'invalidité) ; minimum vieillesse (1941, 1953, allocation assurancielle aux vieux travailleurs, complétée par une allocation de solidarité, l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité, versée aux personnes âgées de 65 ans et plus) ; allocation aux adultes handicapés (1975, versée aux personnes atteinte d'un handicap d'origine non professionnelle n'ayant pas droit à une pension d'invalidité).

[112] Allocation de parent isolé, prestation familiale (allocation de solidarité) versée au parent élevant seul un ou plusieurs enfants tant que le dernier enfant n'a pas atteint son troisième anniversaire.

[113] Allocation d'assurance veuvage, accordée au conjoint survivant d'un assuré social de moins de 55 ans ayant élevé un enfant ou ayant un enfant à charge.

[114] M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., p. 391.

[115] L'Allocation de solidarité spécifique est versée aux demandeurs d'emploi qui ont épuisé leurs droits à indemnisation du chômage au titre du régime d'assurance et pouvant justifier d'une certaine durée d'activité salariée ; l'allocation d'insertion est accordée à des catégories spécifiques d'anciens salariés.

[116] M.-A. BARTHE, B. GAZIER, F. LEPRINCE et H. NOGUES, précit., p. 33.

[117] S. DION-LOYE, « Le pauvre appréhendé par le droit », *RRJ*, 1995, p. 460-461.

en raison notamment de la primauté donnée aux causes personnelles, elle constitue un élément suffisant pour l'obtention du RMI. Cette affirmation doit toutefois être nuancée. Il est vrai que le RMI traduit une évolution sensible de l'analyse juridique de la pauvreté : tirant les conséquences de ce que le système de protection sociale ne prenait pas en compte toutes les situations de pauvreté, puisque chacune des aides était ciblée sur une typologie particulière d'individus, le RMI traduit la nécessité de « *passer à une approche fondée sur la reconnaissance d'une situation de pauvreté globale et de définir un minimum de dernier recours, valable pour tous* »[118]. Cependant, même dans le cas du RMI, la faiblesse des ressources n'est pas suffisante puisque son obtention repose sur la prise en considération d'un critère subjectif : la volonté d'insertion. C'est ce qui ressort de la fine analyse à laquelle se livre M. Badel[119], se terminant sur l'idée que, si la volonté de l'individu n'a, en principe, pas d'influence sur la reconnaissance d'un droit à la satisfaction des besoins, « *elle a désormais un rôle actif, négatif si l'on considère qu'elle peut interrompre la mise en œuvre du droit, ou positif si l'on estime qu'elle est l'épine dorsale de l'effectivité du droit* »[120]. Ceci permet donc de nuancer la particularité du RMI mise en avant certains. L'insuffisance de ressources n'est jamais un élément suffisant pour l'obtention d'une prestation sociale : tout d'abord, parce que les causes de l'état de besoin de l'individu priment ; ensuite, parce que dans le cas du RMI, pourtant conçu comme le dernier filet de protection pour les personnes exclues du bénéfice des autres minima sociaux et donc rejetant, en principe, toute subordination à une cause personnelle précise, l'introduction d'un critère subjectif - la volonté d'insertion- traduit les réticences du législateur à une objectivation absolue.

De plus, l'insuffisance de ressources, élément nécessaire mais insuffisant de l'aide sociale, est une notion générique qui est loin d'être réductible à des situations de pauvreté.

2- L'insuffisance de ressources, notion affectée d'une grande plasticité

157. De nombreux textes subordonnent l'octroi de prestations sociales à une insuffisance de ressources de son bénéficiaire[121]. Il est alors tentant de voir dans cette notion le substitut juridique de celle de pauvreté, ce qui rend nécessaire une étude du contenu de la notion d'insuffisance de ressources d'après son utilisation par les textes[122].

---

[118] CSERC, *Minima sociaux, entre protection et insertion*, La D.F., 1997, p. 27. Pour une analyse de cette mutation, V. *infra*, 2e partie, titre 2.

[119] M. BADEL, thèse précitée, pp. 387-389.

[120] Id., p. 389.

[121] V., par ex. les dispositions de l'article L. 212-1 du Code de l'Action sociale et des familles : « ***lorsque leurs ressources sont insuffisantes****, les familles dont les soutiens accomplissent le service national actif* (...) *ont droit à des allocations* (...) » ; article L. 113-1 du même Code : « *toute personne âgée de 65 ans* ***privée de ressources suffisantes*** *peut bénéficier, soit d'une aide à domicile soit d'un placement chez des particuliers ou dans un établissement* » ; article D. 481 du Nouveau Code Pénal, prévoyant la possibilité d'accorder « *une aide matérielle aux détenus* ***dépourvus de ressources*** *au moment de leur libération afin de leur permettre de subvenir à leurs* ***besoins*** *pendant le temps nécessaire pour rejoindre le lieu où ils ont déclaré se rendre* » (souligné par nous).

[122] Une précision s'avère toutefois utile : il ne s'agit pas de se livrer ici à l'étude de l'ensemble du système de protection sociale. La tâche - à la supposer possible et utile au regard de la qualité des ouvrages

Or, une telle étude démontre la grande plasticité de l'état de besoin désigné par la notion de ressources insuffisantes. En effet, l'insuffisance de ressources est appréciée au regard de seuils fixés pour chacune des prestations sociales, qui diffèrent sensiblement tant dans leur montant que dans leur mode de calcul. La comparaison de quelques mesures s'avère à ce titre éclairante.

- Ainsi, par exemple, l'**Aide sociale aux familles** dont les soutiens effectuent leur service militaire : l'article L. 212-1 du CASF subordonne expressément leur octroi au fait que les familles aient des ressources insuffisantes, le préfet disposant d'un large pouvoir d'appréciation en la matière. L'ensemble des ressources en espèces et des avantages en nature de la famille est pris en compte, et divisé par le nombre de personnes dont le demandeur a la charge, le quotient ainsi obtenu étant comparé à un salaire mensuel de base fixé à 200 fois le SMIC horaire. L'insuffisance de ressources est donc constituée par le fait pour la famille de disposer d'un quotient familial inférieur ou égal à ce salaire mensuel de base[123].

- L'**accueil dans les centres d'hébergement** bénéficie, selon l'ancien article 185 du CFAS[124], notamment aux individus « *dont les ressources sont insuffisantes* », sans que le texte instaurant cette mesure n'ait précisé ni mode de calcul ni plafond. Le pouvoir du Préfet de prononcer l'admission est donc largement discrétionnaire[125] et l'insuffisance de ressources est ici une notion extrêmement souple, voire floue.

- L'**Allocation logement** est une aide accordée en fonction de la taille du foyer et du montant du loyer, qui décroît en fonction des ressources. Or, tous les revenus n'entrent pas dans la définition des ressources prises en compte. Ainsi, les prestations de minima sociaux ne sont pas incluses, tandis que les pensions de retraites ou les revenus d'activité le sont. Le CSERC voit dans ce cas de figure un exemple représentatif d'un « *effet pervers des modes de définition des ressources dans le cadre des allocations sous conditions de ressources* »[126].

- L'**Aide médicale**, avant sa réforme par la loi créant la CMU, était accordée, aux termes de l'ancien article 187-1 du CFAS à « *toute personne* (...) *pour les dépenses de soins qu'elle ne peut supporter* ». Le droit à l'aide médicale était donc subordonné à la manifestation par le demandeur de l'insuffisance de ses revenus pour satisfaire ses besoins en

---

existant en la matière - serait titanesque. Le propos est, tout au plus, de mettre en évidence le caractère éminemment variable de la notion d'insuffisance de ressources utilisée en droit de la protection sociale à travers l'analyse de quelques prestations sociales subordonnées à une insuffisance de ressources. A cet égard, deux précisions méthodologiques s'imposent : l'étude n'exclura pas de son champ les prestations non contributives gérées par les caisses de Sécurité Sociale, ce qui justifie l'emploi fréquent du vocable « protection sociale », associant aide et sécurité sociales. En effet, il convient d'adopter une définition large de l'aide sociale, et non exclusivement organique, qui intègre les prestations versées par les caisses de Sécurité Sociale dès lors que celles-ci ont un caractère non contributif et redistributif. En revanche, il convient d'écarter l'analyse des prestations familiales, quand bien même celles-ci seraient soumises à une condition de ressources. Ces dernières touchent en effet une très grande partie de la population, leurs seuils étant relativement élevés, bien que de sensibles écarts existent entre les différents plafonds de ressources. Sur ce dernier point, V. *supra*, titre 1, chapitre 2, § 90.

[123] Article 3 du décret n° 76-303 du 2 avril 1976 ; l'allocation accordée allant de 100 à 300 francs par mois, hors majoration ; pour un détail de cette allocation : M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., pp. 202-203.

[124] Codifié à l'article L. 345-1 du CASF, le texte évoque désormais « *les personnes et les familles qui connaissent de graves difficultés, notamment économiques, familiales, de logement, de santé ou d'insertion* ».

[125] Le décret n°76-526 du 15 juin 1976 confirme cette "discrétionnalité", en prévoyant que le préfet « *tiendra compte des ressources* » pour fixer l'éventuelle participation du bénéficiaire aux frais de prise en charge ; V. pour plus de détails M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., p. 458.

[126] CSERC, rapport précit., p. 13.

soins. Si, en principe, toutes les ressources du demandeur étaient prises en compte, les créances alimentaires, les aides personnelles au logement et les prestations à objet spécialisé telles qu'allocation de rentrée scolaire, éducation spéciale, etc, étaient exclues du calcul. De surcroît, ces revenus ainsi additionnés étaient comparés à un barème départemental fixant les ressources en deçà desquelles le demandeur est admis de plein droit à l'aide médicale. L'insuffisance de ressources n'était donc pas appréciée de façon uniforme sur l'ensemble du territoire[127]. Cependant, le dépassement du plafond fixé par ce barème ne saurait exclure tout bénéfice de l'aide médicale : dans cette hypothèse, chaque demande était appréciée au cas par cas, au regard notamment des charges de l'intéressé. L'insuffisance de ressources était donc, là encore infiniment relative[128].

La conclusion s'impose à l'évidence : à la diversité des aides accordées correspond une diversité de situations économiques des bénéficiaires. Chaque prestation détermine le montant maximal de ressources en dessous duquel celles-ci seront considérées comme « insuffisantes », et prévoit également le mode de calcul de ces dernières, qui peut varier très sensiblement d'une aide à l'autre[129]. L'hétérogénéité des conditions d'attribution des prestations sociales conduit donc l'analyse à une impasse : il apparaît impossible de dégager des critères communs à l'ensemble de ces dernières pour cerner une hypothétique notion de pauvreté.

158. Une conclusion s'impose dès lors : le droit de la protection sociale ne permet pas de fonder une définition juridique de la pauvreté. Ce constat est certain au regard de la nature intrinsèque du système de protection sociale. Caractérisé par une « *interprétation émiettée* »[130] du problème de la pauvreté qui conduit à des mesures ponctuelles, décousues et manquant de coordination, le système de protection sociale présente l'allure d'un édifice complexe et ambitieux, mais construit pierre après pierre, sans architecte d'ensemble. Ou alors, celui-ci tiendrait plus du facteur Cheval que de Nicolas Ledoux… Les spécialistes de la protection sociale soulignent les effets pervers d'une telle complexité : l'absence d'un programme général de lutte contre la pauvreté, qui aurait dû précéder et provoquer la création de mesures catégorielles, a eu pour effet de mettre en place un système à caractère sectoriel, alors que la pauvreté est un phénomène global qui devrait faire l'objet d'un traitement d'ensemble défini en conséquence[131]. Une telle spécificité a

---

[127] L'aide médicale gratuite joue désormais un rôle subsidiaire, dans la mesure où la loi relative à la CMU a contribué à généraliser l'accès aux prestations en nature, en fixant un seuil unique de ressources de 3600 francs (548,82 euros) par mois en 2001. Sur ce point, V. *supra*, titre 1, chapitre 2, § 94.

[128] M. BORGETTO souligne ainsi les inégalités résultant de ce système, qui tiennent « *à l'appréciation très variable qui est faite d'un département à l'autre* (...) *des ressources du demandeur ou encore au caractère fluctuant (lorsque des barèmes départementaux existent) du montant des revenus exigés pour prétendre à l'admission de plein droit* » (« La réforme de la Sécurité Sociale, continuité ou déclin du modèle républicain ? », *Droit Social*, 1997, p.879) ; V. également, Ph. LIGNEAU, « L'aide médicale moribonde ? », *Mélanges E. Alfandari*, Dalloz, 2000, pp. 389-403, spé. p. 392, l'auteur soulignant « *l'importance des zones de pouvoir discrétionnaire à l'admission* ».

[129] Sans entrer dans le détail des complexités de ces calculs, on peut ainsi noter que les revenus du conjoint peuvent dans une large mesure, s'ajouter aux allocations d'un chômeur de longue durée et non au bénéfice du RMI. Pour une critique de ces incohérences : M. DOLLÉ, « Minima sociaux : plus de cohérence pour plus de justice ? », *Droit Social*, 1998, p. 257.

[130] J.-P. HIERNAUX et D. BODSON, « La pauvreté et les politiques : une analyse critique pour susciter des alternatives », *RFAS*, 1981, p. 14.

[131] P.-A. MERCIER et V. SCARDIGLI, « Pourquoi les pauvres ? De l'inégalité à l'exclusion sociale », *Droit Social*, 1974, p. 18.

deux conséquences notables : la première est de minimiser son efficacité ; ceci permet à J.-J. Dupeyroux de constater que les systèmes de protection sociale contribuent à réduire la pauvreté mais ne sont pas destinés à la supprimer[132]. La seconde conséquence est de nature épistémologique : elle consacre l'impossibilité de trouver une définition juridique de la pauvreté à partir du droit de la protection sociale. Le paradoxe est alors total : édifié dans son principe pour réduire la pauvreté, ce « *mauvais géant* » dont parlait Beveridge, le droit de la protection sociale ne se réfère pas à elle. Le concept lui est consubstantiel, sans jamais atteindre le statut d'objet scientifique, tant il est dissimulé derrière les notions de risque social et de besoin…

A la question du Doyen Savatier, qui s'interrogeait en 1950 sur les personnes devant « *nourrir, vêtir et loger les pauvres gens sans ressources* »[133], le droit, tant civil que social, apporte des réponses certaines. La règle de droit définit parfaitement les débiteurs de l'obligation ainsi que les modalités selon lesquelles ils sont tenus de s'acquitter de celle-ci. La seule interrogation subsistant, et elle est de taille, est de savoir "qui" sont ces "pauvres gens". Le droit à cet égard reste muet : utilisant, pour le déclenchement de la règle juridique, une notion de besoin revêtant des contenus variables, il appréhende la pauvreté sans offrir aucune possibilité de la définir juridiquement. On la devine pourtant omniprésente derrière les règles édictées tendant à préserver du besoin un individu : elle se profile sous la législation sociale tendant à assurer un « minimum » au chômeur de longue durée privé de revenus, elle apparaît derrière l'obligation alimentaire, lorsque celle-ci commande au fils de prodiguer des secours à ses parents invalides et démunis, elle transparaît derrière les dispositions de l'aide sociale assurant des subsides à toute personne « dont les ressources sont insuffisantes »... mais elle disparaît vite derrière la notion de besoin. Or, une telle "évanescence" se constate également lorsque le besoin est une cause, non plus d'intervention de la norme, mais de sa modulation.

SECTION 2
LE BESOIN, JUSTIFICATION DE LA MODULATION DE LA NORME

« *Le terme de besoin reste auréolé d'une sorte de mystère qui fait que le législateur hésite à l'employer, alors qu'il ne fait aucun doute que c'est ce concept qu'il a entendu viser tout en employant d'autres termes* »[134]. La remarque s'avère tout à fait fondée : sans que la notion de besoin n'apparaisse expressément, elle est implicite dans différentes branches du droit, qu'il soit pénal, fiscal ou civil et justifie une inflexion de la règle pénale (§ 1) ou une exonération financière (§ 2).

§1- Le besoin, justification d'une inflexion de la règle pénale

159. L'état de nécessité se définit comme la « *situation d'une personne qui ne peut sauvegarder ses intérêts légitimes ou ceux d'autrui qu'en commettant un acte*

---

[132] J.-J. DUPEYROUX, ouvrage précité, § 150, l'auteur ajoutant, au paragraphe suivant, que bien que le système de protection ne puisse pas éradiquer la pauvreté, il reste cependant perfectible.
[133] R. SAVATIER, article précité, p. 149.
[134] A. SAYAG, précit., p. 306.

délictueux. (Il) *constitue un fait justificatif et supprime en conséquence l'infraction* »[135]. Au regard des renvois aux notions de besoin et d'aliment opérés par le dictionnaire juridique, il est tentant d'assimiler état de nécessité et de besoin. Il convient dès lors d'examiner si le besoin constitue une cause de modulation, voire d'éviction, de la règle de droit pénal et si l'utilisation jurisprudentielle de l'état de nécessité est susceptible de fonder une définition juridique de la pauvreté. Or, il est d'ores et déjà possible de constater que, si l'état de nécessité est une notion prétorienne utilisée pour exonérer de leurs actes délictueux des nécessiteux (I), elle a dégagé une acception stricte du besoin, irréductible à la pauvreté (II).

I- La reconnaissance de la nécessité du "nécessiteux"

« *Summus jus, summus injuria* ». La maxime latine donne d'ores et déjà le ton : l'état de nécessité constitue un correctif, introduit au nom de l'équité et de la morale (A), à l'application indifférenciée de la règle pénale au nécessiteux (B).

A- Des fondements religieux et moraux traditionnels

160. « *Le pauvre a toujours posé des problèmes particuliers aux pénalistes* »[136]. La réflexion de l'historien du droit s'avère particulièrement exacte : comment punir le malheureux qui ne cherche, à travers son acte délictueux, qu'à se maintenir en vie ?

L'excuse tirée d'une situation de dénuement matériel est ancienne : le principe « *necessitas excusat* », selon lequel, en cas d'extrême nécessité, l'affamé peut prendre à un tiers ce qui lui est nécessaire pour se libérer d'une mort certaine, a été forgé par les théologiens médiévaux. La primauté accordée à la vie au détriment de la propriété était alors justifiée par deux arguments. Le premier résidait dans le devoir de charité affirmé sans relâche par la doctrine chrétienne. Le manquement à une telle obligation constituait un péché éminent, une manière d'être homicide prouvant une préférence donnée à l'argent au détriment de la personne humaine. Comme refuser à l'affamé les moyens de sa subsistance était criminel, le pauvre pouvait se prévaloir d'une présomption implicite d'autorisation du propriétaire. Cet argument théologique était corroboré par une seconde justification, selon laquelle, en temps de nécessité, les biens devaient retrouver leur nature originelle de communauté universelle. Les biens devenant *res communis*, le vol n'était pas constitué et l'indigent pouvait être absout de cette appropriation[137]. Cette théorie du retour à l'état de nature fut par la suite reprise par l'école du droit naturel, Grotius, Burlamaqui et Pufendorf affirmant cette exception conforme au contrat social[138].

---

[135] CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 5e éd., 1996, V° « Etat de nécessité ».
[136] A. LEBIGRE, « Inégalités sociales et droit pénal », *Mélanges J. Imbert*, PUF, 1989, p. 360.
[137] V., pour une étude historique de l'état de nécessité, J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, PUF, 1990, p. 290 ; G. COUVREUR, *Les pauvres ont-ils des droits ? Recherches sur le vol en cas d'extrême nécessité depuis la concorda de Gratien (1140) jusqu'à Guillaume d'Auxerre (†1231)*, Thèse Droit, Paris, 1961, 346 p. ; A. LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'Ancien droit, XVIe-XVIIIe siècle*, LGDJ, 1970, pp. 342-343.
[138] V. sur ce point l'analyse de A. LAINGUI, précit., pp. 342-343.

Ces principes canoniques et théologiques ont trouvé un écho dans le droit "pénal" de l'Ancien Régime. Les juges médiévaux admettaient facilement de considérer la misère comme une circonstance atténuante du vol d'aliments ou de vêtements, sans, la plupart du temps, aller jusqu'à la relaxe complète. Les historiens relèvent ainsi la présence sur les registres criminels de la mention « *délivré par pauvreté* » ou de règles de droit coutumier incitant à la clémence envers les auteurs de petits larcins faits par « *motif de pauvreté* ». La doctrine laïque, telle celle de Jousse ou de Loisel, insistait toutefois sur les conditions de l'état de nécessité : l'objet du larcin devait être médiocre (pain, quelques morceaux de bois pour se chauffer) et l'état de besoin de l'accusé manifeste[139].

Cette indulgence des juges s'est toutefois raréfiée à la fin de l'Ancien Régime. Des notes discordantes dans ce climat doctrinal de mansuétude s'élèvent contre les excuses accordées aux pauvres, au nom de l'exemplarité de la condamnation. Certains auteurs attribuent cette évolution à la pénétration dans l'*opinio juris* de l'idée du caractère inviolable et sacré du droit de propriété, en attendant d'être solennellement consacrée le 26 août 1789[140]. Empreint de ce fondement libéral, le XIXe siècle s'avère logiquement une parenthèse impitoyable pour l'affamé et le symbole mythique d'un Jean Valjean envoyé au bagne pour le vol d'un pain se veut la dénonciation d'une jurisprudence sévère pour les misérables. Mais, à la fin du siècle, une affaire judiciaire passionne l'opinion publique et permet de redécouvrir le principe théologique. Une fille-mère était poursuivie pour avoir volé un pain afin de nourrir son enfant, affamé par 36 heures de jeûne absolu. L'affaire est jugée par le juge Magnaud, qui relaxe la prévenue au terme d'un jugement célèbre fondé sur la nécessité dans laquelle se trouvait la jeune femme[141].

La notion de nécessité entame alors une période d'« *existence clandestine* »[142], jusqu'à sa consécration officielle par la jurisprudence, toujours dans une espèce où la pauvreté de l'auteur du délit était à l'origine de l'acte

---

[139] A. LAINGUI, précit., pp. 334-335.

[140] A. LEBIGRE, précit., p. 362.

[141] « *Attendu que la prévenue a à sa charge un enfant de deux ans pour lequel personne ne lui vient en aide et que, depuis un certain temps, elle est sans travail malgré ses recherches pour s'en procurer (...) Qu'il est regrettable que dans une société bien organisée, un des membres de cette société, surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute ; que lorsqu'une pareille situation se présente et qu'elle est très nettement établie, le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi. Attendu que la faim est susceptible d'enlever à tout être humain une partie de son libre arbitre et d'amoindrir en lui la notion du bien et du mal ; (...) Qu'un acte ordinairement répréhensible perd beaucoup de son caractère frauduleux lorsque celui qui le commet n'agit que par l'impérieux besoin de se procurer un aliment de première nécessité, sans lequel la nature se refuse à mettre en œuvre notre constitution physique ; (...) Que l'intention frauduleuse est encore bien plus atténuée lorsqu'aux tortures aiguës résultant d'une longue privation de nourriture, vient se joindre le désir si naturel chez une mère de les éviter à un jeune enfant dont elle a la charge ; (...) Qu'il résulte que tous les caractères de la préhension frauduleuse, librement et volontairement perpétrée ne se retrouvent pas dans le fait accompli par Louise Ménard qui s'offre à désintéresser le boulanger sur le premier travail qu'elle pourra trouver ; (...) Que si certains états pathologiques, notamment l'état de grossesse, ont souvent permis de relaxer comme irresponsables les auteurs de vols accomplis sans nécessité, cette irresponsabilité doit, à plus forte raison, être admise en faveur de ceux qui n'ont agi que sous l'irrésistible impulsion de la faim* » ; TC Château-Thierry, 4 mars 1898, reproduit par A. ROSSEL, *Le bon juge,* coll. Est-ce ainsi que les hommes vivent ?, 1983, L'arbre Verdoyant éditeur, pp. 9 et s. ; confirmé par CA Amiens, 22 avril 1898, *Sirey*, 1899. II. 1, note JOSSERAND.

[142] J. PRADEL, *Droit pénal général*, Ed. Cujas, 12e éd., 1999, n° 375, p. 340.

délictueux. La première décision reconnaissant explicitement l'état de nécessité est un jugement de relaxe prononcé en 1956 en faveur d'un individu poursuivi pour construction sans permis de construire, alors qu'il entendait offrir à sa famille des conditions de vie décentes[143]. Le prévenu vivant dans un local insalubre, envahi par l'eau la moitié de l'année au point que la santé d'un de ses deux enfants avait été affectée, le tribunal en déduit la nécessité qui était sienne de procurer à sa famille un nouveau logement, plus salubre et confortable.

Longtemps purement jurisprudentielle, la théorie de l'état de nécessité a reçu une consécration législative par l'article 122-7 du Nouveau Code Pénal, lequel dispose que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ». Les perspectives ainsi ouvertes sont multiples et recoupent des espèces fort diverses. Bien que l'exonération dépasse largement le cadre des hypothèses où la pauvreté du prévenu est en cause, il est cependant possible recenser les espèces où la notion trouve à s'appliquer à des situations d'indigence.

B- Des applications limitées

Au vu de la jurisprudence, il apparaît que c'est uniquement en matière de vol d'aliments (1), de logement (2) et de mendicité et vagabondage (3) que la notion d'état de nécessité trouve à s'appliquer à des situations de pauvreté.

1- Pauvreté et vol d'aliments

161. En matière de vols d'aliments, deux arrêts de Cour d'Appel font référence à une situation d'indigence de l'auteur de l'acte délictueux. Le premier, rendu par la Cour d'Aix-en-Provence en 1992, relaxe un père de famille, privé d'emploi et menacé d'expulsion locative, qui avait volé de l'eau par branchement frauduleux à un compteur, suite à une coupure d'alimentation pour non-paiement des redevances. Selon la Cour, « *de tels agissements justifiés par la situation du prévenu, qui a agi en état de nécessité, s'analysent comme un acte socialement utile à sa famille et ne sauraient constituer le délit reproché* »[144].

Le second a défrayé la chronique en 1997. Au terme du procès, la Cour de Poitiers[145] a condamné une prévenue poursuivie pour avoir commis trois vols consécutifs dans des grandes surfaces, portant tous sur des denrées alimentaires (viande et charcuterie) et d'un montant approximatif de 500 francs chacun. L'affaire est exemplaire en tout point et n'est pas sans rappeler le cas de la fille Ménard : la requérante, mère célibataire en charge de deux enfants de 19 et 3 ans pour lesquels elle ne percevait pas de pension alimentaire, était confrontée à une « *situation financière particulièrement difficile* », reconnue par la Cour. Exerçant un emploi à temps partiel de commis de cuisine, malade de surcroît, elle ne survivait qu'avec

---

[143] TC Colmar, 27 avril 1956, *D.*, 1956, p. 500.
[144] CA Aix-en-Provence, 5e ch., 15 septembre 1992, *Edidata* n° 047931.
[145] CA Poitiers, 11 avril 1997, sur appel formé contre TC Poitiers, 5 février 1997, *D.*, 1997.II.512 et s., note A. WAXIN ; *JCP*, 1997.II.22933, note A. OLIVE ; les citations suivantes sont extraites, sauf indication contraire, de l'arrêt précité.

4478 francs par mois, ce qui, au regard de ses charges de loyer, des frais de nourrice et de transport pour la scolarité de ses enfants ainsi que son traitement de chimiothérapie, ne lui laissait que 3000 francs pour subvenir au reste de ses dépenses habituelles, alimentaires, vestimentaires et scolaires pour elle et ses deux enfants. Les audiences des décisions rendues sur son affaire en première instance et en appel témoignent d'une souffrance éminemment pathétique, suscitant compassion et indignation dans l'opinion publique. La prévenue reconnaissait avoir « "*craqué*" *devant les rayons des supermarchés qui lui montraient ce qu'elle ne pouvait offrir, au moins une fois, pour améliorer* (l')*ordinaire alimentaire* » de ses enfants, qui s'étaient plaints à maintes reprises de ne manger que de la purée ou des pâtes au jambon. L'état de nécessité, reconnu en première instance, a été rejeté en appel, la Cour ayant principalement souligné « *qu'aucun élément n'est produit de nature à démontrer un retentissement de cette situation économique sur l'état de santé des enfants de la prévenue* ». En l'absence de danger réel et imminent pesant sur la santé de sa famille et au regard des « *quantités importantes de viande* » volées, considérées par la Cour comme « *incompatibles avec le seul acte nécessaire à la sauvegarde de la personne menacée au sens de l'article 122-7 du Code Pénal* », l'état de nécessité n'a pas été prononcé. Annick G., la "voleuse de viande", était donc logiquement condamnée.

Les décisions rendues en matière de vol d'aliments sont exceptionnelles. Plus nombreuses, en revanche, sont celles concernant des affaires de logement et la question du "squattage" locatif dont des associations médiatisées, comme Droit au Logement, se sont fait les promoteurs face à la crise locative.

2- Pauvreté, squattage et logement

162. Le problème social des mal logés s'est posé à deux reprises dans notre histoire récente : dans les années cinquante, où la rigueur de l'hiver 1954 fit connaître l'Abbé Pierre et découvrir l'ampleur du phénomène, et depuis quelques années, où la spéculation immobilière suscite une grave crise du logement. La jurisprudence pénale, reflet des tensions sociales, donne durant ces deux périodes des illustrations de l'application de la notion d'état de nécessité au "squattage" locatif.

La jurisprudence des années cinquante est dans l'ensemble assez réticente à admettre l'état de nécessité en faveur des squatters. Ainsi, en 1957, un jugement refuse, par des attendus incisifs, de retenir l'état de nécessité invoqué par une association de sans-logis qui s'était introduits dans un appartement inoccupé : « *il suffit de constater que de nombreuses familles, qui se heurtent à des difficultés au moins égales à celles des défendeurs, ne se croient pas pour autant autorisées à envahir des immeubles qui se trouvent libres* » relève le tribunal. « *Il appartient à la collectivité tout entière de remédier à cet état de choses et* (...) *si des associations privées peuvent y contribuer, c'est à la condition de rester dans la légalité et non de pratiquer la politique du fait accompli ;* (...) *les tribunaux, qui sont les gardiens naturels de la propriété et de la liberté ont pour mission essentielle, au-delà des contingences immédiates, de faire respecter les règles de droit positif et de veiller à*

ce que les sans-logis les plus réfractaires et les plus hardis n'aient pas satisfaction au détriment de souvent plus dignes d'intérêts »[146].

Alors que les ghettos nés des cités d'urgence édifiées en hâte après la Seconde guerre mondiale ont à peu près disparu, la crise du logement a pris, depuis les années quatre-vingt, une nouvelle forme, relançant les opérations "coup de poing" d'occupation des logements vacants par des familles de sans-logis ou de mal-logés. La jurisprudence pénale contemporaine est nuancée quant à la possibilité d'admettre l'état de nécessité à leur profit. Ainsi, la Cour d'appel de Rennes, en 1986[147], rejette le bénéfice de son application en raison du défaut d'adéquation entre le moyen employé (occupation d'un local à usage provisoirement vide par une famille mal-logée) et l'actualité du besoin et de la menace. La Cour souligne la disproportion existant entre l'intérêt de loger une famille démunie, certes mal-logée mais ayant passé le plus dur de l'hiver, et le squattage pratiqué : l'intérêt de la famille n'est pas supérieur à l'intérêt du locataire en titre, titulaire d'une autorisation préfectorale d'exercer son commerce dans l'immeuble investi.

Une jurisprudence plus récente, rendue en matière civile mais utilisant la notion d'état de nécessité, adopte une solution contraire. La Cour d'appel de Paris, en 1993[148], avait à se prononcer sur le sort de locaux inoccupés appartenant à la Ville de Paris, investis par l'association Droit au Logement et 23 familles mal logées ou sans logis. L'arrêt de la Cour d'appel souligne l'état de nécessité prévalant : ayant relevé que le dépôt de nombreuses demandes de logement auprès des offices HLM de la ville de Paris et des communes avoisinantes n'avait pas abouti (« *considérant que, malgré leurs efforts* (...) *pour rechercher un logement, les appelants n'ont pas été en mesure de trouver un lieu décent d'hébergement leur permettant d'attendre une solution convenable susceptible de donner à leurs familles des conditions de vie acceptables* »), la Cour en déduit « *que c'est donc contraints par la nécessité qu'ils ont été conduits à occuper des locaux abandonnés depuis plusieurs années* ». La voie ouverte par la Cour d'appel a été suivie, sept ans plus tard et au pénal cette fois-ci, par le Tribunal correctionnel de Paris[149] : un père de famille qui avait investi irrégulièrement un logement HLM était poursuivi pour « dégradation ou détérioration grave d'un bien appartenant à autrui ». Le tribunal, notant que la famille demeurait précédemment dans un studio insalubre de huit mètres carrés, a estimé que vivre dans ces conditions constitue « *un danger réel, actuel et injuste* » pour l'enfant et ses parents. Considérant qu' « *aucune suite concrète* » n'avait été apportée à sa demande d'attribution de logement social, le jeune homme a eu « *une réaction nécessaire et mesurée* (à ce) *danger* » en fracturant la porte de l'appartement pour y installer sa famille. Les éléments constitutifs de l'état de nécessité étant réunis, le prévenu est relaxé, au terme d'un raisonnement fort éloigné de celui prévalant cinquante ans plus tôt…

---

[146] Trib. Civ. du Mans, 9 juillet 1957, *D.*, 1958.1.357.
[147] CA Rennes, 25 février 1986, cité B. BALLOUNEY, *La notion d'état de nécessité en droit pénal et en droit civil*, Thèse Droit Paris 1, 1997, p. 96.
[148] CA Paris, 26 août 1993, confirmée par C. Cass., 1er mars 1995 ; V. sur ce point S. LAUSSINOTTE, « Droit au logement et état de nécessité », *Droit Ouvrier*, 1994, pp. 66 et s. ; A. BRANE, O. BRANE, M. KERLANN, « Squat et droit au logement », *GP*, 1995, doctrine, pp. 1060 et s.
[149] Trib. corr. Paris, 28 novembre 2000, *Le Monde*, 30 novembre 2000, p. 11.

Par ailleurs, la jurisprudence pénale a utilisé la nécessité comme fait justificatif dans certaines hypothèses de délits de mendicité et de vagabondage sous l'empire de l'ancien Code Pénal.

3- Pauvreté, mendicité et vagabondage

163. Cette jurisprudence donne l'occasion de retrouver le Président Magnaud. Le "bon juge" relaxait, en janvier 1899, un mendiant condamné quarante-deux fois et ayant passé onze années en prison[150], rejoignant en cela la solution retenue, quelques années auparavant, par la Cour d'appel de Dijon[151]. La même justification se retrouve dans une affaire récente, alors que la mendicité était encore incriminée par le Code Pénal. Le Tribunal correctionnel de Lorient relaxe, en 1987, un individu poursuivi pour délit de mendicité, principalement en raison du contexte socio-économique ne le considérant pas comme valide, surabondamment parce que « *la situation de détresse totale du prévenu, sans ressources financières depuis de nombreuses années, est de nature à constituer l'état de nécessité,* (...) *cause objective d'une irresponsabilité pénale* (...) *Une solution inverse conduirait le ministère public à poursuivre sur le fondement de l'article 275 du Code Pénal toute personne ne pouvant justifier de ressources suffisantes et à organiser de véritables interpellations collectives dans les locaux de l'aide sociale, à la sortie des offices religieux, ou dans les files d'attente interminables, à l'entrée des locaux de l'ANPE ou des " Restaurants du Cœur "* (...) *Il conviendrait de même de poursuivre au titre de la complicité tout individu qui, au nom de la solidarité prônée par nos gouvernants, aurait ainsi facilité ou permis la commission du délit de mendicité »*[152]. L'arrêt rendu en appel confirme le jugement, par une substitution de motifs se plaçant cette fois sur le terrain de l'absence d'élément intentionnel[153].

Cette jurisprudence est intéressante à plus d'un titre. Outre le fait qu'elle témoigne d'une réticence des tribunaux à condamner pour fait de mendicité, constatant en cela l'obsolescence du délit quelques années avant qu'il ne soit abrogé par le législateur, elle marque l'ambiguïté de la notion de nécessité appliquée à une situation d'indigence, permettant en cela de tenter une analyse critique de la jurisprudence pénale.

II- Le juge pénal et le besoin du pauvre

L'analyse des relations entre la notion pénale de nécessité, le besoin et la pauvreté soulève différentes difficultés d'ordre épistémologique résultant, d'une part, d'une jurisprudence ambiguë et peu assurée (A), d'autre part, de considérations intrinsèques à la finalité du droit pénal (B).

---

[150] A. ROSSEL, précit., p. 47.

[151] CA Dijon, 9 juin 1875, *DP*, 1875.5.316, ne se rend pas coupable du délit de mendicité l'individu qui « *travaillant habituellement dans l'exercice d'une profession lui procurant des ressources insuffisantes à son existence, et, à défaut d'invalidité, ne recourt à la générosité publique qu'accidentellement et dans le cas d'une nécessité pressante, au moyen de quêtes faites à domicile sans publicité* ».

[152] TC Lorient, 24 septembre 1987, confirmé par CA Rennes, 29 février 1988, *Proc. Lorient c/ de K.*, *D.*, 1989.II., pp. 29-32, note D. MAYER.

[153] « *Il n'est pas établi, en l'état des difficultés existant pour la recherche d'un emploi, que de K. ait délibérément choisi ce mode d'assistance* », CA Rennes, 29 février 1988, précit.

A- Les ambiguïtés jurisprudentielles

L'ambiguïté de la jurisprudence sur l'état de nécessité provient de la réticence du juge à appliquer la règle pénale dans toute sa sévérité à des individus dont le dénuement inspire la clémence. Le dilemme du juge est éternel, entre l'obligation d'appliquer la loi pénale et un désir de justice le poussant à exonérer le malheureux. En somme, c'est Antigone qui se profile… Or, la jurisprudence pénale traduit ce malaise, le recours à des considérations humanitaires (1) entraînant certaines confusions juridiques (2).

1- Le fréquent recours à des considérations humanitaires

Un premier constat s'impose à la lecture des décisions statuant sur la reconnaissance d'un état de nécessité lorsque la pauvreté du prévenu est en cause : la forte incidence de considérations morales chez les juges du Parquet et du Siège influe directement sur les différentes étapes de la procédure pénale, à savoir la poursuite (a.) et le jugement (b.), et rend malaisée l'analyse juridique.

a- L'humanité contre les poursuites à l'encontre du pauvre

164. Le premier lieu d'interférence entre la règle de droit et des considérations humanitaires appelant l'indulgence réside, à un stade pré-juridictionnel, dans le pouvoir discrétionnaire du Parquet d'apprécier l'opportunité des poursuites. La faiblesse quantitative des relaxes pour cause de nécessité s'explique par le grand nombre de classements sans suite. L'exemple symbolique de l'affaire Ménard ne se retrouve pas dans les annales de la jurisprudence récente, non parce que des vols de nourriture n'ont plus cours, mais bien parce qu'ils ne sont plus poursuivis.

La disparition de l'état de nécessité derrière l'institution du classement sans suite, soulignée par certains auteurs[154], est extrêmement fréquente : les enquêtes mettent en évidence la difficulté de certains parquets à résoudre un conflit entre « *deux principes de pénurie* »[155] : pauvreté des voleurs, d'une part, et misère d'une institution judiciaire, d'autre part, ne pouvant se permettre de poursuivre tous les délits sous peine d'asphyxie. Le système pénal repose plus sur la capacité d'adaptation du parquet que sur l'éventuelle multiplication des relaxes sur le fondement de l'état de nécessité. Le Code pénal ne distinguant pas différentes catégories de vols simples en fonction des montants, les parquets jouent avec pragmatisme du principe de l'opportunité des poursuites, ce qui n'est pas sans poser un problème d'inégalité de traitement sur le territoire[156]. La conséquence est double. Sur un plan sociologique, la pratique du parquet traduit une hésitation entre le pragmatisme et la morale. La misère extrême sera exonérée, voire aidée par l'appel aux services sociaux, sans que la règle pénale ne soit en cause, ce qui réduit d'autant

---

[154] J. PRADEL, précit., n° 341, p. 392.

[155] Sources : J. FENOGLIO et C. PRIEUR, « Face aux vols liés à la pauvreté, les tribunaux se montrent pragmatiques », *Le Monde*, 2-3 mars 1997.

[156] Ainsi, à Créteil, Valenciennes ou Bobigny, un simple avertissement est infligé à l'auteur d'un premier larcin ; d'autres parquets poursuivent à partir d'un seuil fixé ; certains ne font comparaître que les récidivistes ; d'autres enfin ordonnent une enquête de personnalité « *afin de comprendre ce qui a conduit l'auteur à commettre l'infraction* » permettant de « *déceler un problème complexe et lui apporter une réponse : une orientation sur des aides sociales ou une aide de recherche d'emploi* » (J. FENOGLIO et C. PRIEUR, précit.).

l'analyse de la prise en compte de la pauvreté par le droit. Sur un plan purement juridique, la pratique de classement sans suite des vols commis sous l'emprise de la nécessité fait sortir du champ du droit pénal les exemples les plus flagrants de dénuement matériel. Le juge pénal ne rencontre pas, ou plus, les paradigmes du fait justificatif, telle la faim conduisant à voler une boite de conserve. Ceci signifie, *a contrario*, qu'il ne connaît que les situations litigieuses, dans lesquelles la nécessité n'est pas évidente. D'où la difficulté méthodologique qui s'ensuit de définir précisément la pauvreté à travers le champ de l'état de nécessité. De plus, dans les rares cas où le juge doit se prononcer sur de telles hypothèses, il le fait sur la base d'un raisonnement souvent empreint de considérations humanitaires, ce qui affecte ces jugements d'une faiblesse qualitative.

b- L'humanité contre la condamnation du pauvre

165. La motivation du jugement rendu par le Président Magnaud dans l'affaire Ménard est exemplaire, en affirmant que « *le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi* ». Cette élaboration indépendante du droit a été sévèrement critiquée en son temps par F. Gény : « *au lieu de dire le droit,* (le juge Magnaud) *se préoccupe surtout de le juger des hauteurs de son propre esprit* », procédant à une interprétation subjective de la loi, qui consiste « *en de vagues considérations, plus aptes à toucher le sentiment qu'à affermir la raison* »[157]. Sans suivre la condamnation catégorique de F. Gény, voyant dans la jurisprudence du juge de Château-Thierry « *un impressionnisme anarchique* » dû à « *l'influence dissolvante de son flottant humanitarisme* »[158], force est de constater que les critiques de l'auteur trouvent à s'appliquer à beaucoup d'arrêts dans lesquels l'état de nécessité du prévenu est apprécié. Ceci est particulièrement évident dans les affaires où le juge, saisi d'un acte délictueux commis par un individu en grande précarité, relaxe le prévenu en vertu de préoccupations sociales et humanitaires qui entachent la rigueur du raisonnement juridique. Il apparaît en effet dans bon nombre d'espèces que, lorsque la relaxe est prononcée, c'est sur la base, soit d'une condamnation morale de la société, soit d'une prise en compte de l'état psychologique de l'individu.

La première justification est flagrante dans l'affaire Ménard : « *il est regrettable que dans une société bien organisée, un des membres de cette société, surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute* » écrit le Président Magnaud… L'imputation explicite d'une responsabilité de la société permet au juge de minimiser celle de la jeune femme[159]. La même idée se retrouve dans le jugement rendu par le tribunal correctionnel de Lorient[160], relaxant un mendiant sur le double fondement d'une interprétation particulière de la « validité » de ce dernier et de son état de nécessité, au terme d'un raisonnement

---

[157] F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1e éd., 1919, rééd. 1995, LGDJ, T. 2, § 199, pp. 298-299.
[158] F. GENY, précit., § 200, p. 303.
[159] Ce que F. Gény avait parfaitement relevé : « *le président Magnaud met en saillie les lacunes ou les vices de l'organisation sociale, pour ériger le juge en correcteur de ces désordres, en excusant ou dédommageant les malheureux qui en paraissent les victimes. La critique de l'organisation sociale lui sert ainsi à la réhabilitation de l'individu* », précit., § 199, p. 301.
[160] TC Lorient, 24 septembre 1987, précité.

mettant clairement en lumière la responsabilité de la société dans l'extension du fait social de mendicité. Elle apparaît également dans les affaires récentes de squattage locatif. Ainsi, dans son arrêt de 1993, la Cour d'Appel de Paris marque, dans ses considérants, une réprobation manifeste à l'égard de la Ville propriétaire[161], avant de souligner l'existence d'un état de nécessité. Dans le même ordre, la jurisprudence semble admettre plus facilement l'état de nécessité lorsque l'immeuble squatté appartient à des institutions (communes, banques, etc.), et s'analyse en des locaux vacants pour des raisons de spéculation immobilière. L'arrêt rendu en 1994 par la Cour de Cassation est topique, le propriétaire requérant étant une grande banque (Crédit Agricole) mise en cause dans l'entretien de la crise du logement[162]. En effet, le principe veut que l'occupation sans titre ne doit pas léser le « besoin légitime » du titulaire en titre du logement. Or, selon cette jurisprudence, cette notion ne saurait recouvrir le souci de voir inoccupé un local à usage d'habitation ou de bureau à des fins de spéculation immobilière, celle-ci étant précisément à l'origine de la crise du logement. Cette conception jurisprudentielle de la légitimité du besoin du propriétaire en titre est purement morale -elle n'est, d'ailleurs, pas sans rejoindre la doctrine canoniste sur les spéculateurs en matière alimentaire volés par les victimes des famines que leurs agissements ont provoquées-. Car, après tout, la finalité d'une institution bancaire n'est pas de répondre aux aspirations sociales du moment, son objet social, sa raison d'être, étant purement financiers. Dès lors, considérer comme « illégitime » le souci d'une banque de développer son capital, fut-ce en favorisant la spéculation immobilière, procède d'une interprétation morale quelque peu saugrenue au regard des principes libéraux sur lesquels le droit se fonde.

En réalité, cet amalgame opéré par le juge provient d'une confusion : le juge tend à analyser la situation de l'indigent sous le couvert de l'état de nécessité comme participant d'un affrontement de deux ordres normatifs différents, le droit et la morale, au lieu de procéder à une conciliation entre deux normes, la règle pénale d'une part, le droit fondamental d'autre part. Or, le juge pénal ne procède que rarement à une telle conciliation juridique[163] et imprègne ses jugements de considérations toutes subjectives, à juste titre critiquées en son temps par F. Gény.

Outre cette analyse globale du système économique et social fortement teintée de présupposés politiques et moraux, une seconde tendance regrettable apparaît dans la jurisprudence, caractérisée par une prise en compte de l'état psychologique de l'individu. L'affaire Ménard est ici encore éclairante, le juge

---

[161] Arrêt précité : « *il eût été souhaitable que les parties puissent se rapprocher pour envisager une issue compatible avec la dignité humaine* (...) *Telle n'a pas été la position de la ville de Paris* (...) *Certes, une telle expulsion* (opérée par la ville, munie d'une ordonnance de référé frappée d'appel) *est conforme à la loi, l'appel n'étant pas suspensif en matière de référé, même si elle laisse sans solution la situation de détresse des familles expulsées* ». De même, sans que l'état de nécessité ne soit relevé mais au terme d'un raisonnement fort révélateur, le Tribunal de Grande Instance de Marseille a pu assortir un ordre d'expulsion de 200 « squatteurs » d'un sursis d'une année en soulignant ainsi : « *On ne peut* (…) *qu'être confondu de constater qu'en plein hiver à Marseille 200 personnes dont 143 enfants soient amenés à investir un immeuble vide pour disposer d'un toit, ce qui semble révéler soit une carence massive en matière de logement social, de protection de l'enfance de santé, de salubrité voire même à plus long terme de sécurité publique, soit une inadéquation préoccupante entre l'offre de logement vide et l demande* ». (TGI Marseille, 16 mars 2001, *Le Monde*, 20 mars 2001, p. 20.

[162] C. Cass., Com., 12 juillet 1994, *GP*, 1995.2, panorama, p. 314.

[163] Sur ce point, V. *infra*, 2e partie, titre 2, chapitre 2, § 306.

soulignant que l'acte commis par la prévenue était dû aux tortures de la faim et à l'angoisse de voir son enfant affamé. La même tendance du juge se retrouve dans le 1er jugement rendu par le tribunal correctionnel de Poitiers, en 1997, sur l'affaire de la "voleuse de viande". Or, cette prise en compte de l'état psychologique de l'individu, reposant manifestement sur un désir charitable du magistrat, conduit à une aberration juridique : relaxer le prévenu de vol pour défaut d'intention frauduleuse -comme dans l'affaire Ménard, la prévenue « *n'ayant pas voulu la soustraction du pain en tant que délit* »-, exonérer le mendiant pour faute d'élément intentionnel -comme dans l'affaire jugée par la Cour d'Appel de Rennes, car il n'était pas établi « *en raison des difficultés existante pour la recherche d'un emploi, que de K. ait délibérément choisi ce mode d'assistance* »-. En somme, ces préoccupations charitables des juges conduisent à relever l'absence d'intention délictueuse et en inférer une relaxe justifiée par l'absence de culpabilité. Or, cette solution procède d'une confusion entre l'intention délictueuse et les mobiles. Les auteurs sont formels : « *l'intention délictueuse, c'est la conscience d'accomplir les faits décrits par la loi pénale : la conscience de tuer quelqu'un, de briser une clôture, de soustraire la chose d'autrui, etc. Or, par hypothèse, celui qui commet une infraction nécessaire agit avec cet état d'esprit. Seul les mobiles, le but qu'il poursuit, sont honorables : il ne cherche pas à nuire méchamment ou à s'enrichir, il obéit à la nécessité. Mais les mobiles, en droit français, n'ont en principe aucune incidence sur la responsabilité pénale. Il n'est donc pas possible de fonder la relaxe en pareil cas sur l'honorabilité des mobiles* »[164]. Le droit postule une indifférence à l'égard du mobile ; or, les juges, saisis d'une affaire où la pauvreté du prévenu est à l'origine du délit, tendent, à l'appui de préoccupations psychologiques, à souligner l'honorabilité des mobiles -nourrir son enfant, se maintenir en vie- pour relaxer l'individu. La primauté accordée par le juge à des considérations morales et psychologiques altère de la sorte la stricte logique juridique. Par ailleurs, elle ouvre la voie à une "dérive" jurisprudentielle tendant à voir dans la misère une contrainte.

2- La misère comme contrainte ?

166. Les décisions recensées traduisent une certaine oscillation de la jurisprudence, qui, lorsqu'elle entend exonérer la pauvreté, hésite à voir en elle soit une cause de non-imputabilité (contrainte, comme cause subjective d'irresponsabilité) soit un fait justificatif (nécessité)[165]. Cette confusion a une explication historique. L'état de nécessité est une construction jurisprudentielle : le légalisme pénal interdisant aux juges d'asseoir leurs décisions sur une cause d'exonération de responsabilité non prévue explicitement par la loi, la situation s'est avérée propice à la confusion, les juges ayant eu tendance à rattacher le concept

---

[164] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 1, Ed. Cujas, 5e éd., 1984, n° 437, p. 545.

[165] Cette confusion, particulièrement nette quand le prévenu agit en raison de difficultés matérielles, vaut pour toutes les autres hypothèses où l'état de nécessité trouve à s'appliquer, d'où les efforts doctrinaux pour clarifier les deux notions. V., sur ce point, J.-M. AUSSEL, « La contrainte et la nécessité en droit pénal, quelques aspects de l'autonomie du droit pénal », *D.*, 1956, chr. 254 ; M.-E. CARTIER, « Contrainte et nécessité », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1982, pp. 27 et s. ; A. VITU, « Contrainte morale, Etat de nécessité », *Rev. Sc. Crim.*, 1986, pp. 87 et s.

qu'ils forgeaient à des institutions voisines prévues par des textes, comme la contrainte mentionnée à l'article 64 du Code Pénal[166].

Classiquement, la contrainte se présente comme une force à laquelle on ne peut résister. L'assimilation de la famine à une force irrésistible poussant à commettre le vol d'un pain est explicite dans l'affaire Ménard, chose tout à fait compréhensible au XIXe siècle où la notion de nécessité prenait naissance. Elle était d'ailleurs approuvée par certains auteurs de l'époque, comme le doyen Josserand, selon qui il convient « *d'approuver sans réserves* » l'utilisation de la notion de contrainte morale, en ce qu'elle fait une juste application « *d'un principe dont l'exactitude a été traditionnellement reconnue, et qu'il est facile de lire dans l'article 64 du Code pénal* ». Le juriste ajoutait « *le champ d'application de la détresse comme élément de la contrainte morale existe donc ; mais il est extrêmement restreint* »[167]. Il est toutefois regrettable qu'une telle confusion perdure au XXe siècle, alors que les deux notions sont parfaitement distinguées par la doctrine : dans le cas de la contrainte, l'agent à l'obligation de subir ; dans celui de la nécessité, il a celle de choisir[168]. La première est une force irrésistible, la seconde laisse subsister le choix, en offrant à l'agent la possibilité de retenir le moindre mal. En d'autres termes, la nécessité ne contraint pas l'agent à commettre l'infraction, mais l'accule à faire le choix de la commettre[169].

Cette idée de choix est essentielle dans la définition de l'état de nécessité. Or, très souvent, la doctrine et les juges caractérisent la situation du prévenu comme un état de crise exceptionnelle, de détresse devant lequel le droit doit fléchir. Le jugement du Tribunal Correctionnel de Poitiers, qui se place sur le terrain de l'analyse psychologique de la prévenue, va en ce sens : « *on apprend aux mères, si ce n'est un instinct naturel, qu'elles se doivent de bien nourrir leurs enfants afin de leur assurer un bon développement physique et mental. Placé dans cette situation psychologique d'avoir à bien faire pour ses enfants tout en enfreignant la loi du vol, Mme X. a obéi à un état de nécessité qui lui a paru supérieur* ». La terminologie employée par le tribunal repose sur une appréciation subjective et laisse apparaître une confusion entre l'état de nécessité et la contrainte morale. « *J'ai craqué* » dit la prévenue, et cet argument est le fondement de la relaxe. Derrière l'état de nécessité retenu par les juges en première instance se profile en réalité l'idée d'une contrainte morale, poussant irrésistiblement la prévenue à voler au profit de ses enfants. Si ce jugement a été annulé en appel, c'est certainement parce que, dans la stricte orthodoxie juridique, la contrainte est une notion extrêmement encadrée : le droit pénal reconnaît bien la possibilité d'une contrainte morale, car il n'exige pas l'héroïsme et « *il faut bien admettre qu'un individu faible et impressionnable peut être complètement privé de son libre arbitre sous l'influence d'une contrainte morale* »[170]. Toutefois, les pressions qui la caractérisent doivent être non seulement directes et pressantes, mais également externes (menaces, chantage, etc.). Classiquement, la contrainte morale interne n'entraîne pas impunité, car elle ne

---

[166] M. DANTI-JUAN, « Etat de nécessité », *Encycl. Dalloz*, 1997, § 2.
[167] *DP*, 1899.II. 239.
[168] A.C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Thèse Lyon 1980, pp. 174 et s.
[169] M. DANTI-JUAN, précit., § 3.
[170] R. MERLE et A. VITU, précit., § 584, p. 735.

présente jamais un caractère d'irrésistibilité de nature à abolir le libre arbitre de l'auteur : « *il appartient à chacun de contenir ses passions et de maîtriser les mouvements de son psychisme, et le droit pénal est là pour l'y obliger* »[171] relèvent les auteurs. Or, il existe une tendance implicite chez certains magistrats à assimiler misère et contrainte morale, ce qui explique soit certaines relaxes juridiquement contestées (affaire Annick. G en première instance, ou affaire du père de famille ayant, dans l'intérêt de sa famille, construit un logement sans permis de construire[172]) soit, tout au contraire, certaines condamnations.

Ainsi, par exemple, le jugement rendu par le tribunal du Mans en 1957. Cette décision rejette le fait justificatif invoqué par des squatters, mais il est permis de se demander s'il ne rejette pas l'état de nécessité parce qu'il le confond avec la contrainte. Dans cette espèce, l'affirmation d'un choix délibéré des squatters d'investir un logement vacant semble exclure toute invocation de l'idée de contrainte et placer, à juste titre, le débat sur la question d'un éventuel état de nécessité. Pourtant, le jugement rejette un tel fait justificatif, non pas en analysant les critères de reconnaissance de l'état de nécessité (danger actuel et imminent ; réaction nécessaire et proportionnée), mais en relevant que d'autres mal-logés, placés dans les mêmes circonstances de désarroi matériel, n'agissent pas de la même façon. Implicitement, le tribunal semble affirmer que, si d'autres résistent à la commission d'un tel délit, c'est qu'il est possible de le faire, et donc, sous entendu, qu'il n'y a pas contrainte... Certes, la contrainte n'est pas juridiquement constituée, mais le jugement apprécie l'état de nécessité au regard du choix effectué par d'autres mal logés de respecter la légalité. Ce faisant, les juges distordent la notion juridique puisque, selon la doctrine, l'état de nécessité est « *un élément perturbateur du mécanisme de constitution de l'infraction, qui ne peut résulter que d'éléments particuliers à l'espèce considérée, propres à l'individu poursuivi ou aux circonstances de l'acte* »[173].

Sur un plan purement moral et/ou psychologique, la misère est certainement une détresse contraignante. Or, la difficulté vient de ce que les juges, placés dans la difficile position d'être à la fois Antigone et serviteurs de Créon, "bricolent" les notions juridiques, rendant par cela même extrêmement difficile l'analyse de la qualification par le droit pénal de la pauvreté, en y mêlant, au gré des espèces, de fortes considérations morales ou humanitaires. Le constat se trouve d'autant accru par l'étude des besoins pris en compte par le juge pénal.

B- Le caractère impérieux des besoins

167. La pauvreté de l'auteur d'une infraction est quelquefois constitutive d'un état de nécessité. La tentation de trouver une définition pénale de la pauvreté à travers cette notion est, dès lors, évidente. Pourtant l'interrogation demeure : est-il possible, au regard de cette notion pénale, de construire une définition de la

---

[171] A. VITU, « Contrainte morale, état de nécessité », chr. *Rev. Sc. Crim.*, 1986, p. 88.

[172] TC Dijon, 27 février 1968, *Rev Sc. Crim*, 1969, pp. 127-130, chr. A. LEGAL, le chroniqueur regrettant que la relaxe ait été prononcée sur le fondement de l'article 64 du Code Pénal, parce que « *la situation du prévenu était digne d'intérêt et on comprend que les magistrats aient pu considérer comme inhumain* » de le condamner alors que les conditions de l'état de nécessité n'étaient pas réunies.

[173] D. MAYER, note précitée, p. 31

pauvreté ? Ou, à tout le moins, de recenser un noyau dur de causes justificatives permettant à la sanction pénale de ne pas s'appliquer ? De définir les contours d'une catégorie intellectuelle regroupant des situations d'un dénuement matériel permettant d'échapper à la sanction pénale et de tirer de cette catégorie une définition juridique de pauvreté ? Difficilement, en réalité, et cela pour deux raisons : tout d'abord, parce que le juge pénal, dans l'application de l'état de nécessité, se préoccupe davantage de la norme sacrifiée que de la situation du prévenu (1), ensuite parce que la notion pénale de nécessité ne recoupe que des hypothèses tendant à assurer la satisfaction minimale de besoins vitaux (2).

1- La difficile définition de l'infraction socialement utile

La doctrine pénaliste insiste sur une notion essentielle à la constitution de l'état de nécessité : l'infraction commise doit présenter une utilité sociale. « *Toute la théorie de l'état de nécessité converge vers cette condition cardinale : la répression ne perd en effet son fondement qu'en présence d'une infraction socialement utile* »[174]. Or, cette conception conduit le juge à s'intéresser davantage à la norme sacrifiée qu'à la situation ayant entraîné la commission de l'infraction.

Tout semble dépendre de la valeur des normes sacrifiées par l'infraction nécessaire. Ainsi, la jurisprudence relative aux difficultés de logement semble accorder moins d'importance au respect de la réglementation en matière d'urbanisme qu'à celui de la propriété privée. En ce sens, le jugement précité du tribunal correctionnel de Dijon relève, dans une phraséologie digne du Président Magnaud, que la vie humaine est le plus grand des biens sur cette terre et que sa protection ne peut être assurée dans nos climats qu'à l'abri des intempéries et du froid. Or, selon A. Legal, « *ces propositions sont évidentes. La possibilité de subvenir aux besoins essentiels de l'existence a en soi plus de valeur que l'obéissance à une décision administrative* »[175]. En revanche, lorsque est en cause le droit de propriété, la jurisprudence est nettement plus réticente à admettre l'état de nécessité. Ceci est flagrant pour la jurisprudence des années cinquante, mais apparaît également dans les arrêts plus récents, tel celui rendu par la Cour d'appel de Paris en 1993 montrant sa difficulté à concilier deux normes contradictoires, le droit de propriété et le droit au logement en soulignant qu'il s'agit d'« *un problème dont l'ampleur dépasse évidemment l'autorité judiciaire* ». Le Tribunal de Grande Instance de Marseille, en mars 2001, révèle les mêmes hésitations, lorsqu'il affirme que le droit au logement est « *tout aussi fondamental* » que le droit de propriété, ce qui justifie l'ordonnance d'expulsion en référé de "squatteurs" mais, en même temps, le prononcé d'un sursis à exécution d'une année[176]… De même, le juge hésite à reconnaître l'état de nécessité « *lorsque l'infraction apparaît socialement utile dans le cas particulier de l'espèce soumise au juge, et socialement dangereuse dans la mesure où ces cas particuliers se généraliseraient* »[177]. Ainsi le tribunal affirmant en 1956, à propos de "squatteurs", que « *la généralisation de tels agissements aurait pour conséquence de créer un état d'anarchie de nature à rendre de plus en plus*

---

[174] R. MERLE et A. VITU, précit., § 440, p. 549.
[175] A. LEGAL, chronique précitée, p. 129.
[176] TGI Marseille, 16 mars 2001, précit.
[177] R. MERLE et A. VITU, précit., § 440, p. 549.

inextricable la crise du logement »[178]. Si l'état de nécessité est d'application étroite et doit être entendu de manière stricte car « *il suppose qu'objectivement la société gagne à la commission de l'infraction, ou, à la rigueur, qu'elle n'y perde pas* »[179], on comprend la tendance du juge à focaliser son attention sur la valeur de la norme sacrifiée plutôt que sur la proportionnalité de l'atteinte qui lui est portée. Ce raisonnement est critiqué par certains auteurs, qui soulignent, en la regrettant, la « *tendance à déformer l'état de nécessité pour repousser la justification de l'atteinte à la propriété d'autrui alors que la référence à la proportionnalité du besoin et du moyen employé suffirait* »[180].

De là une difficulté à définir la pauvreté à partir de la nécessité. Un affamé peut voler un pain, l'infraction est socialement justifiée, il ne peut tuer le boulanger qui lui refuse ce secours. Ce n'est pas tant la situation de l'agent qui est prise en compte par le juge (dans cette hypothèse, elle est identique), c'est l'acte qu'il commet, donc la valeur de la norme qu'il enfreint. En témoignent les réquisitions de l'avocat général à l'audience de l'affaire Annick G., la "voleuse de viande" : « *si on ne restreint pas l'état de nécessité, il deviendra impossible d'appliquer les lois* » dévoilant son inquiétude d'établir « *une jurisprudence pour les pauvres* »[181]. Ce constat d'aporie est conforté par une autre idée : la nécessité pénale est conçue de façon restrictive par le juge, en ce qu'elle ne doit tendre qu'à la satisfaction minimale de besoins vitaux.

2- La satisfaction minimale des besoins vitaux

168. Les conditions de l'état de nécessité sont parfaitement définies par le droit pénal. Il s'analyse en une réaction nécessaire et proportionnée à un danger actuel et imminent. Dès lors, dans toutes les espèces où il applique le fait justificatif de nécessité en raison de l'indigence du prévenu, le juge ne prend en compte que la seule satisfaction de besoins élémentaires et primordiaux (se nourrir, se protéger du froid ou de la maladie), à la stricte condition que la satisfaction recherchée soit, d'une part, proportionnée au risque encouru et, d'autre part, minimale. Il doit y avoir menace réelle sur la santé de l'individu et réaction nécessaire à sa sauvegarde. Or, la "simple" pauvreté n'est pas constitutive d'un danger. En matière pénale, l'appréciation du besoin est absolue, ce qui confère à la pauvreté prise en compte dans la jurisprudence de l'état de nécessité le caractère d'une pauvreté extrême. La nécessité pénale est un état de besoin impérieux, qui ne saurait être caractérisé par une grave incommodité financière. Il faut qu'il y ait "péril en la demeure" et le défaut de demeure ne remplit même pas cette condition : les tribunaux ont longtemps refusé de justifier le délit de bris de clôture causé par des "squatteurs" invoquant la crise du logement[182] car « *de tels comportements* (étaient) *rarement imputables au défaut immédiat de tout logement* »[183]. La solution tend toutefois à s'inverser, et une jurisprudence récente qualifie les risques sanitaires résultant de

---

[178] TC Nantes, 12 novembre 1956, *D.*, 1957.II.30.
[179] J. PRADEL, précit., n° 383, p. 345.
[180] B. BALLOUNEY, thèse précitée, p. 96.
[181] Compte rendu établi par P. NIVELLE, *Libération*, 30 mars 1997, p. 9.
[182] TC Nantes, 12 novembre 1956, *JCP* 1957.II.10041, note AUSSEL ; CA Rennes, 27 février 1957, *D.* 1957.338 ; TC Avesnes-sur-Helpe, 19 novembre 1958, *JCP* 1959.II.11366, note LAPLATTE.
[183] J. PRADEL, précit., n° 380, p. 342.

l'insalubrité d'un logement de danger de nature à justifier une occupation sans titre d'un appartement plus décent[184].

Mais le seul critère de l'imminence d'un péril ne suffit pas. Une indigence extrême n'exonère pas celui qui en souffre de toute sanction. Encore faut-il que l'infraction commise soit d'une faible importance, proportionnée à sa réaction. C'est ce qu'illustre parfaitement l'affaire de "la voleuse de viande". Nul n'a nié, au cours de ce procès, la pauvreté de la prévenue. Pourtant, la doctrine juridique a approuvé la solution de la cour, refusant le bénéfice de l'état de nécessité à la jeune femme. Non pas en raison de la nature des aliments dérobés : la viande fait partie, de nos jours, d'une alimentation équilibrée à laquelle les enfants doivent avoir accès. L'argument selon lequel un vol de pain ou de pâtes aurait exclu la condamnation est inopérant : comme le remarquait le jugement frappé d'appel, « *en raison de l'évolution et de l'éducation actuelle* » il n'y aucune raison de traiter différemment celle qui, au XIXe siècle, a volé un pain de celle qui, au XXe siècle, dérobe de la viande. La condition de proportionnalité jugée non remplie portait en réalité sur la quantité d'aliments dérobés, et non sur la nature de ceux-ci. En effet, un auteur souligne que « *le danger disparaît après la prise du premier déjeuner, la faim étant apaisée. Aussi, seul peut être justifié le vol de nourriture destinée à être consommée immédiatement. Si un besoin impérieux renaît les jours suivants, c'est alors une autre situation de nécessité qui doit être appréciée compte tenu des nouvelles circonstances entourant la commission du vol* »[185]. Or, la prévenue avait cherché à se prémunir contre les difficultés à venir, en dérobant pour près de 1500 francs de nourriture. La réaction était donc disproportionnée et ne pouvait être justifiée par la nécessité.

Un besoin impérieux, donc, et une réaction proportionnée de façon à parer au danger pressant. Tels sont les critères retenus par les juges pour appliquer l'état de nécessité. Il en résulte une impossibilité de définir la pauvreté à partir de la notion pénale de nécessité. D'une part, parce qu'elle repose sur une notion de besoin pris au sens absolu (besoins minimaux ; "vitaux" au sens de strictement nécessaires à la survie, contrairement à l'acception qu'en donne le droit civil dans la théorie de l'obligation alimentaire). D'autre part, parce que la nécessité tirée de la satisfaction de ces besoins impérieux n'est cause d'exonération que de façon relative : le bien qui lui est sacrifié doit lui être inférieur, cette appréciation se faisant de façon contingente, en fonction, au mieux des préoccupations sociales du moment, au pire des considérations subjectives du juge. Sous ces conditions restrictives, le besoin constitue donc une cause d'inflexion de la règle pénale. Cette idée se retrouve dans d'autres branches juridiques, où il peut être analysé en une cause d'exonération financière.

§2- Le besoin, justification d'une exonération financière

Le droit fiscal (I) comme le droit du surendettement (II) prévoient certaines causes d'exonération. Si le besoin n'apparaît pas explicitement, il semble toutefois

---

[184] V. en ce sens les jugement précités du tribunal correctionnel de Paris, 28 novembre 2000 ou du TGI de Marseille, 16 mars 2001.
[185] A. WAXIN, précit., p. 513.

possible de voir en lui une notion générique susceptible de fonder une certaine unité entre ces deux types de dispositions.

I- Le droit fiscal face à la pauvreté

169. Le droit fiscal prévoit certaines exonérations (A) au profit de contribuables dont la modestie des ressources est prouvée, utilisant pour ce faire différents critères tels que le besoin ou l'indigence fiscale, dont les liens avec une éventuelle notion de pauvreté doivent être étudiés (B).

A- Les exonérations prévues

Les différentes exonérations prévues par le droit fiscal en considération de faibles revenus du contribuable interviennent tant dans la détermination de l'assiette de l'impôt (1) qu'en matière de procédure gracieuse (2).

1- Une exonération dans la détermination de l'assiette de l'impôt

170. Cette exonération se retrouve dans la détermination tant de l'impôt sur le revenu qu'en matière d'impôts locaux ou de différentes taxes limitativement énumérées par le Code Général des Impôts. L'article 5-2 du Code Général des impôts dispose que sont affranchis de l'impôt sur le revenu les personnes dont les revenus sont inférieurs à un montant assez faible, fixé annuellement[186]. Au-dessous de ces sommes, le contribuable n'est pas imposable. La conséquence qui s'en suit ne signifie pas que « *le pauvre n'est pas un contribuable au regard du droit fiscal* »[187], mais que de faibles ressources matérielles et monétaires constituent une cause d'exonération fiscale. La cause de cette exonération réside, à n'en pas douter, dans le besoin du contribuable de disposer de l'ensemble de son faible revenu pour survivre, sans qu'une dépense supplémentaire de nature fiscale ne lui soit imposée. En effet, l'impôt sur le revenu, tel qu'il a été conçu depuis la réforme de 1917 de Joseph Caillaux, ne soumet à l'impôt que les revenus « *qui excèdent le minimum vital* »[188]. Ainsi s'explique notamment le principe selon lequel les secours versés aux salariés qui se trouvent, par suite de certaines circonstances (maladies, décès, accident) dans une situation de gêne n'ont pas le caractère de revenus et sont dès lors exonérés d'impôt. A ce titre, les sommes remises à une veuve ou un salarié dans le besoin n'entrent pas en compte dans la détermination du revenu[189].

Un même principe d'exonération prévaut pour ce qui concerne les diverses taxes fiscales comme la taxe d'habitation. L'article 1408-II du CGI prévoit une

---

[186] Sont ainsi dispensées « *les personnes physiques qui bénéficient principalement de traitements, salaires, pensions et rentes viagères et dont le revenu global n'est pas supérieur au montant du minimum garanti prévu à l'article L.141-8 du Code du Travail* » (soit 30.080 F au titre de 1998) ainsi que « *les contribuables dont le revenu net de frais professionnels n'excède pas, par foyer fiscal, 46.100 F ou 50.300 F s'ils sont âgés de plus de soixante-cinq ans ; ces limites sont identiques, quelle que soit la nature des revenus perçus* » pour l'imposition de 1999.

[187] V. en sens inverse, S. DION-LOYE selon qui le pauvre n'est pas contribuable (*Les pauvres et le droit*, Que Sais-je, PUF, 1997, p. 97).

[188] Ph. LOSAPPIO, *Essai sur les difficultés d'application du droit fiscal français : la vraisemblance et l'équité*, LGDJ, Bibl. de science financière, 1994, § 688, p. 158.

[189] CE, 7 février 1973, n° 79.314, *Lamy fiscal*, n° 2584.

exonération de la taxe d'habitation des habitants reconnus indigents par la commission communale des impôts directs, en accord avec l'Administration fiscale. Cette procédure est peu utilisée depuis l'instauration d'exonérations catégorielles au profit de contribuables désignés spécifiquement[190]. Toutefois, l'administration a rappelé qu'elle pouvait être utilisée pour exonérer les étudiants démunis de ressources[191], sans pour autant pouvoir s'appliquer aux bénéficiaires du RMI, lesquels bénéficient non d'une exonération, mais d'un dégrèvement d'office de la totalité de la taxe d'habitation[192]. Par ailleurs, d'autres exonérations sont prévues au profit des « *indigents fiscaux* ». Ainsi les cartes de séjour délivrées aux étrangers indigents sont exonérées du payement de droit de timbre[193], les passeports ainsi que les visas de passeports à délivrer « *aux personnes véritablement indigentes et reconnues hors d'état d'en acquitter le montant sont délivrées gratuitement* »[194], les certificats d'indigence sont dispensés du droit de timbre de dimension[195]. Les personnes justifiant un certificat d'indigence sont exonérées d'enregistrement et de timbre pour l'obtention de certains documents[196]. De même, l'article L. 2223-29 du Code Général des Collectivités Territoriales prévoit que le service attribué aux fabriques ayant le droit exclusif de fournir les objets destinés aux services des funérailles est gratuit pour les indigents[197].

Enfin, la modestie des ressources du contribuable est également prise en compte, non plus dans la détermination de l'assiette de l'impôt, mais dans le domaine de la procédure gracieuse.

---

[190] Comme par exemple celle de l'article 1414-I-1° du CGI en faveur des titulaires de l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité ou celles prévues par l'article 1417 du CGI. Ces dernières subordonnent le bénéfice d'exonération et dégrèvement de taxe d'habitation non plus au fait que le contribuable ne soit pas assujetti à l'impôt sur le revenu, mais au fait que le montant de ses revenus ne dépasse pas certaines limites : ainsi des contribuables âgés de plus de 60 ans ou veufs dont le revenu est inférieur à 43550 francs pour la première part de quotient familial en métropole (articles 1414-I-2° et 1414-IV du CGI, *Doc. adm*. 6D4232, 1er sept. 1997, n° 9 et s.) des contribuables infirmes ou invalides dans les mêmes conditions de ressources (article 1414-I-3° du CGI, *Doc. adm*. 6D4233, 1er sept. 1997, n° 20 et s.).

[191] Rep. min., n° 20290, *JO AN Q*, 11 mai 1987, p. 2743.

[192] Article 1414-III du CGI.

[193] Article 952 du CGI, dans sa version issue des lois n° 46-2244 du 16 août 1946 (article 3) et 47-1465 du 8 août 1947 (article 38-2).

[194] Article 955 du CGI, issu de la loi du 27 avril 1923, article 33, reprenant le principe posé par une loi du 16 juin 1888, accordant la délivrance gratuite de passeport donnant droit aux secours de route ; V. sur ce point, H. DEROUIN, A. GORY, F. WORMS, *Traité théorique et pratique d'assistance publique*, 3e éd., 1914, Sirey, vol. 1, pp. 89-90.

[195] Article 902-3-3° du CGI.

[196] Tels que les extraits des registres de l'état civil, actes de notoriété et pour les actes dressés par des officiers ministériels ou des agents diplomatiques, ces actes, extraits, copies ou expéditions ainsi délivrés devant exclusivement « *servir à la célébration d'un mariage entre indigents* » et porter expressément mention de cette destination, d'après l'article 1072 du CGI, dans sa disposition issue de la loi du 10 décembre 1850 (V. *supra*, titre 1, chapitre 1, § 64).

[197] Sous la IIIème République, une loi du 28 décembre 1904, prévoyait en son article 2 que les indigents bénéficiaient de la gratuité des frais d'inhumation. Différentes mesures étaient à l'époque prévues en faveur des indigents, telle qu'une autorisation à user gratuitement sur place des eaux minérales, ou encore une loi du 28 août 1816 autorisant la régie à fabriquer un tabac dit de cantine destiné à être vendu à prix réduit à certaines catégories de consommateurs au nombre desquels les pensionnaires des établissements hospitaliers publics ; V. sur ce point H. DEROUIN, A. GORY, F. WORMS, précit., p. 93.

2- Une exonération dans le domaine de la procédure gracieuse

171. L'alinéa 1er de l'article L. 247 du Livre des Procédures fiscales prévoit que peuvent être accordées « *des remises totales ou partielles d'impôt directs régulièrement établis lorsque le contribuable est dans l'impossibilité de payer par suite de gêne ou d'indigence* ». Ainsi, en 1997, près de 560 000 remises gracieuses relatives à l'impôt sur le revenu ou la taxe d'habitation ont été prononcées sur le fondement de cette disposition[198]. Ces remises ou modérations ne s'appliquant qu'aux pénalités fiscales et aux impôts directs, l'administration est tenue de rejeter une demande assignée en matière de TVA[199]. Cette "générosité" des services fiscaux en matière de procédure gracieuse se trouve également dans d'autres domaines. Ainsi, une possibilité d'accorder une remise ou une modération pour le paiement de la redevance audiovisuelle est prévue en cas de gêne ou d'indigence du contribuable[200]. Un certain nombre d'arrêts sanctionnent des erreurs manifestes d'appréciation commises par l'administration fiscale dans l'estimation de cet état de gêne ou d'indigence[201]. De même, ponctuellement, des mesures d'abandon des créances fiscales ont pu être décidées au profit de contribuables en situation d'importantes difficultés sociales et financières[202]. Au regard de ces différents éléments, il ressort nettement qu'une faiblesse de ressources constitue une cause d'exonération fiscale. La question se pose néanmoins de savoir s'il est possible de tirer des enseignements de la comparaison entre la notion d'indigence fiscale, celle de besoin et des situations de pauvreté.

B- L'indigence, définition fiscale de la pauvreté ?

Est-il possible de définir la pauvreté au regard du droit fiscal ? La notion, *a priori* intéressante, d'indigence fiscale semble le laisser croire. Pourtant, l'analyse conduit à mettre en évidence son imprécision (1), et, par extension, l'inaptitude du droit fiscal à définir la pauvreté (2).

1- Le flou de la notion d'indigence fiscale

172. Le Code Général des Impôts prévoit, en son article 1072, l'existence d'un certificat d'indigence, qu'il est possible d'obtenir auprès du commissaire de police ou, à défaut, du maire, sur présentation d'un certificat du comptable du Trésor public attestant que l'individu n'est pas imposé[203]. La boucle semble bouclée : il résulte de

---

[198] Selon les chiffres avancés par la secrétaire d'Etat aux petites et moyennes entreprises, au commerce et à l'artisanat, 1e séance du 18 mai 1998, *JO AN*, 19 mai 1998, p. 3948.

[199] CE, 1er décembre 1993, n° 133170, *RJF*, 1/94, n° 84.

[200] Article 24 du décret n° 82-971 du 17 novembre 1982, *JO*, 18 novembre 1982, p. 3456.

[201] A titre d'exemple, a été annulé le refus de remise gracieuse de la redevance audiovisuelle à l'encontre d'une requérante au revenu mensuel d'environ 2500 francs, avec deux enfants à charge (CE, 5 mars 1997, *Mme Falque*, *T. Rec*. p. 1032).

[202] V. en ce sens la circulaire du secrétaire d'Etat à l'Industrie et du secrétaire d'Etat à la Santé et à l'Action sociale du 10 juin 1999 (*RFAS*, 2000, pp. 463-464) étendant aux personnes en grande difficulté la mesure d'effacement des dettes prévue pour les personnes en situation de surendettement (V. sur ce point, *infra*, § 176).

[203] La possession d'un tel certificat d'indigence peut présenter une certaine utilité en matière pénale : en effet, l'article 752 du Code de Procédure Pénale dispose que la contrainte par corps ne peut être exécutée contre les condamnés qui justifient de leur insolvabilité en produisant un certificat du percepteur de leur domicile constatant qu'ils ne sont pas imposés et un certificat du maire ou du commissaire de police de

l'examen des textes fiscaux que l'exonération fiscale repose sur la préservation d'un minimum vital du contribuable, nécessaire à la satisfaction de ses besoins, et que la notion de besoin qui s'en dégage s'apparente à la pauvreté. Il serait donc possible de définir la pauvreté, au regard du droit fiscal, par le fait de ne pas être imposé.

Les historiens ont de longue date tenté de cerner la pauvreté au regard de la situation fiscale. Ainsi, B. Geremek relève qu'il est possible, grâce aux registres fiscaux, de rendre compte du niveau de paupérisation des masses paysannes au Moyen Age puisque les indigents y constituent une catégorie à part, exonérée d'impôts. Toutefois, l'auteur, après avoir souligné l'intérêt de ces documents, ne peut que relever l'impasse à laquelle leur examen conduit : « *il n'est pratiquement pas possible de se servir de ces données pour une analyse comparative, car le critère de* "*pauvreté fiscale*" (...) *diffère d'un pays à un autre, ou d'une région à l'autre. Il arrive même que les principes d'exonération d'impôts changent d'une année sur l'autre et qu'une personne exonérée d'impôts une année soit, l'année suivante imposable.* (...) *La notion de* "*pauvreté fiscale*" *semble donc assez floue, le* "*pauvre fiscal*" *n'étant pas toujours* (...) *un véritable pauvre* »[204].

Le flou constaté par l'historien est toujours actuel. Il a été particulièrement mis en exergue par les travaux de l'Assemblée nationale en 1997, comme en témoignent les hésitations des parlementaires lors de l'examen du projet de loi relatif au renforcement de la cohésion sociale. La rapporteure sur le projet de loi à l'Assemblée avait proposé d'ajouter un article 947 bis au CGI, prévoyant que « *les cartes d'identité à délivrer aux personnes véritablement indigentes et reconnues hors d'état d'en acquitter le montant sont délivrées gratuitement* ». L'exonération ainsi prévue était directement calquée sur celle de l'article 955 du CGI prévalant pour la délivrance de passeport. La référence à la notion d'indigence était défendue par la rapporteure : elle « *est reconnue par le CGI et a fait l'objet de toute une jurisprudence. On se réfère donc précisément à une notion parfaitement connue et balisée. Il s'agit de personnes véritablement indigentes et reconnues hors d'état d'en acquitter le montant* »[205]. Le terme a pourtant suscité l'interrogation des parlementaires : « *que recouvre l'expression* "*personnes indigentes*" *?* », s'est exclamée une députée. « *Pourquoi limiter la gratuité de la carte d'identité à l'indigence dont* (...) *je ne connais pas très bien la définition juridique ?* »[206]. Et l'oratrice poursuivait : « *qui les agents des impôts considèrent-ils comme véritablement indigents ?* (...) *L'analyse de la situation matérielle des différents redevables ou des personnes non-imposables par les services de l'administration est souvent faite de façon troublante.* (...) *Qu'est ce que l'indigence ? Ne pas avoir à manger à sa faim ? Ne pas avoir un logement ? Comment définir les limites et les critères ? Le seuil de pauvreté est une notion extrêmement difficile à cerner. Pourquoi nous en remettrions-nous à l'administration des impôts qui a ses propres critères ? Pour notre part, nous pouvons avoir d'autres critères pour l'accès à la citoyenneté* »[207]. Devant les protestations, la rapporteure reconnaissait « *qu'il y a un*

---

leur commune, V. les précisions apportées par la chambre criminelle de la Cour de Cassation, *M. Kahn*, 2 décembre 1997, pourvoi n° 95.16.445, *Juridisc Lamy*, n° 2247.

[204] B. GEREMEK, *La potence ou la pitié*, Gallimard, 1987, p. 139.

[205] R. BACHELOT, 2e séance du 17 avril 1997, *JO AN*, 18 avril 1997, p. 2671.

[206] Intervention de V. NEIERTZ, 2e séance du 17 avril 1997, *JO AN*, 18 avril 1997, p. 2671.

[207] Id., p. 2672.

véritable problème, que les personnes en état de grand dénuement doivent bénéficier d'un titre d'identité gratuit. Je n'en suis pas moins ennuyée pour définir dans un amendement les critères de l'indigence » ; aussi justifiait-elle de se référer à la procédure fiscale car « *même les critères de l'indigence ne sont pas gravés dans le marbre. La procédure en question m'a paru très utilisable et très pragmatique* »[208].

Or, la lecture de la documentation fiscale contredit en tout point les propos de la rapporteure : la procédure n'est ni utilisable, ni utilisée pas plus que la notion d'indigence fiscale n'est parfaitement connue et balisée. La documentation de base donne en effet le ton : « *il n'existe pas de critère précis permettant d'apprécier l'état d'indigence* »[209] et tout est affaire de circonstances d'espèces. Ainsi, les indigents « *ne s'identifient pas exactement avec les personnes secourues par le bureau d'aide sociale, celles bénéficiant de l'assistance médicale gratuite ou de l'allocation vieillesse* (...) *ces diverses circonstances constituent cependant des éléments d'appréciation dont il convient de tenir compte* »[210]. C'est ainsi qu'un conseil municipal peut valablement désigner comme indigentes, et bénéficiant à ce titre de l'exonération de la taxe d'habitation, les personnes dont le loyer ne dépasse pas un chiffre déterminé, alors surtout qu'il a été mentionné certaines exceptions tirées de la situation individuelle des contribuables[211] ou encore les personnes qui, ne disposant pas de ressources suffisantes, ne subviennent à leurs besoins que grâce à la charité publique[212]. En tout état de cause, la documentation administrative indique clairement que la désignation des indigents conserve un caractère facultatif et que, lorsque les autorités compétentes ne se sont pas prononcées en ce sens, aucune personne ne peut revendiquer le bénéfice de l'exonération attachée à une telle désignation, même en faisant la preuve de son indigence devant la juridiction contentieuse[213]. On mesure donc le degré d'imprécision entachant la notion d'indigence fiscale : d'une part, celle-ci est définie par les communes selon des critères très variables (la marge est sensible entre le fait de payer un loyer inférieur à un certain montant et celui d'être SDF…) ; d'autre part, l'ancienneté des arrêts cités montre sa faible utilisation par les services fiscaux, ceux-ci préférant se référer à des causes d'exonérations textuelles plus précises. Dès lors, il faut bien conclure au flou de la notion d'indigence fiscale et relever, plus généralement, l'inaptitude du droit fiscal à définir la pauvreté.

2- L'inaptitude du droit fiscal à définir la pauvreté

173. Le droit fiscal ne permet pas de définir la pauvreté à travers les exonérations qu'il réserve aux personnes ayant des faibles ressources : deux remarques conduisent à ce constat.

Il est vrai que certaines situations de dénuement entraînent une exonération fiscale. Mais il ne résulte pas que l'indigence soit toujours cause d'exonération

---

[208] Intervention de R. BACHELOT, précit., p. 2673.
[209] *Doc. adm*. 6D1322.
[210] Id.
[211] CE, 20 mars 1903, *Cardot*, *Rec*. p. 250 ; 11 mars 1932, *Tardey*, *Rec*. p. 298, soulignant qu'« *aucune disposition de la loi n'a spécifié les circonstances et les conditions auxquelles devait s'attacher la présomption d'indigence* ».
[212] *Doc. adm*. 6D1322.
[213] CE, 20 décembre 1968, *Sieur Gaudissart*, *Rec*. p. 672.

fiscale : l'existence de nombreux impôts indirects, telle la TVA, auxquels tous les contribuables sont assujettis en témoigne. Certes, comme le constate le Médiateur de la République, « *la loi fiscale n'a sans doute jamais été autant qu'aujourd'hui protectrice des intérêts des personnes disposant de faibles ressources* »[214]. En raison à la fois du relèvement annuel du seuil d'imposition sur le revenu et des multiples abattements, déductions, minorations et exonérations liés soit à la situation personnelle du contribuable, soit à la nature des ressources prises en compte, ce sont environ 50% des foyers qui ne paient pas l'impôt sur le revenu. A la recherche d'une définition de la pauvreté *via* les instruments du droit fiscal, un tel constat amènerait, si l'on s'obstinait dans cette voie, à considérer que la moitié des foyers fiscaux sont pauvres, ce qui aurait pour effet de diluer à l'extrême la notion, la rendant pour le moins fantomatique... De surcroît, et en sens inverse, il est des cas où une absence totale de ressources ne permet pas au contribuable d'échapper au paiement de certaines taxes. En effet, selon les dispositions du dernier alinéa de l'article L. 247 du Livre des Procédures fiscales, « *aucune autorité ne peut accorder de remises totales ou partielles de droits d'enregistrement, de taxe de publicité foncière, de droit de timbre, de taxe sur le chiffre d'affaire, de contributions indirectes et de taxes assimilées à ces droits, taxes et contributions* ». C'est essentiellement en matière de TVA, pour d'anciens commerçants ou d'artisans devenus totalement insolvables, que va se poser la question du recouvrement de l'impôt. Le droit fiscal est, dans cette hypothèse, indifférent à la situation financière du contribuable : la TVA ayant été payée par le client au commerçant qui l'a encaissée pour le compte de l'Etat, la taxe collectée doit être reversée, quelles que soient la situation personnelle du commerçant ou les raisons qui ont conduit à sa cessation d'activité. Même démuni de ressources, le contribuable peut être astreint au paiement de certaines taxes. On mesure donc la difficulté à faire coïncider exonération fiscale et absence de ressources.

En second lieu, une remarque supplémentaire s'impose : l'indigence fiscale ne saurait être restreinte au seul cas du contribuable certifié indigent, au sens de non assujetti à l'impôt sur le revenu, puisqu'il existe des dispositions permettant au débiteur imposable de bénéficier de dispenses en raison « *de sa gêne ou de son indigence* ». En ce sens, l'indigence recouvre la situation de « *celui qui ne peut faire face à ses obligations fiscales* »[215]. Elle ne signifie donc pas seulement le fait de ne pas être imposable, mais aussi de ne pas pouvoir payer.

La conclusion s'impose : on peut être pauvre et non imposable, comme l'on peut être pauvre et exonéré du paiement d'un impôt tout comme l'on peut être pauvre et tenu de s'acquitter de l'impôt. Le droit fiscal, s'il fourmille d'hypothèses de prise en compte de la pauvreté, ne constitue pas un ensemble suffisamment cohérent pour fonder une définition de la pauvreté. S'il utilise, dans certaines hypothèses, le besoin de l'individu comme une cause d'exonération de l'impôt sur le revenu, ceci bénéficie à près de la moitié des foyers fiscaux. Si, à l'inverse, il se réfère à un critère d'indigence fiscale, l'obsolescence de la référence ainsi que

---

[214] Médiateur de la République, *Rapport au Président de la République et au Parlement*, Imprimerie Nationale, 1995, p. 26.

[215] Secrétaire d'Etat aux petites et moyennes entreprises, au commerce et à l'artisanat, 1e séance du 18 mai 1998, *JO AN*, 19 mai 1998, p. 3950.

l'imprécision entachant cette notion ont pour effet de rendre celle-ci très marginale. Dans tous les cas, le droit fiscal peut prendre en compte la pauvreté sans pour autant permettre de la définir. Le même constat se retrouve dans l'analyse de certains dispositifs du droit de la consommation.

II- Le droit de la consommation face à la pauvreté

174. Le non-paiement de ses dettes était, au Moyen Age, assimilé au parjure et susceptible d'entraîner une excommunication car il procédait d'une violation du serment accompagnant d'ordinaire la promesse contractuelle. Toutefois, le droit canon admettait la possibilité d'échapper à cette sanction si le débiteur jurait qu'il ne possédait rien, sa pauvreté prouvant sa bonne foi. Si la sanction fut interdite par les ordonnances royales de Villers-Cotterêt (1539) et d'Orléans (1560)[216], l'idée a resurgi dans le droit d'une modulation au profit du nécessiteux de la sévérité de la règle contractuelle. A cet égard, le droit moderne de la consommation opère un renouvellement de la théorie générale des contrats au nom de la protection du pauvre (A) en prenant en compte, à travers la notion de « *reste à vivre* », les besoins essentiels des individus (B).

A- Le renouvellement de la théorie générale des contrats au nom de la protection du pauvre

Si la pauvreté est une notion inconnue du droit des contrats (1), le droit moderne de la consommation introduit une rupture certaine (2) dans ces principes traditionnels.

1- La pauvreté, notion traditionnellement inconnue du droit des contrats

175. La théorie générale des obligations formulée par le droit civil est, par principe, réticente à voir dans la pauvreté une cause d'exception à l'application des règles relatives aux contrats : fondée sur le principe de l'égalité des contractants, elle est indifférente à leur condition économique et se refuse à admettre que la pleine capacité d'un individu puisse être altérée par la faiblesse de sa situation économique. Dès lors, « *le pauvre est un contractant méconnu de la théorie générale des contrats* »[217].

Ceci se remarque, tout d'abord, dans les principes présidant à la formation des obligations conventionnelles : s'il est vrai, comme l'affirmait G. Ripert, que « *l'esprit démocratique combat pour le débiteur contre le créancier, il prend partie pour le faible contre le puissant* »[218], le droit civil répugne à voir dans la pauvreté un état de faiblesse susceptible de caractériser la lésion. Cette position de principe est critiquée par certains auteurs, qui suggèrent d'admettre la lésion « *quand le contrat a*

---

[216] J. BART, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire Romain au XIXe siècle*, Montchrestien, 1998, pp. 423-424.

[217] S. DION-LOYE, « Le pauvre appréhendé par le droit », *RJJ*, 1995, n° 1, p. 463. V. également l'étude d'ensemble menée par les Centres de droit des obligations des Universités de Paris I et de Louvain, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, Bibl. de droit privé, 1996, dont le silence à l'égard de la pauvreté est révélateur de cette absence.

[218] G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 2e éd., 1948, n° 69.

pour sujet le pauvre et qu'il a pour objet les choses nécessaires à l'existence »[219]. La jurisprudence civile ne semble toutefois pas s'engager dans cette voie[220], pas plus que le législateur du reste. La proposition suggérée par la Commission plénière pour la réforme du Code Civil, selon laquelle « *si une personne a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou par l'état de nécessité à passer un acte juridique présentant pour elle un préjudice manifestement anormal au moment de l'acte, elle peut en demander la rescision pour lésion, en tout ou partie* »[221], n'a pas été reprise par le législateur et la lésion n'est pas utilisée pour protéger le pauvre lors de la formation du contrat.

Mais cette réticence du droit civil se remarque également dans les règles relatives à l'exécution du contrat. Certes, le droit civil peut exceptionnellement prendre en compte la faiblesse économique dans le cadre de l'exécution des contrats, quitte à atténuer la force obligatoire des conventions au profit d'une justice plus distributive[222]. Ceci résulte notamment des dispositions de l'article 1244-1 du Code Civil, consacré au paiement des obligations juridiques, qui permettent au juge de répartir ou d'échelonner le paiement des sommes dues « *compte-tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier* ». Dans ces considérations, « *la pauvreté matérielle est supposée dans la mesure où, à condition d'être de bonne foi, le débiteur doit encore être malheureux* (...) *Tel sera le cas s'il a des revenus modestes ou s'il est au chômage* »[223]. Toutefois, le paradoxe réside dans le fait que le juge réserve ce bénéfice au débiteur solvable : or, « *la solvabilité suppose la capacité de paiement du débiteur* (et) *si le pauvre peut vouloir payer, il n'en a pas la capacité, puisqu'il ne peut déjà faire face à ses besoins essentiels* »[224], ce qui explique que le mécanisme du délai de grâce ne trouve pas à s'appliquer aux situations d'absence de ressources du débiteur.

Les règles classiques du droit civil ignorent donc la pauvreté ou, tout au moins, ne prennent en compte qu'une seule pauvreté relative, une gêne temporaire, à laquelle le mécanisme du délai de grâce peut remédier. Toutes autres sont les règles du droit de la consommation.

---

[219] S. DION-LOYE, précit., p. 463 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, n° 72, p. 125

[220] Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les obligations*, Cujas, 1994, n° 420, notes 63 et 64 ; pour des exemples jurisprudentiels, V. Trib. Seine, 23 juin 1928, *Semaine Juridique* 1928.1227 : le dol n'est pas caractérisé par le seul fait que, par besoin d'argent, on a vendu à bas prix ; C. Cass., Civ. 1, 6 octobre 1993, pourvoi n° 90.15-717, arrêt n° 1177 : un cautionnement donné par une personne de condition modeste, sans expérience des affaires et de la terminologie juridique, s'étant portée caution pour une somme disproportionnée au regard de la pauvreté de ses ressources et l'énormité du cautionnement ne peut être annulé pour erreur, dès lors que la Cour d'Appel a vérifié que la caution signait en toute connaissance de cause.

[221] Texte adopté par la Commission le 4 juin 1948, cité par S. DION-LOYE, précit., note 204.

[222] B. OPPETIT, « L'endettement et le droit », *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 295.

[223] S. DION-LOYE, précit., p. 464 ; A. SERIAUX, « Réflexions sur les délais de grâce », *RTDCiv.*, 1993, pp. 791 et s. , et la jurisprudence que l'auteur analyse.

[224] S. DION-LOYE, précit., p. 465.

2- Le pauvre et le surendettement : la protection apportée par le droit de la consommation

176. Selon l'article L. 331-2 du Code de la Consommation, est en situation de surendettement la personne qui se trouve dans l'impossibilité de faire face à ses dettes[225]. Conçu pour faire face à « *des situations dramatiques* »[226], le traitement du surendettement, tel qu'il était compris par la loi du 31 décembre 1989, avait un objectif purement économique : il s'agissait de régulariser le fonctionnement du crédit dans l'économie nationale et de responsabiliser les acteurs du crédit, prêteurs et emprunteurs[227]. La loi portait principalement sur le surendettement actif touchant des personnes ayant des revenus réguliers, se mettant dans une situation difficile en contractant des dettes trop élevées auprès d'organismes de crédit. La procédure profitait donc essentiellement à ces « *cigales* » et « *as du crédit* »[228] que la doctrine qualifie de « *surendettés moyens* »[229]. En effet, si le surendetté peut être pauvre, le pauvre ne pouvait être admis au bénéfice de la procédure de surendettement faute de pouvoir élaborer un plan de surendettement, le juge considérant que l'insignifiance des ressources rendait impossible l'instauration d'un plan d'apurement du passif[230]. Ce paradoxe était alors dénoncé par la doctrine : « *les plus démunis ne peuvent se prévaloir des dispositions concernant le surendettement alors qu'ils devaient en être les premiers bénéficiaires* »[231]. D'où le revirement jurisprudentiel de 1995 : la pauvreté du débiteur surendetté n'exclut plus, en droit, le bénéfice d'une procédure de surendettement, car l'objectif de la loi sur le surendettement n'est pas tant d'assurer le règlement des dettes du débiteur surendetté que de lui permettre de faire face à ses obligations dans la mesure de ses ressources[232].

Cependant, ce revirement du principe juridique n'empêchait pas une difficulté pratique : devant la multiplication de cas de surendettement, due notamment à la progression d'un surendettement dit passif procédant de causes exogènes, telles le chômage, la maladie ou le divorce[233], le texte de 1989 paraissait inadapté. En l'absence de ressources du débiteur, les commissions de surendettement ne parvenaient pas à établir de plans de rééchelonnement. La loi de 1998 relative à la lutte contre les exclusions est venue compléter le dispositif du surendettement en le doublant d'un objectif social, souligné par son rapporteur à l'Assemblée : elle tend à « *la lutte contre un nouveau type de surendettement, celui des sans ressources qui accumulent les dettes, non pas sous la forme d'un crédit, mais sous forme d'impayés de loyers, de factures d'eau, d'électricité, de téléphone.*

---

[225] J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz, 4e éd., 1996, § 466, p. 454.
[226] V. NEIERTZ, *JO AN*, 6 décembre 1989, p. 5985.
[227] V. NEIERTZ, *JO AN*, 6 mai 1998, p. 3404.
[228] Selon le mot de B. OPPETIT, précit., p. 307.
[229] G. PAISANT, *Revue des procédures collectives*, 1990, n° 5, p. 247.
[230] S. DION-LOYE, précit., p. 466, citant TI, Saint Julien en Genevois, 21 novembre 1990 ; CA Versailles, 13e ch., 7 mars 1991, *RTDCommercial*, 1991, n° 5, p. 450, obs. G. PAISANT.
[231] S. DION-LOYE, précit., p. 466.
[232] C. Cass., Civ. 1e, 27 juin 1995, *Rép. du notariat Defresnois*, 1995, Art. 36210, pp. 1420-1422, note D. MAZEAUD.
[233] La corrélation entre l'aggravation du chômage et le développement du surendettement a été soulignée au Parlement. Selon P. CARVALHO, la part des dossiers dus au chômage déposés en commission est passée de 24% en 1990 à 43% en 1995 (*JO AN*, 15 mai 1998, p. 3901).

(...) *Il s'agit de dettes de la vie courante qui procèdent non pas d'un abus du recours au crédit, mais d'une absence de ressources* »[234]. Ce nouveau traitement du surendettement est présenté comme une « *mission de service public de proximité* »[235] et confirme l'orientation relevée par la Cour de Cassation dans un de ses avis : les dispositions relatives aux surendettement relèvent d'un « *ordre public économique de protection sociale* »[236].

Pour répondre à la crise sociale, la tentation est apparue au Parlement de recourir à la faillite civile. L'idée n'est pas nouvelle en droit, tant le principe de l'abolition des dettes privées a été historiquement utilisé comme moyen de lutte contre la pauvreté : à Athènes, Solon prit la décision d'abolir la contrainte par corps et les dettes passées, au nom de la liberté et de la paix sociale, et interdit l'engagement de la personne du débiteur car « *rien ne sert les lois qui veulent qu'il y ait égalité entre les citoyens quand les dettes empêchent les pauvres d'en jouir* »[237]. Toute l'histoire de la Rome Antique est marquée par les querelles nées de dettes et ponctuée de mesures tendant à les effacer. Agitant le Moyen Age, le problème né de la généralisation des dettes a été vu par Marx comme un des ressorts de la Révolution quarante-huitarde. Abolir les dettes privées ou instaurer un moratoire quant à leur paiement a ainsi été de tout temps un moyen pour l'Etat de lutter contre la pauvreté et d'assurer la cohésion du corps social. Aussi n'est-il pas étonnant de trouver trace de ce principe sous de nouvelles formes, telle la faillite civile. Ce système, inconnu du droit français hormis l'exception de droit local d'Alsace-Lorraine, est en vigueur dans de nombreux pays de l'Union Européenne[238], où deux préoccupations sous-tendent la remise de dette : les unes, de caractère social et humain, manifestent un souci de venir en aide à des débiteurs malheureux et vulnérables ; les autres, de nature directement politique, tendent à « *sauvegarder la paix sociale que l'action concertée ou inorganisée des débiteurs pourrait compromettre* »[239].

Ainsi s'explique parfaitement la résurgence du thème de l'effacement des dettes lors de l'examen de la loi sur la lutte contre les exclusions. Pour des raisons conjoncturelles[240], le principe d'un effacement des dettes a été préféré au système de la faillite civile. L'idée est éminemment nouvelle puisqu'il ne s'agit plus seulement d'accorder un délai de paiement ou de réduire les taux d'intérêts, mais de supprimer purement et simplement la dette. Elle révolutionne le droit civil, en portant une sérieuse atteinte au principe de la force obligatoire des contrats[241]. Ce principe

---

[234] V. NEIERTZ, *JO AN*, 6 mai 1998, p. 3404.
[235] Id., p. 3405.
[236] C. Cass., 16 décembre 1994, cité par D. MAZEAUD, note précitée, p. 1421.
[237] PLUTARQUE, « *Vie de Solon* », cité par B. OPPETIT, précit., p. 296.
[238] V., pour une analyse de l'incidence de la conception de la pauvreté sur l'élaboration de règles relatives à l'effacement des dettes, F. PRUVOST, « Le droit de la consommation, vecteur de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale ? », *Droit Ouvrier*, 1997, p. 6.
[239] B. OPPETIT, précit., p. 299.
[240] V. les débats sur ce point à l'Assemblée : 2e séance du 5 mai 1998, *JO AN*, 6 mai 1998, p. 3404 ; 2e séance du 14 mai 1998, *JO AN*, 15 mai 1998, p. 3901.
[241] Ce que la doctrine souligne : « *n'est-ce pas nier la force obligatoire et au-delà l'obligation elle-même que de dire que le débiteur n'aura pas à payer parce qu'il n'est pas en mesure de le faire ?* » (D. MAZEAUD, « Rapport français sur l'endettement des particuliers », *in* Travaux de l'Association H. CAPITANT, *L'endettement*, 1997, LGDJ, pp. 127 et s.).

traditionnel explique le caractère exceptionnel de l'effacement des dettes : cette mesure n'interviendra que sur proposition spéciale et motivée de la commission, après vérification de son bien fondé par le juge de l'exécution. Ceci permet aux commentateurs de souligner que « *l'effacement total de la créance ne sera donc proposé que dans les cas de grande détresse* »[242]. Même réservée à des situations exceptionnelles, la nouveauté est de taille. Le renouvellement des principes traditionnels du droit des contrats par le droit de la consommation, au nom d'un impératif de justice sociale, est manifeste. Une autre nouveauté introduite par la loi réside dans la définition par le droit d'un minimum vital.

B- La prise en compte des besoins essentiels : le « reste à vivre »

177. Le système français de traitement du surendettement est caractérisé par une certaine souplesse[243]. Il cherche à instaurer « *une issue de secours* » en faveur des plus démunis[244], en permettant au surendetté de conserver une somme minimale pour ses dépenses courantes : le « *reste à vivre* », qui est la différence entre les revenus du surendetté et la somme affectée au remboursement de la dette. Ainsi défini, le « *reste à vivre* » est conçu comme un « *minimum vital* »[245]. Ce principe était prévu par la loi Neiertz de 1989 mais souffrait de deux graves tares : d'une part, la somme pouvait être extrêmement basse, en ne laissant quelquefois au débiteur que 1000 francs par mois pour survivre ; d'autre part, ce « *reste à vivre* » était variable selon les commissions de surendettement, au point qu'« *on a pu dire avec une certaine ironie qu'il peut être plus avantageux d'être surendetté à tel endroit plutôt qu'à un autre* »[246]. Voulant corriger ces imperfections, la loi de 1998 établit un double plancher, constitué, d'une part, de la quotité insaisissable des rémunérations, d'autre part, du RMI. Ainsi, aux termes de l'article L. 331-2 du Code de la Consommation nouvellement rédigé, le « *reste à vivre* » ne peut être inférieur au RMI mais, si le salaire est plus élevé, la portion insaisissable peut dépasser le RMI. Ce double plancher est donc indéniablement protecteur du débiteur surendetté. Par sa définition, le « *reste à vivre* » répond au besoin essentiel du ménage, caractérisé par la satisfaction des besoins définis par le Code de la Consommation comme « *les dépenses courantes du ménage qui lui sont réservées par priorité* »[247]. Pour autant, est-il possible de voir en lui un minimum vital assimilable à la pauvreté ? La réponse doit être nuancée.

---

[242] A. SINAY-CYTERMANN, « La réforme du surendettement, les innovations de la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre les exclusions », *JCP*, 1999.1.106, p. 199.

[243] Sur les importantes réformes introduites par cette loi dans le traitement du surendettement et la lutte contre les exclusions, V. notamment, outre l'article précité de A. SINAY-CYTERMANN : Centre de Droit de la Consommation et des Obligations de la Faculté de Chambéry, « Le surendettement des particuliers », Actes du colloque du 27 novembre 1998, *LPA*, n° 101, n° spécial 21 mai 1999, pp. 3-56 ; A. GOURIO, « Réforme du droit du surendettement des particuliers », *JCP*, *éd. N*, n°42, 1998 ; Ph. MOZAS, « La lutte contre les exclusions et l'endettement », *RDSS*, 1999, pp. 388-406 ; G. PAISANT, « La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », *RTD Commercial*, 1998, pp. 743 et s. ; G. PIGNARRE, « Surendettement et dette d'aliments », *JCP*, 1998, I, 170.

[244] Rapport du Sénat, Doc. Parl., rapp. n° 60, 1997-1998, p. 65.

[245] Exposé des motifs au projet de loi d'orientation relatif à la lutte contre les exclusions, Ass. Nat., 25 mars 1998, n° 780, p. 15.

[246] A. SINAY-CYTERMANN, précit., p. 196.

[247] Article L. 331-2 du Code de la Consommation, précité.

Les textes récents ont entraîné une adaptation certaine du droit de la consommation : la pauvreté est prise en compte par cette branche du droit, au point que certains auteurs voient en lui un « *vecteur de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale* »[248]. Cette appréhension est quelque peu paradoxale, car, par définition, le pauvre consomme peu, ou pas. Selon les économistes, la consommation est le dernier stade du processus économique, alors que la production en est le premier. Or, si l'on en croit l'étymologie, le pauvre est déjà exclu de celui-ci ; son exclusion ne peut donc que se prolonger aux différentes strates du processus économique et affecter sa participation au dernier, la consommation. Le terme même d'"exclusion sociale", utilisé par les sociologues pour caractériser les conséquences de la "nouvelle pauvreté" est révélateur. Si la pauvreté conduit à l'exclusion sociale, c'est parce que la société est fondée sur la consommation, à laquelle le pauvre ne peut accéder. Même si, selon la doctrine, le droit de la consommation tend à la protection des faibles[249], il s'adresse avant tout aux consommateurs, desquels les pauvres se différencient. Pourtant, la loi de 1998 tend bien à adapter le droit de la consommation pour faire face à l'« *urgence sociale* »[250] que crée la pauvreté. En somme, si le pauvre n'est pas consommateur, le consommateur peut être pauvre, lorsque ses moyens ne lui permettent pas d'acquérir les biens ou services nécessaires à ses besoins[251].

Pour autant, est-il possible de tirer une définition de la pauvreté à partir du traitement du surendettement par le droit de la consommation ? La réponse est difficile, voire impossible épistémologiquement. Le discours de la Ministre des affaires sociales est à ce titre révélateur de l'ambiguïté : le but de la loi de 1998 est « *de prévenir les situations concrètes qui rendent difficile la vie des plus vulnérables et qui conduisent aux situations d'exclusion. Avec un ou plusieurs handicaps de départ se déclenche souvent une spirale descendante : perte de l'emploi, surendettement mécanique et passif* (...) *Aussi la loi* (...) *doit être adaptée à ces nouveaux phénomènes qui conduisent à la pauvreté.* (...) *Il s'agit en premier lieu d'améliorer le traitement du surendettement* »[252]. Le surendettement conduit donc à la pauvreté, mais n'est pas causé par elle. La conséquence est logique : serait pauvre celui qui est surendetté, et non serait surendetté celui qui est pauvre. Mais la logique d'un tel raisonnement est purement formelle : l'argument est substantiellement illogique, et cela pour deux raisons.

Tout d'abord, parce que la première proposition (*est pauvre celui qui est surendetté*) est erronée : l'existence de surendettés dits "actifs", ayant des revenus confortables mais dépensant plus qu'ils ne gagnent, suffit à infirmer cette idée. Cette catégorie de personnes témoigne d'un problème culturel et non pas économique, comme le relève B. Oppetit : « *l'endettement s'intègre dans un véritable mode de vie et sert à compenser un niveau de revenus jugé par son titulaire insuffisant pour lui*

---

[248] F. PRUVOST, article précité, p. 6.
[249] J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz, 4e éd., 1996, § 18, p. 17.
[250] M. BOUTELLIER, *JO Déb. Sénat*, 14 novembre 1989, p. 3213.
[251] V. en ce sens la définition du consommateur par J. GHESTIN, *La formation du contrat*, LGDJ, 1993, n° 77 : « *La personne qui, pour ses besoins personnels, non professionnels, devient partie à un contrat de fourniture de biens ou de services* ».
[252] Discours de M. AUBRY, séance du 5 mai 1998, *JO AN*, 6 mai 1998, p. 3399.

assurer le type d'existence auquel il aspire »[253]. Définir la pauvreté par le fait de préférer « *les dettes aux restrictions* »[254] est un non-sens. Ensuite, parce que la seconde proposition (*est surendetté celui qui est pauvre*) ne s'avère pas nécessairement exacte. Certes, il existe un surendettement passif, résultant de la pauvreté des débiteurs[255] mais il existe tout aussi sûrement des pauvres non surendettés : le SDF, la famille logeant dans un bidonville n'ont pas forcément de dettes et la pauvreté, si elle mène à la privation, ne conduit pas nécessairement au surendettement[256].

Il faut donc renoncer à trouver une éventuelle définition de la pauvreté dans la situation de surendettement telle qu'elle est appréhendée par le droit de la consommation. Il apparaît en effet que celui-ci ne permet de définir qu'une notion de besoin. Celle-ci présente deux caractéristiques : elle résulte d'un excédent de dépenses au regard des ressources de l'individu, peu importe son montant ; le besoin est caractérisé par la disproportion entre les ressources et les dépenses du débiteur, avec une certaine indifférence quant au montant des revenus dans le traitement du surendettement. Le besoin est ici celui estimé par le débiteur qui s'endette et est maximal. L'indifférence du droit à l'égard des revenus du débiteur n'est toutefois pas totale, et là réside la seconde caractéristique du besoin, tel qu'il résulte du calcul du « *reste à vivre* ». En effet, le reste à vivre est variable, selon les situations que les commissions de surendettement rencontrent : certes, il comprend un minimum vital calculé à partir du RMI mais la fourchette supérieure varie puisqu'elle résulte de la grille de calcul de la portion insaisissable du salaire prévue par l'article R. 145-2 du Code du Travail. Le montant est donc relatif car variable. Le besoin est ici apprécié non plus par le débiteur mais par la loi, sous la forme, non plus d'un besoin personnel maximal, mais d'un besoin légal minimal. En conclusion, s'il apparaît que le droit de la consommation entend bien prendre en compte la pauvreté par le traitement du surendettement, il s'avère cependant inapte à définir la pauvreté car son objet est plus la définition et la satisfaction du besoin de l'individu, voyant en lui une cause d'exonération de l'application des règles contractuelles.

CONCLUSION DU CHAPITRE

178. Le besoin est bien une cause de modulation de la règle juridique, l'exonération qu'il entraîne pouvant porter sur des questions pénales ou financières, tout comme, dans d'autres domaines, il est cause d'intervention de la norme. D'autres aspects auraient pu être étudiés, corroborant cette idée. Il apparaît ainsi en matière de procédure civile, derrière les règles relatives à la protection de l'expulsé

---

[253] B. OPPETIT, précit., p. 307.

[254] Selon la formule du rapport SIMON, *JO Doc. Parl. Sénat*, n°40, ann. séance du 26 octobre 1989, p. 13.

[255] Ce qui tend bien, contrairement au propos de M. AUBRY, à voir dans la pauvreté une **cause** du surendettement.

[256] V. en ce sens l'extension significative de l'abandon des dettes fiscales au profit des personnes en grande difficulté sociale, initialement prévu pour les seuls ménages surendettés, (Circulaire précitée du 10 juin 1999, *RFAS*, 2000, pp. 463-464, V. *supra*, § 171). Preuve s'il en est que pauvreté et surendettement ne coïncident pas parfaitement.

locatif ou de certains biens du saisi. L'absence d'exhaustivité de l'étude ne constitue toutefois pas un obstacle dirimant. En effet, un constat s'impose à l'évidence : qu'il soit nommément visé, comme dans le cas de l'obligation alimentaire civiliste ou du droit de l'aide sociale ou qu'il soit dissimulé derrière d'autres notions, telles que le risque social, l'état de nécessité ou le reste à vivre, le besoin est un outil intellectuel pertinent, en raison de sa souplesse, pour donner une certaine unité à différentes règles. Malgré la diversité des cas recensés, certains critères peuvent être dégagés. Sa définition et son contenu peuvent être le fait du législateur (droit social, droit fiscal...) ou du juge (droit civil, droit pénal). Sa fonction est de permettre une adaptation de la norme à des situations dans lesquelles l'absence de règles ou leur application indifférenciée aurait pour effet, dans le premier cas, de laisser sans ressources un individu, dans le second cas, d'exiger de lui un comportement que son dénuement ne saurait lui permettre, au regard de considérations morales ou pratiques.

Cependant, force est de conclure que cet effort de synthèse est d'une faible utilité épistémologique en raison de la diversité de situations que cette hypothèse recouvre. En effet, chaque branche du droit imprime à la notion de besoin ses propres caractéristiques, de façon largement autonome, et cela en raison des finalités intrinsèques que chacune poursuit. Ainsi, en droit civil, le juge adopte une conception relative et subjective du besoin, qui n'est après tout que l'exact décalque du droit qu'il applique : droit des personnes et de la famille, il sanctionne, par l'obligation alimentaire, les conséquences juridiques de l'existence de liens familiaux, sans fixer de règles générales. Tout est affaire de souplesse et d'adaptation aux circonstances de l'espèce, en considération de l'individu et des intérêts privés que le droit civil tranche. En revanche, le besoin tel qu'il apparaît en droit pénal doit être entendu de façon stricte et impérieuse, l'examen du juge portant principalement sur la norme pénale que l'existence de celui-ci a pu conduire à bafouer. Cette démarche est logique, la fonction du juge pénal étant de réprimer les infractions commises. Tout aussi logique, l'utilisation de la notion de besoin par le droit de l'aide sociale. L'aide sociale présentant comme caractéristique d'être subsidiaire et spécialisée, ses règles déclinent la notion générique de besoin en autant de besoins répertoriés, spécialisés et précisés, dont la satisfaction est extrêmement encadrée.

La phénoménologie ainsi tentée amène à un double constat : le droit ne définit pas la pauvreté. Pour autant, ceci est loin d'impliquer qu'il ignore le phénomène. Bien loin de là, il le prend largement en compte. Car une évidence s'impose : malgré l'absence du vocable dans les textes et la jurisprudence, c'est bien la pauvreté qui, indirectement, est cause d'intervention ou de modulation de la règle juridique. C'est au pauvre que le droit accorde certaines prestations nécessaires à sa survie, par la désignation des débiteurs de l'obligation alimentaire, qu'ils soient privés ou publics. C'est le pauvre que le droit pénal entend relaxer sur le fondement de l'état de nécessité, à l'image de la fille Ménard, voleuse pour la survie de son enfant. C'est encore lui que l'on devine derrière le surendetté passif, l'indigent fiscal, le bénéficiaire du minimum vieillesse ou du RMI…

Pourtant, jamais le terme n'apparaît et la notion semble rester en dehors du champ juridique. Tout au plus est-il possible de dégager une notion juridique lui servant de substitut : celle de besoin. Si celle-ci s'avère être une catégorie intellectuelle permettant de donner une certaine unité au droit, force est toutefois de reconnaître qu'elle reçoit des acceptions et des fonctions différentes, selon les

branches du droit qui l'utilisent explicitement ou implicitement. Dès lors, l'examen des différentes implications de la notion de besoin permet de remarquer que si elle joue parfois un rôle de substitut juridique au concept de pauvreté, elle opère souvent sur des terrains totalement irréductibles à celle-ci et ne permet pas d'aboutir à une définition juridique de la pauvreté.

« *Tout ce qui parle en termes de besoin est une pensée magique. Posant le sujet et l'objet comme entités autonomes et séparées, comme mythes spéculaires et distincts, il faut fonder leur relation : c'est le concept de besoin qui sera la passerelle magique* » écrivait Baudrillard[257]. La passerelle est magique, certes, car, tout en faisant produire des effets juridiques à une faiblesse de ressources, elle évacue la notion de pauvreté du champ du droit.

CONCLUSION DU TITRE 2

179. Un principe résume la question de la subsistance : l'être humain doit attendre de son propre travail la satisfaction de son besoin. Le droit n'accepte que de façon dérogatoire et parcellaire l'idée que le besoin puisse être satisfait par d'autres voies que celle dictée par la malédiction divine initiale. Le pauvre, dès lors, n'a pas de place dans la construction juridique : « *pensée en terme de destinée providentielle, de fatalité accidentelle ou d'immoralité individuelle, la pauvreté ne pouvait en tout cas pas se dire dans les termes du droit* »[258].

Non pas que la pauvreté soit réellement occultée par le droit : en fait, la pauvreté est bien appréhendée par l'ordre juridique, mais de façon latérale selon deux angles distincts : celui de la place du pauvre dans la société, c'est-à-dire de son intégration, laquelle suppose qu'il travaille, et celui de son état de besoin, perçu différemment selon des finalités diverses. Dès lors, ce sont certaines manifestations de la pauvreté qui sont saisies par le droit, la mendicité et le vagabondage, l'infirmité ou la vieillesse, le surendettement ou l'indigence fiscale, ou encore certaines figures du pauvre qui sont appréhendées juridiquement : l'affamée voleuse de pain, le parent dans le besoin, le sans-domicile-fixe… Dans toutes ces hypothèses, le droit ne se préoccupe pas directement de la pauvreté, mais bien d'un état de besoin qui est apprécié de façon relative et variable, selon les situations juridiques et les cas de figure. Seul point commun, le besoin doit, pour prétendre être satisfait, avoir des origines acceptables…

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

180. La formulation traditionnelle de la pauvreté en terme de "question sociale" exprime l'angoisse de la société d'une dislocation née des désordres sociaux qu'engendre la pauvreté en son sein. Ramener l'ordre et affermir la cohésion

---

[257] J. BAUDRILLARD, *Pour une critique de l'économie politique du signe*, Gallimard, 1971, p. 69.
[258] X. DIJON, *Droit naturel*, T. 1, *Les questions du droit*, PUF, Thémis, 1998, p. 272.

menacée, tel est le fondement traditionnel de la prise en compte de la pauvreté. Historiquement, ce souci de cohésion se traduit par l'affirmation d'un devoir d'assistance justifié à la fois par un souci d'humanité et par des considérations d'ordre public *lato sensu*, les mesures juridiques adoptées envers les pauvres traduisant ce diptyque d'assistance et de méfiance. La charité ou la fraternité, la morale bienfaisante ou la solidarité président à l'édiction de dispositifs tendant à soulager la misère, sans pour autant pouvoir résumer à elles seules des mesures quelquefois répressives, le plus souvent "conservatoires". Depuis la Seconde Guerre mondiale, la cohésion sociale, dont la thématique est réactivée dans les années quatre-vingt devant la montée de la "nouvelle pauvreté", est intrinsèquement liée au principe fondateur d'égalité et traduit le souci de solidarité qui anime et maintient l'organisation sociale. Il s'agit avant tout de maintenir un lien distendu par la "déchirure" ou rompu par la "fracture sociale", d'intégrer l'individu à la communauté nationale, intégration à laquelle la société lie son sort.

Tant que la finalité première était la préservation de l'organisation sociale, le pauvre n'était appréhendé par le droit que lorsque son état était susceptible de porter atteinte à la cohésion recherchée. La pauvreté est un "non objet" juridique, parce que, fondamentalement, elle est un "non problème" juridique. Cette ignorance juridique de la pauvreté est manifeste : le droit ne se saisit de la pauvreté que de façon marginale, lorsque sa manifestation extrême, le vagabondage et la mendicité, menace la cohésion recherchée. Structuré autour du travail et de la satisfaction d'un besoin aux origines acceptables, l'ordre juridique forme un système cohérent, dans lequel chacun est formellement intégré et au sein duquel la pauvreté est une notion extérieure, non saisie par le droit et finalement insaisissable. Le principe essentiel, résumé par le Comité de Mendicité, reste avant tout que « *dans les remèdes à l'indigence, le travail est le principal* »[259]. Le pauvre bénéficie ainsi de mesures protectrices, exonératoires ou assistancielles, sans pour autant que le droit n'offre le champ nécessaire à une définition de la pauvreté. Le besoin qu'il définit est trop ponctuel ou relatif pour fonder une définition de la pauvreté. Or, sur ce point, la mutation que connaît le droit en ses fondements, autour de l'idée centrale de droits fondamentaux, offre des pistes nouvelles de réflexion.

---

[259] *Plan de travail*, C. BLOCH et A. TUETEY, *Procès verbaux et rapports du Comité de Mendicité de la Constituante*, Imprimerie Nationale, 1911, p. 316.

SECONDE PARTIE

LE PAUVRE FACE À LA SOCIÉTÉ

181. « *Conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme, les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme reconnaissent que l'idéal de l'être humain libre, libéré de la crainte et de la misère, ne peut être réalisé que si sont créées les conditions permettant à chacun et à chacune de jouir de ses droits économiques, sociaux et culturels aussi bien que de ses droits civils et politiques* »[1].

Cette récente affirmation de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies est révélatrice d'une nouvelle lecture de la pauvreté. Celle-ci s'inscrit désormais dans le champ des droits de l'homme. En somme, les préoccupations de cohésion sociale s'estompent derrière la prise en compte de la situation faite à l'individu. L'analyse de la menace que fait peser la pauvreté se déplace, et l'individu pauvre s'érige face à la société, en excipant de droits que la misère met à mal. Bref, la pauvreté s'analyse désormais en terme de droits de l'homme (*Titre 1*). Le changement de lecture ainsi opéré constitue les prémices d'une évolution notable ces dernières années : la découverte de l'exclusion sociale occasionne un renouveau de l'approche juridique de la pauvreté (*Titre 2*).

---

[1] Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social des Nations Unies, « *Les droits de l'homme et l'extrême pauvreté* », E/CN.4/2000/L.11/Add.1, 17 avril 2000.

TITRE 1

PAUVRETÉ ET DROITS DE L'HOMME

182. « *Il n'est pas fréquent d'associer protection par les droits de l'homme et refus de la pauvreté. Plus étonnant que cette association est cependant le fait qu'elle soit si souvent refusée* »[1]. L'évolution de l'ordre juridique traduit en effet une rupture : dans la seconde moitié du XXe siècle, la pauvreté se pense en terme de droits. Ce changement de perspective résulte de la rencontre de deux analyses. Celle provenant, tout d'abord, de l'affirmation progressive et hésitante de droits nouveaux, dits économiques et sociaux, qui constituent les prérogatives reconnues à l'individu pour sortir de sa situation de pauvreté (*Chapitre 1- Assistance et droits de l'homme, l'histoire d'un paradoxe*) ; celle découlant, ensuite, de la prise de conscience que la pauvreté est souvent constitutive d'une violation de droits fondamentaux (*Chapitre 2- Pauvreté et violation des droits fondamentaux*).

---

[1] J. FIERENS, *Droit et pauvreté, droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 63.

CHAPITRE 1

ASSISTANCE ET DROITS DE L'HOMME : L'HISTOIRE D'UN PARADOXE

> « *L'homme n'est pas fait pour se maintenir comme une bête juste au niveau de la vie physique. Chacun de nous est une personne et a mission de se développer comme personne ; nous appellerons nécessaire personnel (necessarium personae) le minimum nécessaire à l'organisation d'une vie humaine : minimum de loisir, de sport, de culture, de vie publique, de vie de famille, de vie intérieure. Tout homme y a un droit absolu* ».
>
> E. MOUNIER, « De la propriété capitaliste », *Œuvres*, Le Seuil, 1961, T. 1, p. 453.

183. L'histoire du droit de l'individu à être protégé contre les risques de l'existence et, souffrant de la misère, à bénéficier de secours, est empreinte d'un paradoxe. Droit revendiqué de haute lutte depuis le XVIIIe siècle, droit dont l'importance est mise en exergue par de nombreux discours politiques, mais aussi droit "tabou", droit "sulfureux" et dangereux. Car les enjeux idéologiques sont immenses : reconnaître un tel droit, c'est affirmer le droit absolu de tout homme à être protégé des tortures de la faim, de la peur et de la misère ; c'est fonder un projet de société sur l'idéal de bonheur auquel aspirent les déclarations de droits ; c'est se référer tout à la fois à la liberté, à la dignité et à la fraternité humaines. Mais proclamer un tel droit, c'est aussi faire planer la menace d'une vaste société d'assistés, de "mendiants légaux" subsistant de charité, c'est risquer de désinciter au travail et de déresponsabiliser l'individu ; c'est fonder un projet de société contraire à la logique libérale et, à terme, à sa survie même.

La question est de taille, et l'histoire révèle les hésitations suscitées par un droit longtemps refusé, puis progressivement consacré : celui du droit de l'individu aux secours et à la garantie contre les risques de l'existence.

Retracer la formation du droit à bénéficier de prestations permettant de sortir de la pauvreté suppose de soumettre à une double interrogation les textes et la jurisprudence : ont-ils, tout d'abord, entendu reconnaître un droit de l'homme,

jaillissant de la seule appartenance de l'homme à la société et obligeant l'Etat à procurer à l'individu les moyens de se prémunir contre la misère ? Ont-ils, ensuite, consacré l'existence d'un droit subjectif[1], fondé sur des dispositions objectives et assortissant de garanties matérielles la réalisation concrète du droit proclamé ? Y-a-t-il eu un lien de causalité entre les deux, une consécration séparée, une complémentarité nécessaire ?

Sans présager d'une réponse nuancée et infiniment variable selon les époques, un constat s'ébauche : si l'affirmation d'un devoir d'assistance à l'égard de certains pauvres a toujours été consacrée, l'étude montre la difficulté que les différents constituants et législateurs ont eue à lui reconnaître comme corollaire un droit de l'individu aux secours (*Section 1*). Dès lors, malgré un effort doctrinal constant depuis le XVIIIe siècle, ce n'est que dans le bouleversement de l'après-guerre qu'un tel droit est proclamé au sein des droits économiques, sociaux et culturels (*Section 2*).

SECTION 1
LES HÉSITATIONS CONSTITUTIONNELLES

184. L'histoire constitutionnelle française et, partant, celle de ses normes infra-constitutionnelles, souligne le paradoxe déjà constaté : à la reconnaissance permanente d'un devoir d'assistance pesant sur la société n'a pas toujours correspondu un droit de l'individu à recevoir des secours que sa situation de pauvreté appelle. Ceci est particulièrement vrai pour les périodes monarchiques ou impériales, tant la philosophie des secours publics qui les anime est fondée sur des considérations moralisatrices ou policières[2]. Aussi l'étude doit-elle s'attarder sur les périodes révolutionnaires ou républicaines de proclamation des droits de l'homme, époques qui révèlent le lent essor du droit aux secours sous la Révolution française (*§ 1*), droit que les Deuxième et Troisième Républiques percevront par la suite comme un héritage embarrassant, voire refusé (*§ 2*).

§1- La difficile proclamation du droit aux secours sous la Révolution

L'indigent est-il un citoyen malchanceux titulaire d'un droit aux secours fraternels ? Formulée en ces termes, la réponse ne fait aucun doute dans l'esprit des révolutionnaires français. Présent dès les débats constituants de la première assemblée (I), un tel droit ne sera toutefois consacré qu'ultérieurement (II).

---

[1] La définition de la notion de droit subjectif est peut-être une des questions les plus difficiles et controversées de la doctrine juridique. Sans s'attacher aux différentes théories développées, nous l'entendrons ici au sens de prérogative reconnue à un individu par le droit objectif, à savoir l'ensemble des règles positives, et juridiquement protégée, lui permettant, soit d'exiger un comportement déterminé d'un débiteur déterminé, soit d'exercer directement ses pouvoirs sur une chose déterminée (V. en ce sens, E. ALFANDARI, *Action et aide sociales*, Dalloz, 4e éd., 1989, p. 68. Pour une première approche des difficultés présentées par l'utilisation de cette notion : J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4e éd., 1994, n°173 à 203).

[2] V. sur ce point, *supra*, 1ère partie, titre 1, chapitre 1, § 44 et s.

I- 1789-1792 : le paradoxe révolutionnaire

En matière d'assistance aux pauvres, la période révolutionnaire s'avère empreinte d'un paradoxe certain : ce dernier apparaît tout entier dans le décalage résidant alors entre le consensus doctrinal de l'époque quant à l'existence d'un droit de l'individu aux secours (A) et la faible consécration textuelle dont celui-ci fit l'objet (B).

A- Le consensus doctrinal : l'existence d'un droit naturel de l'homme à la garantie de l'existence et l'affirmation corrélative d'un droit de l'individu aux secours

185. Reprenant et rationalisant la mystique chrétienne d'un droit du pauvre à exiger du riche le partage de son superflu[3], de nombreux auteurs du XVIIIe siècle affirment l'existence d'un droit imprescriptible de l'indigent aux secours. Le pauvre est un créancier qui, en demandant l'aumône, ne fait qu'exiger le paiement de la dette que les plus fortunés ont à son égard. Les Lumières laïcisent cette relation et substituent au riche la société tout entière, qui devient débitrice de cette créance. A la veille de la Révolution, écrits et brochures affirmant l'existence d'un droit de l'homme à exiger des secours de la société se multiplient, en précisant le contenu du droit ainsi proclamé : conçu comme un véritable pouvoir d'exiger, il est présenté comme obligeant l'Etat. C'est dire si les propos d'un abbé Baudeau, selon lesquels « *notre axiome fondamental est que tous les vrais pauvres ont un droit réel d'exiger leur vrai nécessaire* »[4], sont loin d'être isolés ou marginaux.

Empreints de ces lectures, les révolutionnaires de 1789 multiplient les références à un droit aux secours publics pour l'indigent. L'affirmation se retrouve dans de nombreux projets de déclaration des droits de l'homme discutés en 1789. Ainsi, parmi d'autres[5], celui soutenu par Sieyès affirme que « *tout citoyen qui est dans l'impuissance de pourvoir à ses besoins a droit aux secours de ses concitoyens* »[6], celui défendu par Pison du Galland dispose que « *la propriété ne doit empêcher personne de subsister. Ainsi, tout homme doit trouver à vivre par son travail. Tout homme ne pouvant travailler doit être secouru* »[7], celui de Boislandry énonce que « *tout citoyen qui est dans l'impuissance de pourvoir à ses besoins a*

---

[3] Le thème d'un droit du pauvre sur le superflu du riche est au fondement de la théologie chrétienne de la charité. L'aumône, loin d'être perçue comme facultative, est une obligation pour le riche, lequel ne fait que de s'acquitter de sa dette. Cette idée de redistribution est au cœur notamment de la pensée de Saint Thomas d'Aquin, selon qui « *les biens que certains possèdent en abondance sont dus, de droit naturel, à l'alimentation des pauvres* », (*Somme théologique*, II, IIae, q°66, a. 7, Ed. du Cerf, 1984).

[4] Abbé BAUDEAU, *Idées d'un citoyen sur les besoins, les droits et les devoirs d'un vrai pauvre*, 1765, cité par M. LEROY, *Histoire des idées sociales en France*, Gallimard, 1946, T. 1, p. 320.

[5] V., pour une recension exhaustive : M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, LGDJ, Bibl. de droit public, 1993, pp. 146-149 ; M. GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, Gallimard, 1989, pp. 93-101 ; P. LAVIGNE, *Le travail dans les constitutions françaises* (1789-1945), Thèse Droit Paris, 1946, pp. 89-91.

[6] A. SIEYES, *Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, article 25, présenté à l'Assemblée les 20-21 juillet 1789, reproduit *in* S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, 1988, p. 605.

[7] PISON DU GALLAND, *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen*, article 10, reproduit *in* S. RIALS, précit., p. 720.

droit aux secours publics »[8]. Les différents projets de déclaration témoignent ainsi de l'idée que, pour un certain nombre de révolutionnaires, au devoir de l'Etat d'assister les pauvres correspond bien un droit de l'homme[9].

Ce constat est corroboré par la lecture des différents rapports du Comité de Mendicité, lesquels affirment avec constance et insistance l'existence d'un droit de l'homme à sa subsistance. « *Tout homme a droit à sa subsistance, cette vérité fondamentale de toute société* (…) *réclame impérieusement une place dans la Déclaration des Droits de l'homme* »[10]. « *On a toujours pensé à faire la charité aux pauvres, et jamais à faire valoir les droits de l'homme pauvre sur la société* », tel est, dans l'esprit du Comité « *le grand devoir qu'il appartenait à la Constitution française de remplir, puisqu' aucune n'a encore autant reconnu et respecté les droits de l'homme* »[11]. Certes, le droit ainsi conçu est enserré dans de strictes limites[12], mais il n'en fait pas moins l'objet d'un réel consensus. Les débats parlementaires démontrent ainsi l'existence d'un fort courant de pensée tendant à voir dans les secours à attribuer à l'indigent un véritable droit de l'homme. Pourtant, ce droit ne fut pas rangé parmi ceux que la Déclaration ou les textes ultérieurs à 1789 ont proclamé.

B- Une consécration textuelle marginale

186. Le silence des textes révolutionnaires sur la question d'un droit au secours a pu être justifié, *a posteriori*, par la nature de ce droit. Ainsi, selon J. Rivero, si la déclaration des droits finalement adoptée n'y fait pas référence, c'est en raison de la nature particulière du droit invoqué. La Déclaration de 1789 ne proclamant que des droits naturels, inhérents à l'homme et conférés, non par la société, mais par la nature même, elle ne pouvait, à peine de contradiction insurmontable, reconnaître un droit aux secours : il ne saurait en en effet y avoir de créance là où il n'existe pas de créancier. « *Antérieurs à la société, les droits naturels ne peuvent consister en des créances de l'homme sur elle* », ce qui explique l'absence, dans la déclaration finalement adoptée, de droits permettant de demander à la société des prestations positives : « *c'eût été contraire à la notion de droits naturels telle qu'on l'entendait* »[13].

---

[8] BOISLANDRY, *Divers* a*rticles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, article 8, reproduit *in* S. RIALS, précit., p. 727 ; même formulation dans l'article 24 du projet défendu par Custine, id., p. 648.

[9] V. en ce sens, M. BORGETTO, précit., pp. 148-149 ; M. GAUCHET, précit., pp. 93-101 ; P. LAVIGNE, précit., pp. 89-91 ; *contra* : F. EWALD, *L'Etat Providence*, Grasset, 1986, p. 55.

[10] *Plan de travail du Comité pour l'extinction de la mendicité*, présenté à l'Assemblée Nationale le 6 juin 1790, *Procès verbaux et rapports du Comité de mendicité de la Constituante*, C. BLOCH et A. TUETEY, Imprimerie Nationale, 1911, p. 310.

[11] *Premier Rapport*, précit., p. 328.

[12] La formulation célèbre du Duc de La Rochefoucault Liancourt en atteste : « *si celui qui existe a le droit de dire à la société : faites-moi vivre, la société a également le droit de lui répondre : donne-moi ton travail* » (*Premier Rapport*, précit., p. 327) ; sur l'obligation de contrepartie ainsi affirmée, V. *supra*, 1e partie, titre 2, chapitre 1, spé. § 132.

[13] J. RIVERO, *Les libertés publiques*, Thémis, PUF, 8e éd., 1997, T. 1, « Les droits de l'homme », p. 53 ; pour une interprétation identique de l'esprit de 1789, V. également J. ROBERT et J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 1999, 7e éd., pp. 52-53.

Une telle justification rétrospective est discutable. Il est indéniable que, dans la philosophie politique révolutionnaire, l'homme est conçu comme titulaire d'un certain nombre de droits en vertu de sa seule qualité d'homme et que l'entrée dans le pacte social a pour but la conservation de ces droits. Cependant, comme le soulignent certains auteurs, rien ne s'oppose, dans une telle conception, à ce qu'un droit aux secours soit reconnu à l'individu pauvre : la société « *étant censée n'avoir d'autre origine ni d'autre fin que la conservation des droits naturels, il suffit en effet de poser l'homme comme titulaire d'un droit naturel à la subsistance ou à l'existence pour que ce droit, par là-même, soit nécessairement reconnu et se retrouve nécessairement garanti dans la société* »[14], ou, à tout le moins, proclamé. De nombreux projets de déclaration confirment cette interprétation, en affirmant un droit naturel de l'individu à la préservation de son existence dont la conséquence et le corollaire indispensables sont la proclamation d'un droit créance à exiger des secours. Celui soutenu par Rabaut Saint Etienne affirme ainsi que « *le premier droit de chaque homme, son droit inaliénable étant de vivre, ceux là et ceux là seuls qui sont dans une impuissance réelle de pourvoir à leurs besoins de nécessité ont droit aux secours de la société* »[15]. De même, le projet défendu par Marat décrit le droit de chacun dans l'état de nature « *de tout entreprendre pour sa défense, et de s'approprier tout ce qui est nécessaire à sa nourriture, à son entretien, à sa sûreté, à son bonheur* » et en déduit logiquement le droit de chaque membre de la société à exiger d'elle qu'elle pourvoie à ses besoins en cas d'indigence[16]. Certes, ce pouvoir d'exiger ne saurait être classé parmi les droits naturels. Il n'en reste pas moins qu'il est présenté, chez de nombreux révolutionnaires, comme une conséquence logique et nécessaire d'un droit naturel[17]. Comme le souligne J.-J. Sueur, « *loin de concrétiser une conception socialisante des droits de l'homme* (…), *le droit au secours était bien conçu comme son complément et son développement* »[18].

Dès lors, comment expliquer l'absence, dans la Déclaration des droits de l'homme finalement adoptée, de toute référence à un droit aux secours ? Nullement, on le voit, en raison d'une opposition doctrinale de principe fondée sur la distinction entre droits naturels et droits créances. En réalité, cette omission s'explique, selon différents auteurs, par des considérations circonstancielles : dans l'esprit des rédacteurs, la proclamation d'un tel droit n'était que différée et en aucun cas rejetée, et devait faire partie des articles additionnels à la Déclaration que le décret du 27 août 1789 prévoyait d'ajouter[19]. Rien ne laissait donc présager le refus des constituants de consacrer ce droit.

---

[14] M. BORGETTO, précit., p. 97.
[15] *Projet du Préliminaire de la Constitution française*, cité par M. BORGETTO, précit ; p. 147.
[16] *La Constitution ou Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, cité par M. BORGETTO, précit., p. 98.
[17] La doctrine du Comité de Mendicité s'inscrit dans une logique identique, lorsque celui-ci énonce: « *chaque homme ayant droit à sa subsistance, la société doit pourvoir à la subsistance de ceux de ces membres qui pourront en manquer* » (*Plan de travail*, précit., p. 310). C'est donc bien, selon le Comité, du droit qu'a chaque individu à préserver son existence que découle la dette sociale à son égard.
[18] J.-J. SUEUR, « Les conceptions économiques des membres de la Constituante, 1789-1791 », *RDP*, 1989, p. 809.
[19] V., pour une analyse approfondie, M. BORGETTO, précit., pp. 150-151 ; M. GAUCHET, « Droits de l'homme », *in* F. FURET et M. OZOUF (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Flammarion, 1988, p. 692 ; J.-J. SUEUR, précit., p. 809.

187. Pourtant, bien que relativement consensuel, le droit au secours reste absent du texte constitutionnel finalement adopté. D'une part, un tel droit n'est pas rangé parmi ceux « *naturels et civils* » garantis par le titre 1er de la Constitution de 1791 ; d'autre part aucun droit créance, contrepartie d'une dette de la société, n'est proclamé. La formulation retenue par la Constitution ne fait pas référence à l'existence d'un droit, mais promet tout au plus la création d'un « *établissement général de secours publics, pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes et fournir du travail aux pauvres valides qui n'auraient pu s'en procurer* ». Le rejet des constituants est délibéré : en effet, de nombreux amendements tendant soit à modifier la Déclaration de 1789[20], soit à insérer une disposition faisant référence à un tel droit dans le corps de la Constitution[21] ont été repoussés après discussion par l'Assemblée Constituante.

Ni la Déclaration des droits ni la Constitution ne consacrent donc le droit aux secours, et le décalage avec l'insistance de nombreux députés à le voir proclamé est flagrant. Ce silence aurait pu être compensé par l'affirmation de ce droit dans des textes infra-constitutionnels. Rien n'en a été, et le fossé entre le large accord de 1789 sur cette question et les faibles réalisations de l'Assemblée se creuse encore devant le mutisme des textes législatifs d'assistance : ne mettant en place que des secours ponctuels, à portée limitée, ils ne fondent pas un droit de l'indigent à réclamer des secours. Ni droit de l'homme, ni droit subjectif opposable à l'Etat, les secours organisés demeurent, au mieux, une pratique facultative et limitée.

188. Le projet Bernard, présenté devant l'Assemblée législative le 13 juin 1792, a contribué à faire évoluer la question. Le droit à l'assistance qu'il entend faire proclamer est présenté comme revêtant le double caractère d'un droit de l'homme et d'un droit social : droit de l'homme, en ce qu'il traduit l'expression d'un droit naturel, inhérent à chacun et devant, à ce titre, être proclamé dans un acte récognitif ; droit de l'homme en société, dans la mesure où il exprime une créance de l'individu à l'encontre de l'Etat, créance reconnue du seul fait de son appartenance sociale[22]. Ainsi, le décret du 10 août 1792 affirme, dans son exposé des motifs, que « *le pauvre a droit à une assistance nationale* »[23], consacrant de la sorte pour la première fois dans un texte normatif un principe maintes fois invoqué depuis le début de la Révolution. Pourtant, la portée limitée du texte, lequel ne tend qu'à dégager trois millions de livres « *pour les secours provisoires que pourront exiger les besoins pressants et momentanés des hôpitaux du royaume pour 1792* », interdit de donner au droit ainsi proclamé un commencement d'effectivité. Le décalage paradoxal entre le consensus doctrinal sur la nécessité de consacrer un droit de l'homme au secours

---

[20] V., en ce sens, la proposition de Dupont de Nemours tendant à insérer un article disposant que « *tout homme a droit aux secours des autres hommes, à des secours gratuits s'il est dans l'état de faiblesse ou d'indigence, à des secours réciproques s'il est dans l'état de démence* », cité par M. BORGETTO, précit., p. 159.

[21] V., par exemple, le rejet de l'amendement défendu par Rabaut Saint Etienne, tendant à voir consacrer l'existence d'une dette de la société et, corrélativement, d'un droit de l'individu à des secours, *AP*, séance du 9 août, T. 8, p. 300 ; V. pour d'autres exemples, M. BORGETTO, précit., p. 159-160.

[22] V. en ce sens, M. BORGETTO, précit., p. 164-165.

[23] *A.P*, séance du 10 août 1792, T. 47, p. 661 ; à rapprocher de l'exposé des motifs du décret du 17 janvier 1792, *A.P.*, séance du 17 janvier 1792, T. 37, p. 454, affirmant que « *le soulagement des pauvres est le devoir le plus sacré d'une Constitution qui repose sur les droits imprescriptibles des hommes* ».

et sa faible réception normative se dédouble en un autre décalage : même proclamé, le droit n'atteint pas la précision d'un droit subjectif, opposable à l'Etat, puisque les textes le reconnaissant n'instaurent qu'un système aléatoire de distribution des secours. Ce paradoxe, présent aux premières heures de la Révolution, s'atténue toutefois sous la première République.

II- 1792-1795 : la consécration d'un droit aux secours

189. Une grande majorité des projets adressés en l'an I à la Convention tend à reconnaître l'existence d'un droit de l'homme aux secours ou, au moins, celle d'une dette de la société à l'égard des indigents[24]. Ainsi, celui de Robespierre en avril 1793 reconnaît un droit naturel de l'homme à l'existence, dont découlent certaines conséquences pour la société : en effet, après avoir posé, dans son article 1er, que « *le but de toute association politique est le maintien des droits naturels et imprescriptibles de l'homme et le développement de toutes ses facultés* » et, dans son article 2, que « *les principaux droits de l'homme sont celui de pourvoir à la conservation de l'existence et de la liberté* », il en déduit, dans son article 10, une obligation de la société « *de pourvoir à la subsistance de tous ses membres, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux quoi sont hors d'état de travailler* »[25].

Le consensus apparent ne doit toutefois pas occulter les profondes discussions des conventionnels sur la nature et l'étendue du droit en cause : à celle portant sur la reconnaissance d'un droit de l'individu ou d'une seule obligation de la société s'ajoute une controverse sur l'étendue du droit et la personne du titulaire : les débats des conventionnels traduisent une hésitation entre la proclamation d'un droit de chacun à la subsistance, se déclinant en un droit au travail pour les valides et un droit aux secours pour ceux inaptes au travail, ou la seule affirmation d'un droit des « malheureux » et des indigents aux subsides de la société[26].

190. Dans sa version définitive, le texte constitutionnel ne proclame pas expressément la reconnaissance d'un droit de l'homme. L'article 21 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen montagnarde occulte la référence à un droit et se réfère seulement à la reconnaissance d'une dette de la société[27]. Or, pour de nombreux commentateurs de ce texte, la proclamation d'une dette sociale, quel que soit son caractère « *sacré* », ne saurait valoir reconnaissance corrélative d'un droit. S'appuyant, d'une part, sur l'absence de reconnaissance formelle d'un

---

[24] Pour une analyse approfondie de ces différents projets, outre la thèse précitée de M. BORGETTO, pp. 171-184, V. du même auteur « Le droit aux secours publics dans les déclarations de l'an I », *Les déclarations de l'an I*, Actes du Colloque de Poitiers, 2-3 décembre 1993, PUF, 1995, pp. 145-162.

[25] *A.P.*, séance du 24 avril 1793, T. 63, pp. 198-199.

[26] V., la recension des différents projets de constitution effectuée par M. BORGETTO, précit., pp. 172-173.

[27] « *Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler* » ; sur les fondements de cette « dette sociale » et les conséquences législatives qui en ont été tirées, V. *supra*, 1e partie, titre 1, chapitre 1, § 37-43.

droit aux secours[28] et, d'autre part, sur le caractère imprécis de la dette proclamée[29], beaucoup d'auteurs en concluent au rejet, par le constituant de 1793, d'un droit de l'homme au secours.

Cette analyse littérale du texte de 1793 n'emporte toutefois pas la conviction et deux objections sérieuses permettent de nuancer fortement l'affirmation doctrinale. La première repose sur l'analyse des débats conventionnels faite par M. Borgetto. L'auteur a fort bien montré que, dans l'esprit des conventionnels, l'expression même de « *dette sacrée* » n'était nullement dépourvue de toutes valeur et efficacité juridiques. En pure logique juridique, l'affirmation d'une dette suppose une relation entre un débiteur et un créancier fondée sur l'existence d'un droit. Or, « *en proclamant la dette sociale, les conventionnels avaient sans conteste la conviction que celle-ci non seulement avait pour résultat direct de mettre à la charge de la société une stricte obligation juridique, mais encore n'avait d'autre origine que l'existence d'un droit préalablement reconnu à l'individu* »[30]. Dès lors, pour M. Borgetto, il est patent que dans l'esprit des conventionnels, « *affirmer une dette sociale ou affirmer un droit de créance au profit de l'individu revenait en définitive au même* »[31]. D'autre part, un second argument conforte cette interprétation. S'il est vrai que la déclaration finalement adoptée omet la proclamation d'un droit au secours, cette absence peut se justifier par l'objectif poursuivi par ce texte, à savoir la reconnaissance « *solennelle* » de « *droits sacrés et inaliénables* », c'est-à-dire de droits naturels, catégorie à laquelle, en toute logique, ne saurait appartenir un droit-créance[32]. Cette absence ne permet pas toutefois de conclure à un rejet par les constituants : l'article 122 de la constitution républicaine, placé dans le titre consacré à la « *garantie des droits* », range, parmi les droits reconnus et garantis comme la liberté ou le droit de propriété, celui aux secours publics[33]. La formulation retenue dans le corps de l'acte constitutionnel permet ainsi

---

[28] V., en ce sens, G. BURDEAU, *Traité de science politique*, 1987, 3e éd., T. 6, p. 235 : « *l'Etat libéral admet-il un droit individuel à l'assistance ou est-ce seulement pour lui un devoir ?* (...) *La formule de l'article 21 de la Déclaration du 24 juin 1793 ne fait pas formellement allusion à un droit individuel* » ; J. PERRINJAQUET, « Comparaison entre les principes de déclarations des droits de 1789 et 1793 », *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, n° 3, 1908, pp. 23-24 : « *les textes des déclarations de droits de 1793* (...) *reconnaissent l'obligation juridique de l'Etat envers les individus mais non les droits subjectifs de l'individu contre l'Etat. S'il en avait été ainsi, ces droits nouveaux auraient été ajoutés à la liste des droits individuels énumérés dès les premiers articles des déclarations des droits* ».

[29] V. en ce sens C. A. COLLIARD, *Libertés Publiques*, Dalloz, 6e éd., 1982, p. 780 : « *l'expression même de dette sacrée était trop solennelle pour revêtir une portée réelle : la dette sacrée n'est pas une obligation juridique* ».

[30] M. BORGETTO, article précité, p. 186. L'auteur s'appuie notamment sur l'éclairage important apporté par les propos du montagnard Oudot, affirmant en avril 1793 que « *ce qui est annoncé comme une dette de la société ne peut être considéré comme tel que parce que parce que cette obligation dérive d'un droit naturel de l'homme* » ; dans le même sens : M. Gauchet, ouvrage précité, pp. 231-233.

[31] Id., p. 187. L'analyse de l'auteur emporte la conviction, en ce qu'elle s'appuie sur les travaux et débats parlementaires de l'époque. Le raisonnement tendant à assimiler dette de la société et droit de l'homme est toutefois loin de valoir dans l'absolu et de s'appliquer à d'autres périodes historiques (V. *infra*, § 192-193).

[32] V. la position de J. RIVERO ou de J. ROBERT, ouvrages précités.

[33] Article 122 : « *La Constitution garantit à tous les Français l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété, la dette publique, le libre exercice des cultes, une instruction commune, des secours publics, la liberté indéfinie de la presse, le droit de pétition, le droit de se réunir en sociétés populaires, la jouissance de tous les Droits de l'homme* ».

de lever les ambiguïtés nées de la formulation de la Déclaration des droits de 1793. Non seulement l'assistance est présentée comme un droit de l'homme, à l'instar de la liberté de réunion ou du droit de propriété, mais elle est de surcroît élevée à la valeur constitutionnelle.

Cette consécration est corroborée par les différents textes législatifs votés par la Convention en matière d'aide et d'assistances sociales, qui affirment le principe selon lequel « *tout homme a droit à sa subsistance par le travail s'il est valide, par des secours gratuits s'il est hors d'état de travailler* » en vertu de l'idée que l'assistance constitue « *une charge nationale* »[34] et l'assortissent de garanties destinées à lui donner une efficacité certaine[35].

La Révolution française est donc un moment clé dans l'histoire de la proclamation d'un droit de l'individu aux secours. Absente dans la Déclaration de 1789, elle apparaît dans un texte législatif avant d'être constitutionnalisée en 1793. Véritable droit de l'homme, conçu par beaucoup comme le corollaire indispensable d'un droit naturel de chacun à la préservation de son existence, le droit à l'assistance est aussi à cette époque construit comme un droit subjectif opposable à l'Etat grâce à la minutie des textes qui l'organisent. L'affirmation est essentielle, car elle disparaîtra au XIXe siècle. Le Directoire déjà s'empresse d'occulter le droit ainsi reconnu, la période napoléonienne et la Restauration demeurent muettes sur ce point, et l'essentiel du débat resurgit sous les Deuxième et Troisième Républiques.

§2- Les palinodies républicaines

Les Deuxième et Troisième Républiques sont, elles aussi, empreintes d'un certain paradoxe, d'une nature fort différente de celui caractérisant l'époque révolutionnaire : si ces périodes marquent un net recul sur les avancées de 1793 quant à l'affirmation d'un droit de l'indigent au secours, elles consacrent un progrès certain dans la législation d'assistance. Dès lors, se met progressivement en place à cette époque une politique sociale sans proclamation corrélative d'un droit du pauvre.

I- La IIème République, ou l'affirmation d'un devoir d'assistance sans contrepartie d'un droit

Une politique sociale sans proclamation d'un droit du pauvre au secours… L'affirmation peut surprendre, tant elle va à l'encontre d'une idée communément admise selon laquelle la Deuxième République aurait vu l'émergence des droits dits sociaux. En réalité, il importe de ne pas confondre la richesse des débats doctrinaux et politiques sur la question (A) avec la prudence des principes consacrés (B).

---

[34] Loi portant sur les bases de l'organisation générale des secours publics, exposé des motifs, *AP*, séance du 19 mars 1793, T. 60, pp. 326-327.

[35] V., par exemple la loi du 28 juin 1793, réglant l'organisation des secours à accorder annuellement aux enfants et vieillards, *AP*, séance du 28 juin 1793, T. 67, pp. 612 et s., affirmant à plusieurs reprises le droit de telle ou telle catégorie de personnes précisément délimitée à bénéficier de secours dont la nature et l'étendue sont détaillées avec minutie, et mettant en place une série de garanties au profit des bénéficiaires qu'elle désignait.

A- Le débat politique et doctrinal

191. Le débat doctrinal dans lequel s'inscrit la question de la reconnaissance d'un droit aux secours est particulièrement vif dans les années précédant 1848. Il oppose, de façon très schématique, les tenants de sa reconnaissance aux libéraux, farouchement opposés à celle-ci. Pour les premiers, l'affirmation d'un tel droit de l'homme va de soi : qu'ils s'inscrivent dans la fidélité aux principes républicains de 1792[36] ou dans leur dépassement[37], les opposants à la Restauration monarchique multiplient les écrits en ce sens. Pour les seconds, opposés à tout système de charité légale[38], il convient de « *désavouer publiquement le prétendu droit des pauvres à être entretenus aux frais de la société* », suivant en cela le mot fameux de Malthus[39]. Le héraut de cette idée à l'Assemblée est indiscutablement Thiers, dont les critiques à l'encontre de ce droit aux secours sont particulièrement fortes. Relevant que l'application de celui-ci s'avérerait nécessairement liée à une appréciation de la situation concrète des individus, l'orateur s'oppose à sa qualification de droit : « *il faut que vous réserviez le jugement des cas ; que vous disiez : je donne aujourd'hui, je ne donne pas demain ; je donne en hiver, je ne donne pas en été ; je donne en temps de crise, je ne donne pas en temps de prospérité. Et vous appelleriez cela un droit, quand vous restez maîtres de décider des cas ? Non, ce n'est pas un droit, ou vous avez oublié la langue* (…). *Un droit* (…) *ne fait pas d'exception entre les classes de citoyens, un droit s'applique à tous* »[40]. Si le député conservateur reconnaît la nécessité pour l'Etat d'instaurer ce que le vocabulaire moderne appellerait une politique sociale, il s'oppose irréductiblement, d'une part, à ce que celle-ci soit fondée sur un quelconque droit de l'individu à obtenir des secours, d'autre part, à ce qu'elle entraîne la reconnaissance d'un droit subjectif : en un mot,

---

[36] V. par exemple les affirmations de Barbès ou de Ledru-Rollin en faveur d'un droit minimum à la solidarité sociale analysées par M. BORGETTO, précit., pp. 241-242.

[37] Il en est ainsi des courants de pensée socialistes, tel notamment Sismondi, qui, sous la rubrique « droit des pauvres », affirme que ces derniers « *ont droit à une nourriture salubre, à un logement, à des vêtements, qui les mettent pleinement à l'abri des intempéries des saisons ; à une garantie de durée dans leur bien-être, qui ne les laisse point trembler chaque jour pour le lendemain ; à un superflu suffisant pour qu'après avoir pourvu à leur premiers besoins, ils soutiennent encore leurs enfants, leurs malades, leurs vieillards ; à un repos enfin entre leurs travaux, qui est requis pour maintenir leur santé, pour répandre quelque charme dans leur vie, et pour permettre à leur esprit de recevoir quelque culture* » (cité par M. LEROY, précit., T. 2, pp. 49-50).

[38] V. *supra*, 1ère partie, titre 1, chapitre 1, § 48-51.

[39] MALTHUS, *Essai sur le principe de population*, 1798, rééd. 1889, Guillaumin et Cie, p. 102. L'idée est développée par les différents auteurs spécialistes des questions de bienfaisance, dont la pensée se rattache à celle de Smith. C'est ainsi DUCHATEL qui s'exclame que « *le principe du droit des pauvres ébranle les bases de l'ordre social* » (*De la charité*…, 1829, éd. A. Mesnier, p. 188) ou le baron de GÉRANDO, philanthrope catholique, qui affirme, non sans contradictions ou confusion, que si le droit du pauvre est un droit naturel quoique découlant de l'état de société, c'est un droit essentiellement moral (!) : « *il donne un titre à obtenir la bienveillance ; il n'a rien d'analogue aux droits de la propriété, aux droits du créancier, aux droits qui naissent des obligations positives. Le droit à être secouru n'est pas de même nature que le droit à être respecté dans sa vie, sa liberté, ses biens, son honneur : sans être moins sacré, il est moins positif, moins rigoureux, moins absolu* ». Ce droit n'est donc pas « *celui de requérir, d'exiger une prestation* (...) *C'est une espérance légitime* » (*De la bienfaisance publique*, Renouard et Cie, 1839, Tome 1, pp. 468-469).

[40] THIERS, *Le droit au travail à l'Assemblée nationale, Recueil complet de tous les discours prononcés dans cette mémorable discussion*, Paris, 1848, pp. 215-216.

« *c'est un secours que l'Etat peut donner et pas autre chose. Il ne faut donc pas l'appeler droit* »[41].

L'affrontement entre ces deux thèses n'a pas eu lieu au début de la Révolution de 1848. La discussion sur le droit au travail focalisant toutes les attentions, c'est sans grand débat qu'est adopté par la Commission de Constitution l'article 2 du projet de constitution selon lequel « *la Constitution garantit à tous les citoyens la liberté, l'égalité,* (…) *l'assistance* » ainsi que celui précisant que ce droit à l'assistance « *est celui en vertu duquel les enfants abandonnés, les vieillards et ceux qui sont hors d'état de travailler reçoivent de l'Etat les moyens d'exister* ». Les premiers mois de la République consacrent donc bien un droit aux secours limité aux seuls indigents inaptes au travail[42]. Toutefois, la solution retenue *in fine* par le constituant s'avère sensiblement plus nuancée.

B- La prudence des principes consacrés

192. Abandonnant l'idée d'un droit de l'homme, la Constitution finalement adoptée ne proclame plus qu'un devoir d'assistance enserré dans des limites précises[43]. L'ambiguïté du texte constitutionnel a suscité des interprétations doctrinales sensiblement divergentes : pour de nombreux auteurs, en dépit de la formulation retenue, un droit de l'homme à l'assistance a bien été consacré par ces dispositions constitutionnelles[44]. Pour d'autres, le texte n'aurait reconnu qu'un devoir social d'assistance auquel ne correspondrait pas un droit de l'individu[45]. Certains auteurs enfin, tel L. Duguit, se sont cantonnés à une interrogation extrêmement prudente[46]. L'analyse faite par M. Borgetto des travaux de la Commission de Constitution a toutefois permis de mettre un terme à la querelle doctrinale : les discours de Dufaure, président de la commission, montrent nettement

---

[41] Id., p. 217.

[42] Restriction somme toute conforme aux idéaux du moment, puisque les révolutionnaires proclamaient par ailleurs un « *droit au travail* » pour les valides, qui devait permettre à ces derniers de s'assurer des moyens d'existence.

[43] Article VIII du Préambule : « *La République* (...) *doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler* » ; article 13 de la Constitution : « *La Constitution garantit aux citoyens la liberté du travail et de l'industrie. La société favorise et encourage le développement du travail par l'enseignement primaire gratuit, l'éducation professionnelle, l'égalité de rapports entre le patron et l'ouvrier, les institutions de prévoyance et de crédit, les institutions agricoles, les associations volontaires, et l'établissement, par l'Etat, les départements et les communes, de travaux publics propres à employer les bras inoccupés ; elle fournit l'assistance aux enfants abandonnés, aux infirmes et aux vieillards sans ressources, et que leurs familles ne peuvent secourir* ».

[44] V., par ex., M. DUVERGER, *Le système politique français,* 1996, PUF, p. 102 ; P. LAVIGNE, thèse précitée, p. 221 ; Y. MADIOT, *Droits de l'homme*, Masson, 2e éd., 1991, p. 78, selon qui la Constitution garantit bien un droit, quoique enserré dans des limites précises.

[45] J. RIVERO, ouvrage précité, p. 70 : « *l'Etat reconnaît donc un devoir à sa charge, mais non un droit corrélatif au profit des citoyens* », l'auteur ajoutant que les précautions multipliées par le texte ont pour but d'éviter un engagement trop large de l'Etat ; pour une interprétation identique : J. ROBERT et J. DUFFAR, précit., p. 55 ; J. LAFERRIERE, *Manuel de droit constitutionnel*, Montchrestien, 1943, p. 194.

[46] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Boccard, 2e éd., 1923, T. 3, p. 637 : « *L'Assemblée se contenta de voter une très vague formule* (...) *Ce n'était point le droit au travail, puisque l'Assemblée l'avait expressément repoussé. Etait-ce le droit à l'enseignement, à l'assistance ? On peut en douter* ».

qu'en rejetant le projet initial et en adoptant la formule définitive d'un devoir de la société, c'est bien l'idée d'un droit de l'homme que les constituants ont repoussée : « *tout amendement à l'article 8 du Préambule qui portera le mot de droit ne rentre pas dans les idées de la commission et est repoussé par elle. Ce sont des devoirs que nous voulons proclamer* »[47]. On mesure, à la lecture des discussions parlementaires, le décalage entre 1793 et 1848 : non seulement les notions de droit et de devoir étaient étrangères l'une à l'autre dans l'esprit de la majorité des constituants, mais, davantage encore, « *loin d'avoir été le fait du hasard, la préférence donnée à la formule du devoir n'avait eu d'autre motif, en dernière analyse, que de nier tout droit au profit de l'individu* »[48].

Malgré leur net recul par rapport aux dispositions constitutionnelles de 1793, celles de 1848, loin de ne consacrer qu'un simple devoir moral, entendent fonder une réelle obligation juridique. Ce sont bien ainsi les bases d'une véritable politique sociale qui sont jetées par le texte constitutionnel. Pour autant, les textes législatifs adoptés sur son fondement ne débouchent pas sur la reconnaissance d'un droit subjectif de l'individu à obtenir des secours. S'inscrivant dans une logique identique, les textes législatifs se gardent bien de tirer les conséquences du devoir proclamé en reconnaissant un droit de l'indigent[49] et instaurent des mécanismes discrétionnaires d'assistance interdisant de voir la consécration d'un droit subjectif[50]. L'explication est logique si l'on se souvient que les républicains avaient en tête le souci d'instaurer une concorde sociale par l'instauration d'un ordre tutélaire et bienfaisant, opposé en tout point à la reconnaissance d'un droit susceptible d'attiser les rancœurs entre les classes sociales[51]. Non seulement l'obligation juridique d'accorder des secours existe, mais elle est réputée satisfaite dès lors que des mécanismes aléatoires permettent d'aider certains indigents méritants. En tout état de cause, l'obligation ne fonde pas un droit, pas plus qu'elle ne prend sa source dans celui-ci. De là cette difficulté « *devant laquelle les hommes de 1848 se trouvent pour formuler juridiquement la notion de droit social dès lors qu'il est dissocié du simple énoncé d'une politique à finalité sociale* »[52]. Or cette difficulté, loin d'être levée, ne fait que s'accentuer sous la Troisième République.

II- La IIIème République, ou la difficile reconnaissance d'un droit subjectif

193. Si un large consensus sur la nécessité de mettre en place des institutions de secours aux indigents caractérise la IIIème République[53], une question cruciale agite

---

[47] DUFAURE, *Compte rendu …*, séance du 14 septembre 1848, T. 4, pp. 15-16.
[48] M. BORGETTO, précit., p. 304.
[49] V. en ce sens le rapport de la commission chargée d'examiner le projet sur l'organisation de l'assistance publique, *Compte rendu…*, add. séance 26 février 1849, T. 8, p. 72 : « *La loi de l'assistance publique* (...) *doit se renfermer rigoureusement dans les limites posées par la constitution et partir du même principe, savoir que l'assistance* (...) *est un devoir que la société s'impose et non un droit privé et individuel qu'elle reconnaît* ».
[50] Sur les dispositifs d'assistance instaurés sous la IIe République, V. *supra*, 1e partie, titre 1, chapitre 1, § 62-64 ainsi que M. BORGETTO, précit., pp. 314-316.
[51] V. *supra*, 1e partie, titre 1, chapitre 1, § 49-50.
[52] P. ROSANVALLON, *L'Etat en France*, Le Seuil, 1990, p. 158.
[53] Sur ce point, V. *supra*, 1e partie, titre 1, chapitre 1, § 66.

toutefois les milieux politique et la doctrine juridique : en instaurant une politique d'assistance, le législateur reconnaît-il la préexistence d'un "droit de créance" que détiendrait le pauvre à l'égard de la société ? Le clivage politique est particulièrement net : aux solidaristes[54] et à la gauche[55], qui proclament l'existence d'un droit dont le législateur ne ferait que prendre acte en instaurant un régime nouveau d'assistance, répondent les députés de droite, animés par un net refus idéologique de consacrer la préexistence d'un droit de l'individu[56]. Au discours développé par les premiers d'un droit à un minimum de sécurité matérielle découlant de la reconnaissance d'un droit à la vie[57] ou d'une dette sociale s'oppose la thèse d'une assistance naissant de la rencontre de « *deux devoirs* », celui du pauvre d'intégrer l'ordre social républicain[58] et celui de l'Etat qui ne confère aucun droit. En somme, comme le remarque un juriste de l'époque, « *instruire, donner du travail, c'est un bienfait, ce n'est pas l'acquittement d'une créance ; que le pauvre soit le débiteur et non le créancier de la société* »[59].

Les textes adoptés sous la IIIème République traduisent cette ambivalence : si certaines formulations ont pu laisser croire, selon les majorités parlementaires, à la reconnaissance d'un tel droit[60], les exposés des motifs ainsi que les travaux préparatoires des différentes lois d'assistance réfutent expressément toute idée d'une créance de l'individu antérieure à l'intervention du législateur et obligeant celui-ci. La modification de ce qui allait devenir la loi de 1905 sur l'assistance aux vieillards est symptomatique, le Sénat rejetant la formule initiale « *tout Français a droit* » au profit de celle « *tout Français reçoit l'assistance* », et remplaçant la formule d'« *ayant-droit* » par celle d'« *assisté* »[61].

---

[54] Pour L. BOURGEOIS, la théorie du quasi-contrat a pour effet de fonder une dette qui rend chacun débiteur de l'autre et constitue le fondement et les limites des droits de tous.

[55] V. par exemple l'intervention de J. JAURES, *JO Déb*., Ch. députés, séance du 15 juin 1903, p. 1976, à propos de l'assistance aux vieillards : « *Nous reconnaissons partiellement un droit existant* (…) *Les retraites seront une autre partie de ce droit* ».

[56] V. parmi d'autres exemples, CONSTANS : « *il n'y a pas, dans l'affirmation du devoir social au regard du malade privé de ressources, la reconnaissance, pour l'individu secouru d'un droit à l'assistance* » (Projet de loi sur l'assistance médicale gratuite, *JO Doc. Parl*., Ch. députés, ann. séance du 5 juin 1890, pp. 921-922) ; dans le même sens, V. la proposition de loi ayant pour objet l'organisation de l'assistance médicale dans les campagnes, présentée par les députés ROUSSEL et MORVAN, séance du 9 juillet 1872, *JO* Ch. députés, ann. 1281 : « *la même loi morale qui prescrit à la société d'assister l'indigent dans ses souffrances et ses besoins prescrit avec une égale force à l'indigent valide, le travail, la prévoyance et l'économie qui seuls peuvent créer les moyens d'assistance. La véritable harmonie sociale résulte ainsi de l'accomplissement d'un double devoir et non de la coexistence d'un devoir et d'un droit* ».

[57] Les thèses socialistes mettent ainsi en avant un droit à l'existence, en prônant l'instauration d'« *un système juridique qui reconnaît à chaque membre de la société le droit d'obtenir, à proportion des ressources existantes, les biens et services nécessaires à une existence humaine* (...) *Ce système est celui du droit à la vie* » (A. MENGER, *L'Etat socialiste*, Société nouvelle de librairie et d'édition, 1904, pp. 138-139). Dans le même sens, V. les travaux du Sixième congrès socialiste international tenu à Amsterdam, publié par le Secrétariat socialiste international, Bruxelles, 1904, pp. 29-30.

[58] V. sur ce point *supra*, 1ère partie, titre 1, chapitre 1, § 73-74 et titre 2, chapitre 1, § 131.

[59] E. LABOULAYE, *Questions constitutionnelles*, 1872, p. 45, cité par G. BURDEAU, précit., T. 6, p. 596.

[60] V., par exemple, l'interprétation faite par M. BORGETTO, précit., p. 440, note 3.

[61] V., en ce sens, les interventions très explicites de différents orateurs à la tribune du Sénat, justifiant la nouvelle formulation par le refus catégorique de voir consacrer un quelconque droit créance de l'individu, *JO Déb. Parl. Sénat*, séances des 8 et 9 juin 1905.

194. Nonobstant le parti pris politique et idéologique que traduisent ces choix terminologiques, la question du droit de l'indigent à obtenir un secours se dédouble là encore. En effet, le refus du législateur de reconnaître un droit préexistant à son intervention ne signifie pas nécessairement son refus d'instaurer, grâce à des mécanismes d'assistance obligatoire, un droit subjectif de l'individu, droit que ce dernier serait en mesure d'invoquer à l'encontre des instances chargées de distribuer les secours. Or, selon certains auteurs, « *posé en ces termes, le problème ne présente plus guère de difficultés : force est de constater* (…) *que s'il ne se résolut ni à consacrer la thèse du droit-créance ni à reconnaître explicitement et formellement un droit au profit de l'individu, le législateur n'en procéda pas moins à une construction juridique aboutissant* (…) *à donner à l'assisté un véritable droit subjectif* »[62].

Il est indéniable que les différentes lois d'assistance adoptées à l'époque organisent avec précision la distribution des secours en désignant méthodiquement les instances débitrices ainsi que les conditions à remplir pour y être admis, assurent des modes de financement et prévoient des possibilités de recours. La réunion d'un tel faisceau de dispositions permet ainsi à la doctrine contemporaine de conclure, avec une quasi-unanimité, à la consécration sous la IIIème République d'un droit subjectif au profit de l'individu[63]. Or, le paradoxe est ici tout entier : si la doctrine moderne tire de l'analyse des lois de la IIIème République l'existence d'un droit subjectif de l'individu aux secours, les juristes de l'époque sont loin d'un tel constat. Dans sa très grande majorité, l'*opinio juris* du début du siècle réfute absolument la thèse d'un droit subjectif institué par les lois d'assistance[64].

Force est en effet de constater que les lois d'assistance font l'objet d'une réception jurisprudentielle et doctrinale catégorique : aucun droit de l'individu aux secours n'est reconnu en tant que tel. Ainsi, la théorie institutionnelle développée par M. Hauriou lui permet de définir la situation de l'indigent par l'aptitude de celui-ci à bénéficier des avantages publics[65]. Le pauvre secouru est en possession d'un statut réel composé de deux éléments, le domicile de secours et l'inscription sur la liste des indigents[66]. Or, aucun droit subjectif ne saurait découler de la possession de ce statut réel : « *il est dans la logique du régime administratif, avec puissance publique, que les indigents n'aient pas un droit de créance individuel à l'assistance et qu'ils ne puissent pas intenter une action en justice contre l'administration publique pour se faire délivrer un secours déterminé ; ils ont seulement une aptitude à bénéficier des avantages de l'assistance publique tels qu'ils sont organisés spontanément par l'initiative de l'administration* »[67]. Si le pauvre a les moyens de réclamer son inscription sur une liste d'assistance, dès lors qu'il est en possession de son statut, « *l'indigent n'a aucun pouvoir individuel pour faire organiser effectivement le service d'assistance. Il sera secouru quand le service fonctionnera,*

---

[62] M. BORGETTO, précit., p. 456.
[63] V. en ce sens M. BORGETTO, précit., pp. 456-457 ; A. DE LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 3e éd., 1978, p. 445.
[64] Sans même évoquer l'idée d'un droit antérieur à l'intervention du législateur, tant cette idée était étrangère à la majorité de la doctrine de l'époque.
[65] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 6e éd., 1907, Sirey, p. 355.
[66] V. sur ce point J. BABY, *Le statut de l'indigent*, Thèse Toulouse, 1910, p. 92.
[67] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11e éd., 1927, Sirey, p. 559.

parce qu'il aura le service nécessaire, mais le service fonctionnera quand l'administration le jugera à propos, de par sa propre initiative »[68]. Certes, l'auteur concède que l'assistance constitue bien un droit individuel composant un élément du statut de l'indigent[69] mais il prend soin de préciser qu'il s'agit d'un « *droit réel* » qui correspond à une situation établie, insusceptible de sanction juridique[70].

En ce sens, la pensée du Maître de Toulouse se rapproche de celle de L. Duguit[71] ou d'H. Berthélémy, selon lesquels l'assistance n'est qu'un droit objectif[72] : au devoir d'assistance ne correspond en aucun cas un droit subjectif de l'individu aux secours. Une interprétation identique est développée dans différentes thèses. Ainsi, pour J. Baby, le devoir d'assistance n'est corrélé à aucun droit aux secours : s'appuyant notamment sur la jurisprudence relative à l'application de la loi de 1893, il relève que les juridictions tant administratives[73] que judiciaires[74] ont dénié l'existence d'un droit de l'individu à exiger des secours[75].

Jurisprudence et doctrine convergent donc sur ce point : le pauvre n'a aucun « droit aux secours », et seules quelques voix isolées admettent l'existence de ce droit[76]. Dès lors, comment expliquer ce décalage entre l'interprétation majoritaire

---

[68] Id., p. 341, l'auteur se reportant notamment à différents arrêts : CE, 29 décembre 1911, *Chomel*, *Rec.* p. 1265 ; 19 janvier 1912, *Marc*, *Rec.* p. 75.

[69] M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, 1910, pp. 558-559.

[70] M. HAURIOU, *id*., pp. 169-170 : ainsi, pour le Doyen, il convient de distinguer le droit de créance, qui consacre un rapport juridique se rapportant à la sanction du droit, en quelque sorte son opposabilité, tandis que le droit réel est une situation établie qui se rapporte au contenu du droit, celui-ci étant envisagé indépendamment de sa sanction.

[71] Pour L. DUGUIT, le devoir d'assistance n'est en aucune façon la contrepartie d'un droit subjectif de l'individu, notion qu'il réfute absolument, mais le corollaire des devoirs sociaux que l'Etat doit assumer à travers les services publics afin d'assurer la réalisation et le développement de l'interdépendance sociale ; V. *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., 1923, T. 3, pp. 598 et s, spé. p. 632 : « *peu importe qu'il y ait là ou non un droit subjectif de l'individu ; l'essentiel est d'établir qu'il existe un devoir objectif de l'Etat, et d'organiser les services publics nécessaires pour en assurer l'accomplissement* ».

[72] H. BERTHELEMY, préface au *Traité théorique et pratique d'assistance publique*, H. DEROUIN et al., Sirey ,3e éd., 1914, p. III : « *n'hésitons pas à instituer au profit des blessés de la lutte pour la vie le droit aux secours, non certes comme un droit subjectif (c'est une thèse indéfendable) mais comme un droit objectif qu'une législation prévoyante doit affirmer en en précisant la mesure et en en réglementant l'exercice* ».

[73] CE, 10 mars 1899, *Hospices du Havre*, *S.* 1900.III.33, concl. JAGERSCHMIDT. Les conclusions du commissaire du Gouvernement établissent qu'aucun droit de l'individu n'a été instauré par la loi de 1893, le conseiller appuyant son raisonnement à la fois sur les travaux préparatoires et sur l'absence de recours juridictionnel au profit de l'indigent exclu de ses dispositions. En somme, conclut le conseiller, « *le devoir d'assistance, l'obligation légale et pécuniaire des collectivités n'a pas comme corrélatif un droit à l'assistance, un droit individuel à réclamer le bénéfice du secours médical gratuit* » (p. 35).

[74] CA Rouen, 19 janvier 1905, S. 1905, II, 273, note O. DALMBERT. La Cour relève ainsi que la loi « *en réglant les conditions de l'admission de l'indigent dans un établissement hospitalier, a créé en sa faveur une simple aptitude aux secours sans lui reconnaître aucun droit* » (p. 275) et l'annotateur ajoute :« *les hôpitaux fournissent l'hospitalisation mais ne la doivent pas. L'indigent n'a jamais le droit d'exiger le secours, il a seulement l'aptitude à le recevoir* » (p. 273).

[75] Dans le même sens, V. M.-A. CANITROT, *Du droit aux secours. Dans quelle mesure il existe en France*, Thèse Droit Paris, 1912, pp. 110-111.

[76] Certains auteurs admettent ainsi que la loi a bien entendu désigner de véritables créanciers. C'est la pensée de J. BARTHÉLÉMY, selon qui « *il ne faut pas que l'assisté se présente comme un solliciteur humilié qui tend la main ; le législateur l'invite à se présenter dans l'attitude fière d'un créancier qui réclame un droit* ». Toutefois, l'auteur prend garde de distinguer nettement le cas d'une assistance obligatoire sanctionnée par un recours juridictionnel et l'idée d'un droit à l'assistance : « *un droit à*

prévalant au début du siècle, se refusant à voir dans l'assistance aux indigents la manifestation d'un droit subjectif, et l'affirmation contraire de la doctrine actuelle ? Obstination entêtée de la première à nier l'évidence ou anachronisme de la seconde ?

Plusieurs raisons expliquent ce décalage. Outre l'imprécision de la notion de droit subjectif, le facteur essentiel réside dans le climat doctrinal de la IIIème République, imprégné d'une théorie générale de l'usager du service public où prédominent nettement des théories objectivistes[77] : au sein de l'école de Bordeaux notamment, s'affirme l'idée que l'usager du service public se trouve dans une situation légale et réglementaire et que cette situation objective ne peut être assimilée à celle d'un "créancier" du service public dispensateur de prestations. D'où l'affirmation doctrinale constamment répétée que l'usager a une « *aptitude légale* », une « *vocation légale* » à bénéficier du service, sans qu'en contrepartie de l'obligation de l'administration ne naisse un « *droit* » au service. Ce n'est qu'à partir des années trente, sous l'influence décisive de Bonnard, qu'apparaît l'idée d'un droit de l'individu au service corrélé à une obligation de l'administration[78]. Dès lors, il n'est pas étonnant que ces auteurs se rejoignent pour dénier à l'indigent tout droit aux secours, par simple application des principes généraux de l'époque relatifs à la situation de l'usager du service. L'analyse doctrinale sur ce dernier point ayant sensiblement évolué, la plupart des auteurs admettent aujourd'hui l'existence d'un droit de l'usager au service public[79] et, par voie de conséquence, un droit à bénéficier des dispositifs d'aide et d'action sociales. Ainsi s'explique tout à la fois la tendance des auteurs contemporains à faire "rétroagir" cette conception aux lois sociales de la IIIème République et le décalage entre leur interprétation et celles jurisprudentielle et doctrinale du début du siècle.

L'explication juridique se double de surcroît d'une raison politique. Comme le remarquent certains historiens, « *à l'occasion de ce débat en apparence juridique se trouve réactivée l'image menaçante d'un pauvre exigeant ce qu'il pense être son dû, et fortifié dans sa prétention désormais recevable. Au-delà, certains craignent que l'énonciation même de ce droit des indigents n'aboutisse à des effets inverses à l'intérêt social si souvent invoqué et soit un ferment de la* "*haine des classes*"*. Aussi la devise républicaine préfère-t-elle s'énoncer sous la forme passive d'une* "*assistance publique due à l'indigent*" *plutôt que selon la formulation révolutionnaire qui consignait un droit du citoyen* »[80]. Si d'importantes lois sociales

---

l'assistance pour celui qui, par sa faute ou par le fait des circonstances n'est pas en état de subvenir à ses besoins est d'ailleurs une hypothèse purement métaphysique, une affirmation gratuite qui ne peut réclamer une adhésion raisonnée, un article de foi politique » (« L'effort charitable de la IIIe République », *RDP* 1910, p. 366).

[77] V. sur ce point J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, LGDJ, Bibl. Droit public, 1974, pp. 123-131

[78] R. BONNARD, « Les droits subjectifs des administrés », *RDP*, 1932, pp. 695 et s. L'idée d'un droit subjectif est toutefois loin d'être communément admise : ainsi, J. DU BOIS DE GAUDUSSON admet qu'un droit au service puisse naître de la rencontre d'une obligation de l'administration et d'une sanction juridique, sans pour autant le qualifier de droit subjectif (thèse précitée, pp. 131-132).

[79] V. en ce sens R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, T.1, 13 éd., 1999, n° 796 : « *Les administrés ont droit au fonctionnement des services publics existants. C'est certain* ».

[80] C. BEC et Y. LOCHARD, « Les secours de l'histoire », *Vie sociale*, mai 1989, p. 46 ; V., dans un sens identique, X. PRETOT, note sous CCAS, 26 juillet 1956, *Sieur R.*, *GASS*, Sirey, 2e éd., p. 609 : la difficulté à reconnaître un droit subjectif pouvant tenir aux principes mêmes de l'aide sociale « *dont les*

sont votées à cette époque, marquant en cela une évolution sensible dans l'étendue des secours distribués, c'est sur le seul fondement juridique du devoir d'assistance que s'impose la société. Non seulement l'intervention de l'Etat ou des collectivités n'est justifiée par aucun droit antérieur à celle-ci, mais, de plus, cette dernière ne débouche sur la consécration d'aucune prérogative reconnue aux bénéficiaires des mesures instaurées.

Socialement trop nécessaire pour ne pas être garanti, mais politiquement trop dangereux pour être reconnu, le droit du pauvre aux secours reste alors innomé.

195. L'analyse historique conduit ainsi à souligner les paradoxes du droit aux secours : il est, la plupart du temps, nié dans sa dimension de droit de l'homme. La parenthèse montagnarde faisant figure d'exception, les textes constitutionnels successifs se réfèrent davantage à une dette de la société liant le législateur plutôt qu'à un droit de l'homme à l'existence dont le corollaire indispensable serait le droit aux secours. S'il n'est quasiment jamais consacré dans sa dimension de droit de l'homme, le droit aux secours n'est pas non plus reconnu en tant que droit subjectif. Et là se situe tout entier le paradoxe : la solennité de la dette sociale à l'égard du pauvre, constamment affirmée, fonde difficilement un droit subjectif de l'individu et l'obligation de la société est réputée acquittée dès lors qu'un système de secours, quels que soient ses imperfections et son caractère discrétionnaire, est mis en place. Ceci est particulièrement vrai pour la Deuxième République, qui n'instaure qu'un système très aléatoire de distribution des secours, mais ceci se vérifie aussi pour la Troisième République : malgré la précision de textes normatifs instaurant l'assistance aux indigents, juges et doctrine se refusent, à quelques exceptions, à voir un droit de l'individu en contrepartie de l'obligation consacrée. Constat qui permet de remarquer la notable évolution de la seconde moitié du XXe siècle : c'est à partir de la fin de la Seconde guerre mondiale que le droit de l'indigent aux secours est consacré dans sa dimension actuelle de droit de l'homme à la protection sociale et à la sécurité matérielle.

SECTION 2
LA TRANSFORMATION DU DROIT DE L'INDIGENT AUX SECOURS EN DROIT DE L'HOMME À LA PROTECTION SOCIALE ET À LA SÉCURITÉ MATÉRIELLE

196. L'après-guerre constitue indéniablement un moment clé dans la reconnaissance d'un droit de l'individu à bénéficier de secours pour sortir de sa situation de pauvreté, une époque charnière où ce droit se débarrasse de ces oripeaux historiques pour accéder à sa formulation moderne de droit de l'homme à la protection sociale et à la sécurité matérielle. La consécration n'a pas, pour autant, été le fait d'une métamorphose radicale et instantanée. Elle s'est faite sur un mode mineur, révélateur, une fois encore, des enjeux idéologiques que ce droit renferme : à l'origine droit atténué, difficilement admis par l'*opinio juris* (*§ 1*), le droit à la protection sociale et à la sécurité matérielle occasionne une distinction entre "vrais" et "faux" droits de l'homme que seule une tendance récente tend à récuser (*§ 2*).

---

motivations d'ordre public, antérieurement admises, pouvaient légitimement s'opposer à la prise en considération des droits de l'assisté ».

§1- La particularité des droits reconnus

Le droit à la protection sociale et à la sécurité matérielle, nouveau visage du droit de l'indigent aux secours, a suscité de fortes réserves. Certes, l'éradication de la misère est un des thèmes majeurs de l'après-guerre : le souhait de construire un monde meilleur sur les décombres de l'ancien entraîne la proclamation de droits nouveaux, destinés à garantir à chacun un minimum de sécurité matérielle. Mais, si cette aspiration commune permet la proclamation de tels droits dans différents textes normatifs, les droits consacrés, aussitôt minorés (I) et privés d'effets contraignants (II), sont dotés d'un statut particulier.

I- Des droits proclamés mais minorés

La marginalisation du droit à la protection sociale et à la sécurité matérielle résulte de la place et du régime qui lui sont réservés par les textes le consacrant, qu'il s'agisse de normes internationales ou constitutionnelles (B), même si le contexte de l'immédiat après-guerre ne laissait guère prévoir une telle marginalisation (A).

A- Une marginalisation non prévisible

197. La nécessité historique de protéger l'homme faible se traduit, dans l'immédiat après-guerre par la consécration de nouveaux droits, résultant d'une prise de conscience accrue des souffrances nées de la misère. De là est née cette deuxième génération de droits, celle des droits économiques, sociaux et culturels par opposition aux droits civils et politiques, droits naturels qui seuls auraient été consacrés à partir du XVIIIe siècle. La distinction entre les deux générations de droits est bien connue, la première s'adresse à l'homme abstrait, la seconde à l'homme concret, dans sa fragilité d'être humain « *aux prises avec la nature, préoccupé d'utiliser ses capacités en vue de son bien être et soucieux de remédier aux effets des difficultés et crises de l'existence* »[81]. L'homme concret est ici un homme pauvre, à qui il importe de garantir certaines protections par la proclamation de droits correspondant à « *la consécration juridique du besoin* »[82]. D'où l'affirmation de droits permettant à l'homme de demander à la collectivité dont il relève la protection de la santé, de l'emploi, de l'instruction, une garantie contre les risques de l'existence, bref *« les éléments d'un niveau de vie décent* »[83] lui permettant d'échapper à la pauvreté. Ces droits sont présentés alors comme relevant

---

[81] P. ORIANNE, « Mythes ou réalité des droits économiques sociaux et culturels », *Mélanges J. VELU*, Bruylant, Bruxelles 1992, T. 3, p. 1881.
[82] G. BURDEAU, précit., T. 6, p. 595.
[83] J. RIVERO, « Déclarations parallèles et nouveaux droits de l'homme », *RTDH*, 1990, p. 324. D'autres droits qualifiés d'économiques, sociaux et culturels sont revendiqués et proclamés à cette époque : droit de grève, liberté syndicale, protection du travailleur. Pour des raisons évidentes, ils ne seront pas étudiés dans les pages qui suivent. Par commodité intellectuelle, les expressions de « droits économiques, sociaux et culturels » ou de « droits sociaux » seront employées au sens de droit à une protection matérielle contre certains risques de l'existence, incluant le droit à la protection et à l'aide sociale et la garantie d'un niveau de vie décent, tout en sachant que la catégorie des droits économiques, sociaux et culturels ou des droits sociaux déborde largement le champ traité.

d'une nouvelle catégorie, en ce qu'ils seraient des libertés *par* l'Etat, nécessitant des prestations positives de la part de ce dernier, au contraire des droits civils et politiques, libertés *contre* l'Etat n'imposant au pouvoir qu'une obligation d'abstention[84].

La distinction entre ces deux catégories juridiques qui s'est rapidement cristallisée dans l'immédiat après-guerre était pourtant discutable. L'histoire des doctrines juridiques montre que la naissance de l'idée sociale est loin d'être une découverte du XXe siècle. Les révolutionnaires français de la fin du XVIIIe siècle avaient une conscience très nette de l'importance des droits dits « sociaux », au sens de droits résultant de l'appartenance de l'homme à la société[85]. Or, cette idée de « droit social » entendue comme une créance envers l'Etat a souvent été mêlée à celle de droit civil et politique. Chez certains philosophes du XVIIIe siècle, tout d'abord, qui, à l'instar de T. Paine, définissaient les droits civils de façon particulièrement extensive, comme « *ceux qui appartiennent à l'homme en ce qu'il est membre de la société* »[86]. Sous la Révolution ensuite, où le droit aux secours, s'il n'était pas conçu comme un droit naturel antérieur à l'état social, s'en rapprochait tout de même en ce qu'il était perçu comme le corollaire d'un droit naturel[87]. De même, au début du siècle, pour une majeure partie de l'école de Bordeaux, les « droits-libertés » ne sauraient être dissociés des « droits-créances », les uns et les autres impliquant la création de services publics destinés à fournir des prestations aux individus, à protéger les libertés et à assurer l'exercice concret des droits sociaux[88]. Dans cette lignée, mais pour des motifs différents, G. Gurvitch rejetait toute distinction entre droits libertés et créances. Quels qu'ils soient, les droits de l'homme sont des droits de sociabilité et de participation, à la fois objectifs et subjectifs, qu'on ne peut scinder en catégories autonomes[89]. Enfin, G. Vedel a bien montré la difficulté conceptuelle de l'opposition entre le politique, l'économique et le social, les trois étant intimement liés[90].

Cette idée d'une homogénéité et d'une identité de nature entre les différents droits de l'homme a fortement influencé les rédacteurs des différents textes adoptés dans l'immédiat après-guerre, tant sur le plan international que constitutionnel.

---

[84] Sur ce point, V. la distinction classique formulée par J. RIVERO, ouvrage précité, pp. 98 et s.

[85] V. notamment le rapport Bernard présenté à l'Assemblée en 1792, analysé § 188.

[86] Th. PAINE, *Les droits de l'homme*, (1791), Belin, 1987, p. 99 : « *tout droit civil a pour fondement quelque droit naturel existant déjà dans l'individu mais dont son pouvoir individuel n'est pas suffisant* (...) *pour lui en procurer la jouissance : de cette nature sont ceux qui ont rapport à la sûreté et à la protection* ».

[87] D'où l'affirmation de sa nature de droit de l'homme à part entière, c'est-à-dire un « *droit appartenant à tous les hommes, en tous temps et en tous lieux et existant sinon antérieurement à la société, du moins sitôt et par cela seul que celle-ci est formée* » (M. BORGETTO, « Le droit aux secours publics… », précit., p. 161).

[88] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Boccard, 2e éd., 1923, T. 3, pp. 627 et s.

[89] V. sur ce point, G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, Sirey, 1932 ; *La déclaration des droits sociaux*, Vrin, 1946 ; et l'analyse de F. RANGEON, « Droits-libertés et droits créances : les contradictions du Préambule de la Constitution de 1946 », *Le préambule de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, 1996, pp. 176-177.

[90] G. VEDEL, « Démocratie politique, Démocratie économique, Démocratie sociale », *Droit social*, 1947, fasc. XXXI, p. 46.

198. Sur la scène internationale, tout d'abord, où la lutte contre la pauvreté est étroitement associée au discours sur les droits de l'homme. Développant les pistes jetées par la Société des Nations[91] ou la Déclaration de Philadelphie, laquelle rappelait que « *la pauvreté, où qu'elle existe, constitue un danger pour la prospérité de tous* », l'Organisation des Nations Unies adopte en 1948 la Déclaration Universelle des Droits de l'homme, dont l'idéal social ressort fortement du Préambule : il y est en effet affirmé que « *l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme* ». « *Résolus à favoriser le progrès social et à instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande* », les Etats membres adoptent une vision globale des droits de l'homme incluant ceux que la Déclaration revêt du label « droits économiques, sociaux et culturels », en proclamant, d'une façon générale, que « *toute personne, en temps que membre de la société, a droit à la sécurité sociale ; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays* »[92]. La notion de « sécurité sociale » y est entendue dans une acception large, et inclut, outre le droit au travail et à une rémunération satisfaisante[93], le droit aux repos et aux loisirs[94], à une éducation gratuite[95] et à un niveau de vie suffisant. L'article 25 offre une protection complète, en disposant que « *toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires ; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté* ».

199. Ce consensus existant sur la scène internationale[96] pour reconnaître un droit de l'homme à une protection contre la misère se retrouve également au sein de la vie politique française. En effet, « *tout s'est passé en 1945 comme si la France vivait un moment de refondation sociale, de reformulation symbolique du contrat social* »[97].

---

[91] La partie XIII du Traité de Versailles de 1919, contenant la constitution de l'Organisation internationale du Travail, affirmait qu'« *une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale* » et que le mécontentement engendré pour un grand nombre de personnes par l'injustice, la misère et les privations met en danger la paix et l'harmonie universelle.

[92] Article 22 de la Déclaration universelle.

[93] Article 23 de la Déclaration universelle.

[94] Article 24 de la Déclaration universelle.

[95] Article 26 de la Déclaration universelle.

[96] Il n'est pas sans intérêt de rappeler que cette orientation sociale a été proclamée dans un consensus général. C'est ainsi que le libellé de l'article 22 a été notamment revendiqué par les Etats-Unis, leur délégation justifiant ce souhait par l'affirmation qu'« *aucune liberté individuelle ne peut exister sans la sécurité économique et l'indépendance. Les hommes dans le besoin ne sont pas des hommes libres* » (Cité par E. EIDE, Rapporteur spécial de la sous-commission de la Commission des droits de l'homme des Nations-Unies, *Le droit à une alimentation suffisante en tant que droit de l'homme*, E/CN.4/Sub.2/1987/23 du 7 juillet 1987, note 62). Prise de position qui n'est pas sans rappeler le Message des quatre libertés adressé par le Président Roosevelt le 6 janvier 1941 dans lequel il revendiquait explicitement « *le droit d'être à l'abri du besoin* ».

[97] P. ROSANVALLON, *L'Etat en France*, Le Seuil, 1990, p. 185.

Malgré les divergences politiques profondes traversant la première assemblée constituante de l'après guerre, la proclamation de nouveaux droits au sein du texte constitutionnel fait l'objet d'un large accord[98].

Les causes politiques et sociales sont trop connues pour que l'on s'y attarde. Différentes influences se conjuguent, au premier rang desquelles se trouve la doctrine sociale de l'Eglise catholique, dont les fondements sont précisés en 1891 par l'Encyclique *Rerum Novarum*. Le pape Léon XIII, stigmatisant les excès du libéralisme, demande aux Etats de veiller à la condition des ouvriers, en s'assurant que du travail ainsi qu'un salaire suffisant pour vivre leur soient offerts ainsi que des garanties leur permettant de se prémunir contre des revers de fortune leur soient accordées. Le personnalisme chrétien développera au XXe siècle cette idée[99]. L'influence des doctrines socialistes, notamment marxiste, joue également un rôle essentiel dans la formalisation de ces nouveaux droits et bon nombre de constitutions de l'Europe nouvelle, dans l'entre-deux-guerres, en tirent les conséquences en proclamant des droits économiques et sociaux[100], ce qui ne manquera pas d'influencer les constituants français. Enfin, point de rencontre entre ces différentes influences, le Conseil National de la Résistance élabore un programme social audacieux, influencé par les réformes préconisées par Beveridge en Grande Bretagne, jetant les bases d'un programme visant à assurer à tous des moyens convenables d'existence. En somme, se généralise à l'époque l'idée formulée par B. Mirkine-Guezevitch selon laquelle « *l'Etat ne peut plus se borner à reconnaître l'indépendance juridique de l'individu, il doit créer un minimum de conditions nécessaires pour assurer son indépendance sociale* »[101].

200. Le premier projet de constitution du 19 avril 1946 matérialise ces différentes influences. La déclaration des droits qui le précède contient une énumération de « droits économiques et sociaux ». Celle-ci est précédée d'une disposition de portée générale, définissant le cadre des droits créances affirmés : « *tout être humain possède, à l'égard de la société, les droits qui garantissent, dans l'intégrité et la dignité de sa personne, son plein développement physique, intellectuel et moral* »[102]. L'énoncé est doublement significatif. Rompant avec l'affirmation traditionnelle, il n'instaure pas un simple devoir de l'Etat en matière

---

[98] V. en ce sens les propos de G. ZAKSAS, « Rapport au nom de la Commission de la Constitution sur le projet de Constitution d'avril 1946 », *JO AN,* Doc. Annexes, séance du 22 février, n° 492, p. 5 : « *la réalisation d'une démocratie véritable garantissant effectivement l'émancipation et le plein épanouissement de l'homme exige* (...) *la reconnaissance des droits libérant le peuple de la misère et mettant la société au service de la personne humaine. C'est pourquoi le projet de déclaration de votre commission proclame dans sa seconde partie, consacrée au droits économiques et sociaux, le droit à la protection de la santé, les droits de la mère et de l'enfant* (etc) ». V., pour une analyse des débats de l'époque, M. BORGETTO et R. LAFORE, *La République sociale*, PUF, 2000, pp. 58-65 ; F. RANGEON, précit., pp. 177-180.

[99] V. sur la pensée des personnalistes, fondant les droits sociaux sur le droit naturel d'origine divine et mettant l'accent sur l'insertion de l'individu dans la société et la nécessité corrélative pour l'Etat de corriger les inégalités économiques et sociales : J. MARITAIN, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, L'Harmattan, 1945.

[100] V. sur ce point, A. AULARD et B. MIRKINE-GUEZEVITCH, *Les déclarations des droits de l'homme. Textes constitutionnels concernant les droits de l'homme et les garanties des libertés individuelles dans tous les pays*, Payot, 1929.

[101] B. MIRKINE-GUEZEVITCH, *Les constitutions de l'Europe nouvelle,* Delagrave, 1928, p. 37.

[102] Article 22 de la Déclaration des droits de l'homme du projet de constitution du 19 avril 1946.

sociale, mais reconnaît bel et bien des droits de l'individu, véritables "pouvoirs d'exiger" placés au même rang que les droits libertés "classiques" puisque dotés de la même solennité et garantis de façon similaire. L'innovation n'affecte pas seulement la forme du droit ainsi reconnu, mais aussi sa nature : en rupture avec la logique traditionnelle d'un droit aux secours, ce n'est plus un droit du pauvre à obtenir des subsides mais un droit de chacun aux conditions matérielles nécessaires au développement de sa personnalité qui est reconnu. D'où la proclamation, aux côtés d'un droit à la protection de la santé et à l'instruction, d'un devoir de travailler corrélé au droit d'obtenir un emploi, ouvrant aux « *hommes et femmes* » le « *droit à une juste rémunération selon la qualité et la quantité de leur travail, en tout cas, aux ressources nécessaires pour vivre dignement eux et leur famille* »[103]. Les ressources matérielles devant en premier lieu provenir des fruits du travail, le constituant impose que ceux-ci bénéficient d'une protection minimale. L'idée de salaire minimum est ainsi non seulement affirmée, mais encore justifiée par le recours au concept de dignité sociale[104]. Enfin, le projet consacre, de façon très large, le droit à une protection matérielle pour les personnes inaptes au travail en raison de facteurs personnels ou économiques : la formule, qui sera partiellement reprise dans le Préambule de la Constitution de 1946 est particulièrement innovante[105]. Non seulement elle reconnaît expressément un droit de l'homme, mais elle l'assortit d'une garantie, en prévoyant la création d'organismes de sécurité sociale[106]. De surcroît, elle ne réserve pas son bénéfice aux seuls invalides, mais reconnaît plus généralement la notion de handicap social en admettant que des circonstances économiques puissent restreindre l'accès au travail.

Les différents droits reconnus par le texte d'avril 1946 sont animés d'une logique profonde : en se répondant parfaitement, droit à obtenir un emploi justement rémunéré et droit à des ressources en cas d'incapacité de l'individu à travailler ou de la société à lui offrir du travail, fondent un droit plus général, celui de chacun à bénéficier d'une aisance financière minimale. Qui plus est, le texte ne se contente pas d'une proclamation solennelle et l'assortit de garanties, en prévoyant, implicitement, la fixation d'un salaire minimum et, explicitement, la création d'organismes de sécurité sociale. L'innovation introduite par ce texte est certaine. Cependant, son rejet par le peuple français[107], conjugué à différents présupposés politiques, aura pour effet de marginaliser les droits affirmés.

---

[103] Articles 26 et 28 de la Déclaration des droits de l'homme du projet d'avril 1946.

[104] V. sur ce point, *infra*, titre 2, chapitre 2, § 294-297.

[105] Article 33 : « *tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. La garantie de ce droit est assurée par l'institution d'organismes publics de sécurité sociale* ».

[106] Les grandes lignes de la Sécurité sociale avaient déjà été tracées par l'ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945 prise par le Gouvernement provisoire, qui regroupait en un service public tous les anciens modes de garanties contre les risques sociaux, en les améliorant sensiblement, et prévoyait en son article 1er qu'il était destiné à « *garantir les travailleurs et leurs familles contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain, à couvrir les charges de maternité et les charges de famille qu'ils supportent* ».

[107] Il ne résulte aucunement des analyses politiques que ce soit en raison des dispositions très novatrices de la Déclaration en matière sociale que le peuple français ait rejeté le premier projet (V. sur ce point R. PELLOUX, « Le Préambule de la Constitution de 1946 », *RDP*, 1947, pp. 354-355).

B- Une marginalisation entérinée

Solennellement reconnus, les droits ainsi proclamés sont pourtant immédiatement séparés des droits civils et politiques et conçus sur un mode mineur. Leur marginalisation est entérinée tant en droit interne (1) qu'à l'échelle internationale (2).

1- A l'échelle française

201. Le texte constitutionnel finalement adopté est en retrait sensible par rapport au projet initial d'avril. Outre le fait qu'il n'est pas précédé d'une déclaration de droits mais d'un simple préambule, dont la valeur juridique était sujette à discussion, le texte ne proclame pas expressément une catégorie de droits mais se réfère à des « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* ». La double signification du terme « principe » est connue : à la fois cause première, source juridique servant à poser le droit et formule synthétique présentant l'esprit d'une législation[108] dont les modalités d'application incomberont au législateur[109]. La polysémie du terme permettait ainsi au Constituant de choisir une voie médiane entre, d'une part, le rejet de ce qui constituait une avancée sociale incontestable du projet d'avril et, d'autre part, la rupture dans la tradition constitutionnelle française, laquelle préfère énoncer l'assistance aux pauvres sous la forme d'un devoir de la Nation plutôt que la formulation rigoureuse d'un droit de l'homme[110].

Aussi l'énoncé n'est-il guère étonnant : « *la Nation* »[111], « *l'Etat* »[112], « *la collectivité* »[113] doivent assurer des prestations « *à tout être humain* »[114], « *à chacun* »[115], « *à l'individu et à la famille* »[116]. La diversité des formules retenues par le Constituant pour désigner tant le débiteur que le créancier de cette obligation reflète l'imprécision normative du Préambule. Aux droits précisément reconnus par la déclaration d'avril succède l'affirmation d'une obligation nationale de solidarité. Certes, le Préambule reprend quelques-unes des dispositions du projet d'avril, mais c'est en les amputant des précisions destinées à les compléter ou les garantir. Ainsi, la formule de l'alinéa 5, énonçant que « *chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* », est sortie du contexte dans lequel le projet d'avril l'avait placée, contexte qui avait pour effet de préciser sa finalité : assurer à chacun des conditions d'existence convenables. Dès lors, la formule ne joue plus le rôle d'un

---

[108] M. DEBENE, « Le Conseil Constitutionnel et les principes particulièrement nécessaires à notre temps », *AJDA*, 1978, p. 534 ; V., pour une étude d'ensemble, M. CLAPIE, *De la consécration des principes particulièrement nécessaires à notre temps*, Thèse Montpellier, 1992, dact.

[109] V., en ce sens, J. RIVERO et G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution, le préambule », *Droit social*, 1947, réed. *Pages de Doctrine*, LGDJ, 1980, p. 114.

[110] Mais, rappelons-le, cette proclamation s'est faite dans un consensus général, les discussions des constituants ne focalisant essentiellement sur la liberté d'enseignement. Ni en Commission, ni à l'Assemblée, aucune objection tendant à revenir sur un des acquis d'avril en matière sociale n'a été formulée (V. sur ce point les *Comptes rendus analytiques de la Seconde commission*, p. 302, et les *Débats de l'A.N.C., JO*, 1946, p. 3408).

[111] Alinéas 10, 11, 12, 13 du Préambule.

[112] Alinéa 13 du Préambule.

[113] Alinéa 11 du Préambule.

[114] Alinéa 11 du Préambule.

[115] Alinéa 5 du Préambule.

[116] Alinéa 10 du Préambule.

principe essentiel : le droit d'obtenir *par* son travail des moyens convenables d'existence, mais est implicitement rattaché à l'alinéa 11 et s'entend désormais comme le droit d'obtenir, *à défaut* de travail, les moyens convenables d'existence[117]. Car, sur ce point, le Préambule reprend expressément la formulation du projet d'avril, son alinéa 11 disposant que « *tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ». Mais, ce faisant, le Préambule abandonne la logique homothétique du projet d'avril : le droit de l'individu aux moyens matériels lui permettant son plein développement physique, matériel et moral (assuré par le travail ou à défaut par la Providence sociale en avril) est transformé en une obligation de la Nation d'assurer « *à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* » (alinéa 10), prolongée par les dispositions de l'alinéa 11, selon lesquelles « *elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* ». Certes, les commentateurs les plus éclairés de ce texte ont immédiatement vu dans cette formule la proclamation d'un droit à la garantie de la vie matérielle[118]. Le bien fondé de la remarque ne saurait toutefois occulter un double constat : le premier, d'ordre syntaxique et littéral, porte sur les formulations retenues par le Constituant, en retrait sensible sur celui d'avril : ce ne sont pas tant des droits que des obligations étatiques qui sont expressément reconnus[119] ; le second, d'ordre juridique, porte sur les garanties dont sont assortis les principes jugés particulièrement nécessaires : force est de souligner leur absence. Le Préambule ne se préoccupe pas des moyens, et, comme le remarquaient J. Rivero et G. Vedel, « *il ne faut pas trop serrer les formules et chercher plutôt une intention qu'un programme* (…) *Le Préambule laisse à la législation le choix des moyens, il en acquiert une grande élasticité d'interprétation* »[120].

Cette marginalisation des droits sociaux, que le Préambule ne considère pas comme des droits de l'homme résultant de sa seule appartenance à la société mais comme des principes contingents et factuels, se retrouve à l'échelle internationale, dans la traduction conventionnelle donnée à la Déclaration universelle.

---

[117] C'est à une conclusion identique mais par un raisonnement différent, qu'arrive M. CLAPIE en soulignant que la conversion du droit d'obtenir un emploi en un droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence est « *sans nul doute le facteur principal qui vide de sa substance le 5e alinéa du Préambule* », thèse précitée, p. 283. Sur le droit au travail et sa corrélation avec le devoir de travailler, V. *supra*, 1e partie, titre 2, chapitre 1.

[118] V., en ce sens, J. RIVERO et G. VEDEL, article précité, pp. 134 et s. ; R. PELLOUX évoque « *le droit de l'individu à certaines prestations de la part de la collectivité* » (article précité p. 381).

[119] V., en ce sens J. RIVERO (ouvrage précité, p. 85) selon qui le terme choisi par le constituant indique qu'« *il ne s'agit plus de droits ayant une valeur universelle mais de principes liés aux circonstances du présent* ». La prudence du constituant français apparaît d'autant plus à la lecture de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée deux ans plus tard, dont les articles 22 et 25 font preuve de plus de hardiesse.

[120] J. RIVERO et G. VEDEL, article précité, pp. 139-140 ; l'absence de garanties était alors accrue d'autant par l'exclusion de tout contrôle de constitutionnalité portant sur le Préambule.

2- A l'échelle internationale

202. L'homogénéité des droits de l'homme affirmée par la Déclaration universelle n'a pas résisté aux dissensions politiques de la scène internationale et, très vite, les droits proclamés ont été séparés en deux catégories, séparation confirmée avec éclat par la signature en 1966 de deux pactes distincts, l'un relatif aux droits civils et politiques, l'autre aux droits économiques, sociaux et culturels. Cette distinction résulte, la chose est trop connue pour insister, de considérations politiques : outre une certaine conception de la pauvreté comme phénomène transitoire et amené à disparaître du fait du progrès social, le contexte de guerre froide tendait alors à figer les positions, le camp occidental accentuant l'importance des « droits-libertés » par opposition aux pays socialistes. Mais des considérations juridiques militaient aussi en faveur de l'élaboration de deux instruments : aux partisans de l'élaboration d'un pacte d'application unique, lesquels affirmaient qu'il était impossible de distinguer entre les différents droits sans établir entre eux une hiérarchie que l'esprit de la Déclaration récusait, d'autres rétorquaient la nécessité pratique de transposer en deux instruments distincts des droits dont la mise en œuvre était différente : les droits-libertés pouvant être garantis immédiatement, au contraire des droits économiques, sociaux et culturels dont la réalisation est progressive, un double instrument paraissait préférable[121]. Aussi n'est-il pas étonnant que le contrôle international garantissant le respect des dispositions du pacte relatif aux droits économiques soit alors conçu « *moins comme un contrôle du respect de ces droits qu'une assistance destinée à la faciliter* »[122]. En effet, les dispositions de ce pacte, qui garantissent entre autres le droit à la sécurité sociale et à un niveau de vie suffisant[123], bénéficient d'une sanction très atténuée au sein de l'organisation des Nations-Unies. L'absence de possibilité de recours étatiques ou individuels auprès du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, contrairement au mécanisme instauré en faveur du Pacte sur les droits civils, constitue un choix de principe éclairant, démontrant, s'il en était besoin, la place subsidiaire accordée aux droits économiques[124].

203. La nette priorité donnée aux libertés traditionnelles à l'échelle internationale ressort également des conditions d'élaboration de la Convention européenne des droits de l'homme, laquelle ne garantit que des droits dits de la

---

[121] V. sur les hésitations de l'ONU quant à la forme à donner au pacte d'application de la Déclaration : J.-J. DUPEYROUX, « Le droit à la Sécurité sociale dans les déclarations et pactes internationaux », *Droit social*, 1966, pp. 368 et s. ; V. également E. DECAUX, selon qui « *l'existence de deux instruments parallèles est une invitation permanente à la sélectivité juridique, une sorte d'* "*opting out*" *en matière de droits de l'homme* » (« La réforme du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *Droit et justice, Mélanges Vlaticos*, Pédone, 1999, p. 407).

[122] J. ROBERT et J. DUFFAR, précit., p. 89.

[123] L'article 9 affirme « *le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales* » ; l'article 10 accorde une protection particulière à la mère et à l'enfant ; l'article 11, fortement inspiré de l'article 25 de la Déclaration universelle consacre « *le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisant ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence* » ; enfin, les articles 12 et 13 sont relatifs à la protection de la santé et au droit à l'éducation.

[124] V., en ce sens, E. DECAUX, article précité, pp. 405-415 ; J. DHOMMEAUX, « La contribution du comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies à la protection des droits économiques, sociaux et culturels », *AFDI*, 1994, pp. 633-653.

première génération. Or, une telle sélectivité ne devait être que provisoire. Dans son rapport présenté à l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, le rapporteur de la commission des questions juridiques et administratives soulignait que « *les libertés professionnelles et les droits sociaux, d'une valeur capitale, devront eux aussi être, dans l'avenir, définis et protégés ; mais qui ne comprendra qu'il convient de commencer par le commencement, de garantir dans l'Union Européenne la démocratie politique puis de coordonner nos économies, avant d'entreprendre la généralisation de la démocratie sociale ?* »[125]. D'où le choix de ne consacrer au sein du Conseil de l'Europe que des droits civils et politiques et le renvoi à une Charte sociale européenne pour la définition des droits sociaux[126].

Cette dernière, adoptée en 1961 à la suite de négociations laborieuses, énonce une série de droits sociaux parmi lesquels, outre le droit « *à avoir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement entrepris* »[127], un droit à la sécurité sociale pour les travailleurs et leurs ayants-droit et à l'assistance sociale et médicale au profit de toute personne démunie de ressources suffisantes[128]. Révisée en 1996, la nouvelle Charte sociale[129] complète ceux-ci en énonçant explicitement un « *droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale* ». Elle impose aux Etats signataires, en vue d'en assurer l'exercice effectif, de « *prendre des mesures dans le cadre d'une approche globale et coordonnée pour promouvoir l'accès effectif notamment à l'emploi, au logement, à la formation, à l'enseignement, à la culture, à l'assistance sociale et médicale des personnes se trouvant ou risquant de se trouver en situation d'exclusion sociale ou de pauvreté, et de leur famille* » et de « *réexaminer ces mesures en vue de leur adaptation si nécessaire* »[130]. Par ailleurs, ses nouvelles dispositions affirment un « *droit au logement* », dont l'exercice doit être rendu effectif par l'édiction de mesures nationales tendant à favoriser l'accès au logement[131]. Le contenu de la Charte sociale a donc une certaine consistance, pour reprendre le constat de J.-M. Verdier[132]. Il n'empêche que le refus initial d'inclure les droits sociaux au sein de la Convention Européenne traduit une priorité donnée, dans l'après-guerre, aux droits civils et politiques et a accentué la spécificité des

---

[125] M. TEITGEN, *Recueil des travaux préparatoires*, vol. I, p. 219, cité par P.H. IMBERT, « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », *RDP*, 1989, p. 741. L'auteur, insistant sur le caractère provisoire du choix opéré, rappelle que le Préambule de la Convention énonce que les gouvernements signataires se déclarent résolus « *à prendre les* ***premières mesures*** *propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle* » (souligné par nous).

[126] V., sur les conditions d'élaboration de la Charte sociale européenne, J.-J. DUPEYROUX, « Le droit à la Sécurité sociale dans les déclarations et pactes internationaux », *Droit social*, 1966, pp. 374 et s.

[127] Article 1er de la Charte ; par ailleurs, l'article 4 reconnaît à tous les travailleurs le droit à une rémunération équitable leur assurant, ainsi qu'à leurs familles, un niveau de vie satisfaisant.

[128] Articles 12 et 13 de la Charte ; en outre, l'article 14 affirme le droit de toute personne de bénéficier de services sociaux qualifiés. Sur la Charte sociale européenne : P. LAROQUE, « La charte sociale européenne », *Droit social*, 1979, pp. 100-127 ; L. SAMUEL, *Droits sociaux fondamentaux, jurisprudence de la charte sociale européenne*, éd. du Conseil de l'Europe, 1997 ; Actes du colloque « *la Charte sociale du XXIe siècle* », éd. du Conseil de l'Europe, 1997.

[129] Ratifiée par la France le 7 mai 1999, la Charte sociale révisée est entrée en vigueur le 1er juillet 1999.

[130] Article 30 de la Charte sociale révisée.

[131] Article 31 de la Charte sociale révisée.

[132] J.-M. VERDIER, « Les droits économiques et sociaux : relance au Conseil de l'Europe », *Droit Social*, 1992, p. 416.

premiers au regard des seconds[133]. Or, un tel postulat s'est avéré lourd de conséquences, en ce qu'il a entraîné un glissement de l'idée de droits différents à celle de droits de moindre importance[134], de droits à la juridicité atténuée.

II- Des droits à la juridicité atténuée

La solennité de la proclamation d'un droit de l'homme à bénéficier d'une protection sociale destinée à lui assurer une sécurité matérielle et à le protéger de la pauvreté ne saurait occulter un constat portant sur la faible protection dont ces droits bénéficient, tant dans leur dimension de droits constitutionnels (A) que dans celle de droits garantis par les conventions internationales (B).

A- La moindre juridicité des droits sociaux garantis par le Préambule

204. L'affirmation selon laquelle les droits économiques et sociaux ne bénéficieraient que d'une juridicité atténuée peut surprendre, tant il est acquis que l'ensemble du Préambule est, depuis la célèbre décision de 1971, intégré au bloc de constitutionnalité. Les interrogations doctrinales sur la valeur juridique des droits qu'il reconnaît, formulées sous la IVème République[135] et au début de la Vème[136], sont devenues caduques et les droits économiques et sociaux ont désormais acquis une pleine valeur constitutionnelle. Toutefois, ceci ne saurait empêcher de relever la jurisprudence pour le moins nuancée relative à leurs nature (1) et portée (2) (3).

1- L'encadrement jurisprudentiel des dispositions sociales du Préambule

205. Le premier constat porte sur la qualification de ces droits. Loin d'avoir cherché à consacrer un principe synthétique résumant l'orientation sociale affichée par le Préambule, le Conseil Constitutionnel s'est prudemment cantonné à une application littérale des principes expressément mentionnés dans le texte de 1946.

Cette retenue du Conseil, qualifiée par certains auteurs d'« *interprétation minimaliste* »[137], se traduit par son refus, non seulement de consacrer un principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière sociale[138], mais encore

---

[133] Le constat est corroboré par le curieux mécanisme d'acceptation partielle prévu à l'article 20 de la Charte sociale européenne : l'Etat signataire doit se déclarer lié par un nombre minimal d'articles (10 sur 19) ou de paragraphes (45 sur 72), 5 articles seulement sur les 7 suivants (1, 5, 6, 12, 13, 16 et 19) formant un noyau obligatoire. V. sur ce point F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 1999, 4e éd., p. 139.

[134] V. en ce sens P.H. IMBERT, article précité, note 17, p. 746.

[135] R. PELLOUX, « Le préambule de la constitution du 27 octobre 1946 », *RDP*, 1947, pp. 389 et s. ; J. RIVERO et G. VEDEL, article précité, pp. 106-110.

[136] V., par ex., J. GEORGEL, « Aspects du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RDP*, 1960, pp. 85 et s. ; R. PELLOUX, « Quelques réflexions sur le Préambule de la Constitution française de 1958 », *Mélanges Basdevant*, 1960, pp. 389 et s.

[137] X. PRETOT, note sous décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, *GASS*, Sirey, 2e éd., 1998, p. 12.

[138] Selon J.-E. SCHOETTL, (*AJDA*, 1998, p. 131), « *rien n'interdirait a priori la reconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière sociale* » et cette catégorie juridique pourrait, le cas échéant, constituer pour le juge une base lui permettant de protéger les droits sociaux ; V. en ce sens, parmi une doctrine unanime, M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 3e éd., 2000, p. 46, note 86 ; Ph. TERNEYRE, « La Constitution devant le progrès économique et social », précit., p. 6.

de dégager, à partir du texte, un principe conceptualisant les dispositions éparses du Préambule. Rien, en effet, n'interdirait au Conseil de s'appuyer sur les notions de « *développement* » ou de « *sécurité matérielle* » pour consacrer un principe de valeur constitutionnelle à portée générale[139]. Elle s'inscrirait dans la lignée de solutions adoptées par des pays voisins[140]. Elle pourrait également se prévaloir de cautions doctrinales autorisées : ainsi, F. Luchaire considère que le Préambule fonde un droit à la « *dignité de l'existence* »[141] ou à la « *sûreté* », au sens de « *sécurité matérielle* »[142]. Selon cet auteur, le principe de sûreté compris comme une protection contre tous les risques de l'existence a une « *valeur explicative des prestations promises par le Préambule* »[143]. Il n'y a donc pas d'argument juridique s'opposant à ce que le Conseil s'exonère d'une lecture littérale du Préambule et se livre à une conceptualisation des principes sociaux proclamés par celui-ci[144]. La démarche suivie dans la décision *Bioéthique* le montre[145] et l'esprit du Préambule, dans la filiation des droits reconnus par la déclaration d'avril 1946, y est propice. Mais, bien que fondée juridiquement, la transposition aux droits sociaux de la méthode retenue pour les libertés "traditionnelles" semble politiquement improbable. La formulation

---

[139] Sur ce que pourrait être ce principe, V. *infra*, § 293 et s.

[140] On peut à cet égard citer un arrêt du Tribunal fédéral suisse de Lausanne, déclarant, au terme d'une argumentation remarquable, que la garantie d'existence constitue un droit non écrit de la constitution helvétique. Une jurisprudence traditionnelle admet la garantie de droits non écrits lorsque ceux-ci, d'une part, conditionnent l'exercice des libertés constitutionnelles ou sont des éléments indispensables de l'ordre démocratique de la Fédération, et, d'autre part, lorsque la garantie en cause correspond à une réalité constitutionnelle largement répandue dans les cantons et fait l'objet d'un consensus général. Or, le tribunal constate que la garantie des besoins humains élémentaires, tels que la nourriture, l'habillement et le logement, est en général la condition de l'existence et du développement humain. Elle constitue en même temps un élément indispensable d'une communauté démocratique de droit. Le juge souligne, à cet égard, le consensus non seulement historique (dès le 16e siècle le droit suisse reconnaît un principe selon lequel le citoyen dans le besoin doit être aidé par sa commune) mais aussi doctrinal (les juristes helvétiques rattachent ce droit à d'autres principes constitutionnels tels que la dignité humaine, le droit à la vie comme contenu fondamental de la liberté de la personne, lequel ne serait plus garanti si les conditions minimales de survie n'étaient pas assurées, la liberté de la personne en tant que garantie de toutes manifestations élémentaires du développement de la personnalité, ainsi que l'égalité, qui doit aussi garantir une justice minimale). Le Tribunal en déduit dès lors que la garantie d'existence (« Existenzsicherung ») remplit toutes les conditions pour être reconnue comme droit constitutionnel non écrit. Tribunal Fédéral Suisse de Lausanne, 27 octobre 1995, aff. *P.V. ; P.V. et M.V. c/ Ostermundigen et Berne*; *La Semaine judiciaire*, Genève, n° 23, 1996, note Fl. AUBRY GIRARDIN ; *Droit en Quart Monde*, (Revue d'ATD Quart Monde), Bruxelles, n° 13, 1996, pp. 24-25, note J.-M. VISEE.

[141] F. LUCHAIRE, *Le Conseil Constitutionnel*, Economica, 1980, pp. 217 et s.

[142] F. LUCHAIRE, « La sûreté, droit de l'homme ou sabre de Monsieur Prud'homme ? », *RDP*, 1989, pp. 615 et 620-623.

[143] F. LUCHAIRE, « La sûreté… », précit., p. 621.

[144] V. en ce sens les regrets formulés par X. PRETOT (note sous décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, *GASS*, Sirey, 2e éd., 1998, p. 12), lorsqu'il constate que le Conseil « *s'est interdit, pour l'heure, tout effort de conceptualisation des dispositions du Préambule, l'interprétation minimaliste qu'il retient contrastant avec l'audace dont il a fait preuve, notamment pour la protection des libertés publiques traditionnelles* ».

[145] Décision n° 94-343-344 DC, du 27 juillet 1994, *Rec*. p. 100 ; quand bien même, en accord avec D. ROUSSEAU, on considérerait que le Conseil « *n'a pas inventé le principe de dignité ; il était déjà là, en suspension dans les mots du Constituant de 1946. Ce dernier a fait le travail véritablement créateur, le Conseil se limitant à « réarranger »ses mots pour les mettre dans la forme d'écriture d'un principe* » (« Le Conseil Constitutionnel et le Préambule de 1946 », *Rev. Adm.*, 1997, p. 164), la même remarque pourrait aisément s'appliquer à une éventuelle découverte d'un principe générique du droit à la sécurité matérielle.

d'un droit à la sécurité matérielle nécessiterait en effet un large consensus politique, loin d'être établi. Ces considérations politiques expliquent la voie médiane choisie par le Conseil : loin de s'être livré à une relecture du Préambule mais rejetant l'idée de dispositions programmatiques dénuées d'efficacité juridique, le Conseil Constitutionnel a opté pour une consécration parcellaire et dispersée des droits sociaux.

Ceci est avéré pour le droit à la protection sociale de la santé, déduit de l'alinéa 11 du Préambule. Sa valeur constitutionnelle, affirmée dès 1975[146], instaure l'obligation pour l'Etat d'instituer un système de sécurité sociale, l'effectivité de ce droit dépendant de la possibilité offerte à chacun de financer les traitements et thérapeutiques adéquats[147]. Le droit à la protection sociale doit s'entendre en parallèle avec le droit à la sécurité matérielle[148], implicitement mais logiquement formalisé par la conjonction du droit à obtenir un emploi[149] et du droit à des moyens convenables d'existence, consacré à l'alinéa 11 au profit de ceux qui, en raison de la réalisation d'un certain nombre de risques (âge, infirmité, handicap ou crise économique) seraient dans l'impossibilité de travailler[150]. Le principe constitutionnel s'est par ailleurs dédoublé en principe général du droit dans la jurisprudence administrative[151].

Pourtant, le Conseil s'est bien gardé d'opérer un tel rapprochement et le principe de sécurité matérielle n'a pas été consacré en tant que tel par la jurisprudence constitutionnelle. A cet égard, la formule générale de l'alinéa 10, qui pourrait servir de fondement à une telle construction intellectuelle, a fait l'objet d'une interprétation restrictive, tant du juge constitutionnel qu'administratif. Les deux juridictions l'interprètent dans le sens du « droit-liberté » à mener une vie familiale normale, sans se référer à la dimension à la fois individuelle et matérielle que l'alinéa revêt, pourtant fortement mise en avant par la déclaration d'avril

---

[146] Décision 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Rec*. p. 19.

[147] V., en ce sens, la décision n°89-269 DC du 22 janvier 1990, *Rec*. p. 33 : nécessité d'assurer un accès effectif aux soins ; D. TABUTEAU, « Le droit à la santé : quelques remarques d'actualité », *Droit social*, 1991, p. 331.

[148] La sécurité matérielle est garantie à tous, bien que l'alinéa 11 désigne des "bénéficiaires privilégiés", en mentionnant « *l'enfant* », « *la mère* » et les « *vieux travailleurs* ».

[149] La valeur constitutionnelle de l'alinéa 5 a été affirmée à différentes reprises, et notamment par les décisions 83-156 DC du 28 mai 1983 ; *Rec*. p. 41 ; *AJDA*, 1983, p. 619, note R.-F. LE BRIS ; *Pouvoirs*, 1983, n°26, pp. 178 et 184, chr. P. AVRIL et J. GICQUEL ; *RDP*, 1986, p. 395, chr. L. FAVOREU ; *RDSS*, 1983, p. 731, chr. X. PRETOT ; n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, *Rec*. p. 9 ; *Droit social*, 1986, p. 372, note Y. GAUDEMET ; *RDP*, 1986, p. 395, chr. L. FAVOREU ; *RDSS* 1986, p. 347, chr. X. PRETOT ; n° 99-423 DC du 13 janvier 2000.

[150] La valeur constitutionnelle des dispositions de l'alinéa 11, en ce qu'il garantit des moyens d'existence, a été plusieurs fois rappelée. V., par ex., décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, *Rec.* p. 13 ; *GASS*, n°1 ; *Droit social*, 1987, p. 345, note X. PRETOT ; *Pouvoirs*, 1987, n°42, p. 169, note G. CARCASSONNE ; *Rev. Adm.*, 1987, p. 139, note M. DE VILLIERS ; *RDP*, 1989, p. 399, chr. L. FAVOREU.

[151] CE, S., 6 juin 1986, *Fédération des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique*, *Rec*. p. 158 ; *AJDA*, 1986, p. 421, chr. M. AZIBERT et M. de BOISDEFFRE ; *D.*, IR, p. 354, obs. F. LLORENS ; *D.*, 1987, somm. p. 167, obs. X. PRETOT ; *Droit social*, 1986, p. 725, concl. J. MASSOT. V. également CE, 7 mars 1990, *Union nationale des associations familiales*, *DA*, 1990, n° 200, se référant expressément au « *principe exprimé dans le préambule de 1946* ».

1946[152]. Ce sont donc des principes isolés que le juge déduit de ces dispositions du Préambule.

Or, cette retenue du Conseil à dégager un principe constitutionnel à portée plus générale contraste singulièrement avec l'audace prétorienne dont il a fait preuve en matière de "droit au logement". Après avoir affirmé, en 1990, que « *promouvoir le logement des personnes défavorisées répond à une exigence d'intérêt national* »[153], il n'a pas hésité, cinq ans plus tard, à dégager le principe selon lequel « *la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle* »[154]. Il est vrai qu'entre-temps le Conseil avait "formalisé" le principe de dignité de la personne humaine, ce qui lui a permis de redécouvrir la dimension sociale de cette dernière, mise en évidence par la déclaration d'avril mais oubliée par le Préambule[155].

La politique jurisprudentielle du Conseil est donc mesurée : s'il reconnaît la valeur constitutionnelle des droits sociaux, c'est en faisant prévaloir une application littérale sur toute interprétation constructive. Le constat d'une certaine timidité, contrastant par ailleurs avec l'audace dont il a fait preuve dans la découverte des implications sociales du principe de dignité, est corroboré par l'analyse de la portée juridique des droits reconnus.

2- L'encadrement jurisprudentiel de la portée des droits sociaux

206. De nombreux auteurs ont souligné l'« *interprétation restrictive* » [156] opérée par le Conseil dans l'appréciation de la portée contraignante des dispositions du Préambule : la principale conséquence juridique découlant, pour la puissance publique, des dispositions du Préambule tendant à garantir à l'individu une sécurité matérielle se résume en une exigence de solidarité nationale, pour reprendre la

---

[152] Le droit à mener une vie familiale normale a été consacré de façon tardive par le Conseil Constitutionnel (Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Rec*. p. 224, *Droit social*, 1994, p. 69, note J.-J. DUPEYROUX et X. PRETOT ; *LPA*, 9 septembre 1994, p. 4, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; *RFDA*, 1993, p. 871, note B. GENEVOIS ; *RFDC*, 1993, p. 583, note L. FAVOREU), rejoignant sur ce point la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE, 8 décembre 1978, *GISTI*, *Rec*. p. 493). Une analyse approfondie de la jurisprudence française permet à E. MILLARD de conclure qu' « *il semble bien, en définitive, que l'on doive renoncer à voir un droit créance issu du Préambule de 1946 en matière familiale* » (*Famille et droit public, recherche sur la construction d'un objet juridique*, LGDJ, 1995, p. 166).

[153] Décision n° 90-274 DC, 29 mai 1990, *Rec*., p. 61 ; *RDSS*, 1990, p. 711, note X. PRETOT.

[154] Décision n° 94-359 DC, 19 janvier 1995 ; *AJDA*, 1995, p. 455, note B. JORION ; H. PAULIAT, « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent, vers le constat de décès du droit de propriété », *D*., 1995, p. 283 ; *LPA*, 1995, n° 68, p. 9, chr. B. MATHIEU ; F. ZITOUNI, « Le Conseil constitutionnel et le logement des plus démunis, *LPA*, 1996, n° 6, p. 14 ; *RDP*, 1996, p. 21, chr. D. ROUSSEAU ; *RFDC*, 1995, pp. 404 et s., note P. GAIA ; sur ce point, V. ce chapitre, *infra*, § 216.

[155] Sur la dimension sociale de la dignité de la personne humaine, V., *infra*, chapitre suivant, § 243-251 et titre 2, chapitre 2, § 294-300.

[156] C. DEVES, « Le Conseil Constitutionnel et la République sociale », *Quotidien Juridique*, 1988, n° 120, p. 7. Différents auteurs soulignent la marge de manœuvre considérable dont dispose le législateur ; V., par ex., M. BORGETTO, précit., pp. 531 et s., X. PRETOT, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Droit social*, 1991, pp. 187-199 ; Ph. TERNEYRE, « La Constitution devant le progrès économique et social », précit., pp. 13-14.

formule utilisée en 1997[157]. Le principe, si novateur soit-il, est fort peu contraignant. En effet, le Conseil se refuse à apprécier le bien-fondé des mesures législatives prises pour concrétiser cette exigence. Cette large marge de manœuvre apparaît ainsi dans le contrôle de l'application de l'alinéa 5, où une latitude extrême est laissée au législateur pour apprécier la voie à suivre afin d'assurer un emploi au plus grand nombre. Le Conseil affirme prudemment qu'il revient au législateur « *de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi, en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre* »[158]. Une simple obligation de moyens pèse ainsi sur les pouvoirs publics, et le juge ne contrôle même pas ces derniers. La même remarque vaut pour l'interprétation faite par le Conseil de la disposition de l'alinéa 11 : s'il revient au législateur d'édicter des dispositions tendant à garantir des moyens convenables d'existence, le Conseil ne contrôle pas l'opportunité des mesures édictées et le législateur peut ainsi restreindre le champ d'application des prestations sociales, en instaurant par exemple des conditions nouvelles pour l'obtention d'une prestation[159] ou en limitant le bénéfice d'une allocation autrefois universelle à une partie de la population[160]. Le contrôle du juge est donc très atténué : aucune censure n'est intervenue à ce jour sur le fondement des alinéas 5, 10 et 11 du Préambule, même si le Conseil a pu, à certaines occasions, formuler des réserves d'interprétation à l'encontre du pouvoir réglementaire[161]. Certains auteurs expliquent cette latitude conférée au législateur par l'« *orientation foncièrement libérale* »[162] du Conseil, qui conditionnerait une interprétation restrictive des droits sociaux. Plus prudemment, elle peut s'expliquer par la volonté du Conseil de ménager la liberté d'appréciation du législateur, souci dont témoigne la formule maintes fois utilisée selon laquelle l'article 61 ne confère pas au Conseil un pouvoir d'appréciation et de décision identique au Parlement[163], surtout à l'égard de droits dont la mise en œuvre suppose un effort financier considérable de la part de la Nation.

Ce refus du Conseil de contrôler les choix législatifs en matière de mise en œuvre des droits sociaux se vérifie tout particulièrement par son application très partielle du mécanisme dit du « cliquet anti-retour ». Sur ce point, il est vrai, la doctrine est assez divisée : pour certains auteurs, la jurisprudence réserverait ce mécanisme aux libertés traditionnelles[164], tandis que pour d'autres, elle trouverait à s'appliquer en matière de droits sociaux[165]. Classiquement, la jurisprudence du

---

[157] Décision n° 96-387 DC du 21 janvier 1997, *AJDA*, 1997, p. 165, obs. O. SCHRAMECK ; *JCP*, 1997.I.4066, chr. B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; *LPA*, 1997, n° 125, p. 10, note J.-C. ZARKA ; *RDSS*, 1997, p. 681, note X. PRETOT ; *RFDC*, 1997, p. 326, obs. F. MELIN-SOUCRAMANIEN.

[158] Décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983, précitée. V. également les décisions précitées n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, n° 99-423 DC du 13 janvier 2000.

[159] Par ex., décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, précitée ; n° 93-325 DC du 13 août 1993, précitée.

[160] Décision n° 97-393 DC du 18 décembre 1997 ; *AJDA*, 1998, p. 127, chr. J.-E. SCHOETTL ; *Droit social*, 1998, p. 164, note X. PRETOT ; *GDCC*, n° 49 ; *RFDC*, 1998, n° 33, p. 167, note L. PHILIP.

[161] Décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987 précitée.

[162] X. PRETOT, *GASS*, n° 1, p. 14.

[163] V., en ce sens, M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., p. 48.

[164] V. en ce sens B. MATHIEU, *LPA*, 1997, n° 88, p. 28 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *LPA*, 1997, n° 125, p. 12.

[165] V. en ce sens M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., p. 47 (la même idée est développée avec de sérieuses nuances par ces auteurs dans *La République sociale*, PUF, 2000, pp. 236-239) ; Th-S. RENOUX et M. de VILLIERS, *Code constitutionnel*, Litec, 1994, pp. 146-147 et 198 (application du cliquet anti-

Conseil en matière de libertés distingue l'interdiction de compromettre l'existence même des droits constitutionnels et l'interdiction faite au législateur de restreindre leur exercice. Ainsi, d'une part, « *s'il est à tout moment loisible au législateur* (…) *de modifier les textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions* (…)*, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* »[166], et, d'autre part, s'agissant de libertés fondamentales, « *la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle* »[167]. La protection joue donc nettement à un double niveau. Or, il semble qu'une pareille étendue ne se retrouve pas en matière de droits sociaux.

La protection accordée aux droits sociaux joue indiscutablement au premier niveau et le Conseil Constitutionnel a reconnu de façon très explicite dans sa décision de 1997 *Allocations familiales* « *qu'il est à tout moment loisible au législateur* (…) *de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; qu'il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la coordination d'objectifs de valeur constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles ; que, cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* »[168]. Or, les alinéas 10 et 11 du Préambule impliquant « *la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur de la famille* », il en résulte que le législateur ne saurait supprimer toute aide aux familles[169]. Le raisonnement corrobore donc l'affirmation fréquemment avancée selon laquelle certains services publics, dont les services sociaux, font l'objet d'une constitutionnalisation et ne sauraient être supprimés par voie législative[170]. Cependant, si le législateur ne peut compromettre l'existence même des droits sociaux, il peut, en revanche, en restreindre l'exercice. C'est à ce second niveau que la jurisprudence dite du « cliquet anti-retour » ne joue plus. Ceci ressort tout particulièrement de la décision *Maîtrise de l'immigration*, dans laquelle le Conseil a appliqué le mécanisme du cliquet au droit d'asile mais n'a pas développé un raisonnement similaire pour les droits sociaux, puisqu'il a accepté que l'obtention de prestations sociales soit subordonnée

---

retour aux dispositions de l'alinéa 5 et 11) ; F. ZITOUNI , note sous décision n° 94-359 DC, du 19 janvier 1995, *LPA*, 1996, n°6, pp. 14-20 (application du cliquet anti-retour en matière de possibilité de disposer d'un logement décent).

[166] Décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *AJDA*, 1986, p. 527, note G. PEPY.

[167] Décision n° 184-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, *Rec*. p. 73, *GDCC* n° 36.

[168] Décision n° 97-393 DC, précitée, 32e cons.

[169] La parenté du raisonnement suivi par le Conseil en 1997 avec celui développé par le Conseil d'Etat en 1986 (arrêt précité, *Fédération des fonctionnaires…*) est remarquable. Dans ses conclusions sur cet arrêt, le Commissaire du Gouvernement Massot relevait qu'une disposition réglementaire qui aurait pour effet de réduire le champ de la compensation des charges familiales jusqu'à substituer à un régime de solidarité nationale un régime d'assistance porterait atteinte au principe de sécurité matérielle.

[170] V. en ce sens J.-F. LACHAUME, *Grands services publics*, Masson, 1989, p. 102. Selon X. PRETOT une telle solution jurisprudentielle s'opposerait ainsi à la privatisation de la Sécurité sociale (*GASS*, p. 13). V. également les conclusions nuancées auxquelles arrive P. ESPUGLAS, *Conseil Constitutionnel et service public*, LGDJ, 1994, pp. 29 et s.

à des conditions de régularité du séjour pour les étrangers[171]. Mais, pour révélateur que soit le raisonnement du Conseil dans cette décision, il est loin d'être novateur. En effet, par une jurisprudence bien établie, le Conseil admet que le législateur puisse restreindre le champ d'application d'une mesure sociale[172]. Les alinéas 10 et 11 du Préambule, s'ils imposent au législateur et au gouvernement certaines obligations, ne sauraient empêcher toute modification législative, fut-elle de nature à réduire la portée du droit. Comme le soulignait B. Mathieu en 1994, c'est à une « *appréciation subtile opérée par une prise en compte de l'ensemble de la législation applicable* »[173] que le Conseil entend se livrer. Il l'a fait de façon claire dans sa décision *Allocations familiales* en considérant que, dès lors qu'une politique sociale d'aide aux familles est assurée par la voie de différentes prestations sociales et du mécanisme fiscal du quotient familial, le législateur peut subordonner à une condition de ressources des allocations autrefois universelles.

207. Le bilan de la jurisprudence constitutionnelle en matière de droits sociaux est donc assez partagé. Si l'idée selon laquelle les dispositions des alinéas 5, 10 et 11 du Préambule ne sont que des vœux politiques, des idéaux insusceptibles de créer directement des droits et des obligations, a été abandonnée, la position du Conseil à leur égard demeure réservée. Il se cantonne à une interprétation textuelle des droits proclamés, refusant toute interprétation constructive d'un principe juridique fédérateur des différents droits sociaux. Mais, à l'inverse, pour la détermination de la portée contraignante de ces derniers, il récuse cette démarche impressionniste au profit d'une approche globalisante et n'en déduit, de façon floue, qu'une exigence de solidarité nationale[174]. L'effectivité des droits proclamés en est d'autant plus fragilisée qu'elle dépend nécessairement de l'existence d'une loi.

3- La nécessaire médiation textuelle

208. Bien qu'elle ait reconnu une efficacité juridique aux principes proclamés dans le Préambule, la jurisprudence administrative établit une distinction entre ceux-ci. A côté des dispositions qu'il estime suffisamment précises pour être appliquées par elles-mêmes, telles que le droit de grève ou le respect de la vie familiale, le Conseil d'Etat déduit du caractère vague des autres dispositions l'impossibilité d'en faire une application immédiate. La distinction a pour conséquence, en ce qui concerne les secondes, le refus de faire droit à une requête se fondant sur un droit-créance proclamé par le Préambule pour obtenir l'octroi de prestations non prévues

---

[171] Pour une interprétation contraire : Th-S. RENOUX et M. de VILLIERS, précit., p. 198.

[172] Décision 86-225 du 23 janvier 1987, précitée ; décision 93-330 DC, 29 décembre 1993, *Loi de Finances pour 1994*, *LPA* 1994, n° 68, pp. 12-13, chr. B. MATHIEU : une disposition supprimant l'attribution de l'Allocation aux adultes handicapés aux personnes dont l'incapacité est inférieure à un certain taux ne contrevient pas au droit à des moyens convenables d'existence.

[173] B. MATHIEU, chr. *LPA*, 1994, n° 68, p. 13.

[174] A cet égard, le fait que ce soit sur le fondement du principe d'égalité que le Conseil Constitutionnel censure des dispositions législatives en matière sociale n'est pas anodin et prouve la difficulté du Conseil à sortir d'une approche de la protection sociale tournée vers la protection de la cohésion sociale, pour passer vers une approche individuelle de la pauvreté conçue comme la violation d'un droit de l'homme à la sécurité matérielle.

par la loi[175]. Une telle solution ne saurait conduire à affirmer la totale virtualité des dispositions du Préambule tant qu'elles n'ont pas été médiatisées par le législateur : le Conseil n'hésite pas à s'imprégner de l'esprit du Préambule pour découvrir des principes généraux du droit[176]. Cependant, il le fait toujours dans le cadre d'une démarche "négative", tendant à censurer des dispositions qui méconnaîtraient des principes supérieurs et non pour mettre en œuvre, en l'absence de textes d'application, les principes constitutionnels.

Dès lors, il importe de ne pas confondre nature juridique et applicabilité directe : les droits créances sont incontestablement des droits, mais leur nature implique nécessairement l'intervention du législateur. Ceci vaut tant pour le droit à l'aide sociale que pour le droit à la Sécurité sociale : « *également fondés sur les principes du Préambule de 1946,* (ils) *reposent en pratique sur l'intervention du législateur qui en détermine le contenu et la portée, le droit subjectif reconnu à chacun s'exerçant dans le cadre d'un droit légalement institué* »[177]. A cet égard, la loi instituant le RMI constitue un exemple paradigmatique de cette nécessaire médiation législative. En reprenant quasiment mot pour mot l'énoncé de l'alinéa 11 du Préambule, l'article 1er de la loi de 1988 se place délibérément sur le terrain de la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles, par l'instauration d'un ultime filet de protection sociale au profit des personnes ne pouvant prétendre à d'autres prestations.

209. Mais l'affirmation de la nécessité d'une médiation textuelle conduit à souligner une faille sérieuse dans la garantie apportée aux droits sociaux : la possible absence de toute intervention législative. En effet, l'état du droit empêche toute sanction de l'inertie du législateur. Contrairement à certains systèmes juridiques étrangers[178], il n'existe pas de possibilité de recours contentieux en carence et le juge ne peut contraindre le législateur à agir. Ceci revient à dire que le législateur a tout loisir de laisser lettre morte des droits que le juge lui-même a posés comme ayant à la fois une valeur constitutionnelle pleine et entière et un caractère contraignant[179].

---

[175] V., par exemple, CE, 10 décembre 1962, *Société indochinoise de constructions électriques et mécaniques*, *Rec*. p. 676 ; 29 novembre 1968, *Tallagrand*, *D*., 1969, p. 386, note V. SILVERA ; *RDP*, 1969, p. 686, note M. WALINE.

[176] Outre ceux relatifs à la sécurité matérielle ou au respect de la vie familiale, précités, V. par exemple CE, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou*, *Rec*. p. 152, concl. J. LABETOULLE ; *AJDA*, 1982, p. 443, chr. THIBERGHIEN et LASSERRE ; *D*., 1983, p. 8, note J.-B. AUBY ; *RDP*, 1983, p. 1077, note J. de SOTO : droit de tout salarié à un minimum de rémunération, qui, en l'absence de dispositions plus favorable pour la catégorie de personnel à laquelle l'intéressé appartient, ne saurait être inférieur au SMIC.

[177] X. PRETOT, note sous CCAS, 26 juillet 1956, *Sieur R.*, *GASS*, 2e éd., p. 611. A noter qu'il ne s'agit pas là d'une spécificité française : l'analyse menée par C. GREWE de « La prise en compte des droits économiques et sociaux par les Constitutions européennes » (*RFAS*, n° 4, 1996, pp. 139 et s.) lui permet de conclure que « *aucune constitution ne permet aux justiciables d'aller se plaindre devant un juge au seul vu du texte constitutionnel*. (...) *Pour les concrétiser,* (...) *une loi est nécessaire* ».

[178] V., par exemple, la constitution allemande prévoyant qu'un recours en inconstitutionnalité peut être introduit contre les omissions législatives lorsque le droit fondamental visé par le recours prescrit expressément une action du législateur lui confiant une mission constitutionnelle. V. également, la voie de droit prévue par la constitution portugaise de 1976. Sur tous ces points : J.-F. FLAUSS, « Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Droit social*, 1982, p. 655 et s.

[179] V., en ce sens, parmi une doctrine unanime pour regretter cette faiblesse du mécanisme de protection des droits constitutionnels, M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., p. 48 ; J.-F. FLAUSS, précit., p. 656.

La solution retenue par le juge constitutionnel est intellectuellement regrettable et pourrait être dépassée. Des mécanismes semblables à ceux développés par le juge administratif à l'égard du pouvoir réglementaire pourraient être utilisés par le Conseil Constitutionnel[180]. Ainsi, la théorie de l'incompétence négative[181] pourrait servir à une évolution de la jurisprudence constitutionnelle que la doctrine appelle de ses vœux. Toutefois, tant que la théorie du « mandat constitutionnel » développée en droit allemand[182] n'est pas transposée en droit français, les droits garantis aux alinéas 10 et 11 du Préambule demeurent conditionnés à l'intervention législative, en vertu des dispositions de l'article 34 de la Constitution[183].

La jurisprudence constitutionnelle offre ainsi un tableau fort nuancé : si le contrôle de constitutionnalité étendu au Préambule de 1946 a eu pour conséquence d'établir un socle de normes juridiques qui orientent l'activité législative en lui interdisant de supprimer ou de priver de tout effet les institutions de protection sociale, il a toutefois sérieusement limité la portée de ces droits. Mal protégés dans leur dimension de droits constitutionnels, les droits sociaux bénéficient-ils d'une protection plus efficace dans leur dimension de droits garantis par les traités internationaux ? La réponse n'est en rien des plus assurée et leur proclamation solennelle dans les instruments internationaux demeure d'une faible incidence.

B- La juridicité atténuée des instruments internationaux relatifs aux droits sociaux

210. Le caractère de "droits atténués" des droits sociaux ressort tout d'abord du faible degré de protection assuré au plan international. Ni le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ni la Charte sociale européenne n'ont permis l'élaboration d'un système de contrôle juridictionnel ou juridique, contrairement à leurs pendants respectifs en matière de droits civils. Ainsi, le contrôle du premier est exclusivement fondé sur la procédure des rapports que les Etats signataires

---

[180] Le parallèle avec la jurisprudence administrative peut servir d'exemple pertinent, tant le Conseil d'Etat a longtemps hésité à reconnaître une obligation pour le pouvoir réglementaire de prendre des mesures d'application d'une loi. Ce n'est qu'après des années d'hésitation sur ce problème à la fois politique et juridique et malgré des divergences doctrinales sensibles, que la haute juridiction a finalement consacré et sanctionné une telle obligation. V. sur ce point, R. CHAPUS, précit., § 879 à 884. Il est vrai qu'à la fois les modalités de saisine et les pouvoirs des juridictions administrative et constitutionnelle divergent sensiblement ; il n'empêche, toutefois, que le cheminement jurisprudentiel par lequel la première a abouti à l'état actuel du droit pourrait être, *mutatis mutandis*, une source d'inspiration pour la deuxième.

[181] On sait que, par ce procédé, le Conseil sanctionne la méconnaissance par le législateur de l'étendue de ses attributions constitutionnelles. Le procédé, s'il est loin d'imposer *ex nihilo* une obligation d'agir, oblige toutefois le législateur à exercer la plénitude de ses compétences, lorsqu'il a décidé de légiférer sur un point entrant dans son champ d'attribution. La théorie de l'incompétence négative prouve donc que le législateur ne dispose pas d'une faculté totale d'appréciation quant à la précision de ses interventions et que le juge peut obliger celui-ci. Toutefois, pour le moment, le juge se refuse à étendre cette solution aux hypothèses où le Parlement se refuse totalement à intervenir.

[182] Cette théorie jurisprudentielle, impulsée par la Cour de Karlsruhe, a servi de fondement au développement de l'obligation contraignante des droits de créance à l'égard de l'Etat ; V. sur ce point, J.-C. BEGUIN, *Conditions et sanctions du contrôle de constitutionnalité des lois en RFA*, thèse Dijon, 1979, pp. 222-228.

[183] Bien que la délimitation des compétences en matière de protection sociale soit d'une certaine complexité, le pouvoir réglementaire disposant d'une place non négligeable. V. sur ce point, M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., pp. 56-58.

s'engagent à soumettre à un Comité des droits économiques, sociaux et culturels et par lesquels ils présentent les mesures adoptées en vue d'assurer le respect des droits reconnus. Quel que soit l'intérêt de la contribution de ce comité pour la définition du contenu des droits proclamés ou de l'étendue des obligations des Etats signataires[184], un constat s'impose : son travail ne se base que sur des rapports dont la périodicité et la sincérité sont toutes deux aléatoires, et demeure dépourvu de toute sanction juridique. Quant à la Charte sociale, elle prévoit expressément que les engagements souscrits par les Etats sont des engagements interétatiques dont le seul contrôle est assuré par un comité d'experts indépendants, sur la base de rapports fournis par les Etats. Ses conclusions sont remises à un comité gouvernemental, lequel élabore un rapport soumis au Comité des Ministres. Ce dernier, *in fine*, peut adresser des recommandations individuelles aux Etats signataires afin qu'ils modifient leur législation. Même si certains auteurs ont pu évoquer la « *jurisprudence* »[185] du Comité, on mesure, devant la complexité de ce système administratif, la différence de protection existant entre la Convention européenne et la Charte sociale. Dès lors, malgré la solennité de leur qualification de droits de l'homme, il ressort de la protection garantie aux droits sociaux qu'il s'agit, dans l'ordre international, plus d'obligations étatiques que de droits subjectifs dont les individus peuvent se prévaloir.

211. L'affirmation est corroborée, ensuite, par l'analyse de la jurisprudence française relative à ces textes. La Charte sociale européenne et le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ont tous deux été ratifiés par la France et font partie du droit positif, en vertu des dispositions de l'article 55 de la Constitution. Cependant, la jurisprudence administrative s'attache à distinguer, au sein des traités ayant pour objet de garantir des droits au bénéfice des particuliers, les stipulations suffisamment précises pour être appliquées directement dans l'ordre interne, sans mesure d'exécution, de celles qui ne le sont pas[186]. Ces dernières, selon

---

[184] La lecture des rapports du Comité est riche d'enseignements doctrinaux, en ce qu'ils insistent tout particulièrement sur la nature de véritables droits de l'homme des droits économiques, sociaux et culturels, au même rang que les droits civils et politiques, et sur l'étendue des obligations étatiques dérivant de leur reconnaissance. Le Comité a ainsi rejeté une « exception de pauvreté » invoqué par différents Etats, en constatant que la pauvreté d'un pays ne le dégage pas des obligations lui incombant en vertu du Pacte. Il a également relativisé la portée de la limitation introduite dans les stipulations du pacte, limitation consistant à établir une proportionnalité entre l'état de développement et la garantie des droits économiques. Pour le Comité, « *pour qu'un Etat partie puisse invoquer le manque de ressources lorsqu'il ne s'acquitte même pas de ses obligations fondamentales minimum, il doit démontrer qu'aucun effort n'a été épargné pour utiliser toutes les ressources qui sont à sa disposition en vue de remplir, à titre prioritaire, ces obligations minimum. Le Comité tient à souligner cependant que même s'il est démontré que les ressources disponibles sont insuffisantes, l'obligation demeure* (...) *de s'efforcer d'assurer la jouissance la plus large possible des droits pertinents dans les circonstances qui lui sont propres. En outre, le manque de ressources n'élimine nullement l'obligation de contrôler l'ampleur de la réalisation, et plus encore de la non-réalisation, des droits économiques, sociaux et culturels et d'élaborer des stratégies et des programmes visant à promouvoir ces droits* » (*Observation générale n°3*, 1990, cité par J. DHOMMEAUX, article précité, p. 640).

[185] L. SAMUEL, *Droits sociaux fondamentaux, jurisprudence de la Charte sociale Européenne*, Ed. du Conseil de l'Europe, 1997.

[186] La doctrine avance quelques fois un autre critère de l'effet direct des traités ayant pour objet de garantir des droits aux particuliers, tiré de la rédaction même de la stipulation. Cependant, R. Abraham a démontré avec pertinence qu'il ne s'agissait pas d'un critère autonome (concl. sur CE, *GISTI*, 23 avril 1997, *D.* 1998, II., p. 17). Par ailleurs, il n'est question ici que des traités ayant pour effet de conférer des

la définition qu'en propose R. Abraham, consistent en des stipulations « *dont le respect est obligatoire pour l'Etat, appellent l'édiction de normes nationales d'application permettant de leur faire produire des effets concrets ; dans l'élaboration de ces normes, l'Etat dispose d'une marge d'appréciation qui croît en proportion de la généralité de la stipulation qu'il s'agit de traduire dans l'ordonnancement juridique interne* »[187]. Sur le fondement de cette distinction intellectuelle, le Conseil d'Etat a dénié tout effet direct tant à la Charte sociale européenne[188] qu'au Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[189]. Un commissaire du gouvernement pouvait ainsi inviter le Conseil d'Etat à rejeter un moyen tiré de la méconnaissance de ce dernier en analysant le contenu du Pacte comme fixant une obligation de résultat aux Etats parties en des termes flous et généraux leur laissant une marge de manœuvre importante pour prendre les mesures d'application nécessaires : « *les signataires du Pacte ont entendu assigner aux Etats signataires une obligation de résultat, mais sa réalisation est graduelle et dépendante à la fois de l'aide internationale, de la disponibilité des moyens et du choix des mesures. Rien de comparable avec le Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques qui, à l'instar de la Convention Européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, a pour objet de garantir immédiatement aux individus un certain nombre de droits fondamentaux* »[190], lesquels ont été reconnus comme dotés d'un effet direct[191].

Une telle solution jurisprudentielle souffre la critique. Il apparaît en effet qu'elle repose sur un postulat juridique douteux et qu'elle ne peut s'expliquer que par la réticence du Conseil d'Etat à conférer une valeur juridique contraignante aux droits économiques, sociaux et culturels.

Il semble en effet que le Conseil d'Etat confonde effet direct et invocabilité du traité devant les juridictions internes[192]. La rédaction de l'arrêt *Rouquette* en témoigne en affirmant que les stipulations du pacte, « *qui ne produisent pas d'effet direct à l'égard des particuliers, ne peuvent être utilement invoquées à l'appui de conclusions tendant à l'annulation du décret attaqué* ». Certes, le pacte n'a pas entendu conférer des droits subjectifs aux individus, le système de contrôle qu'il instaure le montre clairement. Il a, en revanche, entendu créer une obligation étatique dans l'ordre international de mettre les législations internes des Etats signataires en conformité avec ces stipulations. Il s'agit d'une obligation de résultat, comme le montrent les interprétations faites dans ses rapports par le Comité onusien chargé du contrôle de son application (et comme le souligne le Commissaire du

---

droits aux particuliers et non ceux dont l'objet porte exclusivement sur les relations interétatiques et qui, à ce titre, sont dépourvus d'effets directs en raison de leur objet même.

[187] R. ABRAHAM, conclusions sur CE, 22 septembre 1997, *Mlle Cinnar*, *Rec*. p. 319 ; *RFDA*, 1998, p. 562.

[188] CE, 20 avril 1984, *Ministre du Budget c/ Mlle Valton*, *Rec*. p. 148 : les clauses de la Charte sociale européenne ne produisant pas d'effet direct à l'égard des nationaux, ceux ci ne peuvent se prévaloir utilement de leur violation ; solution toujours confirmée par la suite (CE, 3 juillet 1996, *M. Paturel*, *Rec*. p. 256).

[189] CE, Ass., 5 mars 1999, *M. Rouquette et al.*, *RFDA*, 1999, pp. 357 et s., concl. C. MAUGUE ; *AJDA*, 1999, pp. 462 et s., chr. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR.

[190] Concl. C. MAUGUE, précit., p. 360.

[191] CE, Ass., *Mme Doukoure*, 15 avril 1996, *Rec*. p. 125 ; *RFDA*, 1996, pp. 808 et s., concl. Ph. MARTIN.

[192] V. en ce sens R. ABRAHAM, concl. sur arrêt *GISTI*, précité, p. 18.

gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt *Rouquette*). Mais la conséquence logique d'une telle interprétation quant à la portée contraignante du texte devrait permettre au juge national, dans le cadre du contentieux objectif de l'excès de pouvoir, de vérifier si le droit interne est conforme aux exigences internationales telles qu'elles résultent du Pacte. C'est ce que n'a pas hésité à affirmer le Conseil d'Etat belge, lorsqu'il a considéré que « *la question n'est pas de savoir si le pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels a conféré aux particuliers des droits subjectifs dont ils pourraient se prévaloir devant les tribunaux mais de vérifier si la législation belge est compatible avec l'objectif inscrit dans la règle claire et précise de l'article 13.2.a) du Pacte* »[193].

Le Conseil d'Etat français devrait en ce sens récuser la confusion implicite qu'il opère entre effet direct et invocabilité et effectuer un contrôle de conventionnalité de la norme interne. Un commissaire du gouvernement l'y avait invité, sans être suivi, en proposant que les stipulations dont l'absence d'effet direct tient à leur caractère insuffisamment précis, complet et conditionnel puissent être invoquées à l'encontre d'un acte réglementaire[194]. C'est-à-dire exactement ce que fait son homologue belge qui, dans le cadre d'un contentieux objectif similaire, considère que, dès lors que la législation d'un Etat met en œuvre le droit programme proclamé, la conformité de la norme interne à ce droit peut être contrôlée[195]. Or, il ne fait à cet égard aucun doute que la plupart des droits garantis par le Pacte sont également insérés en droit interne par la conjonction de différentes dispositions. Il en va ainsi du droit à bénéficier de la sécurité sociale (article 9), du droit à un niveau de vie suffisant (article 11), du droit à la protection de la santé (article 12), droits que d'innombrables dispositions issues du Code de l'Action sociale et des familles, du Code de la Sécurité sociale ou du code de la Santé publique mettent en œuvre, ou encore du droit de toute personne à l'éducation (article 13) que la gratuité du système scolaire garantit.

Cependant, le Conseil d'Etat rejette totalement cette idée et préfère se cantonner à une interprétation restrictive de l'applicabilité directe des traités, aussi

---

[193] CE belge, 6 septembre 1986, *RTDH*, 1990, p. 184 ; V. également J. FIERENS, *Droit et pauvreté, droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 110-111.

[194] V. la démonstration très convaincante de R. ABRAHAM (concl. sur arrêt *GISTI*, précité, pp. 18-19) rappelant que rien, en droit, ne s'oppose à ce que de telles stipulations soient invoquées à l'encontre d'un acte réglementaire : « *l'Etat est tenu, par le traité, de mettre sa législation et sa réglementation en accord avec les objectifs définis par celui-ci ; le destinataire final des droits garantis par le traité est le particulier ; dès lors on ne voit pas pourquoi l'on empêcherait celui-ci, par voie d'action ou d'exception, de contester la compatibilité de la norme interne avec l'obligation internationale* », le commissaire écartant ensuite l'argument tiré du caractère vague de la stipulation : « *une norme vague ne peut pas servir de base à l'établissement d'un droit individuel ; elle peut toujours servir de référence à un contrôle de compatibilité d'une norme inférieure* (...) *Cette problématique est familière au juge constitutionnel* ».

[195] V. à cet égard le raisonnement du Conseil d'Etat belge, arrêt précité, qui considère très explicitement qu'« *il ressort du texte même de l'article 14* (du PIDESC) *que la nécessité d'assurer progressivement par des dispositions de droit interne le caractère obligatoire et la gratuité de l'enseignement primaire ne retarde l'application immédiate de l'article 13,2,a) que dans les Etats qui n'ont pas encore atteint cet objectif ; qu'en revanche, aux Etats qui ont déjà inscrit de telles dispositions dans leur droit interne, le même article impose une obligation directement et immédiatement applicable de ne pas y déroger ultérieurement* ».

douteux soit son fondement intellectuel[196]. Ce qui revient, en somme, à nier leur juridicité, tout comme il l'a longtemps fait pour les droits proclamés par le Préambule[197].

212. La conclusion est donc certaine : les droits sociaux ne sont pas pleinement justiciables, ni dans le cadre d'un contentieux objectif, ni, *a fortiori*, dans celui d'un contentieux subjectif. Ceci est particulièrement avéré dans l'ordre international, où aucun système de contrôle juridique ou juridictionnel n'est prévu, particularité conduisant à minorer leur nature de droits de l'homme, contrairement à ceux civils et politiques qui bénéficient, quant à eux, d'une protection intégrée. Mais ceci est également avéré dans l'ordre interne : chacun dans leurs sphères de compétence, et selon des techniques différentes, Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat s'emploient à minorer les incidences juridiques résultant de la proclamation des droits économiques, sociaux et culturels au rang de normes constitutionnelles ou internationales, en laissant une grande marge de manœuvre au législateur ou au pouvoir réglementaire. Faut-il en conclure que les droits économiques, sociaux et culturels sont des "demi-droits", des "droits virtuels", des "droits à la juridicité atténuée". Bref, les « *droits des pauvres* » sont-ils de « *pauvres droits* »[198] ? Une réponse affirmative est tentante, elle doit être nuancée toutefois. Différents indices laissent en effet penser à une banalisation des droits économiques, sociaux et culturels, dont le régime pourrait s'aligner sur ceux des droits civils.

§2- La banalisation des droits reconnus

L'affirmation d'une "banalisation" des droits sociaux implique l'idée d'un alignement de ces derniers sur les droits civils et politiques. Perdant leur prétendu caractère de semi-droits utopiques, les droits sociaux font l'objet d'une convergence de tendances doctrinales, textuelles et jurisprudentielles en faveur de leur assimilation. Dans cette optique, les droits sociaux tendent à devenir, à l'instar des droits "traditionnels", des droits de l'homme à part entière (I) et à acquérir le statut de droits subjectifs (II).

I- Vers la reconnaissance de droits de l'homme à part entière

213. Les considérations idéologiques et pragmatiques qui ont conduit à distinguer entre droits civils et politiques et droits sociaux, ont été entérinées par une

---

[196] Fondement qui repose sur une confusion entre droits subjectifs et contentieux objectif : ne créant pas d'effets directs à l'égard des personnes en raison de leur caractère imprécis, ces dispositions ne sont pas susceptibles de lier l'Etat et de permettre à un individu de contraindre ce dernier au respect de ses engagements. Tel est en substance le raisonnement du Conseil. Or, s'il est aisé de comprendre que des individus ne puissent se prévaloir de telles stipulations pour sommer l'Etat de fournir telle ou telle prestation, il est en revanche illogique de leur dénier toute capacité « d'empêcher ». En somme, ceci reviendrait à assimiler la portée des droits garantis par le PIDESC à celle des droits garantis par le Préambule, à savoir une valeur « négative », consistant, au minimum, à interdire aux pouvoirs publics de méconnaître activement leur contenu.

[197] V., sur ce point, l'analyse convaincante de M. CLAPIE, montrant que le Conseil d'Etat est passé d'une contestation de la juridicité des dispositions du Préambule à un refus de leur effectivité (*in* « Le Conseil d'Etat et le Préambule de la constitution de 1946 », *Rev. Adm.*, 1997, p. 286).

[198] Pour reprendre l'expression de P.H. IMBERT, article précité.

analyse doctrinale accentuant cette distinction par l'établissement de frontières intellectuelles entre les deux catégories. Cette caution intellectuelle insistait sur leur différence de nature (liberté contre créance, Etat gendarme contre Etat Providence) et de régime (les uns seraient justiciables, les autres non, les premiers seraient garantis, les seconds virtuels, ceux-là seraient fondamentaux et ceux-ci accessoires). En un mot, l'*opinio juris* a accentué « *le doute qui entoure les droits économiques et sociaux, leur qualité de droits atténués en quelque sorte* »[199].

Pour la plupart des auteurs contemporains, les droits sociaux constituent bien des droits de l'homme[200], mais des droits d'une nature particulière. La pensée de J. Rivero est la plus représentative et la plus nuancée de ce courant de pensée. Pour l'éminent juriste, les droits de l'homme de la deuxième génération, « *aussi essentiels que ceux qui avaient été initialement reconnus, s'en distinguent pourtant profondément du point de vue juridique : ils confèrent à leur titulaire non pas un pouvoir de libre option et de libre action, mais une créance contre la société, tenue de fournir, pour y satisfaire, des prestations positives impliquant la création de services publics* »[201]. Dès lors, « *la catégorie des droits de l'homme se dédouble : les pouvoirs d'exiger, qui confèrent à leur titulaire une créance sur l'Etat, se juxtaposent aux pouvoirs d'agir* »[202]. Or, les rapports entre ces deux catégories seraient ambigus : à la fois nécessairement complémentaires[203] mais aussi évidemment contradictoires, leur relation se résumerait en un affrontement entre désir de liberté et besoin de sécurité. Se fondant sur le postulat de différences irréductibles de mise en œuvre, l'auteur justifie l'exclusion de leur analyse dans un ouvrage consacré à l'étude des droits de l'homme et des libertés publiques. Or, la différence ainsi établie entre les différents droits de l'homme a suscité une critique doctrinale (A) et tend à décliner au profit d'un principe d'indivisibilité des droits (B).

A- La critique doctrinale de la distinction entre « vrais » et « faux » droits de l'homme

214. Révélatrice d'une pensée omniprésente dans l'*opinio juris*, une telle différenciation entre les droits de l'homme témoigne d'une quadruple critique à l'encontre des droits sociaux : jugés à l'aune des droits dits civils et politiques, ils présenteraient une différence de nature, de valeur, de régime juridique et de sanction[204]. Or, cette quadruple spécificité, qui sert de fondement intellectuel et de

---

[199] C. GREWE, précit., *RFAS*, 1996, p. 144.

[200] Rares sont en France les partisans des thèses de F.-A. HAYEK, selon lesquelles le seul et unique but d'un Etat libéral est la préservation de la liberté individuelle, et qu'à ce titre toute revendication de droits sociaux doit être rejetée car portant en elle les germes du totalitarisme. De cet auteur, V. *Droit, législation et liberté*, PUF, 1980-1983, 3 vol. ; *La route de la servitude*, PUF, 1985, pp. 66-67.

[201] J. RIVERO, ouvrage précité, p. 22.

[202] Id., p. 97.

[203] « *La liberté ne commence que lorsque la satisfaction des besoins élémentaires permet à l'homme de s'ouvrir à des préoccupations autres que sa survie* », id., p. 98.

[204] Ne sera pas retenue l'affirmation selon laquelle les droits sociaux ne peuvent être regardés comme des droits de l'homme à part entière en raison de leur faible réalisation. Un tel argument, inspiré d'un souci de réalisme, confondrait nature de la norme et effectivité de son application. Or, comme le remarquait avant guerre B. MIRKINE-GUEZEVITCH : « *la valeur théorique de* (ces) *droits sociaux n'est nullement diminuée du fait que dans certains Etats les droits sociaux ne sont pas réalisés* » (« Les nouvelles

justification à une "dévaluation" des droits économiques, sociaux et culturels, fait l'objet d'une contestation doctrinale de plus en plus vive.

1- Une différence de nature ?

Les droits économiques, sociaux et culturels se différencieraient des droits dits civils et politiques par leur nature intrinsèque : nécessitant des prestations étatiques pour leur accomplissement, ils se différencieraient des libertés en ce qu'ils seraient plus des droits-créances que des facultés d'action. Leur reconnaissance a, dès lors, pour effet de rendre la catégorie des droits de l'homme de plus en plus hétérogène, voire de conduire à la « *dénaturation* » et la « *désintégration* » du concept initial[205]. Plus encore, ils porteraient atteinte aux libertés elles-mêmes, en se prévalant d'un modèle de société privilégiant la sécurité au détriment de l'individualisme libéral[206]. Leur réalisation supposerait une atteinte non seulement à la liberté de tous, par l'édiction d'un Etat Providence tentaculaire multipliant ponctions fiscales, enquêtes sociales, planification et nivellement économique, mais également et paradoxalement à la liberté des plus faibles, ceux-là même que ces droits sont censés protéger : c'est à une société d'assistance[207] que ces droits conduiraient, tuant de ce fait tout dynamisme personnel chez leurs bénéficiaires, toute responsabilité et, à terme, toute liberté. D'où l'affirmation de leur dangerosité et la conséquence nécessaire qui s'ensuit : leur minoration. Car, même si les droits sociaux paraissent indispensables à la réalisation des droits civils et politiques[208], « *une cruelle logique semble condamner ceux-ci à disparaître dès que ceux-là se mettent en œuvre* »[209].

L'analyse doctrinale ainsi conduite a suscité une vive critique. Dénonçant les postulats politiques sur laquelle elle repose, certains juristes ont souligné les faiblesses d'un tel raisonnement. Il est ainsi erroné de penser que les droits civils et politiques signifient nécessairement une abstention de l'Etat : l'intervention "active"

---

tendances du droit constitutionnel », *RDP*, 1929, p. 573). Car après tout, le même argument pourrait être invoqué à l'encontre des droits civils et, par exemple, le fait que de nombreuses violations de la liberté d'expression soient constatées à l'échelle internationale ne saurait conduire à affirmer que la liberté d'expression n'est pas un droit de l'homme.

[205] V., sur ce point D. LOSCHAK, « Mutation des droits de l'homme et mutation du droit », *RIEJ*, 1984, n° 13, pp. 49-89 ; M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 1990, p. 13.

[206] V., en ce sens, J. CHEVALLIER, « L'Etat de droit », *RDP*, 1988, p. 376, selon qui l'Etat Providence a fissuré et ébranlé tout le soubassement libéral. Le caractère « *infiniment extensible* » des droits créances « *justifie l'extension illimitée des interventions de l'Etat dans la vie sociale* » ; « *il ne s'agit pas seulement d'un élargissement de la liste des droits de l'homme, mais bien d'une conception radicalement différente de ces droits, qui recouvre une transformation de la relation entre individus et Etat* ».

[207] X. DIJON, « La Convention européenne et les droits de l'homme le plus démuni », *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, 10 décembre 1988, p. 720.

[208] La pensée de R. ARON est symptomatique de ce courant de pensée : l'auteur énonce fermement que « *les libertés formelles -droit de vote, libertés personnelles- ne suffisent pas à garantir une existence convenable à tous ; elles ne s'épanouissent que dans un climat de libertés réelles, ou, si l'on préfère, qu'à la condition d'assurer au plus grand nombre niveau de vie et sécurité* » mais il ajoute immédiatement, soulignant la contradiction intrinsèque, « *dès lors que l'accomplissement des droits économiques et sociaux devient l'objet prioritaire de l'action étatique, les droits individuels, bien loin de garder leur caractère sacré, passent ou risquent de passer pour des obstacles à surmonter afin d'atteindre le but véritable, une reconstruction de l'ordre social* » (« Pensée sociologique et droits de l'homme », *Etudes politiques*, Gallimard, Bibl. des sciences humaines, 1972, p. 229).

[209] X. DIJON, précit., pp. 720-721.

de celui-ci est requise, non seulement par l'édiction de normes destinées à leur conférer une existence formelle mais également par les garanties qu'il leur accorde et la sanction de leur violation qu'il reconnaît. « *En d'autres termes, s'il est vrai que dans une certaine mesure, les droits civils et politiques protègent la sphère individuelle contre l'intrusion étatique, c'est à l'Etat que sera demandée cette protection* »[210]. Dès lors, tous les droits et libertés supposent une créance de l'individu contre l'Etat.

Existe-t-il pour autant une contradiction intrinsèque et irréductible entre ces droits ? La contradiction est indéniable, mais il n'est pas avéré qu'elle conduise nécessairement à rejeter les droits sociaux hors de la liste des droits de l'homme. En réalité, la contradiction est le propre des droits de l'homme et elle ne se situe pas uniquement entre "droits de" et "droits à" : la jouissance des droits civils et politiques suppose la « *maîtrise d'un antagonisme* »[211] naissant de l'affrontement des diverses libertés en jeu, comme l'illustre avec éclat l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Ce principe de conciliation de droits parfois antagonistes, technique à laquelle le juriste est rompu, peut parfaitement s'appliquer entre droits de différentes générations, pour peu que l'on considère qu'ils sont de même valeur.

2- Une différence de valeur ?

La valeur des droits économiques et sociaux a profondément divisé la doctrine française à l'occasion de leur promotion au rang de principes particulièrement nécessaires à notre temps. Ainsi, pour certains, il existerait une hiérarchie entre les droits proclamés en 1789 et ceux de 1946, les premiers devant primer[212]. L'absence de pertinence de la thèse de la hiérarchie formelle ayant été mise en évidence[213], certains auteurs ont cru pouvoir proposer l'idée d'une hiérarchie matérielle entre droits et libertés. Malgré des divergences personnelles, une telle classification revient, chez tous les auteurs se livrant à une telle tentative de classement, à privilégier les "droits de" au détriment des "droits à"[214]. Or, outre le fait que les divergences sensibles entre auteurs témoignent d'une certaine

---

[210] J. FIERENS, précit., p. 82.
[211] X. DIJON, précit., p. 721.
[212] V. en ce sens F. GOGUEL, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux », *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, 1982, pp. 235-236 : comparant les droits de 1789 à un noyau central dont ceux de 1946 seraient la nébuleuse, l'auteur déduit une différence de valeur du fait que les premiers seraient des droits absolus attachés à l'homme en sa qualité d'homme tandis que les seconds ne seraient que relatifs et contingents, liés à une société donnée et complémentaires des premiers.
[213] D. ROUSSEAU, « Le Conseil Constitutionnel et le Préambule de 1946 », *Rev. Adm.*, 1997, p. 165.
[214] Ainsi, B. GENEVOIS met au sommet de la hiérarchie la liberté individuelle, la liberté d'opinion et de conscience et celle de la presse (« La marque des idées et principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *EDCE*, 1988, n° 40, p. 181) ; L. FAVOREU retranche la liberté d'opinion et de conscience mais ajoute la liberté d'association et de l'enseignement (« Les libertés protégées par le Conseil Constitutionnel », *in* D. ROUSSEAU et F. SUDRE (dir.), *Conseil Constitutionnel et Cour Européenne des Droits de* l'homme, STH, 1990, p. 3), quoique la pensée de l'auteur semble avoir sensiblement évolué sur la question (V. en ce sens les développements dans *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2e éd., 1999, n° 1199) ; D. TURPIN y place l'ensemble des droits naturels et imprescriptibles de l'homme, la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression (*Contentieux Constitutionnel*, PUF, 1986, p. 85).

subjectivité dans la classification, il ne ressort pas de la jurisprudence constitutionnelle que le Conseil opère une telle distinction entre les différents droits proclamés par le Préambule. En effet, loin d'établir une hiérarchie entre les normes, il procède à une véritable conciliation de celles-ci[215].

En réalité, la différence de valeur entre les droits civils et politiques et les droits sociaux, maintes fois affirmée, repose sur un postulat implicite tenant à leur précision[216]. Les droits sociaux appelant l'édiction de normes objectives tendant à définir leur cadre de réalisation, c'est-à-dire à les préciser, ils ne seraient pas des droits à part entière… Or, l'argument est peu convaincant et la théorie de la hiérarchie des droits en fonction du degré de précision et de prescription de la norme écrite qui les définit n'est guère pertinente : « *tout ce que l'on peut dire* », souligne Ph. Terneyre, « *c'est que la précision ou l'imprécision de la norme constitutionnelle déterminent pour le législateur des zones de compétence liée et de pouvoir discrétionnaire différentes et, en cas de silence de la loi, des pouvoirs différents pour le juge* »[217]. Et après tout, est-il réellement possible de soutenir que la formulation de l'article 1er de la Déclaration de 1789 est plus précise que celle de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 ? La norme déclaratoire ne s'embarrasse jamais de précisions, et il revient aux normes inférieures et au juge d'en préciser le contenu. Aussi n'est-ce pas la considération sur laquelle insistent les partisans d'une différenciation des droits de l'homme, qui préfèrent invoquer une différence de régime.

3- Une différence de régime ?

Un des critères de différenciation entre droits de l'homme le plus mis en avant par la doctrine repose sur la différence des procédés de mise en œuvre de ces droits. Leur régime serait foncièrement différent, en ce que les "droits de" seraient satisfaits par des mesures de police, tandis que les droits sociaux reposeraient sur la création de services publics destinés à accorder des prestations[218].

L'affirmation est classique, il n'est pas certain toutefois qu'elle constitue un critère de distinction absolu. En réalité, bon nombre de droits qualifiés de "civils" ou "politiques" nécessitent l'instauration de services publics : que l'on pense au droit de vote, qui requiert l'organisation de scrutins ; à la liberté d'aller et venir, rendue possible par un domaine public routier ; au droit à un jugement équitable, qui nécessite un service public de la justice. La jouissance de la quasi-totalité des droits civils ou politiques présuppose une intervention étatique sous forme de prestations. A l'inverse, des procédés de police peuvent assurer la satisfaction de droits sociaux :

---

[215] Certes, la jurisprudence du Conseil est assez nuancée sur les droits sociaux ; mais jamais elle n'a tendu à déduire des conditions particulières de mise en œuvre de ces droits la marque d'une valeur juridique amoindrie. Les droits de créances sont incontestablement des droits pour le Conseil, mais leur nature implique nécessairement l'intervention du législateur (V. ce chapitre, *supra*, § 204-209 et, plus largement V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, PU Limoges, 1995).

[216] V., pour un exemple, F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 4e éd., 1999, p. 192, selon qui « *ces droits, de nature aléatoire (le travail, la santé), sont énoncés pour la majorité d'entre eux en termes imprécis* ».

[217] Ph. TERNEYRE, « La Constitution devant le progrès économique et social », précit., p. 8.

[218] J. RIVERO, ouvrage précité, pp. 100-101.

il en est ainsi du pouvoir de réquisition locative des préfets, volontiers invoqué en matière de droit au logement[219], ou du droit à la protection de la santé, que des mesures tirées de préoccupations de salubrité publique peuvent contribuer à satisfaire. Il existe donc bien plus une complémentarité entre les deux modes d'action de la puissance publique, service public et police administrative, pour assurer la satisfaction de droits, qu'une réelle distinction parfaitement étanche. Plus sérieuse, en revanche, est l'objection tirée de la différence de sanction attachée à la violation de ces droits.

4- Une différence de sanction ?

Les droits sociaux ne manquent pas d'interpeller le juriste. Rompant avec l'approche traditionnelle assimilant droit de l'homme et droit subjectif, ils révèlent une difficulté nouvelle : si le juriste, attaché à l'idée de sanction comme critère de la règle de droit, conçoit bien comment sanctionner une atteinte à un espace de liberté (droit à la liberté individuelle, droit à la vie privée, etc), il lui est plus difficilement envisageable de transposer ces garanties aux droits sociaux[220]. A première vue, l'objection est de taille. Comme le constate X. Dijon, « *à l'évidence de l'infraction commise par l'Etat qui sort de sa réserve en écrasant les droits civils et politiques d'un citoyen s'opposent la confusion et l'indétermination des responsabilités en matière de droits sociaux : l'Etat a-t-il en effet jamais assez œuvré pour procurer aux sujets travail, santé ou logement ?* »[221].

Mais a bien y regarder, l'objection n'est pas dirimante. Après tout, l'appréciation de la violation des droits civils ou politiques repose elle-même sur des notions extrêmement floues : on sait l'étendue de l'imprécision des limites fixées à la protection de celui-ci, qu'il s'agisse de l'« ordre public », des « circonstances exceptionnelles » en droit interne ou, par exemple, des « obligations civiques normales » et des « motifs raisonnables » d'après les articles 4 et 5 de la Convention Européenne. Plus encore même, selon X. Dijon, « *la fluidité des obligations* » consacrées par la proclamation des droits sociaux « *n'exclut pas d'emblée les définitions plus précises qui accréditeraient la juridicité de cette seconde génération*

---

[219] V. par exemple l'article 52 de la loi précitée du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, ajoutant un troisième régime à ceux existants en matière de réquisition de logements assurant une « *mise en œuvre du droit au logement par la réquisition* », l'initiative de la réquisition appartenant au préfet « *dans les communes où existent d'importants déséquilibres au détriment de personnes à revenus modestes et de personnes défavorisées* ». Par ailleurs, les pouvoirs de réquisition du Préfet se conjuguent à ceux détenus par les maires en matière de police générale. Pour un exemple de concours de police dans une affaire relative à la réquisition d'un logement au profit d'une famille sans abri : CE, 29 décembre 1997, *Préfet du Val de Marne*, *Rec*. p. 505.

[220] V., pour un exemple symptomatique, l'analyse de R. PELLOUX (« Vrais et faux droits de l'homme », *RDP*, 1981, p. 53) selon qui seuls les droits proclamés en 1789 seraient des droits « *authentiques* », et pour qui « *il est plus difficile de définir les droits économiques et sociaux et d'assurer leur protection juridictionnelle* » (id., p. 55). Pour une analyse plus nuancée, V. par exemple Y. MADIOT (*Droits de l'homme*, Masson, 2e éd., 1991, pp. 76-77) : se rattachant à une définition des droits de l'homme par les droits subjectifs -les droits de l'homme « *sont des droits subjectifs qui traduisent, dans l'ordre juridique, les principes naturels de justice qui fondent la dignité de la personne humaine* » (id., p. 26)- l'auteur considère que seuls certains droits sociaux sont des droits de l'homme mais que tous peuvent le devenir si une sanction en justice les protège. Lorsqu'ils sont mis en œuvre, ces droits sociaux, tels par exemple le droit à la sécurité sociale, ne diffèrent pas sensiblement des droits civils et politiques.

[221] X. DIJON, article précité, p. 720.

des droits de l'homme »[222]. Et l'auteur d'inviter les juristes à l'imagination, en introduisant « *quelques points de repères décisifs dans la matière des droits sociaux. On songe en particulier aux droits minima - logement minimal, niveau de vie minimal - en dessous desquels le juge constaterait une violation des droits de l'homme. Si le juriste déploie son art à préciser les contours de la vie privée ou de la liberté d'expression des citoyens, ne pourrait-il mettre en œuvre la même finesse pour apprécier ce qu'est, encore une fois, un logement* "*normal*" *ou un niveau de vie raisonnable ?* ». Il y aurait donc, en la matière, des standards jurisprudentiels à construire…

La "jurisprudence" du Comité d'experts indépendants chargé de veiller à l'application de la Charte sociale européenne offre un exemple pertinent d'une telle démarche. A propos de son article 13, lequel impose aux Etats signataires de « *veiller à ce que toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes et qui n'est pas en mesure de se procurer celles-ci par ses propres moyens* (…) *puisse obtenir une assistance appropriée et, en cas de maladie, les soins nécessités par son état* », le comité a dégagé plusieurs critères permettant d'apprécier le respect d'un tel engagement. D'une part, il a considéré qu'une telle disposition conférait aux personnes en état de besoin un droit à l'assistance, droit subjectif ne pouvant se satisfaire de mécanismes discrétionnaires d'octroi. Dès lors, son obtention doit être assortie d'un droit de recours devant une instance indépendante. Le Comité examine à ce titre la nature et les pouvoirs de ces organes. D'autre part, si le Comité n'a pas défini l'expression « *ne disposant pas de ressources suffisantes* », son évaluation des situations nationales permet de dire qu'une personne est couverte par ce paragraphe lorsqu'elle manque des ressources nécessaires pour subvenir à ses besoins tels qu'ils sont déterminés par référence au coût de la vie et au niveau de vie sur le territoire de la partie concernée. Le Comité se prononce en ce sens sur le bien fondé des critères utilisés par les législations nationales pour déterminer l'état de besoin du demandeur. Enfin, en ce qui concerne le caractère « *approprié* » de l'assistance à laquelle a droit la personne dans le besoin, le Comité affirme qu'une telle condition est remplie dès lors que celle-ci lui permet de subvenir à ses besoins au regard du coût de la vie dans le pays concerné, interprétation lui permettant de se réserver l'appréciation du caractère approprié du montant[223]. L'œuvre d'interprétation du Comité montre donc clairement qu'il est possible aux instances chargées de veiller à l'application de normes garantissant des droits sociaux, au premier rang desquelles se trouve le juge national, d'édifier des critères d'interprétation et de sanction de ces droits.

Aucun argument intellectuel majeur, tiré de la nature intrinsèque des droits sociaux, ne saurait inverser la conclusion. Pis encore, les arguments avancés à leur encontre ne font que souligner le caractère circulaire du raisonnement qui leur est opposé : pour dire que ce ne sont pas du droit, on se prévaut de ce qu'ils ne sont pas sanctionnés et pour justifier qu'ils ne soient pas sanctionnés, on avance qu'ils ne sont pas du droit… Il apparaît dès lors que la réelle frontière entre les droits ne se situe pas tant entre première et deuxième génération, expression trompeuse s'il en

---

[222] Id., p. 720.
[223] V., sur tous ces points, L. SAMUEL, ouvrage précité, pp. 337 et s.

est, mais entre droits virtuels et droits garantis[224]. Le fait que la plupart des droits sociaux entrent dans la première catégorie ne saurait conclure à une nuance purement intellectuelle ou à une clause de style. Les droits sociaux, au premier rang desquels se trouve le droit de tout homme à bénéficier d'une protection contre le dénuement, constituent des droits de l'homme à part entière. Le fait qu'ils soient mal protégés résulte donc de leur méconnaissance et non d'une prétendue particularité qui leur serait intrinsèque, tant l'effectivité n'est pas une condition d'existence de la norme mais de son accomplissement. Comment, dès lors, ne pas conclure avec J.-J. Sueur que « *la réhabilitation de ces droits* (…) *va de soi : ils sont des droits parce qu'ils sont du droit* »[225]. Les affirmations doctrinales tendant à opérer une distinction nette entre différentes catégories de droits résistent difficilement à la critique qu'elles ont suscitée. De surcroît, elles se heurtent au principe d'indivisibilité et de conciliation des droits de l'homme que doctrine et jurisprudence mettent en exergue.

B- Le principe d'indivisibilité des droits de l'homme et leur conciliation

Par-delà l'affrontement doctrinal, la jurisprudence tend à souligner l'indivisibilité des droits de l'homme et leur interdépendance, réfutant de la sorte l'idée d'une distinction rigide entre deux catégories de droits. Son apport indéniable plaide tout au contraire en faveur d'une indivisibilité intrinsèque résultant d'une unité de nature (1) et d'une identité de valeur (2).

1- L'indivisibilité résultant d'une unité de nature

215. « *Du point de vue juridique, que représente la misère si ce n'est un véritable engrenage de précarités : piètres conditions de vie, habitat insalubre, absence de domicile fixe, omission fréquente des registres d'état civil, chômage, mauvaise santé, éducation insuffisante, marginalisation, impossibilité de participer à la vie civile et d'assumer des responsabilités, etc. ? La particularité de cet engrenage tient au fait que les carences - qu'il s'agisse de la faim, de la promiscuité, de la maladie ou de l'analphabétisme - s'additionnent et que chacune d'entre elles influe de manière négative sur les autres, créant ainsi un cercle vicieux horizontal de la misère* »[226]. L'assertion suffit à montrer à quel point la pauvreté est révélatrice de l'indivisibilité et de l'interdépendance de l'ensemble des droits de l'homme qu'une classification abusive a pu laisser croire divisés en deux catégories autonomes. Or, différents indices témoignent d'une redécouverte par l'*opinio juris* de ce principe d'indivisibilité et d'interdépendance nettement affirmé par la Déclaration universelle.

D'une part, de nombreux instruments internationaux rappellent fréquemment ce principe, qu'il s'agisse de la Proclamation de Téhéran selon laquelle « *les droits de l'homme et les libertés fondamentales étant indivisibles, la jouissance complète des droits civils et politiques est impossible sans celles des droits économiques et*

---

[224] V. en ce sens, F. SUDRE, ouvrage précité, p. 190.

[225] J.-J. SUEUR, « Régénération des droits de l'homme et/ou consécration de droits nouveaux », *Le Préambule de la Constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 146.

[226] L. DESPOUY, *Rapport final sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté*, Conseil Economique et Social des Nations Unies, Commission des droits de l'homme, 1996, E/CN.4/Sub.2/1996/13, p. 4.

sociaux »[227] ou de celle de Vienne, vingt-cinq ans plus tard, réaffirmant que « *tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés* »[228]. La consécration séparée des droits de l'homme semble dépassée et les textes récents, comme la Convention relative aux droits de l'enfant ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnaissent cette indivisibilité en traitant conjointement l'ensemble des droits dans un même texte.

D'autre part, de très nombreux rapports d'organismes internationaux[229] ou étatiques insistent tout particulièrement sur la nécessité de promouvoir de façon indivisible les droits de l'homme afin de lutter contre la pauvreté. A cet égard, la démarche du Conseil économique et social français est révélatrice de cette tendance. Par trois rapports de 1978, 1987 et 1995, le Conseil insiste sur le caractère d'indivisibilité et d'interdépendance des droits de l'homme[230].

Enfin, la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg met en lumière de façon éclatante le refus d'établir des cloisons étanches entre différentes catégories de droits. Bien que chargée de veiller au respect d'un texte ne consacrant que des droits dits civils et politiques, la Cour a développé, par une interprétation dynamique et audacieuse, une lecture tendant à prouver la « *perméabilité* »[231] du texte aux droits sociaux. A partir de l'arrêt *Airey*, la Cour précise que « *nulle cloison étanche* » ne sépare la « *sphère des droits économiques et sociaux* » du domaine de la Convention et, si elle reconnaît que la Convention « *énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique et social* »[232]. A la lumière de l'interprétation évolutive qu'elle consacre, la jurisprudence de Strasbourg considère que la Convention est « *un instrument vivant* » qui « *doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui* »[233], et affirme qu'« *éliminer ce que l'on ressent comme des injustices sociales figure parmi les tâches d'un législateur démocratique* »[234]. Dans ce cadre jurisprudentiel, les

---

[227] Proclamation du 13 mai 1968 adoptée à l'unanimité par la Conférence internationale des droits de l'homme, § 13, *RDH*, 1968, vol. I, p. 326.

[228] Déclaration du 25 juin 1993, adoptée par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, § 5, ONU, A/Conf. 157/23.

[229] Doit être mentionnée, à défaut d'être étudiée pour des raisons essentiellement matérielles résultant des exigences de volume de ce travail, l'œuvre des différentes organisations de l'ONU, telles que l'OIT, l'UNESCO, l'OMS ou encore la FAO. Chacune dans sa sphère de compétence a élaboré de nombreux instruments relatifs à la protection de l'individu contre la misère et à la promotion des droits économiques et sociaux, qu'elles associent systématiquement, au nom du principe d'indivisibilité des droits de l'homme, au respect des droits civils et politiques.

[230] Rapport H. PEQUIGNOT, *La lutte contre la pauvreté*, *JO Avis et rapports du Conseil Economique et social*, 6 mars 1979, n° 9 ; Rapport J. WRESINSKI, *Grande pauvreté et précarité économique et sociale*, *JO Avis*…, 28 février 1987, n° 6 ; Rapport G. DE GAULLE ANTHONIOZ, *Evaluation des politiques publiques de lutte contre la grande pauvreté*, *JO Avis*…, 27 juillet 1995, n° 3 ; *Rapport sur l'avant projet de loi d'orientation relatif au renforcement de la cohésion sociale, JO Avis*…, 17 décembre 1996, n° 24. L'étude comparative de ces rapports, pris à vingt ans d'intervalle, montre une montée en puissance tout à fait remarquable de la question des droits de l'homme dans l'analyse de la pauvreté.

[231] L'expression est de F. SUDRE, « La ''perméabilité'' de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux », *Mélanges J. Mourgeon*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 467-478. V. également, du même auteur, « Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme », *RUDH*, 2000, vol. 12, n° 1-2, pp. 32.

[232] Arrêt du 9 octobre 1979, *Airey*, A. 32, § 26.

[233] Arrêt du 13 juin 1979, *Marckx*, A. 31, § 58.

[234] Arrêt du 21 février 1986, *James et autres*, A. 98, § 47.

organes de la Convention ont forgé le concept d'obligations positives qui invite nettement à dépasser le clivage artificiel entre droits civils et politiques et droits économiques et sociaux[235]. Les libertés proclamées demeurant formelles tant que les conditions matérielles nécessaires à leur exercice réel n'ont pas été fournies, la Cour estime ainsi que la Convention impose aux Etats bien plus qu'une interdiction de leur porter atteinte et ajoute des mesures positives dans le domaine économique et social afin de les "concrétiser". Ainsi, le droit d'accès à la justice entraîne une obligation d'instaurer un système d'assistance judiciaire au profit des plus démunis[236]. De même, le droit au respect de la vie familiale implique des prolongements économiques et sociaux[237]. Certes, la théorie du prolongement économique et social des droits civils et politiques reste timide et son corollaire d'obligations positives demeure balbutiant. Comme le remarque justement un auteur, « *la Cour ne va pas jusqu'à abolir la distinction droits civils et politiques / droits économiques et sociaux. Si, à ses yeux, la cloison qui les sépare n'est pas étanche, elle n'en demeure pas moins réelle* »[238]. Mais l'audace limitée de la Cour s'explique par son champ de compétence et la dynamique de sa jurisprudence ne saurait la conduire à consacrer un droit non expressément protégé par la Convention. Bref, « *le juge fait ce qu'il peut avec les moyens qui sont les siens* »[239].

Or, le doit interne français offre des exemples pertinents de l'élasticité ou de la souplesse des catégories juridiques des droits de l'homme. L'exemple du "droit au logement" en est symptomatique : initialement conçu comme un droit-liberté, ce dont témoigne la rédaction de la loi du 23 juin 1982[240], il s'est enrichi d'un volet économique et social au point d'être perçu par la jurisprudence constitutionnelle comme un objectif à valeur constitutionnelle imposant aux pouvoirs publics l'obligation de mettre en œuvre la possibilité pour chacun d'obtenir au logement décent.

La réunion de ces assertions doctrinales, textuelles ou jurisprudentielles met en exergue la difficulté à maintenir une séparation nette entre différents droits de l'homme. Tout au contraire, cette conjonction plaide en faveur d'une interdépendance résultant d'une unité de nature. Cette indivisibilité est renforcée par l'identité de valeur résultant, au niveau constitutionnel, de leur conciliation.

---

[235] V. en ce sens F. SUDRE, « Les libertés protégées par la Cour européenne des droits de l'homme », *in* D. ROUSSEAU et F. SUDRE (dir.), *Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, *STH*, 1990, p. 22. V. du même auteur, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, pp. 363-384.

[236] Arrêt du 13 mai 1980, *Artico*, A. 37.

[237] Arrêt *Marckx*, précité. La portée de ces obligations positives est toutefois limitée d'après la décision de la Commission *Van Volsem* du 9 mai 1990, précisant que l'article 8 n'oblige pas l'Etat à intervenir positivement pour rétablir des conditions de vie familiale dégradées. Sur cette décision, V. *infra*, chapitre suivant, § 238 et 246.

[238] A. D. OLINGA, « Les droits économiques, sociaux et culturels dans la convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'IDEDH*, n° 4, 1995, p. 65.

[239] A. D. OLINGA, précit., p. 78.

[240] Article 1 de la loi n° 82-526 du 23 juin 1982 : « *Le droit à l'habitat est un droit fondamental : il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent. L'exercice de ce droit implique la liberté de choix pour toute personne de son mode d'habitation* », intitulé repris par la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, invoquant désormais le « *droit au logement* ».

2- L'indivisibilité résultant d'une identité de valeur : la conciliation

216. Nulle hiérarchie entre droits de premier et de second rang n'est établie par le Conseil Constitutionnel. Tout au contraire, loin de distinguer entre les droits à valeur constitutionnelle, sa jurisprudence les concilie[241]. Les droits sociaux ne sont donc pas systématiquement sacrifiés à l'autel des droits civils et politiques, mais sont conciliés par une jurisprudence utilisant différents critères[242], conciliation qui témoigne bien de l'identité de valeur des différents droits consacrés par ou à partir du Préambule.

Une question subsiste toutefois quant à la valeur de l'objectif à valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent. Le recours à cette catégorie juridique par le Conseil a suscité de nombreuses interrogations. Pour certains, cette démarche constituerait un compromis[243], à mi-chemin entre l'« *exigence d'intérêt national* » affirmée en 1990[244] et le droit au logement, revendiqué par un fort courant de pensée associatif et citoyen mais récusé par le Conseil[245]. Le compromis constitue indéniablement un progrès, dans la mesure où il sort la question du logement du domaine strictement politique où elle était enfermée pour la faire entrer dans la logique d'une obligation constitutionnelle minimale. Cependant, la question d'une hiérarchie entre les droits sociaux qu'aurait introduite cette nouvelle catégorie juridique a pu se poser. En effet, les objectifs à valeur constitutionnelle se différencieraient des droits en ce qu'ils s'analyseraient en une voie faiblement normative utilisée par le Conseil ; c'est, du moins, l'interprétation faite par certains auteurs, selon qui « *la nuance est d'importance du point de vue de la technique contentieuse* (…) *L'objectif de valeur constitutionnelle n'a pas le caractère normatif initial que revêt le principe ou la règle de valeur constitutionnelle mais celui d'une norme d'application d'un tel principe* »[246]. Pour d'autres, mais dans une démarche identique, les objectifs à valeur constitutionnelle sont « *issus des nécessités de l'ordre social* »[247] et tendraient à son perfectionnement. « *L'individu y est reçu dans ses relations avec les autres individus mais toujours pour l'intérêt de la paix publique sous l'encadrement des valeurs portées par ces objectifs (logement décent pour tous* (…) *santé). Ceux-ci sont plus subtilement tournés vers la supériorité de l'intérêt général sur la personne.*

---

[241] V., par ex., D. ROUSSEAU, « Le Conseil Constitutionnel et le Préambule de 1946 », *Rev. Adm.*, 1997, p. 66 ; V. SAINT-JAMES, thèse précitée, p. 246.

[242] A la recherche d'une difficile systématisation de la méthode extrêmement empirique du Conseil, la doctrine est partagée quant à la détermination des critères utilisés par le juge constitutionnel. Ainsi, pour B. GENEVOIS, le Conseil recourt à trois critères, respectivement le degré de précision des principes considérés, le degré d'attachement de l'opinion dominante à leur égard, l'étendue du contrôle que le juge peut exercer (« La marque des idées et principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil Constitutionnel », *EDCE*, 1988, n° 40, p. 181) ; G. DRAGO distingue quant à lui l'influence du Conseil d'Etat au travers de l'utilisation de critères de conciliation tirés des motifs du texte, de l'objet du texte ou du but de la loi (« La conciliation entre principes constitutionnels », *D.*, 1991, p. 267).

[243] D. ROUSSEAU, Chronique de jurisprudence constitutionnelle, *RDP*, 1996, p. 22.

[244] C. Const., n° 90-274 DC, 29 mai 1990, *Rec.* p. 61.

[245] Pour S. PAPAEFTHYMIOU, « *c'est en fait cela que le juge constitutionnel a souhaité : refuser de faire du droit au logement un droit créance* » (« De l'inégalité devant le toit : la décision du Conseil Constitutionnel relative au logement décent au prisme de la théorie du droit », *RFAS*, 1998, p. 67).

[246] P. GAIA, note sous C.Const. n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *RFDC*, 1995, p. 584.

[247] B. FAURE, « Les objectifs à valeur constitutionnelle, une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC*, 1995, n° 21, p. 59.

L'individu est le débiteur des objectifs à valeur constitutionnelle, dont la poursuite amène à poser des bornes à sa liberté d'entreprendre et à son droit de propriété essentiellement »[248]. Dans cette optique, le réel créancier de l'objectif à valeur constitutionnelle serait l'Etat, ce qui exclurait celui-ci de la catégorie des droits constitutionnellement protégés. Ce postulat permet à certains auteurs de dénier à l'objectif de logement décent une valeur constitutionnelle[249] ou de droit fondamental en ce que celui-ci ne serait pas justiciable[250]. Un tel raisonnement est, en soi, très discutable.

D'une part, la jurisprudence du Conseil constitutionnel fait produire des effets considérables à l'objectif de logement décent, au point de permettre des atteintes conséquentes au droit de propriété, droit constitutionnel s'il en est. On voit mal, dès lors, comment un principe de valeur inférieure pourrait arriver à pareil résultat. Si le Conseil se donne pour tâche de concilier les deux, c'est bien qu'aucun n'est inférieur à l'autre[251].

D'autre part, affirmer qu'il n'existe pas de droit au logement parce que celui-ci ne serait pas justiciable est tout à la fois illogique et erroné. Illogique, car la jurisprudence du Conseil fait produire à l'objectif de logement décent ni plus ni moins d'effets qu'aux droits sociaux tels que le droit à la protection de la santé ou au travail, simples obligations de moyens pesant sur le législateur. On ne voit pas dès lors pourquoi, au vu de la seule jurisprudence constitutionnelle, il serait possible d'accorder à ces derniers le label de « droits fondamentaux » en le refusant au premier[252]. Erroné, car il semble que, de tous les droits sociaux, c'est bien le droit au logement qui soit le plus justiciable. La jurisprudence des tribunaux civils indique clairement que le droit au logement constitue un droit fondamental. Ceci ressort très explicitement de la motivation de la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt antérieur à la décision constitutionnelle de 1995[253] et a été consacré à plusieurs reprises depuis

---

[248] Id., p. 60.

[249] B. FAURE, id., p. 60, qui leur attribue une valeur infra-constitutionnelle et supra-législative.

[250] L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2e éd., 1999, pp. 795-796 ; l'auteur en revanche semble admettre que les droits sociaux sont justiciables et sont de ce fait des droits fondamentaux au sens de droits constitutionnels.

[251] V. en ce sens la décision du Conseil Constitutionnel n° 98-403 du 29 juillet 1998, par laquelle le Conseil admet que la mise en œuvre d'un tel objectif puisse conduire à des limitations du droit de propriété, à condition que celles-ci n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit en soient dénaturés (*AJDA*, 1998, pp. 705 et s., chr. J.-E. SCHOETTL ; *D.*, 1999.II, pp. 269 et s., note W. SABETE ; E.-P. GUISELIN, « L'accès à un logement décent et le droit de propriété : ni vainqueur ni vaincu », *LPA*, 2000, n° 51, pp. 6-12) et, à propos de la décision de 1995, l'article précité d'H. PAULIAT.

[252] Plus logique, bien que discutable, est la position adoptée par B. MATHIEU, selon qui tous les droits de créance constituent des objectifs à valeur constitutionnelle (note sous décision n°94-359 DC du 19 janvier 1995, *LPA*, n° 68, 1995, p. 10).

[253] CA Paris, 17 septembre 1993, *Diabe c/ Ville de Paris*, *Droit ouvrier*, 1994, pp. 66 et s., note S. LAUSSINOTTE : « *considérant que le droit au logement est inscrit dans plusieurs traités internationaux ratifiés par la France, et en particulier le Pacte des nations unies sur les droits économiques, sociaux et culturels, en son article 11 ; que c'est au nom de ce droit que les appelants ont procédé à une occupation dont ils ne contestent pas qu'elle se heurte au droit de propriété de la ville de Paris ; que l'article 1er de la loi du 31 mai 1990 dispose de la garantie du droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la Nation* ».

cette date[254], au point que certains auteurs ont pu écrire que le droit au logement est le seul objectif à valeur constitutionnelle qui puisse correspondre à un droit subjectif[255].

La nuance s'impose donc : la jurisprudence du Conseil reconnaît indéniablement une valeur identique à l'ensemble des droits protégés par le Préambule, comme en témoigne ses efforts de conciliation de droits parfois antagonistes. Davantage encore, lorsque la conscience sociale du caractère impérieux de certains besoins l'y incite, il dégage certains objectifs, qui, sans être qualifiés expressément de « droits », produisent exactement les mêmes effets. Sa jurisprudence sur la question du logement en témoigne nettement. Quoiqu'il en soit, et sauf à considérer que n'est fondamental que ce qui est qualifié comme tel par le Conseil[256], l'analyse de la jurisprudence judiciaire montre nettement que le droit au logement est un droit fondamental dont l'individu peut se prévaloir dans certaines hypothèses, ce qui conduit le juge à concilier des normes auxquelles il reconnaît une valeur identique et confère une portée similaire.

Dès lors, la conclusion se dessine nettement : les droits sociaux sont tous des droits de l'homme à part entière et, avec toutes les précautions que l'imprécision de la catégorie juridique en formation impose, des droits fondamentaux. L'apparition de ces derniers témoigne parfaitement d'un renouvellement de la conception juridique et du crépuscule de cette dichotomie aporétique entre droits de l'homme et libertés publiques ou entre droits de différentes générations. Plus encore, les droits sociaux semblent évoluer vers la forme de droits subjectifs.

II- Vers la reconnaissance de droits subjectifs

217. Droit de l'homme à part entière, le droit à une protection sociale et à la sécurité matérielle est-il pour autant consacré en tant que droit subjectif ? En d'autres termes, est-il garanti par le droit objectif et sanctionné de telle sorte qu'il confère à son titulaire un pouvoir d'exiger assorti d'une sanction juridictionnelle ? En droit interne, la réponse semble ne faire aucun doute, et les textes encadrant le système français de protection sociale ont bien instauré, quoique de façon implicite, un tel droit (A). Bien plus, il semble que s'amorce, grâce aux instruments internationaux de protection des droits sociaux, un début de "juridictionnalisation" qui, bien qu'embryonnaire, s'avère riche de perspectives nouvelles (B).

---

[254] TGI SAINTES, 28 mars 1995, *Juris-Data* n°1342, *Le Monde*, 29 mars 1995, ordonnance du Président du TGI opérant une conciliation entre le droit au logement et le droit de propriété et considérant qu'il appartient au juge judiciaire de faire prévaloir l'une de ces deux règles en fonction des éléments qui lui sont soumis ; dans le même sens TGI Paris, 2 septembre 1996, « *décision dite rue Marcadet* » ; CA Paris, 22 juin 1995, « *décision dite rue du Dragon* » (*RFAS*, 1998, pp. 78-79) : « *le droit au logement est considéré comme un droit fondamental et un objectif à valeur constitutionnelle, le devoir de solidarité qu'il entraîne ne peut peser que sur l'Etat et les collectivités territoriales responsables ; il ne peut être imposé, sauf circonstances exceptionnelles et dans le cadre des lois en vigueur, à de simples particuliers* ».

[255] W. SABETE, note sous C.Const., 29 juillet 1998, *D.* 1999.II, p. 274, note 22.

[256] V., pour une critique d'une telle solution et une analyse à laquelle nous souscrivons, E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° spécial, pp. 6 et s.

A- La reconnaissance d'un droit subjectif et patrimonial aux prestations sociales

218. Certes, l'analyse littérale du droit interne est loin de traduire l'existence d'un droit générique aux prestations sociales qu'ils instaurent. Ce silence des textes trouve une explication dans la nature dualiste du système de protection sociale français. A l'origine, la Sécurité sociale était conçue comme ayant une assise professionnelle et reposait sur une logique contributive. Ce seul caractère suffisait à faire douter de la consécration initiale d'un droit aux prestations des assurances sociales, dès lors que celui-ci, « *lié et subordonné à un mécanisme d'assurance, c'est-à-dire à un principe synallagmatique* » [257], n'était acquis que par des contributions versées par les assurés sociaux. Droit du travailleur, droit acquis par le versement des contributions, le droit à la sécurité sociale recevait dès lors une acception particulièrement minorée, ce qui explique le refus du législateur de le consacrer en tant que tel dans le Code de la Sécurité sociale et la préférence donnée à la formule d'une garantie sociale[258]. Parallèlement, la vocation alimentaire et subsidiaire de l'aide sociale se traduisait par l'instauration d'une multitude de prestations adaptées à la situation personnelle et aux besoins identifiés de chacun. De là, l'incertitude des textes régissant ces dernières : si la formule générale de l'article L. 111-1 Code de l'Action sociale et des familles semble placer la situation des allocataires sous le régime du bénéfice légal[259], d'autres dispositions du même code évoquent expressément le « droit » à telle ou telle allocation qu'elles instaurent[260]. De même, la loi sur le RMI affirme un droit, pour toute personne remplissant les conditions légales, au bénéfice de cette allocation[261].

Mais le constat de l'absence de proclamation expresse par le législateur d'un « droit » aux prestations de sécurité et d'aide sociales ne saurait être dirimant. La première raison vient du déclin croissant de la vocation professionnelle de la Sécurité sociale : la logique commutative de celle-ci s'efface grâce à des mécanismes convergents d'affiliation déconnectée de toute base professionnelle et à l'institution de prestations non-contributives. Une seconde raison, tirée de la faible incidence des qualifications textuelles, corrobore cette idée : l'absence de consécration expresse d'un "droit" à l'aide sociale par le législateur ou le pouvoir réglementaire, ne doit pas induire en erreur : l'ensemble des dispositions accordant le bénéfice de prestations d'aide sociale consacre bel et bien, nonobstant les

---

[257] J.-J. DUPEYROUX, « Quelques réflexions sur le droit à la sécurité sociale », *Droit social*, 1960, p. 299.

[258] V. en ce sens la formule significative de l'article L. 111-1 du Code de la Sécurité Sociale : la sécurité sociale « *garantit les travailleurs et leur famille contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain. Elle couvre également les charges de maternité et les charges de famille* ».

[259] « *Toute personne résidant en France bénéficie, si elle remplit les conditions légales d'attribution, des formes de l'aide sociale* » ; V. également en ce sens les articles 157, 166, 184 de l'ancien CFAS et l'analyse de E. ALFANDARI, ouvrage précité, p. 76, ou, à titre d'exemple les articles L.112-2, L.113-1 ou L. 261-4 du CASF.

[260] Par exemple, les articles 151, 156, 187-1 du CFAS ou L. 111-3, L. 115-1, L. 115-3, L.212-1 du CASF.

[261] Article 2 de la loi n° 88-1088 du 1er décembre 1988, relative au revenu minimum d'insertion, codifié à l'article L. 262-1 du CASF.

formules employées, un droit du bénéficiaire aux allocations[262]. Le juge ne s'y est pas trompé et a reconnu de façon significative que les dispositions législatives « *instituent au profit de leurs bénéficiaires un véritable droit à l'allocation mensuelle qu'elles créent, dans le cas du moins où lesdits bénéficiaires remplissent toutes les conditions légales* »[263].

Le constat d'un droit aux prestations sociales mis en œuvre par les dispositions relatives à la sécurité ou à l'aide sociales assuré, il reste à s'interroger sur sa nature juridique.

Le droit à l'aide sociale est incontestablement un droit subjectif, bien que les auteurs ne s'entendent pas sur les critères pertinents pour tirer une telle conclusion. Ainsi, pour E. Alfandari, doit être mis en avant l'existence d'un contentieux destiné à sanctionner les droits à l'aide sociale et aux prestations non contributives, le respect des droits acquis et la généralité du droit à l'aide sociale, appartenant à tout individu dans le besoin dès lors qu'il répond aux conditions fixées par le droit objectif[264]. M. Borgetto et R. Lafore mettent quant à eux en évidence la construction implicite d'un droit subjectif par la réglementation : cette dernière, en définissant les conditions et modalités d'accès ainsi que les garanties dont il fait l'objet, désigne précisément les débiteurs et fonde un statut objectif des créanciers[265]. La doctrine, qu'elle soit privatiste ou publiciste, semble donc s'accorder sur ce point. Il en va de même pour le droit aux prestations sociales contributives, qui répondent aux mêmes critères. Le droit aux prestations sociales est donc bien un droit subjectif : dès lors que l'individu répond aux conditions légales d'attribution[266], il dispose de voies de droit pour contraindre les pouvoirs publics à s'exécuter de leur obligation à son encontre.

219. De surcroît, sous l'influence de la jurisprudence européenne, le droit au versement de prestation d'aide et de sécurité sociales a revêtu une dimension nouvelle, celle de droit civil au sens de l'article 6-1 de la Convention Européenne. En effet, saisie de la question de savoir si le versement d'une prestation de sécurité sociale à caractère contributif constituait un droit de caractère civil, la Cour concluait que « *le droit en question revêtait un caractère personnel, patrimonial et subjectif qui le rapprochait fort de la matière civile* »[267]. Quelques années plus tard,

---

[262] V. en ce sens, parmi une doctrine unanime, E. ALFANDARI, précit., pp. 36 et s., M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., pp. 73 et s., X. PRETOT, *GASS*, précit. p. 609 et s.

[263] CCAS, 26 juillet 1956, *Sieur R.*, *GASS*, précit., p. 605.

[264] E. ALFANDARI, précit., pp. 77 et s. ; dans le même sens, V. la démonstration de M. BADEL, à propos de l'allocation du RMI, *Le droit social à l'épreuve du revenu minimum d'insertion*, PU Bordeaux, 1996, pp. 394 et s.

[265] M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., pp. 75-76.

[266] Celles-ci devant, de surcroît, s'entendre strictement, les autorités chargées de la mise en œuvre de ce droit ne sauraient ajouter des conditions supplémentaires et sont dans une situation de compétence liée (CE, 4 novembre 1994, *Département de la Dordogne*, *Rec*. p. 186).

[267] Initiée par l'arrêt *Feldbrugge* (Cour EDH, 29 mai 1986, série A n° 99), la jurisprudence s'est étendue à différentes prestations d'assurance sociale, tels que le droit à une pension complémentaire au titre de l'assurance accident (*Deumeland*, 29 mai 1986, Série A n° 100), le droit aux prestations d'assurance vieillesse (*Salerno*, 12 octobre 1992, série A n° 242D), le droit à l'octroi d'une rente invalidité (*Schuler-Zgraggen*, 24 juin 1993, série A n°263). V. sur ces points, F. SUDRE, « La ''perméabilité'' … », précit., p. 470.

la Cour a confirmé la solution pour les prestations relevant de l'aide sociale[268] en insistant tout particulièrement sur le fait que la requérante n'était pas placée dans une situation d'administrée dépendante d'une administration usant de prérogatives discrétionnaires : atteinte dans ses moyens d'existence, elle invoquait un droit subjectif de caractère patrimonial, résultant des règles précises d'une loi mettant en œuvre un droit constitutionnel. La jurisprudence européenne lie ainsi nettement droit aux prestations d'aide sociale et droit aux prestations d'assurance sociale, voyant en tous deux des droits de caractère civil, en raison de leur aspect patrimonial, subjectif et personnel[269]. Le Conseil d'Etat s'est rallié à cette interprétation, en admettant que le droit à l'aide sociale a un caractère civil au sens de la Convention européenne des Droits de l'homme[270]. Les conclusions du Commissaire du gouvernement mettent clairement en évidence la réunion de quatre critères : l'existence d'un droit fondé sur une loi ; le caractère patrimonial au sens de pécuniaire du droit, l'atteinte dans les moyens d'existence du requérant qu'entraîne le refus du droit en question, l'absence de prérogative discrétionnaire de la part des autorités publiques[271].

Il est vrai que l'incidence de la qualification de droit civil donnée aux prestations sociales de toutes sortes est assez faible. Elle ne signifie nullement une protection substantielle des droits sociaux par la Convention, mais seulement une garantie procédurale, conformément à l'objet de l'article 6-1[272]. L'intérêt essentiel de cette qualification jurisprudentielle réside dans le fait qu'elle traduit une évolution certaine de la conception des droits des assurés et assistés sociaux. Bien loin de l'idée formulée par la doctrine du début du siècle d'un « *statut de l'indigent* », la jurisprudence tend à assimiler les droits créances détenus à l'encontre des pouvoirs publics à des créances au sens civiliste, exigibles d'un débiteur privé. Sur le plan doctrinal, l'évolution est remarquable.

Il serait cependant erroné de conclure à l'importance marginale de l'influence européenne. En effet, la tendance amorcée par la Cour de Strasbourg ne s'est pas cantonnée à la qualification de « droit civil ». D'une façon plus audacieuse encore, la jurisprudence européenne a considéré expressément que le droit à l'attribution des

---

[268] Cour EDH, 29 février 1993, *Salesi*, Série A n° 257[E].

[269] Dans le même sens, le Comité des droits de l'homme instauré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques a décidé dans une affaire relative à une pension d'invalidité que la notion de *suit at law* ou son équivalent français de *contestation sur des droits et obligations de caractère civil* au sens de l'article 14 § 1 du Pacte est liée à la nature du droit en cause et non au statut public d'une des parties (Comité des Droits de l'homme, 8 avril 1986, cité par J. FIERENS, précit., p. 71). Ceci permet à l'auteur de conclure qu'« *au regard du droit international, certains droits de sécurité sociale ou plus généralement des droits visant particulièrement une protection contre certaines précarité pourraient être considérés comme des droits civils ou politiques* ».

[270] CE, 27 mars 1997, *Département de la Saône et Loire et Centre communal d'action sociale de La Rochelle*, 2 espèces, *RDSS*, 1998, p. 550-567, concl. A. DAUSSUN.

[271] Une telle interprétation était prévisible à la lecture de l'arrêt *Département de l'Indre* du 29 juillet 1994, *Rec.* p. 363, quoique nullement assurée, le litige en cause dans l'affaire portant non sur l'attribution d'une prestation d'aide sociale mais sur l'action en récupération de l'aide sociale sur la succession du bénéficiaire introduite par un département. Le litige ayant des effets directs sur les droits successoraux des requérants, le caractère civil du droit invoqué était évident.

[272] Soulignée par F. SUDRE (« La ''perméabilité''… », précit., pp. 471-472), la garantie procédurale n'est toutefois pas sans importance, en ce qu'elle fait en sorte que « *la justice rendue à l'égard des plus pauvres sur des questions touchant à leurs moyens d'existence* » ne soit plus « *rendue en catimini* », comme le notait A. DAUSSIN (concl. précitées, p. 565).

prestations sociales est un droit patrimonial au sens des stipulations de l'article 1er du Protocole n°1[273] et qu'il devait, à ce titre, bénéficier de la protection que ce dernier reconnaît. La question portait alors sur des prestations contributives, en l'occurrence une allocation de fin de droits dont le paiement était subordonné au versement préalable de contributions à la caisse d'assurance chômage[274]. Or, une telle interprétation a trouvé écho et prolongement dans la jurisprudence française, le juge tant administratif que judiciaire n'ayant pas hésité à devancer la Cour européenne et à considérer que le Protocole s'appliquait également aux prestations non-contributives[275]. La circonstance qu'il ne s'agisse, dans ces différentes espèces, que de prestations versées par les caisses de Sécurité Sociale ne saurait être décisive et il est fort probable que les prestations d'aide sociale voient leur qualification s'aligner sur celle reconnue aux prestations non-contributives de la Sécurité sociale.

Reste à souligner la divergence avec le Conseil Constitutionnel. S'agissant des prestations de Sécurité sociale à caractère contributif, le Conseil Constitutionnel s'est refusé à assortir le paiement des cotisations d'une garantie constitutionnelle propre à préserver les droits aux prestations acquis en contrepartie des cotisations versées. Invité par les députés à examiner la conformité de dispositions législatives restreignant l'obtention de prestations contributives aux exigences de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, le Conseil a refusé toute assimilation entre pension de retraite et rente viagère constituée à titre onéreux. Il a ainsi rappelé que, en vertu de l'article 34 de la Constitution, il revient à la loi de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat. Or, parmi ces garanties se trouve notamment, « *le droit à pension reconnu aux anciens fonctionnaires au regard duquel ceux-ci sont dans la même situation statutaire que face aux droits et obligations attachés à leur fonction durant la période active de leur carrière* »[276]. Dès lors, comme le remarque X. Prétot, le Conseil a « *écarté tout rattachement des droits aux prestations contributives au droit de propriété, concluant en définitive au caractère purement statutaire des droits aux prestations* »[277].

Hormis cette divergence, la jurisprudence est certaine : droit subjectif, le droit aux prestations sociales de toutes sortes est un droit patrimonial. Or, ce rapprochement n'est pas sans conséquences et oblige notamment à reconsidérer tout à la fois les fondements et les mécanismes du droit à la protection sociale. Loin d'être conçu comme un bénéfice légal naissant de sa consécration par les textes d'organisation de la protection sociale, le droit à la protection sociale devient un droit fondamental, à l'aune duquel il est désormais possible d'examiner la validité

---

[273] Lequel dispose que « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* » ; V. sur ce point X. PRETOT, « La protection sociale est-elle soluble dans le droit de propriété ? », *Mélanges E. Alfandari*, Dalloz, 2000, pp. 163-179.

[274] Cour EDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz*, D., 1998, p. 438.

[275] C. Cass., Soc., 14 janvier 1999, pourvoi n° 97-12487, *M. Bozkurt* (à propos de allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité), *Droit social*, 1999, pp. 215 et s., note J. FAVARD, obs. J. BERNARD ; *JCP*, 1999.II.10082, note F. SUDRE ; CE, Ass., 5 mars 1999, *M. Rouquette, Mme Lipietz et autres*, *RFDA*, 1999, pp. 357 et s., concl. Ch. MAUGUE (à propos des allocations familiales).

[276] Décision n°85-200 DC, 16 janvier 1986, *Rec*. p. 9, ; *Droit social*, 1986, p. 372, note Y. GAUDEMET ; *RDP*, 1986, p. 395, chr. L. FAVOREU ; *RDSS*, 1986, p. 347 note X. PRETOT.

[277] X. PRETOT, « Droit constitutionnel social », *Jcl. Adm.*, fasc. 1443, § 71.

du système de protection sociale. En d'autres termes, le droit *à* la protection sociale n'est plus la conséquence du droit *de* la protection sociale mais bien son fondement, hypothèse corroborée par l'amorce d'un processus de juridictionnalisation des droits sociaux.

B- Les perspectives de juridictionnalisation des droits sociaux

Largement prospective, l'étude d'une juridictionnalisation des droits sociaux doit être tentée. En effet, différentes tendances convergent vers l'alignement des droits sociaux sur le modèle du régime protecteur des libertés traditionnelles.

220. En premier lieu, se développe l'idée de mieux garantir le contrôle international des différents instruments relatifs à la promotion des droits sociaux[278]. La faiblesse du contrôle du Pacte onusien relatif aux droits économiques, sociaux et culturels a suscité de sévères réserves et l'idée apparaît, au sein de la Commission des droits de l'homme, d'ouvrir à ratification un Protocole facultatif instaurant une procédure de contrôle sur plainte afin que « *les droits économiques, sociaux et culturels soient traités aussi sérieusement qu'ils le méritent* »[279]. Conforté en ce sens par une recommandation de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme de 1993, le Comité a élaboré un projet de Protocole facultatif instaurant une procédure de contrôle fortement inspirée de celle relevant du Pacte relatif aux droits civils[280]. Procédure qui, si elle était adoptée, irait jusqu'à donner au Comité un pouvoir d'injonction tout à fait inédit, qui obligerait l'Etat partie à infléchir sa politique économique ou sociale…

Ce souhait de modifier les garanties offertes dans le cadre de l'ONU se retrouve, à une échelle régionale, dans les débats relatifs à la Charte sociale européenne. Depuis une vingtaine d'années, dans le cadre de la Communauté européenne, le Parlement Européen offre une doctrine résolument volontariste en matière de droits sociaux. Ainsi, une résolution de 1993 « *déplore l'étendue de la pauvreté en Europe et son intensification* (...) *qui limite, de fait, l'exercice des droits fondamentaux* »[281]. Le Parlement remarque que « *les droits économiques, sociaux et culturels*, (...) *sont reconnus au niveau international comme des droits fondamentaux* ». Il en déduit que « *la jouissance effective de ces droits doit être reconnue et assurée à toute personne* ». Dès lors, ces droits « *devraient, nonobstant leur caractère souvent programmatoire, bénéficier d'un niveau de protection semblable à celui des droits civils et politiques, du fait de l'indivisibilité et de l'interdépendance de tous les droits de l'homme et libertés fondamentales* ».

Ce degré de protection similaire pourrait être obtenu par deux voies différentes. Tout d'abord, dans le cadre du Conseil de l'Europe, l'Assemblée parlementaire souhaite de longue date que la portée de la Charte sociale soit

---

[278] V. sur ce point, E. DECAUX, « La réforme du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *Droit et justice, Mélanges Vlaticos*, Pédone 1999, pp. 405 et s. ; F. VANDAMME, « Vers une relance des droits sociaux fondamentaux par les plaintes des groupements ? », *Revue Droit en Quart Monde*, Bruxelles, n° 12, octobre 1996, pp. 14 et s.

[279] Projet E/C.12/1992/2 § 63.

[280] Projet du 9 novembre 1994 E/C.12/1994/12.

[281] Parlement européen, « Le respect des droits de l'homme dans la Communauté européenne », Résolution du 11 mars 1993, A3-0025/93, *RUDH*, 1994, p. 317, § 23.

renforcée pour en améliorer le système de contrôle : à cet égard, elle n'exclut pas la création d'une Cour européenne des droits sociaux voire l'inscription de certains droits sociaux dans la Convention[282]. Un embryon de "juridictionnalisation" semble d'ores et déjà consacré par le Protocole additionnel à la Charte sociale européenne, qui ouvre la voie à un système de réclamation collective[283]. L'orientation ainsi donnée est « *intéressante bien que timide* »[284], puisqu'elle ne va pas jusqu'à la possibilité de saisine individuelle. Il n'empêche qu'elle témoigne de l'amorce d'un processus de contrôle international dont tout laisse à croire qu'il se développera[285]. La logique de l'extension des contrôles supra-étatiques en droit international va en ce sens.

221. Mais c'est peut-être l'Europe des Quinze qui pourrait constituer le terrain le plus propice à l'émergence des droits sociaux fondamentaux. En effet, le traité d'Amsterdam a complété le traité sur l'Union européenne en insérant dans son préambule un considérant confirmant l'attachement des Etats membres aux droits sociaux fondamentaux, tels qu'ils sont définis dans la Charte sociale européenne et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux[286]. De plus, le nouvel article 136 indique que la Communauté et les Etats membres, conscients des droits fondamentaux énoncés dans ces textes, ont pour objectifs, parmi d'autres préoccupations sociales, l'amélioration des conditions de vie et de travail permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate et la lutte contre les exclusions. Il est, dès lors, indéniable que « *les droits sociaux prennent de l'importance et la double référence textuelle du Traité d'Amsterdam traduit cette préoccupation* »[287]. Certes, la nouvelle mention des droits sociaux fondamentaux n'a

---

[282] Recom. 1354 (1998) du 28 janvier 1998 sur l'avenir de la Charte sociale européenne, *Bull. Info. Dr. Homme*, Cons. Europe, n°42, novembre 1997/février 1998, p. 37. L'idée agite le Conseil de l'Europe depuis des années, comme en témoigne une déclaration du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en date du 22 avril 1978, *ACEDH* 1978, n° 21, pp. 84-85.

[283] Protocole du 9 novembre 1995, intégré à la Charte sociale révisée. V. sur ce point F. SUDRE, « Le protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives », *RGDIP*, 1996, pp. 715 et s. : ce dernier insiste toutefois sur les limites des modifications apportées : la procédure de réclamation collective reste dans la logique du contrôle par voie de rapport. En somme « *continue à peser sur les droits sociaux une sorte de "présomption d'injusticiabilité" qui vient gréver le nouveau mécanisme de contrôle* » (p. 739). V. de plus, C. PETTITI, « La Charte sociale européenne révisée, *RTDH*, 1997, pp. 3 et s ; S. GREVISSE, « Le renouveau de la Charte sociale européenne », *Droit social*, 2000, p. 884-887 ; J.-F. AKANDJI-KOMBE, « L'application de la charte sociale européenne : la mise en œuvre de la procédure de réclamations collectives », *Droit social*, 2000, pp. 888-896.

[284] J.-M. VERDIER, « Les droits économiques, sociaux et culturels, relance au Conseil de l'Europe », *Droit social*, 1992, p. 418.

[285] Tel est du moins le sens général des propos tenus au cours d'un colloque organisé en 1997 par le Conseil de l'Europe. V. en ce sens les propos significatifs d'A.W. HERINGA, selon qui « *la charte sociale du XXIe siècle sera une charte qui peut être invoquée et dont le respect peut être réclamé de nombreuses manières, ce qui est à l'opposé de l'opinion selon laquelle la charte ne contiendrait pas de droits pouvant être réellement invoqués et protégés en justice* » (SECRETARIAT GENERAL DU CONSEIL DE L'EUROPE, *La charte sociale du XXIe siècle, Actes du colloque de Strasbourg*, éditions du Conseil de l'Europe, 1997, p. 204).

[286] Cette référence à la Charte communautaire a certainement pour effet de consolider la valeur juridique de cette dernière qui, bien que présentée comme une avancée significative lors de son adoption au Conseil Européen en décembre 1989, n'avait qu'une valeur de déclaration politique sans portée juridique.

[287] J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 1999, p. 310.

qu'une valeur déclaratoire[288] et, selon une doctrine unanime, l'article 136 s'avérerait dépourvu de caractère contraignant. En dépit de ce constat, le procédé d'élaboration du droit communautaire laisse présager une évolution et la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes pourrait s'avérer propice à leur conférer une certaine force juridique, dans la mesure où celle-ci n'a pas hésité à interpréter des dispositions contraignantes à la lumière de dispositions à caractère programmatique[289].

Plus encore que la méthode d'interprétation suivie par la Cour, c'est peut-être le recours aux principes généraux du droit qui pourrait entraîner une plus grande garantie des droits sociaux fondamentaux. Cette médiation des principes généraux du droit communautaire permettrait de rendre plus effectifs les droits proclamés dans la Charte sociale. Aucun obstacle juridique ne s'y oppose[290] et les vœux de la doctrine y incitent[291]. Elle enrichirait la proclamation de l'attachement des Etats membres à ces droits et irait dans le sens souhaité par de nombreuses recommandations, qui témoignent d'une réflexion européenne articulée autour des droits fondamentaux. Ainsi, une recommandation très explicite du 24 juin 1992 exhorte les Etats membres à « *reconnaître, dans le cadre d'un dispositif global et cohérent de lutte contre l'exclusion sociale, le droit fondamental de la personne à des ressources et prestations suffisantes pour vivre conformément à la dignité humaine* »[292]. L'Europe sociale pourrait donc, quelles que soient les difficultés de sa construction, servir de terrain propice à la juridictionnalisation des droits sociaux. Les débats relatifs au contenu de la Charte des droits fondamentaux sont révélateurs de cet enjeu[293].

---

[288] V. sur ce point, S. ROBIN OLIVIER, « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le Traité d'Amsterdam », *Droit social*, 1999, p. 610.

[289] La jurisprudence relative aux conditions d'accès à la formation professionnelle illustre bien la solution par laquelle des dispositions non contraignantes sont dotées d'un effet juridique singulièrement lorsqu'elles correspondent aux objectifs fondamentaux de la construction européenne ; V. sur ce point S. ROBIN OLIVIER, précit., p. 611.

[290] Il est arrivé que la Cour dégage un principe général du droit communautaire assurant le respect d'un droit fondamental en s'appuyant sur la Charte sociale européenne : CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne*, aff. 149 /177, *Rec*. p. 1374, relatif à l'élimination des discriminations fondées sur le sexe. V. de plus l'article précité de J.-M. VERDIER, p. 419, selon qui les droits garantis par la Charte sociale européenne répondent pour l'essentiel à au moins un de deux critères de justiciabilité dégagés par la Cour de justice : appartenance à la tradition constitutionnelle commune aux Etats membres et reconnaissance par des instruments internationaux auxquels ces Etats ont coopéré ou adhéré.

[291] V., outre l'article précité de S. ROBIN OLIVIER, M. BONNECHERE, « La reconnaissance des droits fondamentaux comme condition du progrès social », *Droit ouvrier*, 1998, pp. 249-256 ; L. POVIE, « Le défi communautaire de la lutte contre l'exclusion sociale : la voie des droits sociaux fondamentaux », *RDSS*, 1997, pp. 715-735.

[292] Recommandation 92/441/CEE, *JOCE* L. 245, 26 août 1992, pp. 46-48 ; V. également la recommandation du 27 juillet 1992 relative à la convergence des objectifs des politiques de protection sociale, 92/442/CEE, *JOCE* L. 245, 26 août 1992, pp. 49-528.

[293] La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne contient, notamment dans son article 34, des droits sociaux dont la portée est discutée : selon certains, il ne s'agit que d'« *objectifs politiques* » (V. en ce sens A. PECHEUL, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne », *RFDA*, 2001, p. 694) tandis que, pour d'autres auteurs, les droits sociaux consacrés ne constituent pas des objectifs purement programmatiques : il convient de présumer de leur justiciabilité, même si cette justiciabilité n'est pas nécessairement à concevoir sur le mode de l'invocabilité directe (V. en ce sens O. DE SCHUTTER, « La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire », *RUDH*, 2000, vol. 12, n° 1-2, p. 42,

Or, il semble bien que ce soit dans cette voie que s'est engagé le juge judiciaire français. Se référant à la Charte des droits sociaux fondamentaux, déclaration programmatique sans valeur normative, le Tribunal de Grande Instance de Nanterre a conclu que la violation d'une obligation destinée à permettre la mise en œuvre d'un droit social fondamental est constitutive d'un trouble manifestement illicite justifiant la compétence du juge des référés[294]. L'intérêt évident d'une telle solution est de faire de la notion de droits sociaux fondamentaux un guide d'interprétation des normes juridiques. Procédé qui permet ainsi au juge de « *s'approprier les droits fondamentaux* »[295] et de leur donner une efficacité juridique. Certes, le cas est pour le moment limité, mais rien n'interdit de penser qu'une telle démarche jurisprudentielle dépassera le droit du travailleur à être informé et s'étendra au droit à la protection sociale et à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale. Concluant sur la question de la justiciabilité des droits sociaux, J.-M. Verdier écrivait en 1992 que « *rien n'interdit, sous réserve des adaptations techniques nécessaires, de leur faire sauter le pas de la justiciabilité ; tout, au contraire, commande de le permettre. C'est avant tout, en l'état actuel des choses, affaire de volonté politique* »[296]. Près de dix ans plus tard, le constat est inchangé, et les controverses actuelles relatives au contenu de la Charte européenne des droits fondamentaux en témoignent.

CONCLUSION DU CHAPITRE

222. L'évolution caractérisant les droits sociaux est remarquable : leur admission au sein des droits de l'homme de droits, opérée grâce à un consensus intellectuel dans l'après-guerre, s'est traduite sur le plan juridique par une certaine marginalisation de leur statut : demi ou semi droits, idéaux utopiques, ils étaient délibérément placés dans une situation marginale et, somme toute, inférieure. Droits non justiciables, aucun système de contrôle juridictionnel ne leur était assorti. Obligation de l'Etat et non droit du pauvre à une protection, la traduction qu'en donnait le juge français, qu'il soit constitutionnel ou administratif, s'avérait riche… d'impasses. Atténuant tout d'abord leur juridicité, puis leur effectivité, la jurisprudence tendait à reconnaître non pas l'intérêt central de l'individu mais bel et bien le rôle essentiel de l'Etat. L'absence de garanties juridictionnelles étant justifiée intellectuellement par une grande partie de la doctrine juridique, une telle lecture ne faisait que renforcer et entériner un postulat jugé définitif : la distinction de nature et de régime des différentes catégories de droits. Or, comme l'a remarqué avec justesse un auteur, « *de telles distinctions, qui correspondent à une certaine réalité, ne sont*

---

et G. BRAIBANT (p. 48), soulignant qu'à côté de la justiciabilité subjective existe une justiciabilité normative qui pourrait caractériser ces principes sociaux, ou encore Th. RENOUX (p. 49) démontrant que ce qui est qualifié de principe ou, en droit interne, d'objectif, notamment à valeur constitutionnelle, peut se transformer, sous l'effet de la jurisprudence judiciaire, en droit subjectif.

[294] TGI Nanterre, référés, 4 avril 1997 ; CA Versailles, 7 mai 1997, *Comité de Groupe Européen Renault c/ Société Renault*, *Droit social*, 1997, pp. 504 et s., obs. A. LYON-CAEN ; sur la même affaire, V. M.-A. MOREAU, « A propos de l'affaire Renault », *Droit social*, 1997, pp. 493 et s.

[295] M. BONNECHERE, précit., p. 255.

[296] J.-M. VERDIER, précit., p. 419.

pas inutiles. Elles deviennent dangereuses à partir du moment où, de simple outil intellectuel permettant de clarifier un phénomène, elles aboutissent à des choix politiques et à une hiérarchie entre les droits »[297].

L'aggravation de la misère et l'apparition de ce que l'on a pu appeler la « nouvelle pauvreté » a contribué sensiblement à faire évoluer la question. Les droits créances ont fait l'objet d'une promotion doctrinale aboutissant à remettre sérieusement en question les principes que l'on croyait intangibles. Il n'y aurait pas tant de différences entre les différents droits, qu'ils soient "traditionnels" ou "sociaux". Plus encore, l'apparition de la catégorie juridique des droits fondamentaux s'avérerait à même de contribuer à leur unification. Dès lors, la "banalisation" des droits-créances, au premier rang desquels le droit de tout homme à la protection sociale et à la sécurité matérielle, s'amorce. Droit fondamental, droit de l'homme, droit qui plus est subjectif et rattaché au droit de propriété, un faisceau d'indices tend à souligner son alignement sur la catégorie des droits civils et politiques. Ce faisant, le droit du pauvre perd définitivement tout caractère sulfureux et l'on est bien loin des hésitations du XIXe siècle ; l'individu joue un rôle central dans l'édiction des mesures sociales.

Désormais, il est acquis que l'assistance au pauvre ne se fonde plus sur la rencontre de deux devoirs, celui de l'Etat et celui de l'indigent, mais bel et bien sur un droit de l'homme à disposer de prestations lui permettant de sortir de la pauvreté. Et finalement, ne s'agit-il pas là d'un retour aux sources de la Révolution française ? Du droit naturel de l'individu à la garantie contre les risques de l'existence jaillit un droit de l'individu à exiger certaines protections de l'Etat : protection contre la misère, la peur et l'angoisse du lendemain.

Retour aux sources intellectuelles, mais aussi dépassement certain, à un double point de vue : d'une part, il est désormais admis que l'édiction de mesures législatives ou réglementaires a pour effet de conférer un droit subjectif à l'individu, c'est-à-dire une possibilité de se prévaloir de leurs dispositions pour obtenir certaines prestations. En somme, une protection de l'individu contre les effets de la pauvreté est assurée *par* la loi et a pour conséquence de conférer à l'individu un droit de nature civile et patrimoniale aux prestations qu'elle instaure. D'autre part, et même si le caractère largement prospectif de l'étude force à la prudence, le dépassement pourrait, demain, s'avérer encore plus grand : le développement du droit international et l'émergence des droits fondamentaux en France, avec l'intérêt qu'ils suscitent chez le juge, pourrait permettre le passage à une protection *contre* la loi, contre son inefficacité, son silence ou ses carences.

Mais, déjà, les conclusions auxquelles l'étude de l'évolution historique et qualitative du droit de l'individu à une protection contre la misère amène, sont dépassées. La question n'est plus tant de savoir si un droit à la protection contre la pauvreté doit être reconnu ; la chose est acquise. Le lien entre pauvreté et droit de l'homme se renforce sur un autre terrain : celui de la mise à mal des droits fondamentaux par une situation de pauvreté. Il s'agit davantage, dans cette optique, de protéger les droits fondamentaux contre la pauvreté.

---

[297] P.-H. IMBERT, précit., p. 742.

CHAPITRE 2

PAUVRETÉ ET VIOLATION DES DROITS FONDAMENTAUX

« *Là où des hommes sont condamnés à vivre dans la misère, les droits de l'homme sont violés. S'unir pour les faire respecter est un devoir sacré* ».

Inscription portée sur la Dalle en l'honneur des victimes de la misère, Parvis des Libertés et des droits de l'homme, Trocadéro, Paris.

223. Le développement de la précarité, le déchirement du corps social mettent à jour des situations dramatiques : misère, expulsions locatives, illettrisme, endettement, logements insalubres, coupures d'eau ou d'électricité, « *les exclusions sociales constituent de véritables trous dans le tissu des droits de l'homme dans des sociétés qui entendent à juste titre considérer ces droits comme un de leurs acquis fondamentaux* »[1]. Cette violation de droits se fait pourtant dans une indifférence relative. Quelle famille, analphabète, campant sur un terrain vague ou hébergée dans une cité de transit et dont les enfants sont placés, aura la volonté ou les moyens nécessaires pour invoquer devant une juridiction la méconnaissance des articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ou pour contester le bien-fondé de telle décision administrative prise à son encontre ? Si la pauvreté est constitutive d'une violation de droits fondamentaux, la jurisprudence ne l'illustre que fort peu.

L'étude de ces atteintes caractérisées doit, dès lors, relever un défi, celui de la rigueur juridique : faute d'une abondante jurisprudence, il faudra souvent questionner les textes et raisonner par analogie, de façon déductive, pour cerner les critères de l'atteinte aux droits naissant d'une situation de pauvreté. Pour ce faire, l'analyse exige une double ligne directrice. Celui de la sécheresse des faits, d'une part, le propos n'étant pas de décrire la souffrance ou la faiblesse mais de raisonner en droit, loin de la compassion que certaines situations inspirent légitimement et loin également du discours associatif et citoyen développé depuis longtemps déjà ; celui de la restriction du champ d'étude, d'autre part : en raison de leur indivisibilité, seuls quelques droits seront étudiés, principalement la liberté individuelle et la dignité. La recherche perdrait en effet de son intérêt s'il s'agissait soit d'analyser l'ensemble des

---

[1] *Résolution sur la lutte contre la pauvreté dans la Communauté européenne*, adoptée le 16 septembre 1988 par le Parlement Européen, citée par P.-H. IMBERT, « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? », *RDP*, 1989, p. 740, note 2.

droits consacrés par l'ordre juridique et de révéler leur mise à mal, soit de démontrer que certains sont des "libertés formelles". La critique en a déjà été largement faite…

L'intention est tout autre, et vise à illustrer une prise de conscience récente : comme le soulignait R. Capitant, « *la possession d'un minimum de ressources est considérée comme une des conditions de la dignité humaine. Parfois même apparaît l'idée, plus audacieuse encore, qu'un minimum de moyens matériels est une des conditions de l'exercice des libertés* »[2]. L'idée a perdu de son audace, et la distinction nette que l'on croyait établie entre l'argent et la personne vacille ainsi devant l'émergence de la pauvreté dans des sociétés soucieuses du respect des droits de l'homme. Le constat s'affine encore : le dénuement matériel empêche l'exercice de certaines libertés individuelles (*Section 1*), tout comme il porte souvent atteinte à la dignité de la personne humaine (*Section 2*). En réaction, se développe un corpus juridique textuel et jurisprudentiel visant à garantir à tous la jouissance des droits fondamentaux, nonobstant l'état de pauvreté de leurs bénéficiaires.

SECTION 1
L'ATTEINTE À DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES

D'ores et déjà, une idée émerge : la pauvreté peut entraîner l'application de règles dérogeant au principe de liberté de la personne (*§ 1*). De surcroît, dans certaines de ces manifestations les plus dramatiques, elle est susceptible de conduire à la mort, ce qui permet de s'interroger sur la possibilité d'invoquer une violation du droit à la vie (*§ 2*).

§ 1- La pauvreté, situation de fait entraînant l'application de règles juridiques attentatoires à la liberté individuelle

224. En principe, l'argent et la liberté sont deux valeurs qui ne sont liées ni par un rapport de principe à exception, ni par une quelconque corrélation : en droit, remarque D. Truchet, « *l'argent ne fait pas plus exception à la liberté que celle-ci ne fait exception à celui-là* (...). *En droit toujours, on n'a pas plus (ou moins) de liberté quand on a plus (ou moins) d'argent, ni l'inverse* »[3].

Cette indifférence théorique postulée par le droit ne saurait toutefois induire en erreur : l'absence d'argent entraîne bel et bien une atteinte à la liberté, sanctionnée et officialisée par le droit. L'affirmation mérite ici d'être précisée : la liberté en cause ne saurait se réduire à sa dimension empirique de "pouvoir de choisir" : le propos perdrait tout intérêt s'il s'agissait d'assurer que la pauvreté porte atteinte à une liberté réduite à un "pouvoir d'achat", entendue comme la liberté de porter des vêtements luxueux, de se nourrir de mets raffinés ou de visiter des lieux exotiques. Sans tomber dans cette caricature, il est vrai, comme le remarquait J. Rivero, que « *toute liberté est un pouvoir de choix offert à son titulaire. Son champ s'élargit lorsque s'accroissent les choix possibles, il se restreint et devient*

---

[2] R. CAPITANT, *Ecrits constitutionnels*, Editions du CNRS, 1982, p. 169.
[3] D. TRUCHET, « L'argent et la liberté », *Arch. de philosophie du droit*, 1997, T. 42, p. 55.

dérisoire lorsque, faute de moyens d'existence, le choix n'est plus qu'entre la misère et la mort lente »[4]. Ce n'est pourtant pas sur cet aspect de la liberté individuelle que l'étude entend se pencher : le droit lui est largement indifférent. Le propos tendra, en revanche, à démontrer que le manque d'argent constitue un facteur d'application de règles juridiques de nature à porter atteinte à un droit fondamental, pourtant affirmé au bénéfice de tous au plus haut niveau de l'ordonnancement juridique : la liberté individuelle.

Principe phare de l'ordre juridique, la liberté individuelle s'apparente à une poupée gigogne se divisant en différentes composantes, parmi lesquelles la liberté d'aller et venir, le droit à la sûreté (I) et la liberté de fonder une famille (II). Dans toutes ces dimensions, le dénuement matériel est de nature à entraîner l'application de normes lui portant atteinte ou en restreignant sensiblement la portée.

I- Liberté de déplacement et sûreté

225. « *Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté* » affirme solennellement l'article 5 de la Convention européenne, sauf, en substance, intervention de l'autorité judiciaire dans le cadre d'une procédure pénale aux fins de répression d'infractions. Entendue de la sorte, la liberté reçoit une protection particulièrement affinée et il semble difficilement concevable qu'une situation de dénuement matériel soit de nature à lui porter atteinte. En réalité, différentes règles juridiques peuvent pourtant consacrer un lien étroit entre pauvreté et restriction de la liberté individuelle, qu'il s'agisse de celles relatives à la rétention administrative des vagabonds (A), à la liberté de circulation des sans-domicile-fixe (B) ou à la détention pénale (C).

A- Enfermement et rétention administrative des vagabonds

226. La première manifestation réside dans la possibilité souvent reconnue aux autorités administratives de procéder à l'enfermement de sans-domicile-fixe. Le mendiant et le vagabond constituent une figure paroxystique du pauvre, image éminemment menaçante de l'individu ayant rompu tout lien social, symbole extrême de la précarité. La réponse traditionnelle des pouvoirs publics est l'enfermement, des hôpitaux généraux de Louis XIV aux dépôts de mendicité napoléoniens[5]. Cette pratique est-elle compatible avec l'affirmation solennelle d'un droit à la liberté ? Intuitivement, il est permis d'en douter ; juridiquement, la solution est largement incertaine.

Le bilan jurisprudentiel s'avère assez mince : la première interprétation repose sur celle donnée par la Cour européenne dans ce qu'il est convenu d'appeler l'« affaire des vagabonds »[6]. En 1971, la Cour de Strasbourg a eu l'occasion d'examiner la conformité de la législation belge en matière de vagabondage à

---

[4] J. RIVERO, « Sécurité sociale et droits de l'homme », *RFAS*, 1985, n° spécial, p. 43.
[5] Sur ce point, V. *supra*, 1ère partie, titre 2, chapitre 1, § 108-119.
[6] Aff. *De Wilde, Ooms, et Versyp c./ Belgique*, série A n°12, arrêt du 18 juin 1971, reproduit *in* V. BERGER, *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 5e éd., 1996, pp. 91 et s.

l'article 5 de la Convention. Le droit belge n'érigeait pas le vagabondage et la mendicité en infraction pénale à proprement parler : le fait pour un individu d'être trouvé dans cet état entraînait sa comparution devant un juge de paix, lequel pouvait décider de le mettre à la disposition du gouvernement pour être enfermé dans un dépôt de mendicité. Les décisions rendues par le juge de paix étaient assimilées à des actes administratifs et l'enfermement dans un dépôt pouvait, *mutatis mutandis*, être considéré comme une sanction administrative. Statuant sur une affaire d'internement de trois vagabonds, la Cour a rappelé que le seul consentement des individus ne saurait justifier une atteinte à la liberté individuelle : le fait de se présenter à la police en vue d'un internement peut être inspiré par la détresse ou une misère passagère et n'implique pas nécessairement que le solliciteur se trouve en état de vagabondage. Ensuite et surtout, le droit à la liberté revêt une trop grande importance dans une société démocratique pour qu'une personne perde le bénéfice de celle-ci du seul fait qu'elle se constitue prisonnière. Dès lors, une détention pourrait enfreindre l'article 5 quand bien même l'individu concerné l'aurait acceptée. Toutefois, après avoir rappelé l'importance capitale du droit à la liberté, la Cour constate que l'état de vagabondage constitue, au titre de l'article 5-e de la Convention, un cas de dérogation légale au droit proclamé et que les conditions de fond qu'il prescrit n'ont pas été méconnues en l'espèce.

Sur ce point, la décision rendue appelle deux remarques : la première porte sur la formulation de la réserve de l'article 5-e : le texte valide la détention régulière d'une « *personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond* », c'est-à-dire d'individus dont le comportement est de nature à porter gravement atteinte à l'ordre public. L'inscription du vagabond sur cette liste traduit la permanence de la méfiance séculaire à l'égard des individus "sans toit ni loi" et la persistance d'un tel traitement moyenâgeux de la pauvreté fait de cette disposition la « *partie honteuse* »[7] de la Convention, qu'il conviendrait d'abroger. En effet, une foule de démunis peut être recouverte de cette étiquette, de la figure mythique du voleur de poule au chômeur en fin de droits expulsé de son logement. Le droit belge, dont la compatibilité à l'article 5 était en cause, témoigne de cette assimilation : certes, les articles 13 et 16 de la loi du 27 novembre 1891 distinguent deux cas de figure : d'une part, les mendiants professionnels et les individus qui, par fainéantise, ivrognerie ou dérèglement des mœurs, vivent en état de vagabondage, d'autre part, les vagabonds et mendiants dont la situation ne résulte pas d'un des cas de figure mentionnés. Mais la différence de situation ne joue pas sur la nature de la sanction prononcée - les deux espèces sont considérées comme vagabonds et peuvent, en conséquence, être enfermées - elle ne joue que sur la gravité de la sanction infligée : si les premiers peuvent être internés dans un dépôt de mendicité pendant un délai de deux à sept années, avec inscription au casier judiciaire et incapacités électorales en résultant, les seconds sont enfermés dans une maison de refuge pour une durée inférieure à deux ans[8]. La différence de sanction démontre donc bien qu'il existe une différence

---

[7] V. en ce sens J. FIERENS, *Droit et pauvreté*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 140.

[8] R. PELLOUX souligne le caractère purement théorique de la distinction entre les deux catégories d'établissements : « *dans un cas comme dans l'autre, les internés sont tenus de travailler moyennant un salaire très faible, et ne peuvent être libérés que lorsqu'ils ont acquis un pécule suffisant ; d'autre part,*

de degré dans l'atteinte à l'ordre public résultant de ce mode de vie, mais que les deux cas de figure sont considérés comme dangereux pour l'ordre public. La seconde remarque porte sur la procédure d'internement des vagabonds. La privation de liberté qui en découle ressemble à celle infligée par une juridiction pénale. Or, la procédure belge, remarque la Cour, se ressent du caractère administratif de la décision à rendre et n'assure pas des garanties comparables à celles qui valent pour les détentions en matière pénale. Son caractère sommaire ne suffit pas à donner au juge de paix le caractère d'un tribunal au sens de l'article 5-4 si l'on tient compte de la gravité de l'enjeu : une longue privation de liberté assortie de diverses considérations déshonorantes. Sur ce point, la Cour conclut à la violation de la Convention, résultant de l'absence de voie de recours contre les décisions du juge de paix.

L'invocation d'un droit à la liberté individuelle par les personnes les plus démunies reçoit donc une acception des plus minces dans la jurisprudence de la Cour : d'une part, une législation interne peut fort bien qualifier de vagabond toute personne n'ayant ni domicile certain, ni moyens de subsistance et qui n'exerce habituellement ni métier ni profession. Ce sont les termes de la législation belge, c'était, peu ou prou, la définition donnée par le Code pénal français avant l'abrogation en 1994 du délit de mendicité et vagabondage. Or, cette définition, par son caractère extensif, peut fort bien recouvrir des cas de figure très différents, de l'oisif volontaire à la victime de la crise économique jetée sous les ponts. D'autre part, la qualification de vagabondage peut entraîner l'application de mesures portant gravement atteinte à la liberté individuelle, indépendamment de la commission d'infractions pénales par le vagabond : son état, et lui seul, justifie l'enfermement administratif. La Cour ne sanctionne pas ceci, et se contente de vérifier que des mécanismes de recours sont bien ouverts au profit des vagabonds et mendiants détenus. Force donc est de reconnaître que, pour peu que les autorités publiques veuillent édicter et appliquer des textes dans toute leur rigueur, la liberté individuelle du plus démuni peut s'avérer réduite à peu de choses[9]. Encore convient-il de souligner que, dans la jurisprudence européenne, est validé l'enfermement *ante delictum* du seul vagabond pauvre, la Cour se référant au sens usuel de vagabond et ayant rejeté l'interprétation large proposée le gouvernement italien tendant à voir dans le vagabond une personne socialement dangereuse dont le train de vie est alarmant, indépendamment de ses revenus[10]. Le vagabond riche n'existe pas en droit et la pauvreté constitue l'élément essentiel à la légalité de la restriction à la liberté.

---

ils s'exposent à des sanctions disciplinaires en cas de violation du règlement » (« Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires de vagabondage », *AFDI*, 1972, p. 439).

[9] Un exemple symptomatique a été fourni en 1997 par le classement sans suite décidé par le Parquet de Nice de plaintes déposées par vingt-six sans-domicile-fixe pour atteinte à la liberté individuelle commise par une personne dépositaire de l'autorité publique. A la suite d'un arrêté municipal interdisant la mendicité, la police municipale avait procédé au ramassage et au transfert des sans-domicile-fixe, lesquels invoquaient également certaines brutalités policières, vers un centre d'accueil situé à une quinzaine de kilomètres de la ville et dépourvu de moyen de transports (J.-P. LABORDE, « Nice, les plaintes des SDF classées sans suite », *Le Monde*, 1er février 1997). Un sans-domicile-fixe avait été retrouvé mort à proximité de ce lieu (*Le Monde*, 26 septembre 1996).

[10] Arrêt *Guzzardi*, req. n° 7367/1976, rapport de la Commission en date du 7 décembre 1978, arrêt de la Cour du 6 novembre 1980, cité par Th. DOURAKI, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit à la liberté de certains malades et marginaux*, LGDJ, bibl. de droit international, 1986, pp. 118-

Le débat a rebondi en droit français à l'occasion de l'édiction, en 1997, d'un arrêté municipal tendant à ce que « *toute personne errant par temps de grand froid, ou se trouvant exposée aux aléas climatiques faisant craindre pour sa santé, se voie proposer un site d'accueil où elle pourra séjourner au chaud* ». L'arrêté précisait alors qu'« *à défaut de consentement de l'individu, et dans la mesure où sa santé ou sa sécurité est menacée, celui-ci est conduit dans un bâtiment public refuge* »[11]. La question posée par une telle disposition rejoint nécessairement celle de la conciliation entre le maintien de l'ordre public, but poursuivi par la police municipale, et la liberté du sans-domicile-fixe à refuser toute forme de secours et d'hébergement temporaire, fût-ce au prix de sa vie. En d'autres termes, est-il possible de retenir contre son gré un démuni exposé à un danger immédiat ? La réponse n'était pas évidente, et des auteurs ont justifié les prescriptions de l'arrêté en invoquant l'obligation pour les autorités de police de protéger les administrés contre les dangers qui les menacent[12]. La coïncidence entre ordre public et protection des individus contre eux-mêmes est en effet assez délicate : selon les termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789, la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui et R. Chapus, s'appuyant sur cette définition constitutionnelle pour analyser la jurisprudence relative à l'obligation faite aux automobilistes de porter la ceinture de sécurité, souligne combien la solution extensive retenue par le Conseil d'Etat[13] est critiquable. S'écartant de cette ligne jurisprudentielle et rejoignant la critique doctrinale, le Tribunal Administratif de Versailles, saisi par le Préfet, a annulé l'arrêté municipal litigieux[14] : après avoir rappelé que la liberté d'aller et venir est un principe à valeur constitutionnelle auquel il ne peut être porté atteinte, pour assurer le respect d'autres principes de même valeur, que si la loi le prévoit, le tribunal constate que « *l'errance de personnes sans domicile fixe en période de grand froid n'est pas de nature à porter atteinte à l'ordre public* ». Dès lors, les dispositions de l'arrêté litigieux ne sauraient se rattacher au pouvoir de police détenu par le maire. La motivation est finalement assez ambiguë et la portée du jugement malaisée à évaluer.

En effet, en droit, la solution adoptée par le Tribunal semble quelque peu hâtive : la protection de l'individu contre lui-même, quand bien même son comportement ne nuirait pas à la sécurité des tiers, se retrouve dans différentes mesures de police administrative, qu'il s'agisse de l'obligation du port de la ceinture de sécurité ou de l'interdiction de la baignade aux endroits dangereux[15]. Dès lors, comment expliquer que la "liberté" du sans-domicile-fixe de mourir de froid soit

---

120. Dans cette affaire, le gouvernement italien a vainement invoqué la qualification de « vagabond riche » pour justifier l'internement d'un individu présumé terroriste.

[11] Arrêté pris par le maire de Longjumeau, en date du 2 janvier 1997, *Le Monde*, 4 janvier 1997.

[12] D. AMSON, « La polémique sur les sans abris », *Le Figaro*, 8 janvier 1997.

[13] R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, T. 1, 13e éd., 1999, p. 679, à propos de la solution retenue par le Conseil d'Etat dans les arrêts *Bouvet de la Maisonneuve*, 4 juin 1975, *Rec*. p. 330 et *Association Auto Défense*, 22 janvier 1982, *D.*, 1982, p. 494, note B. PACTEAU.

[14] TA Versailles, 23 janvier 1998, *Préfet de l'Essonne*, *Jurisdata* n° 050150, *DA*, 1998, n° 190.

[15] A cet égard, la comparaison établie par le maire de Longjumeau avec les pouvoirs de police spéciale en matière d'hospitalisation d'office n'est guère juridiquement fondée : certes, il peut s'agir de protéger l'aliéné contre lui-même, s'il est animé de tendances suicidaires, mais il s'agit également de protéger les tiers contre des actes de démence. Pour une analyse contraire : Ph. SCHMIT, « SDF : prévention humanitaire », *Le Figaro*, 10 janvier 1997.

ainsi reconnue, mais pas celle de l'automobiliste de périr d'un accident de voiture ? En réalité, il faut renoncer à trouver une explication juridique à la solution avancée par le tribunal, qui ne peut se justifier que par le recours à des considérations de pure opportunité. L'absolutisation de la liberté du sans-domicile-fixe à laquelle il procède ne peut s'expliquer que par une tentative de réaction contre différentes pratiques tendant à considérer le sans-domicile-fixe comme un objet d'attentions humanitaires ou policières, les deux étant souvent intrinsèquement liées. De chose inerte entre les mains des autorités de police, le sans-domicile-fixe devient un sujet dont la liberté doit être protégée, conception politique nouvelle que le juge fait sienne, quitte à déformer les solutions juridiques traditionnelles. La pratique du "ramassage" des sans-domicile-fixe traduit cette évolution des mentalités : le Samu social, qui sillonne les grandes villes depuis le début des années quatre-vingt-dix, ne dirige les personnes errantes vers des foyers d'accueil qu'avec leur consentement express. En revanche, la traditionnelle Brigade d'aide aux personnes sans abris, dépendant du Préfet de police de Paris[16], dont les méthodes plus expéditives sont soulignées, se dispense souvent d'un tel consentement et la crainte des « bleus » de la BAPSA parisienne est connue[17]…

Toutefois, si, la liberté individuelle du sans-domicile-fixe semble primer lorsque sa seule sécurité physique est en jeu, elle ne saurait pour autant être générale et comporte une limite de taille : le maintien de l'ordre public, qui peut recevoir une acception assez étendue, comme le montre la jurisprudence relative aux arrêtés anti-mendicité et, plus généralement, le régime de circulation d'une partie de la population caractérisée par son extrême dénuement.

---

[16] Vestige de la chasse aux mendiants napoléonienne, le Préfet de police de Paris dispose toujours, en vertu de l'article 5 de l'arrêté du 12 messidor an VIII, de la police des mendiants, le texte disposant que le Préfet « *pourra envoyer les mendians, vagabonds et gens sans aveu aux maisons de détention, même à celles qui sont en dehors de Paris* (...) *Les individus détenus par ordre du préfet de police ne pourront être mis en liberté que d'après son autorisation* ». A propos de ce texte, jamais modifié, Macarel ajoutait : « *on pourrait presque dire que les ordres du préfet de police, à cet égard, sont des espèces de* ***lettres de cachet*** *que la loi lui confie, et dont il use sous son entière responsabilité ; mais elles s'adressent, du moins incontestablement aux individus de l'espèce la plus dangereuse ; et c'est ainsi que le magistrat qui est investi de ce pouvoir préserve, chaque jour, la société parisienne des plus graves atteintes et quelques fois de graves dangers, sans qu'elle s'en aperçoivent et s'en inquiète* » (M. MACAREL, *Cours d'administration et de droit administratif*, 1852, Ed. Plon frères, T. 1, p. 314, souligné par l'auteur). Et voilà comment perdure, dans l'indifférence générale, des « lettres de cachet », phénomène tout à fait unique dans la mesure où la police municipale, hors le cas spécifique de Paris, est étroitement encadrée par le juge administratif…

[17] H. PROLONGEAU décrit de façon très précise la crainte qu'occasionnent dans le milieu sans-domicile-fixe parisien les "interpellations" pratiquées par cette brigade, dépendant de la Préfecture de Police de Paris, dont les bus sillonnent la capitale pour procéder, quelquefois de force, le plus souvent dans la résignation et la fatalité, au ramassage des sans-domicile-fixe, avant de les conduire pour la nuit au CHAPSA de Nanterre, ancien dépôt de mendicité reconverti en foyer d'accueil pour sans-domicile-fixe mais ayant gardé des règles de fonctionnement répressives et humiliantes. Et l'auteur de souligner que cette "interpellation", motivée par des soucis d'ordre public, « *n'est ni légale ni illégale : elle s'ébroue dans un vide juridique que les malheureux « hébergés » ont peu de moyens de faire combler* » (*Sans domicile fixe*, Hachette, coll. Pluriel, 1993, p. 66). La seule justification possible à cet établissement public est l'hôpital qui lui est adjoint, destiné uniquement aux soins de la population errante parisienne. Les pouvoirs publics, alertés par cet état de fait, ont procédé à une modernisation et une humanisation du CHAPSA, qui a réouvert ses portes en 2000.

B- Liberté de déplacement et de stationnement des sans-domicile-fixe

227. Les arrêtés anti-mendicité pris par les maires de différentes communes dans les années quatre-vingt-dix constituent indéniablement les exemples les plus médiatisés d'atteinte à la liberté de circulation de la frange la plus démunie de la population. Pourtant, de telles atteintes sont loin de se réduire à l'activité de la police municipale. Des ordonnances de placement sous contrôle judiciaire, prises dans le cadre d'une procédure pénale sous l'empire du Code pénal antérieur à 1994, ont pu être utilisées dans un but similaire. Dans une note sous un des derniers arrêts rendus en matière de délit de mendicité et de vagabondage, D. Mayer pouvait ainsi remarquer que le prévenu, poursuivi pour délit de vagabondage et de mendicité, avait été soumis à l'interdiction de se rendre dans le département où il avait été arrêté durant toute la période estivale : « *serait-ce vraiment faire preuve de mauvais esprit que de constater que le contrôle judiciaire a permis d'éviter que, durant le mois d'août, mendiants et touristes se côtoient dans le département du Morbihan* »[18]. Et l'auteur d'ajouter que, si la mesure de contrôle judiciaire est parfaitement légale, elle n'en est pas moins inquiétante : en effet, « *la décision d'éloigner un individu du département apparaît d'autant plus rigoureuse que sont importantes les chances de cet individu d'être relaxé eu égard aux circonstances et à la nature de l'infraction qui lui est reprochée : plus les chances de condamnation sont réduites, plus la décision d'éloignement apparaît comme une mesure de sûreté à l'état pur, au sens où l'entendaient les positivistes, c'est-à-dire comme la réaction à un état dangereux indépendamment de toute infraction* »[19]. D. Mayer relevait avec clairvoyance que les articles du Code pénal érigeant la mendicité en infraction étaient parasités par des mesures de sûreté tendant à permettre le contrôle social d'un état déviant, soit par le moyen du contrôle judiciaire, soit même simplement par celui d'une garde à vue non suivie de poursuites, le tout dans une discrétion totale : l'absence d'indications précises sur le déroulement des procédures empêche de consolider l'hypothèse formulée.

Le bilan des dix années écoulées depuis la formulation de cette remarque semble donner raison à son auteur : la mendicité et le vagabondage ont été dépénalisés, mais la question de la liberté d'aller et venir des sans-domicile-fixe a resurgi avec la multiplication des arrêtés municipaux interdisant la mendicité sur le territoire de la commune[20]. Le traitement des sans-domicile-fixe par les autorités communales touche à deux aspects de la liberté individuelle : liberté de circulation à l'intérieur du pays mais aussi liberté de stationnement ; bref, pour une frange démunie de toutes attaches, droit de se déplacer de commune en commune à la recherche de conditions de vie les moins mauvaises possibles et droit de faire halte dans un de ces endroits, éventuellement pour gagner un peu d'argent en mendiant sur la voie publique.

228. Toutefois, l'atteinte à la liberté de circulation est loin de ne toucher que les vagabonds et mendiants. Certes, ceux-ci constituent un exemple paradigmatique, une « *illustration par excellence et ad maxima de la pauvreté et de l'exclusion* »[21], et

---

[18] D. MAYER, note sous CA Rennes, 29 février 1988, *Procureur de Lorient c./de K., D.*, 1989. II. 32.
[19] Id., p. 32.
[20] Pour une analyse de leur contenu, V. *supra*, 1ère partie, titre 2, chapitre 1, § 120-129.
[21] H. THOMAS, *La production des exclus*, PUF, 1997, p. 115.

le traitement qui leur est réservé incarne de façon flagrante et presque caricaturale une certaine gestion de la pauvreté par les pouvoirs publics, collectivités locales en tête. En réalité, ce refoulement permanent est d'une certaine ampleur et vise une population large de familles démunies, loin de la figure mythique du vagabond marginal et déviant. Le rapport public de la Commission nationale consultative des droits de l'homme pour 1992 relate de nombreux exemples de familles condamnées à une errance permanente, entre cabanons construits sur des terrains vagues et caravanes déplacées perpétuellement[22]. Aussi convient-il de replacer le phénomène des arrêtés anti-mendicité, somme toute marginal quoique révélateur, dans un cadre plus vaste qui rejoint celui de la circulation des personnes itinérantes, sans domicile ni ressources régulières. Soumis à un régime de police spécifique, les nomades, itinérants sans domicile ni ressources, doivent être titulaires d'un carnet de circulation visé tous les mois[23]. Certes, la loi du 3 janvier 1969, relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe, soumet l'ensemble de la population non sédentaire à un régime spécifique ; toutefois, elle établit une très nette distinction entre, d'une part, ceux exerçant une profession (forains) ou disposant de ressources régulières (caravaniers) et, d'autre part, les nomades sans domicile ni ressources. Sur les derniers pèse un contrôle beaucoup plus strict de leurs déplacements, preuve que l'absence de ressources constitue une situation aggravante aux yeux du droit.

Indépendamment de l'existence d'un régime spécifique d'autorisation, se pose le problème de l'accueil des nomades. La loi Besson du 31 mai 1990 prévoyait la création de plans d'accueil départementaux, mais, en 1999, moins d'un quart des communes concernées avait réalisé à leur intention une aire aménagée[24]. Qu'il s'agisse de terrain de séjour ou de passage, les communes sont réticentes à se soumettre aux obligations prescrites par la loi[25]. La cause en est connue, elle est ancienne et se résume dans ce que les Anglo-saxons ont appelé le syndrome du NIMBY, pour « *not in my backyard* »[26]. Cette gestion de la pauvreté en terme de "ping-pong" est traditionnelle : dès le XVIe siècle, les pauvres de plus en plus nombreux quittent leur village pour se réfugier dans les villes, lesquelles cherchent à repousser ces "invasions" par les moyens les plus énergiques possibles. Le même phénomène perdure, et l'Institut de la Décentralisation soulignait, en 1994, les politiques sélectives des collectivités locales : « *chaque élu choisit autant que possible les bons candidats et rejette les indésirables vers la préfecture ou vers les collectivités* »[27]. Et Ch. Chassériaud, dans un rapport au Ministre des Affaires

---

[22] Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Exclusion et droits de l'homme*, rapport pour 1992, La D.F. 1993 ; V. notamment la contribution du Mouvement ATD Quart Monde, et les « situations » n° 2 et 3 citées en exemple, pp. 484 et s.

[23] Article 26 de la loi n°85-772 du 25 juillet 1985. V. sur ce point J. ROBERT et J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 7e éd., 1999, pp. 462 et s.

[24] V. sur ce point, l'exposé des motifs du projet de loi relatif à l'accueil des gens du voyage présenté par J.-C. GAYSSOT (*A.N., Doc. Parl.*, n° 1598, 12 mai 1999) et la synthèse de D. TURPIN, « Les libertés publiques sous la Ve République », *RDP*, 1998, pp. 1842-1843.

[25] R. CHARVIN et J.-J. SUEUR, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 2e éd., 1997, p. 355.

[26] J. DAMON, *Des hommes en trop, essai sur le vagabondage et la mendicité*, Ed. de l'Aube, 1996, p. 66.

[27] Rapport de synthèse du groupe d'études de l'Institut de décentralisation (avril 1993-mars 1994), sous la présidence de R. PESCE et sous la direction de S. PAUGAM, *Inégalités et exclusion : les pouvoirs locaux à l'épreuve du social*, Institut de la Décentralisation, 1994.

sociales pouvait observer que « *les exclus sont l'objet non voulu d'un ping-pong sans fin* »[28]. Ce perpétuel jeu de défausse se retrouve, en ce qui concerne les sans-domicile fixe et les clochards, dans l'édiction d'arrêtés anti-mendicité, et, pour les nomades et caravaniers, dans le refus de se conformer aux prescriptions légales quant à l'aménagement d'aires d'accueil.

« *Nous sommes comme les Juifs, un peuple errant persécuté… Nous sommes comme les Indiens d'Amérique, qui ont été décimés, mis à l'écart… Nous sommes repoussés de plus en plus loin…* »[29]. Condamnés à l'errance, certains exclus sont rejetés de toutes parts. Dans bien des cas, la liberté de stationnement et de déplacement demeure un principe virtuel qu'une situation de pauvreté peut altérer. Encore convient-il de préciser le constat pour qualifier juridiquement les situations évoquées : certaines limitations à la liberté de stationnement, notamment celles résultant de mesures de police municipale, peuvent être légales du moment qu'elles sont justifiées par des motifs d'ordre public et proportionnées à la menace : il n'y a donc pas violation mais limitation légitime à l'exercice d'une liberté[30]. Pour le reste, la violation est avérée, qu'elle résulte d'une action ou d'une abstention des pouvoirs publics : des préoccupations électoralistes conduisent les maires à interdire la mendicité sur le territoire de la commune ou à ne pas se conformer aux prescriptions relatives à l'aménagement des aires d'accueil. L'imputation est ici manifeste et une éventuelle condamnation de la France par la Cour Européenne est envisageable[31]. D'où le souci du législateur de remédier à cet état de fait préoccupant pour les libertés : la loi du 5 juillet 2000, relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage, veut concilier la liberté constitutionnelle d'aller et venir et l'aspiration des gens du voyage à pouvoir stationner dans des conditions décentes avec le souci de maintien de l'ordre des élus locaux[32]. Elle pose le principe selon lequel les communes participent à l'accueil des gens du voyage et impose aux communes de réaliser les investissements nécessaires dans un délai assez bref, sauf à ce que l'État se substitue à elles pour pallier leurs carences et réaliser les aires à leurs frais. En ce sens, la loi adoptée traduit à la fois une prise de conscience de l'atteinte à la liberté de déplacement et de stationnement résultant d'une situation sociale défavorisée et un souci d'y remédier. Un phénomène identique se retrouve dans la volonté de préserver le droit à la sûreté.

---

[28] Ch. CHASSERIAUD, *La grande exclusion sociale. Questions liées à l'insertion et au devenir des publics en grande difficulté sociale*, rapport pour le ministre des Affaires sociales, de la Santé et de la Ville, novembre 1993.

[29] Citation rapportée par la Commission nationale consultative des droits de l'homme, rapport précité, p. 485.

[30] V., pour des exemples jurisprudentiels, *supra*, 1ère partie, titre 2, chapitre 1, § 128-129.

[31] Même si la première application des articles 8 et 14 à une requête formulée par une tsigane semble traduire une interprétation restrictive de la Cour. Dans une opinion dissidente sur l'arrêt *Buckley c. R.U*, en date du 25 septembre 1996, le juge PETTITI regrettait la solution retenue et considérait que la Cour, « *à partir de l'affaire Buckley, pouvait, dans l'esprit de la Convention européenne, élaborer une critique des législations et pratiques nationales concernant les Tsiganes et gens du voyage au Royaume-Uni, transposable au reste de l'Europe, et partiellement compenser les injustices subies par ceux-ci* » (Site Internet de la Cour Européenne : http://www.echr.coe.int/).

[32] Loi n° 200-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage, *JO*, 6 juillet 2000, p. 10189 ; V. en ce sens l'exposé des motifs du projet de loi GAYSSOT, précité, et le rapport LE TEXIER, 26 mai 1999, *AN*, n° 1620.

C- Procédure pénale et pauvreté

229. « *Selon que vous serez puissant ou misérable…* » La morale du fabuliste est bien connue et n'a pas perdu de son acuité : les couches sociales les plus démunies constituent une population cible à haut risque d'incarcération[33] et ceci aux différents stades de la procédure pénale, qu'il s'agisse de la détention provisoire, de la condamnation à une peine d'emprisonnement ou des voies d'aménagement de la peine : « *la misère est une cause essentielle d'entrée dans les prisons, où les pauvres s'appauvrissent encore plus* »[34].

Tout d'abord, les détentions provisoires touchent massivement les personnes sans domicile ou mal insérées socialement, lesquelles n'offrent pas de « *garanties suffisantes de représentation* », condition légale appréciée librement par le juge d'instruction et la chambre d'accusation. L'élasticité de la notion joue ici en faveur des prévenus jouissant d'un travail, d'un domicile et d'un certain "standing social", autant d'éléments de fait qui incitent le juge à préférer une mesure de contrôle judiciaire à la détention provisoire. Ensuite, les personnes en situation de précarité sont plus fréquemment condamnées, au point que certains ont pu présenter l'institution judiciaire comme un amplificateur des clivages sociaux : parmi les détenus, 12.3% sont illettrés, 33.1% savent juste lire et écrire, 40% n'ont qu'un niveau d'études primaires et 45% sont pensionnés, sans profession ou chômeurs[35]. Enfin, les libérations conditionnelles sont moins fréquentes pour les détenus pauvres : une des conditions d'octroi de la libération conditionnelle est que le détenu présente des gages sérieux de réadaptation sociale, généralement interprétés comme la promesse d'un emploi ou d'un logement à la sortie de prison. Or, des études récentes ont démontré la large inadaptation au contexte économique et social du système d'aménagement des peines. L'inégalité entre détenus a été soulignée : à infractions et peines égales, ce sont les détenus les plus pauvres qui obtiennent le plus tardivement des aménagements de peine. Dépendant exclusivement de ce que leur octroient les travailleurs sociaux de l'administration pénitentiaire, ils n'ont souvent pas de relations extérieures pour les aider à trouver un logement ou un emploi et ne peuvent compter que sur les éducateurs, qui manquent souvent de temps et de moyens pour les aider. De plus, ce sont aussi les détenus les plus pauvres qui demandent le plus tardivement leur libération conditionnelle : leurs difficultés avec l'écrit, l'absence d'avocat et d'informations sur les procédures possibles, leur résignation constituent autant de handicaps[36].

Bref, incarcérées plus fréquemment, les couches sociales les plus démunies sont aussi celles libérées le plus tardivement. Aux différents stades de la procédure pénale apparaissent des inégalités de traitement, nées de la pratique des juges et des parquets mais rendues possibles par des dispositions normatives imprécises :

---

[33] Ph. ROBERT, *Les forces cachées de la justice pénale*, Le Centurion, 1980 ; J.-P. JEAN et F. GUICHARD, « La justice comme amplificateur des clivages sociaux », *Le Monde diplomatique*, août 1988, pp. 14-15.

[34] J. THORAVAL, Président du Secours catholique, « La double peine des indigents », *Le Monde*, 2 février 2000.

[35] Statistiques rapportées par J.-P. JEAN et F. GUICHARD, précit., pp. 14-15.

[36] V ; sur ce point A.-M. MARCHETTI, *Pauvretés en prison*, éd. Erès, 1997 ; C. PRIEUR, « La chute des libérations conditionnelles accroît la désespérance des détenus », *Le Monde*, 20 juillet 1999, p. 8.

« g*aranties de représentation* » dans le cadre de la détention provisoire, « *efforts sérieux de réadaptation* » dans celui de la libération conditionnelle. Les exigences posées par le droit semblent permettre des traitements différenciés selon le milieu social, les relations extérieures et la fortune du prévenu ou condamné. Faut-il aller jusqu'à évoquer avec certains l'existence d'une « *justice de classe* »[37] ? Certainement non, dans la mesure où tout traitement discriminatoire est prohibé tant dans le fonctionnement du service public de la justice que dans les textes qu'il est censé appliquer et sanctionner. Le principe d'égalité devant le service public, corollaire du principe d'égalité devant la loi, constitue un des fondements de l'ordre juridique[38]. Il est en revanche avéré que le développement d'une « *justice à deux vitesses* », dont la seconde, plus sommaire, pour reprendre l'analyse de R. Charvin et J.-J. Sueur, s'applique non à des individus personnalisés mais aux membres d'un groupe jugé substantiellement et socialement criminogène[39], est susceptible de décrire le traitement réservé par la justice aux populations démunies.

La loi du 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes[40] tire les conséquences de ces dysfonctionnements : elle rappelle le caractère exceptionnel de la détention provisoire[41] et souligne que les gages de réadaptation sociale, nécessaires au prononcé de la libération conditionnelle, ne se limitent pas à la seule possession d'un emploi[42]. Certes, il n'est pas assuré que cet aménagement de la procédure pénale soit suffisant pour l'adapter à la précarisation croissante de la société[43]. Toutefois, il s'insère dans un corpus législatif traduisant un souci de remédier aux atteintes que la pauvreté peut causer à la jouissance d'une liberté individuelle pleine et entière. Le législateur prend acte de ce que la liberté individuelle reçoit une acception minorée lorsqu'elle concerne des personnes en situation de pauvreté et de ce que le droit peut faciliter l'arrestation et l'enfermement des individus en situation de précarité, tout comme il offre un arsenal de dispositions permettant de les bannir de certains lieux. L'évolution se dessine : un certain nombre de réformes sont progressivement mises en place, tendant à réduire cette atteinte, comme l'abrogation des dispositions

---

[37] F. TOURETTE, *Extrême pauvreté et droits de l'homme. Analyse de l'obligation juridique et des moyens des pouvoirs publics dans la lutte contre la pauvreté*, Thèse Clermont-Ferrand, 1998, p. 233.

[38] Le second a valeur constitutionnelle et résulte de la formulation solennelle de l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le premier a valeur de principe général du droit (CE, 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*, *Rec*. p. 151).

[39] R. CHARVIN et J.-J. SUEUR, précit., p. 301. Selon ces auteurs, cette population serait essentiellement composée d'étrangers ou de Français d'origine étrangère. Toutefois, il semble possible, au regard des constats précédemment faits, d'y intégrer les individus en situation de précarité matérielle.

[40] Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *J.O.* 16 juin 2000, p. 9038.

[41] Article 46, modifiant article 137 du Code de procédure pénale.

[42] Article 126, modifiant le premier alinéa de l'article 729 du même code.

[43] D'autant que cette évolution n'est pas d'une parfaite linéarité et que des possibilités de recul apparaissent : ainsi, le désir du Garde des Sceaux d'essayer à titre expérimental le dispositif de surveillance électronique des détenus, ce bracelet électronique que la loi du 17 décembre 1997 permet d'utiliser comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté, peut s'avérer de nature à accroître le clivage social entre condamnés. En effet, les conditions nécessaires à sa mise en œuvre (logement équipé d'un téléphone fixe et exercice souhaitable d'une activité professionnelle) pourraient favoriser les personnes insérées socialement au détriment des plus pauvres. V. *Le Monde*, 14- 15 mai 2000, p. 8.

pénales permettant l'enfermement des vagabonds[44], l'aménagement du système législatif relatif à l'accueil des populations sans-domicile-fixe ou celui relatif à la procédure pénale[45]. Cette volonté de réforme, qui s'appuie sur le constat d'une atteinte au droit fondamental qu'est la liberté individuelle et le souci de réduire les discriminations que le droit actuel autorise, se retrouve dans la volonté de préserver la vie familiale des plus démunis, souvent altérée par des conditions de vie précaires.

II- Liberté et respect de la vie familiale

230. « *La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat* » affirme l'article 16 de la Déclaration universelle. La solennité de l'affirmation semble ainsi protéger l'institution familiale de toute atteinte résultant de situation de fait, d'autant que cette protection normative, découle, en France, des plus hautes dispositions normatives. « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* » affirme le Préambule de 1946, « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* » dispose l'article 8 de la Convention européenne, la liberté du mariage constitue une des composantes de la liberté individuelle a ajouté le Conseil Constitutionnel[46], faisant écho au principe général du droit à mener une vie familiale normale formulée par le Conseil d'Etat[47]. Mais en réalité, l'essentiel apparaît dans l'adjectif « *normal* » employé par le Conseil d'Etat : la normalité constitue un standard, qui permet à l'Etat de mettre en place un contrôle des familles afin de repérer les situations indésirables et d'agir sur elles. Il permet, comme l'ont démontré certaines recherches[48], une sélection des bénéficiaires de ce droit : le droit à mener une vie familiale normale a pour contrepartie nécessaire le droit de l'individu à être protégé contre la famille anormale. Dans ce cadre, la pauvreté constitue indéniablement un exemple d'anormalité, justifiant un certain nombre d'ingérences étatiques, qu'elles se traduisent par un contrôle sur le fonctionnement de la cellule familiale *via* des mécanismes d'enquête et de tutelle (A) ou sur son existence même, par le souci de protéger l'enfance en danger (B).

A- L'enquête sociale et la tutelle aux prestations sociales

231. « *Plus on descend dans l'échelle sociale des revenus pour en arriver à l'indigence, plus le respect de la vie privée s'érode pour devenir inexistant.* (…) *L'indigence dans tous ses aspects y compris de vie privée est canalisée*

---

[44] En abrogeant ces dispositions en 1994, la France rejoint ainsi la position de la plupart des pays membres de l'Union Européenne, qui ont, dans leur ensemble, dépénalisé le vagabondage et la mendicité (Suède en 1967, RFA en 1974, Portugal en 1983, Pays Bas, Finlande et Irlande en 1987. La répression du vagabondage existe encore au grand-duché du Luxembourg, au Danemark et sous certaines formes en Suisse).

[45] V. également P. TIFINE, « L'exécution des peines contre les sans-domicile-fixe », *Rev. Pénitentiaire et de droit pénal*, 1994, n° 4, pp. 291-329, démontrant les difficultés d'adaptation de la justice pénale aux problèmes particuliers posés par les sans-domicile-fixe.

[46] Décision *Maîtrise de l'immigration*, n° 93-325 du 13 août 1993, *Rec*. p. 224.

[47] CE, 8 décembre 1978, *GISTI*, *Rec*. p. 493.

[48] V. en ce sens E. MILLARD, *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, LGDJ, Bibl. Droit public, 1995, spé. p. 221.

administrativement et politiquement contrôlée »[49]. Le constat n'émane pas d'un brûlot politique mais conclut une fort sérieuse étude des mécanismes d'octroi de l'aide sociale en Belgique. *Mutatis mutandis*, la démonstration vaut aussi pour le droit français : en effet, l'obtention d'allocations d'aide sociale installe, en France aussi, un rapport à sens unique entre le demandeur et le pouvoir de décision, « *un pouvoir octroyant face à une situation de détresse vitale* »[50] : les aspects les plus intimes de la vie privée, état de santé, liens conjugaux ou affectifs, conditions de vie, vicissitudes personnelles, sont passés au peigne fin par l'administration sociale ou volontairement exposés par le demandeur soucieux de créer un climat favorable à sa demande. Différents examens médicaux ou enquêtes à domicile se succèdent pour examiner si le demandeur a droit à telle allocation d'handicapé ou de parent isolé… De sphère opaque, la vie privée devient, s'agissant des bénéficiaires de l'aide sociale, un lieu public sujet à toutes les vérifications.

232. De l'examen à l'ingérence, il n'y a qu'un pas et l'institution de la tutelle aux prestations sociales en témoigne. Celle-ci procède historiquement d'un net souci de moralisation et de sanction : il s'agissait alors de sanctionner les parents dilapidateurs s'adonnant aux vices du jeu et de la boisson. Sous l'influence du Doyen Savatier, l'institution s'est transformée et tend désormais à apprendre à la famille à gérer son budget et à s'assurer du bon usage de cet argent pour nourrir, habiller et loger les enfants[51]. Le Code de la Sécurité sociale dispose ainsi que, « *dans les cas où les enfants donnant droit aux prestations familiales sont élevés dans des conditions d'alimentation, de logement et d'hygiène manifestement défectueuses, ou lorsque le montant des prestations n'est pas employé dans l'intérêt de l'enfant* », le juge des enfants peut en confier la gestion partielle ou totale à un tuteur qui doit à la fois assurer leur utilisation pour les enfants mais aussi en faire un ressort éducatif auprès des adultes[52]. Les textes comme la pratique traduisent ce changement d'orientation : avec la crise économique, la tutelle aux prestations recouvre essentiellement des situations familiales déséquilibrées par le chômage, l'endettement, la maladie ou le retard dans le versement de prestations familiales. « *De sanction, la tutelle est devenue une bouée de sauvetage pour les familles économiquement les plus fragiles* »[53]. Si certains auteurs soulignent l'évolution de l'institution, bien éloignée désormais de l'image d'un tuteur censeur distribuant au compte goutte des bons d'alimentation[54], dans certains cas pourtant, la mise sous tutelle peut encore s'analyser en une violation de la liberté individuelle : tout dépend sur ce point du consentement de la famille et de l'attitude du tuteur, lequel dispose

---

[49] X. DE BEYS, « La vie privée et les lois d'assistance sociale », *Annales de droit de Louvain*, 1984, Vol. 44, T. 1-2, pp. 270-271.
[50] Id., p. 261.
[51] V. sur ce point, J.-P. ROSENCZVEIG, *Le dispositif français de protection de l'enfance*, Ed. Jeunesse et droit, 1996, pp. 472 et s.
[52] Article L. 551 du C. Séc. Soc.
[53] J.-P. ROSENCZVEIG, précité, p. 473.
[54] Ainsi, J.-P. ROSENCZVEIG (précit., p. 473 et s.) se félicite, fait significatif à la fois de l'esprit présidant autrefois à l'instauration de mesure de tutelles et de l'évolution du mécanisme actuel, que les tuteurs ne soient plus recrutés désormais chez les anciens gendarmes…

des prérogatives légales pour s'immiscer dans le moindre détail de la vie familiale et décider quelles dépenses seront prioritaires[55].

Mais le droit offre un autre exemple d'immixtion des pouvoirs publics dans la sphère familiale et privée, à travers les règles protectrices de l'enfance en danger.

B- La protection de l'enfance en danger

233. La protection de l'enfance en danger est une préoccupation constante depuis le Moyen-Age. Que ses dispositions s'inspirent d'un souci charitable (protéger l'enfant contre la faim, la misère et la mort) ou de police (protéger la société contre des éléments potentiellement dangereux), le droit ne s'est jamais désintéressé des conditions d'éducation et de développement des enfants, fût-ce au prix d'une immixtion dans la cellule familiale. Actuellement, cette mission de protection de l'enfance ressort de l'action conjuguée de deux services publics, l'un administratif - l'action sociale à l'enfance -, l'autre juridictionnel - le juge des enfants et la protection judiciaire de la jeunesse -[56]. La première a un but préventif : il s'agit « *d'exercer une action sociale préventive auprès de familles dont les conditions d'existence risquent de mettre en danger la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de leurs enfants* »[57]. La seconde intervient, aux termes de l'article 375 du Code Civil, soit en cas d'échec de la première, soit lorsque le risque de danger est effectif, en permettant, « *si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises* » que des mesures d'assistance éducative soient ordonnées par la justice. Le principe essentiel se veut protecteur du noyau familial, puisque chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu familial. Dès lors, deux types de mesures peuvent être pris : soit le juge désigne une personne qualifiée, en lui donnant mission d'apporter aide et conseil à la famille afin de surmonter les difficultés matérielles et morales qu'elle rencontre[58] ; soit, s'il est nécessaire de retirer l'enfant de son foyer, le juge en confie la garde à un tiers.

La rédaction des différentes dispositions autorisant les pouvoirs publics à s'ingérer dans la vie familiale laisse planer un doute : les « *conditions d'existence de nature à mettre en danger la sécurité ou la santé de l'enfant* », évoquées par les textes, peuvent-elles inclure des situations de dénuement matériel ? En d'autres

---

[55] V. le rapport WRESINSKI, Rapport *Grande pauvreté et précarité économique et sociale*, *JO Conseil Economique et social*, 28 février 1987, pp. 80-81 ; rapport DE GAULLE-ANTHONIOZ, *Politiques sociales, l'épreuve de la pauvreté*, *JO Conseil Economique et social*, 27 juillet 1995, pp. 207-208. Le lien entre pauvreté, tutelle et liberté individuelle, rarement fait en France, a été particulièrement analysé par des juristes suisses à travers deux ouvrages :. J.-C. SIMONET, S. GERBER, sous la direction de R. FATKE et N. QUELOZ, *Tutelle et pauvreté : quels rapports ?* Zusammenhänge zwischen Armut und Vormundschaft, Université de Fribourg, Chaire de Travail social, 1991 ; N. QUELOZ, J.-C. GERBER, K. OEUVRAY, E. STADELMANN, J.-C. MADEUX, *Pauvretés sous tutelle*, Université de Fribourg, Chaire de Travail social, 1993.

[56] A ces deux institutions s'ajoute la protection médico-sociale de l'enfance, confiée aux services de protection maternelle et infantile, dont les missions peuvent rencontrer celles de la protection de l'enfance en danger. V., pour une présentation détaillée des missions de ces différentes institutions, M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'actions sociales*, Montchrestien, 3e éd., 2000, pp. 178 et s. ; J.-P. ROSENCZVEIG, précit.

[57] Article 1er du décret n° 59-100 du 7 janvier 1959.

[58] Article 375-2 du Code Civil.

termes, c'est à une double interrogation qu'il convient de répondre : la pauvreté constitue-t-elle un facteur de danger pour l'enfant ? Dans l'affirmative, l'immixtion des pouvoirs publics dans le fonctionnement de la cellule familiale qui en découle est-elle constitutive d'une atteinte au droit de mener une vie familiale normale ?

En principe, la pauvreté n'est pas en tant que telle un élément constitutif de danger susceptible de motiver la prise d'une mesure de protection judiciaire. Mais, et la nuance est bien mince, c'est l'impossibilité des parents à protéger leur enfant, notamment des conséquences de la pauvreté, qui motive la décision judiciaire[59]. L'affirmation revient souvent sous la plume des spécialistes de l'aide à l'enfance en danger : la pauvreté occasionne des risques de maltraitance. « *Chômage, précarité, difficulté de logement, pauvreté conjuguent leurs effets pour enfoncer dans des situations apparemment inextricables des familles et des personnes de plus en plus nombreuses. C'est un élément qu'on a un peu tendance à oublier, à savoir le rôle de la pauvreté comme facteur de maltraitance* »[60]. Davantage encore, l'impuissance et l'absence de perspective des travailleurs sociaux face à la crise économique les incite à des « *stratégies de contournement* », tendant à saisir plus souvent l'institution judiciaire au détriment de la seule action sociale[61]. Dès lors, il n'est pas rare de trouver des ordonnances de placement de mineur fondées sur « *une situation de désarroi matériel et social évidente* » des parents, justifiant de « *promouvoir une solution conforme aux besoins matériels et éducatifs de l'enfant* »[62]. Le placement des enfants de familles misérables est donc bien une réalité, loin des clichés du XIXe siècle. Il existe une hantise du placement des enfants chez les familles pauvres, « *si profondément ancrée en elles qu'elle est sans doute l'une des caractéristiques de la misère*. (…) *Dans toute l'Europe, cette crainte fait partie de la mémoire collective des familles les plus pauvres* »[63].

Toutefois, ces dispositions législatives ne portent pas, dans leur principe même, atteinte au droit à mener une vie familiale. Fondées sur un souci de protection de l'enfant, elles répondent à une nécessité sociale. En ce sens, l'article

---

[59] V. en ce sens E. CHAUVET, « Justice et pauvreté », *Informations sociales*, n° 79, 1999, p. 21.

[60] M. MANCIAUX, M. GABEL, *Enfances en danger*, Ed. Fleurus, 1997. V., dans le même sens P. STRAUS et M. MANCIAUX : « *la majorité des enfants victimes de mauvais traitements appartiennent à des familles défavorisées où se rencontrent à des degrés divers l'insuffisance des ressources, le chômage, les mauvaises conditions de logement, la pauvreté culturelle, la transplantation, le déracinement au sein du groupe social et familial… La prépondérance apparente de ses familles s'explique en grande partie par le fait qu'elles sont beaucoup plus exposées au contrôle des services sociaux et de la police que les milieux plus favorisés* » (*L'enfant maltraité*, Ed. Fleurus, 1993, p. 4). V. également le rapport de P. NAVES (I.G.A.S.) et B. CATHALA (I.G.S.), *Accueils provisoires et placements d'enfants et d'adolescents*, juin 2000, concluant, au terme d'une étude de 114 situations, que si « *aucun des enfants accueillis provisoirement ou placés* (...) *n'a été séparé de son "milieu actuel" du seul fait de la pauvreté de ses parents* », en revanche, le « *facteur précarité* » se trouve toujours en toile de fond (cité par B. BISSUEL, *Le Monde*, 27 juillet 2000, p. 9). En revanche, le rapport pour 1999 de l'ODAS semble minimiser ce facteur économique pour les attribuer davantage à un délitement du lien social (V. *Le Monde*, 21 septembre 2000).

[61] M. GABEL, « De la pauvreté à la maltraitance : où placer la prévention ? », *Informations sociales*, n° 79, 1999, p. 40.

[62] Jugement cité par Ph. CHAILLOU, Travaux de la commission « Libertés Pauvreté », Rapport devant XVIIe Congrès du Syndicat de la Magistrature, « *Liberté, égalité, précarité* », 1984, p. 11.

[63] J.-M. ANGLADE, *Les droits de l'homme à l'épreuve de la grande pauvreté*, Science et service Quart Monde, 1987, p. 34.

8 § 2 de la Convention européenne autorise les ingérences étatiques de façon assez large[64]. Mais, si le principe du placement de l'enfant est conforme au droit à mener une vie familiale, il est en revanche possible de souligner l'existence de différentes pratiques qui peuvent certainement s'avérer contraires au droit proclamé.

Celles, tout d'abord, s'analysant en des pressions sur les familles : « *à toutes les époques, les familles les plus pauvres ont été considérées comme indésirables. A toutes les époques également, elles ont été poussées, par la force ou la menace, à ne pas avoir d'enfants ou à limiter leur nombre* »[65]. Les pressions de l'entourage ou des institutions sont rapportées dans différents rapports[66] ou analyses[67] convergents. La pauvreté peut constituer un facteur de vulnérabilité telle que les parents s'en remettront à des services sociaux persuasifs ou insistants, qui recommanderont la dislocation de la famille voire des restrictions à la naissance de nouveaux enfants en son sein.

Celles, ensuite, ayant pour effet d'empêcher des rencontres et de mettre un terme durable à l'existence de liens affectifs. La Cour européenne de Strasbourg, saisie d'une affaire de placement d'enfants, a conclu à l'existence d'une violation de l'article 8 en considérant qu'« *un placement de plusieurs enfants dans des foyers d'accueil différents éloignés les uns des autres et du lieu de résidence de leurs parents, éloignement qui entrave les visites et les rend infructueuses parce qu'espacées, constitue une modalité non nécessaire contrariant le but ultime de la réunion de la famille* »[68]. Il n'est pas certain que le droit français soit toujours en conformité avec cette exigence. La pratique témoigne de fréquents placements d'enfants dans des familles ou des établissements géographiquement très éloignés de leurs parents, qui ont de ce fait les plus grandes difficultés à maintenir des liens familiaux[69]. La Cour européenne n'a pas eu à se prononcer sur ces pratiques, mais le

---

[64] C. RUSSO, « L'article 8 § 1 », *in* L.-E. PETTITI (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 2e éd., 1999, p. 319. Toutefois, le placement de l'enfant doit répondre à des motifs particulièrement impérieux. Le principe, affirme la Commission, n'est pas ébranlé par la seule circonstance que la famille de l'enfant se trouverait dans un état de dénuement (Com., 3 octobre 1978, req. n° 805/77, cité *in* J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, p. 217). V., pour une analyse de la jurisprudence européenne en matière de placement d'enfants, sans toutefois étudier ceux résultant de motifs économiques, S. GRATALOUP, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, LGDJ, Bibl. de droit privé, 1998, pp. 238-279.

[65] J.-M. ANGLADE, précit., p. 45.

[66] V. les exemples cités dans le rapport précité de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, pp. 487 et s. Ainsi le rapport WRESINSKI dénonce certaines pratiques tendant à ce que « *des institutions médico-sociales à court de moyens devant la détresse de certains foyers en viennent à aller au-delà de leurs prérogatives ; c'est ainsi par exemple que des pressions sont parfois exercées sur des mères pour que celles-ci avortent ou qu'elles subissent sans vraiment en comprendre la portée une opération de ligature des trompes* » (Rapport *Grande pauvreté et précarité économique et sociale*, précit., p. 96).

[67] H. DE SOOS analyse de telles interventions en une atteinte à la liberté de conscience des individus, lorsque les convictions et les valeurs profondes des personnes sont soumises à des pressions contraires *in* « Approche théorique sur la violation des droits de l'homme au bas de l'échelle sociale », *Les droits de l'homme dans la ville*, Presses de l'UNESCO, 1981, p. 72.

[68] Aff. *Olsson* du 24 mars 1988, A n° 130, § 72-77 ; V. COUSSIRAT-COUSTERE, « L'article 8 § 2 », *in* L.-E. PETTITI (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, précit., p. 346.

[69] Le rapport MATTEI sur l'adoption indique ainsi que les 2 500 enfants confiés à l'Aide sociale à l'enfance de Paris sont pour 90% d'entre eux placés hors de la ville et pour la plupart dans la Sarthe (cité par F. MONEGER, « Le respect de la vie familiale pour lutter contre l'exclusion », *RDSS*, 1999, p. 452).

législateur français a devancé une éventuelle condamnation, rappelant ce que certains auteurs ont considéré comme une évidence[70] : le juge des enfants, dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative, peut indiquer que le lieu de placement de l'enfant doit être recherché afin de faciliter l'exercice du droit de visite par les parents[71].

Celles, enfin, ayant pour effet d'entraîner une séparation de la cellule familiale en cas d'accueil dans certains établissements. En effet, la pratique montrait une large inadaptation des centres d'adaptation et de réinsertion sociales, conçus originellement pour accueillir des hommes seuls et souvent mal adaptés à un accueil familial, lequel exige des logements autonomes[72]. Une famille expulsée de son logement et bénéficiant à ce titre d'une mesure d'accueil d'urgence se trouvait de ce fait écartelée, chaque membre de la famille étant placé dans des établissements spécifiques. Le législateur de 1998 a pris acte de cette situation attentatoire à la vie familiale et a souhaité, « *en vue d'assurer le respect du droit à une vie familiale des membres des familles* » accueillies dans ces établissements, que ces derniers recherchent « *une solution évitant la séparation de ces personnes ou, si une telle solution ne peut être trouvée,* (établissent)*, de concert avec les personnes accueillies, un projet propre à permettre leur réunion dans les plus brefs délais, et assurer le suivi de ce projet jusqu'à ce qu'il aboutisse* »[73]. La nouveauté introduite par le texte est manifeste : en affirmant un droit et en modifiant les missions des différentes administrations compétentes afin de le garantir, la loi prend acte de ce qu'une situation de pauvreté est de nature à nuire à la liberté familiale. Elle devrait être prolongée par une innovation plus importante encore, le gouvernement ayant annoncé, fin juillet 2000, son intention de réformer profondément l'aide sociale à l'enfance, en rendant impossible les placements d'enfants pour motifs économiques, en apportant des aides qui permettraient aux familles de « *retrouver de la sécurité économique, affective et éducative* »[74] et en renforçant les droits des usagers de l'aide sociale à l'enfance.

Les évolutions législatives, avérées ou à venir, traduisent donc une prise de conscience de cette atteinte à la liberté familiale résultant des mesures de surveillance sociale. Même si, formellement, les décisions telles que la tutelle ou le placement sont prises pour des raisons autres que la pauvreté, celle-ci constitue soit un facteur aggravant, soit une cause originaire. « *Les protections de toutes sortes*

---

[70] « *C'est effarant : voilà un Parlement qui croit nécessaire d'écrire dans une loi ce qui est une évidence : on ne doit pas envoyer les enfants à des kilomètres. Si le juge octroie un droit de visite et d'hébergement, il faut que les enfants soient tout proches pour que les rencontres puissent être organisées sans obstacles géographiques* », M. HUYETTE, « Pétitions de principes et réalités pratiques », *Journal du Droit des Jeunes*, 1999, p. 18.

[71] A. 135 de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions ajoutant modifiant l'article 375-7 du Code Civil.

[72] F. MONEGER, « Le respect de la vie familiale… », précit., p. 450.

[73] A. 134 de la loi de lutte contre les exclusions, modifiant l'article 3 de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales. La loi prévoit également les moyens pour parvenir à un tel résultat, en ajoutant que « *dans ce but, chaque schéma départemental des centres d'hébergement et de réinsertion sociale évalue les besoins en accueil familial du département et prévoit les moyens pour y répondre* ».

[74] Conférence de presse de M. AUBRY, E. GUIGOU et S. ROYAL, 26 juillet 2000, *Le Monde*, 27 juillet 2000, p. 9.

s'affaiblissent et viennent à manquer, à mesure qu'une famille a de moins en moins à offrir, en contrepartie des soutiens toujours possibles. Au bout de la chaîne des protections qui vont en s'affaiblissant, se trouve le contraire de la protection : l'absence du droit fondamental à la famille »[75].

La conclusion s'avère inéluctablement pessimiste. La pauvreté a des répercussions sur l'exercice de la liberté individuelle, analysée en ses différentes composantes : liberté d'aller et venir, sûreté, vie familiale. L'application aux personnes en situation de pauvreté de règles restreignant la jouissance de la liberté individuelle est courante et le droit loin de ne l'admettre que difficilement. Certes, l'argent et la liberté ne relèvent pas du même registre juridique : la liberté relève de l'être, l'argent de l'avoir. Toutefois le droit subordonne souvent la pleine jouissance de la première à la possession du second. En réalité, l'impression de rareté d'une telle subordination relève davantage de son caractère insidieux, de la difficulté de l'imputation, du peu de jurisprudence ou de sa faible étude par la doctrine juridique que de son existence même. Certes encore, le législateur manifeste un souci de changement, mais les adaptations législatives sont bien faibles au regard de la gravité de certaines atteintes. Le pessimisme s'accroît d'autant plus si, quittant l'analyse de la liberté individuelle, l'étude s'étend au droit à la vie.

§ 2- La pauvreté, situation de fait susceptible de porter atteinte au droit à la vie

234. « *Le droit de toute personne à la vie est protégée par la loi* », affirme l'article 2 de la Convention européenne. Au-delà d'une apparente simplicité, le contenu du droit proclamé suscite certaines interrogations. On enseigne ainsi qu'il « *convient de se garder de confondre le droit à un niveau et conditions de vie décents, qui est un droit économique et social, et le droit à la vie proprement dit* »[76]. En ce sens, la Cour de Cassation belge a considéré que « *le droit à la vie au sens de l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme n'est que le droit à la vie physique au sens usuel du terme et non le droit à une vie que l'individu concerné peut subjectivement qualifier de décente* »[77]. Approuvée par certains auteurs[78], critiquée par d'autres[79], une telle interprétation force au débat. En effet, si elle permet de penser que le droit protégé recouvre des situations dans lesquelles la pauvreté peut conduire à la mort (I), elle ferme toute hypothèse d'extension vers des situations dans laquelle la pauvreté, si elle ne tue pas, ôte à la vie bien de sa valeur (II).

---

[75] Rapport WRESINSKI, précit., p. 95.
[76] J. VELU et R. ERGEC, *Rép. prat. de droit belge, compl.*, T. VII, n° 224.
[77] C. Cass. belge, 5 février 1985, cité *in* J. VELU et R. ERGSEC, *La Convention européenne*, précit., p. 174.
[78] V. en ce sens G. GUILLAUME, « Article 2 » *in* L.-E. PETTITI (dir.), *La Convention européenne*, précit., p. 148.
[79] J. FIERENS, précit., pp. 132-133 ; M. LEVINET, « Recherche sur les fondements du droit au développement de l'être humain à partir de l'exemple de la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'IDEDH*, 1996, vol. 5, pp. 113-114 ; A.D. OLINGA, « Le droit à des conditions matérielles d'existence en tant qu'élément de la dignité humaine et les articles 2 et 3 de la CEDH », *Cahiers de l'IDEDH*, 1996, vol. 5, pp. 139-156.

I- Droit à la vie et droit de ne pas mourir de la pauvreté

235. *Primum vivere*. La maxime latine pourrait résumer l'interprétation faite par la Cour européenne du droit à la vie reconnu par la Convention européenne. Le droit reconnu est celui de ne pas être mis à mort, spécialement par les pouvoirs publics. Pourtant, il n'est pas assuré, malgré cette acception restrictive, que le droit à la vie se cantonne à l'interdiction des exécutions sommaires. Tout au contraire, il semble rationnellement possible de le comprendre comme incluant le droit de ne pas mourir de la misère, de faim ou de maladie.

Ce rapprochement a été suggéré par d'éminents auteurs. Ainsi, selon J. Robert et J. Duffar[80], l'article 11 § 2 du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, lequel affirme « *le droit fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim* », doit être lu en perspective avec l'article 6 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, lequel dispose que « *le droit à la vie est inhérent à la personne humaine* ». Ce lien sous-tend également la philosophie générale de l'ONU, selon laquelle les situations d'extrême pauvreté sont constitutives de violations objectives du droit à la vie[81]. Ce rapprochement intellectuel se fonde en effet sur un constat objectif : la pauvreté est une des premières causes de mortalité dans le monde. Ainsi, la classification internationale des maladies, édictée par l'Organisation mondiale de la Santé, qui passe en revue toutes les affections connues de la science médicale, classe sous le code Z 59.5 la pauvreté extrême. Le rapport sur la santé dans le monde de 1995 souligne qu'il s'agit de la principale cause de souffrance sur la terre, et de la « *tueuse* » la plus impitoyable et la plus efficace qui a fait plus de morts que les deux guerres mondiales réunies. On meurt de pauvreté de par le monde. Et même s'il est plus rare que la misère soit, en Europe, la cause directe et immédiate de la mort, la France n'échappe pas, à un degré moindre, à ce terrible constat[82]. Certes, les tribunaux français ou la Cour européenne n'ont pas eu à se pencher sur de telles situations, et il est vraisemblable que jamais aucune jurisprudence ne vienne consacrer le droit à la vie dans une acception plus large, le droit à ne pas mourir de la misère. Non que cela soit impossible juridiquement, mais bien parce qu'il est impensable qu'un individu, réduit à une telle déchéance, soit en mesure de faire valoir ces droits devant une juridiction.

Intellectuellement possible, le rapprochement entre droit à la vie et droit de ne pas mourir de la misère ne rencontre aucun obstacle juridique majeur. En effet, il est communément admis que le droit à la vie n'impose pas à l'Etat une seule abstention mais entraîne une série d'obligations positives. Le principe, affirmé

---

[80] J. ROBERT et J. DUFFAR, précit., p. 357.

[81] V. rapport L. DESPOUY, *Rapport sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, Commission des droits de l'homme du Conseil économique et social des Nations Unies.,* E/CN.4/Sub.2/1996/13, 1996 ; Rapport D. TURK, *Le nouvel ordre économique international et la promotion des droits de l'homme, réalisation des droits économiques, sociaux et culturels*, E/CN.4/Sub2/1990/19, 6 juillet 1990 (rapport intermédiaire) ; E/CN.4/Sub2/1991, 17 et 18 juillet 1991 (2e rapport intermédiaire) ; E/CN.4/Sub2/1992/16, 3 juillet 1992 (rapport final).

[82] Chaque hiver offre son terrible lot de sans-domicile-fixe retrouvés morts dans la rue ou le métro parisien (J. FENOGLIO, « Froid mortel, glaciale société », *Le Monde*, 18 janvier 1997) ; des personnes, souvent âgées, décèdent chez elles sans traitement ni soins, les statistiques de la banque alimentaire attestent qu'une personne sur dix souffre de la faim.

depuis longtemps par l'ONU[83], a été développé dans un sens contraignant par les organes de la Convention européenne. La jurisprudence relative à l'article 2 a admis le principe de la responsabilité de l'Etat du fait d'une insuffisance de mesures prises afin de protéger des personnes, cette abstention ayant entraîné des décès[84]. Certes, cette application n'a valu jusqu'ici qu'en matière de protection contre des violences matérielles de nature à provoquer la mort (attentat, terrorisme…). Cependant, combinée avec les principes posés dans l'arrêt *Airey* de 1979[85], elle permet d'envisager une extension du droit protégé par l'article 2 à celui de ne pas mourir des conséquences de la misère, en invoquant l'obligation étatique de prendre des mesures permettant la survie de l'individu. En somme, l'Etat ayant obligation de protéger le droit à la vie, la mort de froid d'un sans-domicile-fixe pourrait être susceptible d'entraîner une condamnation de la France par les organes de Strasbourg. Certes, la question n'a jamais été tranchée et certains juristes, dans un louable souci de progression et de clarification du droit mais non sans quelque cruelle ironie, en viennent à souhaiter qu'un jour la famille d'un sans-domicile-fixe mort de froid saisisse la Cour européenne… Selon certains, l'infraction à l'article 2 paraît défendable[86] mais le raisonnement reste spéculatif, faute de jurisprudence.

Une comparaison par analogie peut ici être tentée avec le délit de non-assistance à personne en péril, pénalement sanctionné en France[87]. L'incrimination, née au XXe siècle, se fonde sur la nécessaire solidarité sociale et part d'un constat inconcevable dans les présupposés libéraux et individualistes du Code napoléonien : la socialisation des rapports humains n'autorise pas toute forme d'indifférence à autrui[88]. De là, d'une part, l'obligation de porter secours à une personne en danger, sans qu'il soit nécessaire que le "secouriste" ne soit juridiquement tenu à quelque chose à l'égard de la personne en danger et, d'autre part, l'interprétation très morale de la Cour de Cassation, qui incrimine en réalité le fait de se désintéresser du sort malheureux d'autrui[89]. Certes, le parallèle entre l'incrimination pénale et l'éventuelle obligation de secourir un individu mourant des conséquences de sa pauvreté est osé. Tout d'abord, parce que les juridictions pénales n'ont jamais eu à connaître de telles circonstances, les condamnations étant la plupart du temps

---

[83] V. par exemple les observations générales concernant l'article 6 du Pacte relatif aux droits civils et politiques formulées par le Comité des droits de l'homme de l'ONU, estimant qu'il serait souhaitable que les Etats parties prennent toutes les mesures possibles pour diminuer la mortalité infantile et accroître l'espérance de vie, en particulier des mesures permettant d'éliminer la malnutrition et les épidémies (*Rapport au Comité des droits de l'homme*, Documents officiels de l'Assemblée générale, 37e session, supl. n° 40, A/37/40, 1982)

[84] La jurisprudence est particulièrement abondante en ce qui concerne les actions de l'IRA en Irlande du Nord ; V. l'analyse de G. GUILLAUME, article précité, pp. 149 et s.

[85] Arrêt du 9 octobre 1979, *Airey*, A. 32, § 26. Affaire qui, on le sait, a permis à la Cour de préciser que « *nulle cloison étanche* » ne sépare la « *sphère des droits économiques et sociaux* » du domaine de la Convention. Sur ce point, V. *supra*, § 215.

[86] B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La D.F., coll. Monde européen et international, 1999, p. 408. Pourtant, dans une telle hypothèse, la famille du sans-domicile-fixe aurait peut-être elle-même manqué à une obligation alimentaire…

[87] A. 223-6 al. 2 du Nouveau Code Pénal, reprenant l'ancien article 63-2 du Code Pénal.

[88] V. en ce sens M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 1997, p. 316.

[89] Peu importe, dans la jurisprudence pénale, que l'intervention soit utile ou non : l'abstention est punissable, même si le péril disparaît de lui-même ou s'il est établi à l'inverse qu'aucune aide ne pouvait éviter la réalisation du dommage.

prononcées à la suite du refus de porter secours à un blessé ou un suicidaire. Ensuite, car il n'est pas question ici de laisser croire à une quelconque condamnation possible d'une personne publique sur ce fondement. Cependant, l'incrimination est intéressante en ce qu'elle montre une évolution du droit : l'idée d'une obligation de porter secours, contraire à la philosophie libérale du XIXe siècle, est désormais communément admise et sanctionnée pénalement, en ne pesant toutefois que sur les seules personnes privées. Le mouvement de socialisation du droit, dont tout laisse à penser qu'il n'est pas achevé, pourrait trouver une nouvelle manifestation dans une condamnation étatique pour violation de l'obligation de l'article 2 et du droit à la vie qu'il garantit. En somme, l'obligation de protéger la vie humaine ne s'arrêterait pas à la sanction pénale de non-assistance à personne en danger mais trouverait un parallèle, ou un écho, dans la sanction conventionnelle de l'article 2.

Une telle interprétation, *a minima*, du droit à la vie est d'autant plus fondée intellectuellement qu'est formulée ci et là une interprétation maximaliste de ce droit.

II- Vers une approche qualitative du droit à la vie ?

236. « *On doit admettre que la survie n'est pas la vie* »[90]. Selon le directeur des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, il ne serait pas abusif d'inclure dans le droit à la vie protégé par l'article 2 de la Convention une dimension qualitative. La vie à protéger ne serait pas que la vie physique, biologique mais aussi la vie spirituelle et sociale, non celle de la seule enveloppe charnelle mais aussi celle, intimement liée, de l'être humain et de l'être en communauté. Dans cette acception, le droit à la vie comprendrait « *le droit de voir sa vie ne pas être précarisée et mise en péril, le droit de ne pas se retrouver dans une situation telle que la mort apparaisse comme l'horizon inévitable* »[91]. Pour certains auteurs, la conséquence d'un tel droit est évidente : le respect du droit à la vie entraîne pour l'Etat l'obligation de prendre un certain nombre de mesures protectrices : protéger la santé des individus en éradiquant les maladies, assurer des services sociaux prioritaires, mettre tout un chacun à l'abri de la faim, offrir un logement qui n'expose pas à la maladie et aux intempéries, en un mot garantir à tous les conditions matérielles nécessaires pour que nul ne soit réduit à la désespérance et la déchéance.

Une telle interprétation de l'article 2 n'est pas isolée et rejoint certaines thèses développées dans des contextes différents. Ainsi, une partie de la doctrine privatiste française a pu fonder le droit aux aliments, issu des mécanismes civilistes de l'obligation alimentaire, sur le droit à la vie. C'est ainsi que, pour E. Alfandari, « *le droit aux aliments est une manifestation du droit à la vie* »[92], tout comme le droit à l'aide sociale, que l'auteur rattache à un droit de la personne : il y a, selon lui, « *avant même le droit au nom, le droit à l'honneur, le droit à l'intégrité corporelle un* "*droit à la vie*" *et ce droit ne signifie pas seulement que l'on doive s'abstenir d'attenter à la vie d'autrui. Il signifie aussi qu'à défaut d'autre débiteur, la*

---

[90] P.-H. IMBERT, « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? », *RDP*, 1989, p. 747.
[91] A. D. OLINGA, « Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'IDEDH*, 1995, n° 4, p. 75.
[92] E. ALFANDARI, *Le droit aux aliments en droit privé et en droit public*, Thèse Poitiers, 1958, T. 2, p. 14.

collectivité doit fournir les aliments nécessaires à l'existence »[93]. Le droit de l'individu serait, par delà celui de ne pas être tué, celui d'être aidé matériellement à vivre. La doctrine civiliste rejoint l'interprétation faite par les organes de l'ONU du droit consacré par l'article 6 du Pacte relatif aux droits civils et politiques : « *le droit à la vie englobe celui de mener une existence digne en disposant des choses essentielles à la vie* », a ainsi réaffirmé récemment la Commission des droits de l'homme du Conseil économique et social de l'ONU[94].

Ces différentes interprétations du droit à la vie se rejoignent donc, en lui conférant une portée nouvelle, bien éloignée du droit initial de ne pas être tué : le droit à la vie serait aussi le droit à avoir une vie d'une certaine qualité. Ainsi résumée, cette interprétation maximaliste soulève différentes objections.

Tout d'abord, force est de constater l'extrême réticence des organes de Strasbourg à s'engager dans cette voie : certes, l'ancienne commission européenne semble avoir admis que l'article 2 garantisse non seulement les personnes contre la mort, mais encore contre toute atteinte à leur intégrité physique menaçant plus ou moins leur existence[95]. Des auteurs voient dans la jurisprudence européenne l'espoir d'une évolution tendant à ne pas considérer la vie de son seul point de vue biologique, mais à y intégrer des aspects qualitatifs. « *Le droit à la vie est autre chose que le droit de ne pas mourir* », affirme ainsi J. Fierens, selon qui la Commission a fait un pas vers cette prise en compte qualitative de la vie[96]. Cependant, les décisions sur lesquelles s'appuient ces auteurs sont rares, isolées et finalement peu concluantes[97]. Si la protection de la vie de toute personne contient bien une dimension sanitaire minimale[98], il s'agit ici de rappeler aux Etats qu'ils ont une obligation *a minima* d'empêcher qu'un individu ne meure faute de soins et non pas d'assurer une certaine qualité de vie. L'ensemble des décisions rendues à propos de l'article 2 restreint l'objet du droit consacré à une acception stricte : en un mot, « *la Convention ne garantit pas aux personnes qu'elle couvre des conditions de vie déterminées* »[99], comme l'a affirmé la Commission de Strasbourg dès 1956[100].

Une évolution jurisprudentielle est donc peu probable. En outre, il n'est pas certain qu'elle soit souhaitable. En réalité, ces différentes thèses tendant à interpréter largement le droit à la vie se rejoignent, en en faisant un droit premier, à l'origine de tous les autres. Du droit qu'à l'individu de vivre découlerait une série de droits, parmi lesquels celui d'être protégé contre la misère, non pas exclusivement en ce

---

[93] E. ALFANDARI, *Action et aides sociales*, Dalloz, 4e éd., 1989, p. 69.

[94] Rapport de la Commission au Conseil économique et social, *Les droits de l'homme et l'extrême pauvreté*, 56e session, point 21b) de l'ordre du jour, E/CN.4/2000/L.11/add.1, 17 avril 2000, a. 1.b.

[95] Décision du 4 octobre 1962 sur la requête n° 1287/61 : la stérilisation peut dans certaines circonstances être contraire au droit à la vie. V. en ce sens, G. GUILLAUME, précit., p. 148.

[96] J. FIERENS, précit., pp. 131-132.

[97] V. notamment l'analyse de la décision extrêmement implicite *X c. Irlande*, req. n° 6839/74 du 4 octobre 1978 faite par A.D. OLINGA (« Le droit à des conditions matérielles d'existence… », précit., p. 146). Dans cette décision, où était en cause l'accès aux soins d'une enfant handicapée, la Commission a pris en compte la faiblesse des revenus du chef de famille.

[98] V. en ce sens B. MAURER, thèse précitée, p. 406.

[99] P. GUILLAUME, article précité, p. 153.

[100] Décision *X. c./ RFA*, 29 septembre 1956, *Rec. Documents et décisions 1955-1956-1957*, pp. 202-203 : le droit à un niveau de vie suffisant et à un logement convenable ne figure pas parmi les droits reconnus par la Convention et toute requête fondée sur la violation alléguée d'un de ces droits est irrecevable.

que cette dernière peut attenter à sa vie, mais aussi en ce qu'elle peut créer des conditions de vie difficiles, voire impossibles et porter atteinte à l'ensemble des droits inhérents à l'individu. Or, en élargissant sensiblement son objet, une telle interprétation contribue à diluer le droit à la vie et à en faire un concept particulièrement flou. Certes, la volonté d'étendre le champ d'application du droit à la vie procède d'une intention généreuse mais, en faisant du droit consacré un droit passe-partout, invocable à toute occasion, elle l'affaiblit sensiblement. S'appuyant sur un postulat moralement irréfutable et finalement très "politiquement correct" - une vie misérable, isolée, vécue entre faim, dénuement, froid et angoisse est une réalité insupportable pour le cœur et l'esprit-, elle étend démesurément la portée du droit protégé, jusqu'à lui faire perdre toute spécificité. Le droit à la vie perd le contenu essentiel qui lui avait été reconnu par les rédacteurs de la Convention et devient un étendard, une bannière derrière laquelle chacun peut avancer ce qu'il entend. En un mot, une telle conception participe de cette idéologie "droit de l'hommiste" et perd toute rigueur scientifique. Pire encore, elle aboutit à un bouleversement certain des principes fondateurs de la philosophie des droits de l'homme. En faisant du droit à la vie un droit premier duquel découle une série de droits dérivés, parmi lesquels les droits économiques et sociaux[101] et l'interdiction des discriminations, elle place celui-ci au fondement des autres droits : ce n'est plus parce qu'il est homme que l'individu dispose d'un certain nombre de droits, mais parce qu'il est vivant… En d'autres termes, là où le postulat traditionnel était *l'essence* humaine, l'extension de la notion de droit à la vie substitue *l'existence* humaine[102].

Il faut donc approuver la parcimonie avec laquelle les organes de la Convention appliquent cette stipulation, afin d'en préserver la solennité. Le droit à la vie doit rester le droit de ne pas être tué. Conception certainement restrictive du droit à la vie, mais qui ouvre des voies non encore toutes explorées par la jurisprudence, puisqu'il doit bien être admis que la mise à mort ainsi interdite peut procéder d'une violence physique ou d'une violence économique. Néfaste dans ses effets, l'extension du droit à la vie s'avère de surcroît inutile. En effet, le droit offre un champ d'investigation plus adéquat pour qualifier juridiquement les atteintes aux droits fondamentaux résultant d'une situation de pauvreté, celui de la dignité humaine.

---

[101] V. en ce sens C. RUCZ selon qui le droit à la vie, premier des droits de la personne, n'est pas seulement le droit de ne pas être privé de la vie mais aussi, dans sa dimension économique et sociale, le droit de travailler pour couvrir ses besoins individuels et familiaux, (« ONU, la protection des droits de l'homme », *Jcl. International*, vol. I, 1989, p. 7).

[102] La distinction est loin d'être purement sémantique et s'avère tout au contraire lourde de conséquences, en venant brouiller sensiblement les fondements philosophiques des droits de l'homme, tant ceux-ci ne sauraient se réduire à l'existence humaine. D'une part, car la protection des droits fondamentaux ne se limite pas à la vie, l'exemple de la protection des morts en témoigne (V. sur ce point S. HENNETTE, *Les droits de la personne sur son corps autour du moment de la mort. contribution à l'étude théorique de la validité juridique*, Thèse Droit Paris I, 2000, pp. 214 et s.) ; d'autre part, car la vie est loin d'être spécifique à l'homme. Faire de la vie le postulat essentiel revient à ouvrir la voie aux droits des animaux ou des végétaux, eux aussi vivants après tout…

SECTION 2
L'ATTEINTE À LA DIGNITÉ

237. « *S'il est au monde bien des facteurs possibles d'irrespect de la personne, de la misère qui l'écrase à l'idéologie qui la nie, d'inhumaines coutumes ancestrales à d'inquiétantes technologies modernes,* (…) *il n'en est guère chez nous d'aussi omniprésent ni omnipotent que l'argent* »[103]. Le constat se veut indiscutable : la pauvreté constitue une menace pesant sur la dignité de la personne dans les sociétés démocratiques occidentales se voulant respectueuses de celle-ci. Pourtant, l'affirmation est paradoxale : dans la conception chrétienne qui imprègne les fondements moraux et juridiques de ces mêmes sociétés, la pauvreté confère une dignité. Tout le discours de l'Eglise sur l'éminente dignité des pauvres[104] en témoigne : dans une société structurée autour de la fonction remplie par chacun de ses membres et des "dignités", au sens de l'Ancien Régime, qui en découlent, le pauvre a une dignité particulière, naissant de cette économie du salut dont il est une composante essentielle : figure vivante du Christ sur terre, le pauvre se fait l'intercesseur de son bienfaiteur charitable auprès du ciel. Cette fonction du pauvre, résumée en quelques vers admirables de V. Hugo (*Donnez, afin qu'un jour, à votre heure dernière, Contre tous vos péchés, vous ayez la prière, D'un mendiant puissant au ciel* …) l'élève et lui confère une dignité : celle naissant de sa souffrance, des maux qu'il endure et qui permettent à la charité chrétienne de se répandre pour son soulagement.

On mesure, dès lors, le retournement de pensée : au lieu et place d'une pauvreté source de dignité, s'affirme une pauvreté attentatoire à la dignité. Par quel renversement en est-on venu à concevoir la pauvreté comme contraire à la dignité et, surtout, peut-on trouver, en droit, la preuve de cette affirmation ? La première question échappe largement au droit, et ressort de la philosophie politique. Tout au plus peut-on souligner ici le caractère polysémique de la notion de dignité, qui, sous l'Ancien Régime, s'attachait à la puissance et à la fonction sociale : dans la mystique chrétienne, la pauvreté est à la fois, dans l'ordre céleste, un titre de gloire, une force traduisant une communion avec le Christ et assurant le salut et, dans l'ordre terrestre, le titre d'une fonction sociale : récipiendaire de la charité, le pauvre se fait sauveur de l'âme des riches. La laïcisation a entraîné une profonde évolution : l'utilité sociale, la fonction du pauvre n'existe plus dans un monde dominé par la logique marchande[105] ; quant à la dignité à protéger, elle s'affirme moins comme une

---

[103] Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie, *Recherche biomédicale et respect de la personne humaine*, La D.F., 1987, p. 43 (cité par B. MAURER, précit., p. 358).

[104] V. le célèbre sermon de BOSSUET, *Sur l'éminente dignité des pauvres dans l'Eglise* (1659) *Sermons*, Lamy, 1808, T. III.

[105] Ce qui explique, par ailleurs, la récurrence du thème de l'utilité sociale des pauvres chez des associations catholiques telles qu'ATD Quart-Monde : les exclus ont un « *rôle décisif à jouer* » (A. DE VOS, *Il fera beau… Le jour où le sous prolétariat sera entendu*, Science et service, 1977, p. 23) ; « *les très pauvres peuvent apporter une contribution irremplaçable à l'ensemble de la société* » (WRESINSKI, *Enrayer la reproduction de la grande pauvreté, rapport de mission au Ministre d'Etat, ministre du plan et de l'Aménagement du territoire, Préparation du IXe Plan, 1984-1988*, La D.F., 1983, p. 99).

qualité du fort[106] qu'une fragilité du faible : il s'agit désormais de protéger la dignité du mourant, du fœtus, du prisonnier ou du pauvre[107]. L'évolution est considérable : désormais la dignité du pauvre est affirmée non plus par la pauvreté mais en dépit de celle-ci, malgré celle-ci.

Quant à la question de savoir s'il est possible de se placer sur le terrain de l'analyse juridique, là encore la prudence est requise, tant la dignité de l'homme est un mystère largement étranger au droit. Pourtant, bien qu'irréductible à la seule approche juridique, la dignité de l'être humain fait l'objet d'une appropriation par l'ordre juridique. Le droit au respect de la dignité recouvre deux acceptions : au sens étroit du terme, la dignité fondamentale renvoie à l'essence humaine. Ni octroyée, ni déterminable, à la fois inaliénable et indisponible, « *elle est cet irréductible humain qui doit, et peut, être entendu dans un sens aussi objectif que possible. Elle exige une protection, un respect absolu qui s'imposent à tous : aux Etats, aux individus entre eux et à la personne elle-même* »[108]. Au sens large, la dignité s'analyse en une dignité sociale, relative à l'homme dans son existence, qui « *renvoie à la personne en acte, à son agir, à son épanouissement autonome, à ses capacités. La dignité se réalise dans des actes humains, grâce en particulier à des conditions extérieures* »[109]. En somme, la dignité est à la fois sphère protectrice, lieu de repli de la personne, mais aussi rayonnement, ouverture sur les autres. La distinction proposée par B. Maurer entre dignité fondamentale et dignité « actuée » trouve toute sa pertinence dans l'étude des conditions de vie résultant de la pauvreté, tant il apparaît que la misère peut à la fois constituer une grave atteinte à la dignité fondamentale de l'être humain (*§ 1*) et toucher l'homme dans sa dignité sociale (*§ 2*).

§ 1- Pauvreté et dignité fondamentale

« *L'on voit certains animaux farouches, des mâles et des femelles, répandus par la campagne, noirs, livides et tout brûlés du soleil, attachés à la terre qu'ils fouillent et qu'ils remuent avec une opiniâtreté invincible ; ils ont comme une voix articulée, et quand ils se relèvent sur leurs pieds, ils montrent une face humaine, et en effet ils sont des hommes* »[110]. Le terrible constat de La Bruyère décrit une évidence : la misère, les maux physiques qu'elle occasionne, les angoisses et les incertitudes qu'elle suscite sont de nature à atteindre la personne dans son essence humaine. Dégradé dans son humanité, l'homme mène une vie qui le ravale au rang

---

[106] Sans toutefois que cette dernière ait totalement disparu : la protection de la dignité de la fonction commande l'édiction d'un certain nombre de règles de droit pénal ou public tendant à protéger la dignité d'une institution (armée, magistrature…) ou d'une fonction ; V. sur ce point Y. POIRMEUR, « Indignité et privation de droit », colloque organisé le 19 mars 1999 par le CERAP, Université de Paris 13, à paraître.

[107] V. en ce sens G. MARCEL, *La dignité humaine*, Aubier Montaigne, 1964, p. 168 : « *nous ne pouvons arriver à préserver le principe mystérieux qui est au cœur de la dignité humaine qu'à condition de parvenir à expliciter la qualité proprement sacrale qui lui est propre, et cette qualité apparaîtra d'autant plus clairement que nous nous attacherons davantage à l'être humain considéré dans sa faiblesse, à l'être humain désarmé tel que nous le trouvons chez l'enfant, chez le vieillard ou chez le pauvre* ».

[108] B. MAURER, thèse précitée, p. 482.

[109] Id., p. 482.

[110] LA BRUYÈRE, *Les caractères*, « De l'homme », 128 (I).

de bête. Le droit est loin d'en tirer toutes les conclusions, même si des pistes nouvelles s'offrent à la réflexion, tant sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme (I) que de dispositions internes (II).

I- Pauvreté et notion de "traitement inhumain et dégradant" dans la jurisprudence européenne

238. L'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants constitue un droit intangible, « *une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe* »[111]. Si le concept de torture a reçu une acception assez étroite, les autres composantes de l'article 3 constituent une « *nébuleuse* »[112] suffisamment floue pour s'appliquer à différentes espèces. Dans cet ordre d'idées, la qualification de traitement dégradant a été retenue à propos de faits aussi variés que des châtiments corporels infligés à des écoliers, des coups donnés aux personnes placées en garde à vue, l'attente dans le couloir de la mort ou certaines hypothèses d'expulsion ou de refoulement d'étrangers. Derrière ces violations sanctionnées de l'article 3, c'est bien la dignité de l'enfant, du suspect, du prisonnier ou de l'étranger qui est en cause.

Les organes européens ont précisé les caractéristiques du traitement susceptible de tomber sous le coup de l'article 3. Est ainsi qualifié de dégradant le traitement qui « *humilie l'individu grossièrement devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience* »[113], celui qui « *provoque un abaissement du rang, de la situation ou de la réputation de celui qui en est l'objet aux yeux d'autrui ou à ses propres yeux* »[114], ou encore celui qui est de nature à créer « *des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier, à les avilir et à briser éventuellement leur résistance physique et morale* »[115].

Humiliation, angoisse, ravalement de la personne constituent donc des critères de traitements contraires à la Convention. Dès lors, la tentation est forte de voir dans la misère une situation contraire à l'article 3 de la Convention. En ce sens, un courant doctrinal milite en faveur de l'extension des stipulations de l'article 3 aux situations d'extrême pauvreté. C'est ainsi P.-H. Imbert qui s'interroge : « *est-il vraiment utopique de penser que si un châtiment corporel dans une école est considéré comme un traitement dégradant, il devrait pouvoir en être de même pour la situation de celui qui "vit" dans un bidonville* ? »[116], B. Maurer qui affirme que « *l'extrême pauvreté exclut de la communauté des hommes, elle produit des "sous hommes"* »[117], B. Edelman pour qui « *si l'on vise la dignité, on dit qu'un homme, à la rue, est exclu de l'humanité* »[118] ou encore M. Benchikh selon qui « *la pauvreté peut, au sens propre, conduire à exclure les pauvres de l'humanité. C'est donc bien*

---

[111] Arrêt *Soering*, 7 juillet 1989, A n° 161, § 88.
[112] F. SUDRE, « L'article 3 », *in* L.-E. PETTITI (dir.), *La Convention*…, précit., p. 159.
[113] Arrêt *Tyrer*, 25 avril 1978, A n° 26, § 29.
[114] Affaire *Patel et autres*, dite des *Asiatiques d'Afrique orientale*, Comm., 10 octobre 1970, A. n° 13, p. 929 ; l'arrêt *Tyrer*, précité, § 32, évoque la personne « *humiliée à ses propres yeux* ».
[115] *Irlande c./ Royaume Uni*, 18 janvier 1978, § 167, A. n° 25.
[116] P.-H. IMBERT, article précité, p. 746.
[117] B. MAURER, précit., p. 353.
[118] B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.*, 1997, I. p. 187.

de ce point de vue un traitement inhumain »[119]. Une part non négligeable de la doctrine universitaire a donc rejoint ce qui constituait à l'origine une des argumentations principales des milieux associatifs. Monographies associatives et rapports officiels[120] se succèdent, décrivant les conditions de vie dans la misère et soulignant combien la dignité fondamentale de l'être humain est atteinte par la pauvreté. De même, parmi de nombreux instruments internationaux, une résolution de la Commission des droits de l'homme de l'ONU réaffirme que « *l'extrême pauvreté et l'exclusion sociale constituent une violation de la dignité humaine* »[121]. La déréliction des corps, l'avilissement de l'esprit taraudé par l'angoisse et l'incertitude des lendemains sont autant de conséquences de la misère. Est-il dès lors improbable de voir de telles situations recevoir la qualification de traitements dégradants ?

Certes, une telle solution se heurte à l'hostilité des organes de la Convention à étendre le champ d'application de l'article 3 aux situations d'extrême pauvreté : à deux reprises, la Commission a fermé la voie qui s'ouvrait à elle. En 1977, tout d'abord, la Commission a considéré que la stipulation de l'article 3 « *ne peut être interprétée comme imposant aux Parties contractantes de prendre des mesures économiques et sociales spécifiques de nature à assurer un minimum vital ou un emploi aux personnes qui, comme le requérant, sont remises en liberté après une période de détention résultant d'une condamnation en matière pénale* »[122]. Comme le remarque A. D. Olinga, « *cette position est sans équivoque. L'article 3 n'est pas la base juridique de revendications matérielles, fût-ce pour disposer d'un minimum vital ; ne pas en disposer ne constitue donc pas, en soi, un traitement inhumain ou dégradant* »[123].

Treize ans plus tard, l'affaire *Van Volsem* a entériné une telle interprétation restrictive, au prix de ce que certains auteurs ont pu qualifier de « *bavure* »[124]. Les faits étaient dramatiquement pitoyables : une femme seule, dépressive et malade, avait à sa charge deux enfants mineurs et le bébé de sa propre fille. Incapable de travailler, ses faibles ressources provenaient d'une maigre pension alimentaire complétée de l'aide sociale. Après avoir occupé différents taudis, la famille avait été placée dans un logement social mal isolé à la suite d'un défaut de construction et fonctionnant, pour la totalité et jusqu'au chauffage, à l'électricité, énergie des plus coûteuses. La facturation découlant de sa consommation a vite été disproportionnée par rapport aux faibles ressources de la requérante : en 1983, la compagnie prestataire d'électricité réclamait le paiement d'un arriéré d'environ 16 500 francs français… Dans l'incapacité totale de payer, la famille se voyait couper l'électricité

---

[119] M. BENCHIKH, « La dignité de la personne en droit international », *in* M.-L. PAVIA et Th. REVET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 51.

[120] La dignité constitue ainsi le principe juridique phare à l'aune duquel sont examinées les violations aux droits de l'homme résultant de la pauvreté dans le rapport Despouy

[121] E/CN.4/1990/L.27.

[122] Com. EDH, 16 mai 1977, Req. n° 7697/76, *X. c. Belgique*, *DR 9*, p. 194, rapporté par A. D. OLINGA, « Le droit à des conditions matérielles d'existence… », précit., pp. 147-148.

[123] A. D. OLINGA, « Le droit à des conditions matérielles d'existence… », précit., p. 148.

[124] Com. EDH, 9 mai 1990, *RUDH* 1990, pp. 349 et s, note F. SUDRE : « La première décision "quart-monde" de la Commission européenne des droits de l'homme, une "bavure" dans une jurisprudence dynamique ».

en plein hiver, situation d'autant plus dramatique que la naissance d'un nouvel enfant, atteint d'une affection respiratoire, entraînait, sur les conseils du pédiatre, la nécessité d'un meilleur chauffage de l'appartement… Après une décision de la Cour d'appel de Bruxelles autorisant la compagnie à interrompre sa fourniture jusqu'à apurement total de la dette, l'affaire parvint *in fine* devant la Commission européenne des droits de l'homme, saisie pour violation des articles 3 et 8 de la Convention. La requérante soutenait alors que la suspension de la fourniture d'électricité dont elle avait été victime, ainsi que la menace perpétuelle d'une telle suspension sur son foyer, constituait un traitement inhumain et dégradant et une atteinte au respect de sa vie familiale. La Commission, en formation réduite de 3 membres, jugeait la requête irrecevable, au motif que « *la suspension ou les menaces de suspension des fournitures d'électricité n'atteignaient pas le niveau d'humiliation ou d'avilissement requis pour qu'il y ait un traitement inhumain et dégradant* ».

Unanimement désapprouvée par la doctrine, cette décision a suscité une série de critiques dont la plus magistrale est certainement celle de F. Sudre, selon qui cette décision « *laisse le sentiment amer d'avoir été bâclée* »[125]. En effet, explique l'auteur, « *que constatons-nous dans la présente affaire ? Des conditions de vie dégradantes et insalubres (pas de lumière, pas d'eau chaude, pas de chauffage, le tout en plein hiver et avec un bébé) mais aussi une situation d'humiliation et de détresse morale (une coupure d'électricité effectuée au mois de décembre, des conditions draconiennes pour la rétablir, la menace permanente de nouvelles coupures, l'obligation pour la requérante de solliciter la compréhension de la compagnie distributrice et de rechercher du crédit auprès des organismes bancaires…) Les éléments constitutifs du traitement dégradant nous paraissent bien réunis en l'espèce* (...) *Cela ressemble fort à une fin de non-recevoir opposée par principe à ce type de requête car on ne voit pas ce que la Commission peut exiger de plus (ou, au plan matériel, en moins) des conditions de vie de Mme Van Volsem pour qu'elles soient vraiment dégradantes* »[126]. La chose semble donc entendue : la pauvreté, fût-elle extrême et la cause de conditions de vie que Zola ou Hugo n'eurent point ignorées, ne constitue pas un traitement inhumain ou dégradant. Humainement critiquable, cette solution l'est aussi juridiquement et la conclusion de la Commission semble résulter davantage d'une pétition de principe que d'un strict raisonnement juridique : arc-boutée sur une conception dépassée des droits garantis par la Convention, elle semble revenir sur l'interprétation dynamique inaugurée par la Cour dans sa jurisprudence *Airey*. Il n'est toutefois pas improbable qu'elle soit désavouée par la nouvelle Cour européenne : plusieurs éléments militent en effet en faveur d'un revirement de jurisprudence.

Ils résultent tout d'abord d'une évolution sensible dans l'analyse des conditions nécessaires à la qualification de traitements inhumains ou dégradants. Le critère de l'intentionnalité n'est plus toujours requis dans la mise en œuvre de l'article 3 : le constat du traitement inhumain ou dégradant se suffit et la jurisprudence européenne ne requiert pas systématiquement l'intention de l'auteur, étatique ou privé, pas plus qu'elle ne se fonde sur un acte délibéré. Une simple

---

[125] F. SUDRE, note précitée, p. 353.
[126] Id., p. 352.

situation de fait suffit[127]. Ainsi, la notion de "traitement" inscrite dans l'article 3 n'a pas empêché la Cour dans son arrêt *D. c. R.U.* de 1997 d'examiner une situation de fait incompatible avec le respect de la dignité de la personne humaine[128]. Une telle interprétation rejoint ainsi celle du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, lequel considère que des mauvais traitements peuvent résulter « *non pas d'une volonté délibérée, mais être plutôt le résultat de déficiences dans l'organisation ou d'insuffisance de ressources* »[129]. Cette nouvelle lecture de l'article 3 lève ainsi un obstacle implicite à la reconnaissance de nouveaux cas de figure de traitements dégradant : l'inhumanité des conditions de vie dans la misère ne procède pas, la plupart du temps, de traitements délibérément infligés. Sauf cas extrêmes[130], elle résulte d'une accumulation de mesures administratives ou judiciaires[131] et, plus encore, d'une situation de fait indépendante de tout élément intentionnel. Le contexte juridique

---

[127] V. en ce sens l'analyse de B. MAURER, thèse précitée, p. 270 ; d'autres auteurs sont cependant plus nuancés : ainsi, selon H. FOURTEAU (*L'application de l'article 3 de la Convention Européenne des droits de l'homme dans le droit interne des Etats membres. L'impact des garanties européennes contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants*, LGDJ, 1996, p. 62) les souffrances doivent avoir été infligées délibérément ; cet aspect intentionnel élimine, par exemple, les délits à caractère intentionnel tels que les coups et blessures par imprudence ou négligence mais les coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner sont inclus dans le champ d'application de l'article 3. Le point nodal réside donc dans la conception que l'on peut se faire de cet élément intentionnel. Au regard de la jurisprudence de la Cour en matière d'extradition ou d'expulsion, il semble logique d'admettre que la simple conscience des conséquences potentiellement graves d'un acte commis est de nature à remplir la condition d'intentionnalité, ce qui, dès lors, lève tout obstacle à la qualification de traitement dégradant de, par exemple, une expulsion locative ou une coupure d'eau ou d'électricité. V. en ce sens la jurisprudence judiciaire française analysée *supra*, 1ère partie, titre 1, chapitre 2, § 103.

[128] Arrêt du 2 mai 1997, relatif à l'expulsion d'un malade du SIDA, *Rec.* 1997-V, § 49 : « *Il est vrai que ce principe jusqu'à présent a été appliqué par la Cour dans des affaires où le risque que la personne soit soumise à l'un des quelconques traitements interdits découlait d'actes intentionnels des autorités publiques du pays de destination ou de ceux d'organismes indépendants de l'Etat contre lesquels les autorités n'étaient pas en mesure de lui offrir une protection appropriée* (...) *Hormis ces cas de figure et compte-tenu de l'importance fondamentale de l'article 3 dans le système de la Convention, la Cour doit se réserver une souplesse suffisante pour traiter de l'application de cet article dans les autres situations susceptibles de se présenter* ».

[129] 2e rapport général d'activité du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, 13 avril 1992, CPT/Inf (92), § 44, p. 15.

[130] Un exemple extrême de traitement dégradant délibérément infligé pourrait être trouvé dans l'affaire Weiss : suite à une plainte déposée par M. Weiss et le mouvement ATD Quart Monde contre le maire de HOERT qui avait ordonné, en janvier 1974, la destruction du domicile de la famille et avait, de ce fait, obligé la famille démunie à trois années d'errance, d'abord dans les bois et rejetée par les villages environnants, puis dans une caravane qui devait être déplacée toute les 48 heures, la Cour de Cassation a, le 26 mars 1985, reconnu coupable le maire du chef de « destruction d'objets immobiliers appartenant à autrui » (intervention du mouvement ATD Quart Monde sur le point 10 de l'ordre du jour à la 47e session de la Sous Commission des droits de l'homme, Genève, 21 août 1995).

[131] V. en ce sens un jugement du juge de paix de Tubize en Belgique, à propos d'un aval donné à l'expulsion d'un logement : « *le fait pour un tribunal belge de prononcer le déguerpissement d'une famille de sept personnes, alors que le chef de famille est victime d'un accident du travail, et que la mère de famille (5 enfants) est enceinte de sept mois constitue de toute évidence un traitement inhumain d'autant plus que ce déguerpissement est requis pour le 31 mars, soit moins de deux mois avant la parturiente, que le père premier défendeur est en état d'incapacité de travail et que la famille se compose de cinq tout jeunes enfants, que dès lors l'Administration de la justice belge ne saurait prêter la main à pareille demande contraire à un engagement international solennellement souscrit par la Belgique* »; Jugement en date du 12 mars 1980, cité par A. D. OLINGA, « Le droit à des conditions matérielles décentes… », article précité, p. 155.

ayant changé, rien n'interdirait désormais à la Cour d'examiner les conséquences résultant de cette situation de fait.

239. D'autres facteurs d'évolution sont à trouver dans la théorie des obligations positives : la jurisprudence de la Cour européenne montre très nettement que l'obligation de respect de la dignité de la personne humaine pèse tout à la fois sur les personnes privées[132] et sur l'Etat, lequel est tenu non seulement d'une obligation d'abstention mais aussi de prestation et de réglementation. En ce sens, le traitement dégradant est ainsi caractérisé lorsqu'une administration pénitentiaire néglige de prendre les mesures d'hygiène les plus élémentaires afin qu'un détenu puisse remplacer ses vêtements souillés ou lorsqu'elle elle laisse un prisonnier sans soins médicaux adéquats pendant huit jours[133]. Jurisprudence qui, on le voit, n'est pas très éloignée dans ses résultats des conséquences tirées par la Cour à la suite de l'arrêt *Airey* : le droit d'accès à la justice se dédouble d'une obligation d'instaurer un système d'assistance judiciaire au profit des plus démunis[134]. De même, le droit au respect de la vie familiale implique des prolongements économiques et sociaux[135]. La théorie du prolongement économique et social des droits civils et politiques à beau être timide, elle n'en a pas moins le mérite d'exister, et certains auteurs préconisent d'étendre la portée des obligations positives et de donner une portée plus large aux effets horizontaux de l'article 3[136].

La grande attention portée désormais aux problèmes nés de la pauvreté, que traduisent différentes analyses doctrinales et rapports officiels d'organismes internationaux, Conseil de l'Europe en tête, pourrait être de nature à influencer la jurisprudence de la nouvelle Cour de Strasbourg. L'accent mis sur la déchéance et l'atteinte à la dignité résultant de conditions de vie misérables ouvre ainsi un nouvel espace de réflexion, propice à une extension du champ d'application de l'article 3 de la Convention. Le dépassement de la jurisprudence *Van Volsem* est souhaitable : la reconnaissance du caractère dégradant et attentatoire à la dignité humaine de la

---

[132] Ainsi, les personnes privées gérant une activité d'intérêt général peuvent engager la responsabilité de l'Etat sur le fondement de l'article 3. La chose est connue depuis la jurisprudence relative aux châtiments corporels pratiqués par des écoles privées anglaises (aff. *Costello-Roberts c. RU*, 25 mars 1993, série A, vol. n° 247.C). Une coupure d'eau ou d'électricité, quand bien même elle ne serait pas le fait de l'Etat mais de compagnies privées ou d'établissements publics en charge d'une mission de service public pourrait ainsi, sans obstacle juridique majeur, entraîner la condamnation de l'Etat partie.

[133] Comm. EDH, 28 janvier 1994, *Hurtado c. Suisse*, série A, n° 280-A ; *RUDH*, 1994, pp. 259-260, chr. F. SUDRE,. Dans cette hypothèse, la Commission dépasse son interprétation traditionnelle des obligations de l'Etat et reconnaît que dans le cadre de services publics où les administrés sont entièrement pris en charge, une obligation d'agir pèse sur l'Etat (V. en ce sens H. FOURTEAU, thèse précitée, p. 88). Or, il semble que l'idée de dépendance et de vulnérabilité de la victime du traitement dégradant soit à l'origine de cette obligation positive, la victime ne pouvant se protéger par ses propres moyens. Il n'y aurait pas trop à forcer le trait en considérant que la personne en situation de dénuement extrême se trouve, elle aussi, dans une situation de dépendance, de vulnérabilité et d'impuissance telle qu'elle ne peut se protéger seule, et que, dès lors, une obligation positive pèse sur l'Etat.

[134] Arrêt du 13 mai 1980, *Artico*, A. 37.

[135] Arrêt *Marckx*, 13 juin 1979, A. 31. La portée de ces obligations positives est toutefois limitée d'après la décision de la Commission *Van Volsem*, précisant que l'article 8 n'oblige pas l'Etat à intervenir positivement pour rétablir des conditions de vie familiale dégradées (V. sur ce point, ce chapitre, *infra*).

[136] V. en ce sens B. MAURER, thèse précitée, p. 357. Sur l'ensemble de la question : F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, pp. 363-384, spé. pp. 370-371.

privation de logement d'une famille nombreuse ou du refus d'assurer toute scolarisation ou tout accès aux points d'eau aux familles de nomades « *irait dans le sens d'une évolution historique qui a contemplé tous les rapports sociaux ; travail des enfants dans les mines au 19e siècle, enfermement des mendiants au 18e siècle. L'Europe à ces époques faisait supporter aux pauvres et aux enfants des pauvres des traitements que les nantis ne subissaient pas* »[137]. Le seul problème pratique réside dans la détermination des conditions d'ouverture de la protection conventionnelle. Ceci nécessiterait un effort de précision des juges européens, effort qui pourrait s'inspirer des solutions retenues par les ordres juridiques internes. En effet, ceux-ci se sont dotés d'un arsenal juridique liant étroitement protection de la dignité et prise en compte de la pauvreté. A cet égard, certaines solutions retenues par le droit français soulignent l'obsolescence de la jurisprudence de la Commission.

II- Pauvreté et dignité en droit interne : l'exemple de la réglementation du logement

240. L'évolution que connaît la législation française relative à l'insalubrité des logements révèle l'émergence du principe de sauvegarde de dignité de la personne humaine en droit interne. Certes, la réglementation de la salubrité des logements est ancienne et remonte aux législations édictées sous la IIème République tendant à améliorer les conditions de vie des ouvriers, entassés dans des taudis[138]. Des préoccupations hygiénistes de santé publique sont donc très directement à l'origine d'une législation de police, profondément remaniée depuis mais dont les principes subsistent[139]. Or, il semble que le fondement séculaire du maintien de l'ordre public tende à décliner au profit de nouveaux fondements, relatifs à la personne[140]. La jurisprudence constitutionnelle offre sur ce point un exemple éclairant de l'évolution et du "ré-ordonnancement" du droit autour de nouvelles sources. Une nouvelle lecture des différentes dispositions relatives à la salubrité des logements est possible, à la lumière du principe dégagé par le Conseil Constitutionnel en 1995. L'affirmation selon laquelle « *la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle* »[141], que le Conseil Constitutionnel déduit, entre autres références, du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation, est, à cet égard, profondément novatrice et fondatrice.

---

[137] L. PETITTI, « Pauvreté et Convention européenne des droits de l'homme », *Rapport de la commission nationale consultative des droits de l'homme pour 1992*, précité, p. 569.

[138] H. DE RIANCEY, *Rapport fait au nom de la commission d'assistance et de prévoyance sur la proposition de M. de Melun relative à l'assainissement des logements insalubres*, Compte Rendu…, Ass. Lég., ann. add. séance du 8 décembre 1949, T. 4, p. 30.

[139] A. L. 2 à L. 32 du Code de la Santé publique sur les immeubles et logements insalubres, a. L. 35 à 42 relatifs aux îlots insalubres ; V. notamment Ch. GABOLDE, « Hygiène publique », *Jcl. Adm.*, fasc. 220, § 115 et s.

[140] Alors que, parallèlement, le contenu de la notion d'ordre public évolue lui-même jusqu'à inclure, désormais, des considérations relatives à la protection de la dignité de la personne. V. sur ce point la fameuse affaire du lancer de nain CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *Rec*. p. 372, concl. P. FRYDMAN.

[141] Décision n°94-359 DC, 19 janvier 1995 ; *AJDA*, 1995, p. 455, note B. JORION ; *LPA*, 1996, n° 68, p. 9, chr. B. MATHIEU ; *RFDC*, 1995, pp. 404 et s., note P. GAIA ; *RDP*, 1996, p. 21, chr. D. ROUSSEAU.

Dans ce lien établi entre conditions de logement décentes et protection de la dignité contre toute forme de dégradation, l'idée essentielle réside dans le terme de *dégradation* : il constitue la notion centrale, à l'aune de laquelle se mesure la décence du logement que chacun doit pouvoir obtenir. En effet, il est avéré qu'être sans logement ou vivre dans un logement insalubre occasionne une série de dégradations : dégradations physiques tout d'abord, dues aux maladies causées par la vie dans un taudis ou résultant d'une vie d'errance sans possibilité de bénéficier de l'hygiène la plus élémentaire. Que l'on songe au saturnisme, à la gale, aux différentes infections et pathologies parasitaires[142]… Dégradations psychiques ensuite, résultant de l'humiliation et de l'angoisse que la vie dans de minables garnis, dans des taudis vétustes ou à la rue peut occasionner[143]. Le logement constitue donc une protection contre des menaces physiques et mentales et son absence, ou son inadaptation, est de nature à entraîner une dégradation certaine de la personne. Ce constat suffit à lui seul à justifier le rattachement opéré par le Conseil entre dignité et logement décent.

Certes, la solution a pu être désapprouvée : ainsi, B. Mathieu critique le rattachement du droit au logement décent au principe de dignité car le premier est, selon lui, un « *droit contingent, dont la portée est différente selon la situation géographique ou la conjoncture économique* »[144] tandis que la dignité de la personne humaine est absolue. Et l'auteur souligne, à l'appui de son raisonnement, que « *l'ajout du caractère "décent" du logement illustre parfaitement la grande subjectivité qui le caractérise* ». Il est permis de ne pas suivre un tel raisonnement. Il semble, tout au contraire, que l'idée de décence renvoie à la dignité fondamentale de la personne. La décision de 1995 ne procède pas à un rattachement du "droit au logement" à la dignité sociale : elle ne vise pas l'homme dans ses rapports à autrui, ne tend pas à plus d'égalité sociale. Tout au contraire, elle vise l'homme atteint dans son humanité. Elle tend à prévenir, par l'affirmation d'un droit fondamental[145], le ravalement du sans-domicile-fixe au rang de bête cherchant un abri contre les intempéries ; elle cherche à conjurer l'humiliation, la maladie, la déchéance physique et morale qu'entraîne la vie dans un bidonville. Derrière le droit à un logement décent, c'est la dignité fondamentale de l'être humain qu'il s'agit de protéger. Certes, cet aspect de la dignité fondamentale a des répercussions sociales. Mais ce seul constat ne saurait exclure toute évocation du principe[146]. Ce n'est pas

---

[142] Les études médicales relèvent toutes de façon convergente la multiplication et la diversité des pathologies infectieuses chez les personnes vivant à la rue, dans un habitat précaire ou un logement insalubre. Pour un exemple : D. TINH NGUYEN, G. BRUCKER, « Pathologie infectieuse des patients sans-domicile-fixe », *La revue du praticien, médecine générale*, n° 397, 3 novembre 1997, pp. 17-21.

[143] Dépression, alcoolisme et toxicomanies sont ainsi engendrées par l'exclusion sociale : V., par exemple, E. PIEL et M. MINARD, « Psychiatrie et exclusion, un problème de santé publique », *Libération*, 26 novembre 1997, p. 9 ; Ph. ROY, « L'alcoolisme des sans abris, une maladie qui relève de la médecine », *Le quotidien du médecin*, 20 novembre 1997 ; V. M., « La bibine dans la débine », *Le généraliste*, 2 décembre 1997.

[144] B. MATHIEU, « L'accès au logement », *in* S. DION-LOYE et D. GROS (dir.), *La pauvreté saisie par le droit*, Ed. du Seuil, coll. *Le genre humain*, à paraître.

[145] Pour une démonstration de la nature de droit fondamental du droit au logement, V. *supra*, chapitre précédent, § 216.

[146] B. Mathieu le reconnaît par ailleurs explicitement. « *On ne peut laisser mourir un homme de froid, de faim ou de maladie et reconnaître à la fois son égale appartenance à l'humanité. Ce sont ainsi les*

une égalité sociale qui est ici en cause : il n'y a pas volonté de "lissage" des inégalités sociales contingentes, mais affirmation solennelle d'une égale appartenance à l'humanité et manifestation d'une volonté du droit de supprimer les conditions d'une situation dégradante et avilissante pour l'homme[147]. La preuve en est l'ajout de la mention de la décence du logement. Celle-ci est loin d'être appréciée différemment selon les cas. Des normes minimales en matière de construction ou d'appréciation de l'insalubrité d'un habitat sont fixées depuis longtemps[148]. Plus encore, la loi de décembre 2000, relative à la solidarité et au renouvellement urbain a encore renforcé cette obligation[149]. En affirmant, dans son article 187, que « *le bailleur est tenu de remettre au locataire un logement décent ne laissant pas apparaître de risques manifestes pouvant porter atteinte à la sécurité physique ou à la santé et doté des éléments le rendant conforme à l'usage d'habitation* » et en renvoyant à un décret d'application le soin de déterminer les caractéristiques requises pour les immeubles locatifs, la loi dite SRU vient compléter le lien entre dignité fondamentale et jouissance d'un logement décent. C'est parce qu'il est contraire à la dignité de l'homme de vivre dans des conditions indécentes qu'un plancher minimal de normes sanitaires est fixé par voie réglementaire. Le droit, sur ce point, définit de façon objective les critères de salubrité et de "décence".

La sauvegarde de la dignité fondamentale de l'homme passe donc par l'affirmation d'un accès à un logement décent. S'appuyant sur un raisonnement juridiquement irréfutable, la décision du Conseil Constitutionnel donne un éclairage novateur et une unité profonde à certaines législations qui lui sont parfois antérieures. Deux exemples sont particulièrement révélateurs : d'une part, certaines incriminations du Nouveau Code Pénal, d'autre part, les mesures traditionnelles relatives au logement insalubre, remaniées par la loi de 1998 de lutte contre les exclusions et celle de 2000 dite SRU. Dans les deux cas, le principe de sauvegarde de la dignité humaine constitue un fondement certain des mesures législatives relatives aux conditions d'habitat.

241. Ce principe est particulièrement évident dans l'incrimination des conditions d'hébergement contraires à la dignité humaine prévue par l'article 225-14 du Nouveau Code Pénal : « *le fait de soumettre une personne, en abusant de sa vulnérabilité ou de sa situation de dépendance, à des conditions* (...) *d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de deux ans d'emprisonnement et de 500 000 francs d'amende* ». Le délit se voulait, à l'origine, le moyen de lutter contre les négriers et marchands de sommeils exploitant la fragilité et le dénuement

---

conditions de vie minima, non contingente qui sont protégées » (in « L'accès au logement », précit., à paraître).

[147] V., pour une opinion contraire, B. MATHIEU selon qui « *c'est ainsi non plus la personne humaine mais l'individu, aux prises avec les contradictions et les tensions du champ social qui est protégé. Le principe de dignité perd alors de sa spécificité, il est dilué, rabaissé au niveau des autres droits sociaux avec lesquels il entre alors en concurrence* » (« La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », *D.*, 1996, chr., p. 285).

[148] Elles résultent, pour ce qui concerne les prescriptions minimales en matière d'installation d'eau potable, d'isolation phonique ou de surfaces transparentes sur l'extérieur des articles R. 111-3, -4 et -10 du Code de la Construction et de circulaires réglementaires actualisées par le Conseil supérieur de l'hygiène publique pour ce qui a trait aux critères d'insalubrité.

[149] Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain, *JO* 14 décembre 2000, p. 19777 ; décret d'application à paraître.

d'étrangers souvent en situation irrégulière. Toutefois, son champ d'application pourrait s'avérer plus vaste. En effet, la vulnérabilité ou la dépendance de la victime, éléments constitutifs de l'infraction difficilement détachables, bénéficient d'une interprétation extensive. Si la première peut être due à des circonstances personnelles (âge, état de grossesse, infirmité…), elle peut aussi s'avérer d'origine sociale ou culturelle : la présentation du projet de loi visait ainsi les immigrés, mais la doctrine interprète largement cette disposition, en incluant les personnes issues de milieux défavorisés, les sans-emploi ou sans-abri[150]. Quant à la situation de dépendance de la victime, elle peut résulter non seulement d'un lien de droit mais aussi d'une situation de pur fait : « *il s'agira en général d'une dépendance économique* »[151]. Les pénalistes sont unanimes : « *toute personne disposant de très faibles revenus (au regard de l'importance de ses charges) pourra être considérée comme étant en état de dépendance économique. Tel pourra sans doute être le cas des personnes bénéficiant du revenu minimum d'insertion* »[152]. Dernier élément constitutif, l'idée d'exploitation, sous-jacente à l'incrimination : comme le remarque B. Mathieu, « *il s'agit de sanctionner l'instrumentalisation d'un homme par un autre homme et non les conditions de vie en elles-même* »[153]. Toutefois, la rédaction de l'incrimination montre que ce sont les conditions de vie ou de logement en elles-mêmes qui sont jugées contraires à la dignité : l'article est animé d'une logique profonde et repose sur deux éléments : traiter l'individu comme un moyen et non comme une fin en soi, en profitant de sa pauvreté - le premier élément est ici d'ordre intentionnel - par le biais d'un logement contraire à la dignité de la personne - et le deuxième élément s'apprécie ici de façon objective -.

Il reviendra à la jurisprudence de préciser l'appréciation matérielle des conditions d'hébergement contraires à la dignité. Le très faible nombre de condamnations rendues à ce jour ne permet pas de dresser un tableau de ces situations. Un arrêt toutefois se détache, confirmé par la Cour de Cassation. Le délit est ainsi caractérisé par le fait, pour un propriétaire, de louer à titre onéreux un logement très exigu, insalubre et mal chauffé, à un couple avec enfant en bas âge, dont la femme était enceinte et dont le mari, étranger en situation irrégulière, avait été contraint d'accepter ce logement pour pouvoir s'installer en région parisienne et y travailler. La Cour souligne que le logement de 20 m^2, contrevenant aux dispositions du règlement sanitaire départemental, présente une humidité et des conditions de chauffage mettant en péril la santé des habitants[154]. Plus généralement,

---

[150] V. en ce sens F. LE GUNEHEC, « Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne », *Jcl pénal*, 1996, § 9 ; G. ROUJOU DE BOUBEE, B. BOULOC, J. FRANCILLON, Y. MAYAUD, *Code Pénal annoté*, Dalloz, 1996, p. 362. Le juge pénal semble s'engager dans cette voie : un arrêt de la Cour d'Appel de Paris (19 janvier 1998, *Droit pénal* 1998, comm. n° 64, obs. M. VERON) a souligné combien l'élément économique est prépondérant. Selon la Cour, si le législateur a voulu étendre la protection de l'article 225-14 du Code Pénal aux personnes socialement ou culturellement vulnérables, il n'a pas entendu inclure dans cette catégorie les personnes étrangères à raison de leur seule extranéité. Le juge doit rechercher l'existence d'une contrainte économique ou morale. Il a ainsi été jugé qu'à défaut d'une telle contrainte qui aurait obligé les résidents d'un foyer insalubre à se maintenir dans les lieux contre leur gré, le délit n'est pas constitué.

[151] G. ROUJOU DE BOUBEE et al., précit., p. 363.

[152] F. LE GUNEHEC, précit., § 10.

[153] B. MATHIEU, article précité, à paraître.

[154] CA Paris, 26 juin 1996, *Droit pénal*, 1996, comm. n° 243, note M. VERON ; confirmé par C. Cass., 11 février 1998, *D.* 1998, IR, p. 89 ; *Droit pénal*, 1998, comm. n° 65, note M. VERON.

les situations d'hébergement contraires à la dignité pourraient résulter soit de caractéristiques intrinsèques au logement (absence des conditions d'hygiènes minimales telles que l'eau courante, le chauffage, les sanitaires, l'électricité) ou de l'inadéquation du logement aux besoins des personnes qui y habitent. Il est possible que le juge prenne en considération, comme élément objectif d'appréciation, les règles générales de construction fixées par le Code de l'Urbanisme ou le Code de la Construction et de l'habitation, fixant des prescriptions minimales en matière d'installation d'eau potable, d'isolation phonique ou de lumière[155].

D'ores et déjà, et malgré le faible nombre de condamnations rendues à ce jour, un constat se dessine : en liant protection de la dignité du pauvre et risques d'atteinte à sa santé résultant de conditions de vie dans un habitat dégradé, la loi pénale et son application jurisprudentielle se situent dans le droit fil de la jurisprudence constitutionnelle et anticipent le lien retenu deux ans plus tard par le législateur dans la loi SRU.

242. La loi relative à la lutte contre les exclusions offre une autre manifestation du principe de sauvegarde de la dignité humaine contre la dégradation naissant de conditions de vie dans un logement insalubre. En offrant aux préfets de nouvelles prérogatives pour lutter contre le saturnisme, elle traduit une prise de conscience de la recrudescence de pathologies sociales, liées directement aux conditions de vie. Le saturnisme, cette maladie de la pauvreté, est bien connu : l'intoxication au plomb est une des manifestations de l'exclusion et frappe les enfants vivant dans un habitat insalubre, au contact de murs lépreux. Près de 70 000 enfants sont susceptibles d'être intoxiqués en région parisienne et le double dans toute la France. Après une longue période de fatalisme, la mort de deux enfants en 1985 à Paris a suscité un regain d'attention pour cette maladie qui occasionne souvent de graves retards psychomoteurs : des circulaires du ministère de la Santé et du logement se sont multipliées, des réseaux de surveillance ont été instaurés avant l'édiction de dispositions énergiques par la loi de 1998[156], tendant à renforcer les pouvoirs de police du Préfet contre cette "maladie des taudis". Parallèlement, la loi dite SRU énumère un ensemble de mesures concernant l'insalubrité et l'état de péril de certains immeubles, en renforçant tout à la fois les pouvoirs de police du préfet ou du maire en la matière et les obligations pesant sur les propriétaires[157]. Certes, la sauvegarde de la dignité humaine n'apparaît pas explicitement comme le fondement de ces mesures. Toutefois, il est rationnellement possible de voir un lien logique d'inspiration, celui de la sauvegarde de la dignité, entre les mesures prises en 1998 tendant à préserver l'intégrité physique d'enfants pauvres vivant dans des logements anciens, vétustes et dangereux, celle de 2000 visant à faire peser des obligations juridiques nouvelles sur les rapports entre propriétaires et locataires pour assurer la décence des logements loués et la décision de 1995 faisant de la possibilité

---

[155] Article R. 111-3, -4 et -10 du Code de la Construction. A cet égard, le décret d'application prévu par l'article 187 de la loi SRU constituera certainement un élément objectif d'appréciation pour le juge pénal.

[156] L'article 123 de la loi de 1998 modifie le Code de la Santé publique en instaurant une section consacrée aux « *mesures d'urgence contre le saturnisme* », qui détaille les pouvoirs désormais conférés au Préfet pour prévenir l'apparition de cas de saturnisme et rendre obligatoire les travaux de réfection des immeubles concernés.

[157] Section 3 du Titre IV de la loi SRU, précitée, modifiant à la fois le Code de la Santé publique et le Code de la Construction et de l'Habitation.

d'accéder à un logement décent une conséquence de la sauvegarde de la dignité humaine. Car après tout, éradiquer une maladie sociale et doter les autorités de police des moyens de lutter contre un fléau atteignant des enfants dans leur développement psychique et physique, n'est-ce pas se référer à une priorité essentielle, celle de la dignité de l'adulte en devenir ?

Une telle référence, explicite dans la loi pénale, implicite dans celle de 1998 et de 2000, est à ce titre révélatrice d'une mutation, celle du passage d'une protection de la société à une protection de l'individu. Les textes initiaux du XIXe siècle tendaient à assainir les habitats insalubres dans un souci d'éradiquer les épidémies ; les textes adoptés à la fin du XXe siècle tendent davantage à protéger la personne contre l'exploitation économique et les atteintes à son intégrité résultant de conditions de logement indécentes.

Il faut, dès lors, en partie donner raison au juge Vilhjalmsson, dans son opinion dissidente relative à l'affaire Airey : « *on ne peut gagner la guerre contre la pauvreté en interprétant largement la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »[158]. Cette lutte se résoudra certainement sur des terrains irréductibles au droit. En revanche, il est certain que le droit ne saurait rester indifférent aux conditions de vie résultant de la pauvreté. Parce que celle-ci peut conduire à l'abaissement, l'angoisse, la maladie et la mort anticipée, bref à l'inhumain, le droit doit en prendre acte et en tirer les conséquences. Il s'agit alors de reconnaître l'atteinte à la dignité fondamentale et d'édicter les mesures nécessaires à la préservation de celle-ci contre toute forme de dégradation. Mais, parce qu'elle peut aussi conduire à exclure de la communauté humaine, c'est le principe de dignité sociale qui s'ouvre alors à l'étude juridique.

§ 2- Pauvreté et dignité sociale

243. L'homme ne se conçoit pas de façon isolée : être social par essence, il s'intègre et s'épanouit nécessairement dans une communauté, fut-elle conçue de façon la plus réduite, la cellule familiale. L'état de nature est donc un mythe intellectuel, une illusion certaine et tout être humain est évidemment « *situé* » et intégré à un milieu social. De cette évidence découle l'idée de dignité sociale. La dignité de l'homme ne se résume pas à sa dimension isolée d'être physique, elle n'est pas qu'une barrière préservant l'intimité corporelle et spirituelle de la personne. Elle rayonne vers l'extérieur et tend à préserver l'individu dans ses relations, à reconnaître la part sociale de l'homme, son éminente socialité. A cet égard, elle recouvre à la fois l'épanouissement personnel de l'être humain dans ses relations privées et la protection de son honneur, au sens où A. de Vigny l'entendait, cet honneur qui, « *toujours et partout* (...) *maintient dans toute sa beauté la dignité personnelle de l'homme* »[159]. C'est donc dans cette double acception de la dignité sociale, à la fois sphère affective (I) et considération sociale (II), qu'il convient de placer l'étude des conditions de vie résultant de la pauvreté.

---

[158] Cour EDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, précité.
[159] A. DE VIGNY, *Servitude et grandeur militaire*, cité par B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, Bibl. droit privé, LGDJ, 1995, p. 25.

I- Le pauvre dans ses relations privées : dignité et épanouissement personnel et familial

Misère, humiliation, angoisse, illettrisme, conditions de vie insalubres… Le quotidien d'une partie de la population semble en décalage flagrant avec l'idéal de bonheur auquel aspirent les déclarations des droits de l'homme. Dans son intimité la plus profonde, la victime de la pauvreté est aussi victime d'une atteinte au droit au respect de la vie privée, à l'épanouissement personnel qui en découle. Qu'il soit analysé tant dans les liens qu'il entretient avec le principe de liberté (A) qu'avec celui d'égalité (B), le droit au respect de la dignité de la personne est mis à mal par le dénuement.

A- Pauvreté, dignité et liberté

244. « *Le respect de la vie privée est, dans l'état actuel des choses, une formule pratiquement creuse pour les personnes très défavorisées* »[160]. Suivi des familles, enquêtes, placements d'enfants, les politiques sociales fourmillent de pratiques témoignant d'un traitement différencié des familles vivant dans la pauvreté. A travers ces exemples, ce sont tout à la fois les principes de liberté et de dignité qui apparaissent. En droit français, la question du placement d'enfants et du contrôle social sera davantage appréciée sur le fondement du principe de liberté individuelle[161], alors que, dans le cadre strasbourgeois, le débat sera tranché par référence aux articles 3 et 8 de la Convention.

Mais il est un autre aspect du contrôle social exercé sur les plus démunis qui est révélateur des enjeux du concept de dignité sociale et du droit des individus au respect de leur vie privée : celui des affaires récentes relatives à la constitution de fichiers sociaux. Le développement de l'informatique a conduit les services sociaux à élaborer des systèmes de traitement informatisé qui, loin d'être de simples instruments de gestion comptabilisant les prestations accordées, comportent des informations très précises sur les motifs des prestations accordées[162]. Le spectre d'un fichage généralisé des populations en situation d'exclusion a réapparu en 1998, avec l'utilisation par les départements, dans le cadre de leurs compétences en matière sociale, du traitement automatisé d'informations nominatives *A.N.I.S.*[163], permettant la création d'un dossier départemental unique sur une personne ou une famille, en regroupant des données informatisées sur leur vie sociale ou leur santé. Malgré un avis favorable de la CNIL en 1997, l'utilisation de ce fichier a suscité de sérieuses réserves.

Le risque d'élaboration d'une cartographie de l'exclusion, avec un maillage des quartiers où se concentrent les difficultés sociales, a ainsi été mis en évidence.

---

[160] J. FIERENS, précit., p. 143.

[161] Donnée qui justifie son étude au sein de cette thèse dans le cadre de la violation de la liberté individuelle (V. *supra*, § 231-233)

[162] Les projets A.U.D.A.S.S. ou G.A.M.I.N. ont suscité les premières inquiétudes dans les années 1970-1980. V., sur ce point, R. LAFORE, *Recherche sur les interventions publiques en matière sociale : le secteur de l'enfance inadaptée-handicapée*, Thèse Limoges, 1986, dact., pp. 194 et s.

[163] Acronyme pour "Approche nouvelle de l'information sociale" ; V. *Le Monde*, 15 juillet 1998, « Des associations redoutent un fichage informatisé des populations en difficulté ».

Ce danger a été souligné par la CNIL en 1994, lorsqu'elle se déclarait préoccupée de voir se « *développer un fichier global des populations défavorisées et partant, une sorte de cartographie de l'exclusion reposant sur la définition de profils individuels ou familiaux de précarité* »[164]. Ce danger est d'autant plus réel que ces fichiers font mention d'informations relatives à l'intimité de la personne et teintées d'un fort subjectivisme. Le fichier *A.N.I.S.* prévoit ainsi une typologie des difficultés et des potentialités de la personne, se présentant sous la forme d'une liste que le travailleur social ne peut remplir que sur le mode binaire du coché ou non coché. Or, certains de ces items font appel à des appréciations fortement subjectives telles que « *difficultés psychologiques* », « *capacité à établir des liens affectifs* », « *état de dépendance (reconnu/exprimé)* », « *difficultés d'intégration sociale* ». De telles indications, choquantes pour un regard extérieur, constituent pourtant la règle générale en matière d'enquêtes sociales. Le contenu et les méthodes de ces dernières sont indéterminés. Souvent fondée sur des ragots[165], l'enquête sociale traduit essentiellement « *des jugements de valeur, ceux de l'enquêteur ou ceux de ces informateurs* »[166] articulés autour de trois pôles : le respect d'une vague "moralité publique", dont « *les critères se condensent en une allégeance aux grandes institutions fondamentales que sont famille et mariage, école et travail, médecine et religion* »[167], les éléments de sociabilité comme les relations familiales ou sociales, le mode de vie, décliné autour de l'habitat, l'alimentation… On mesure le danger de telles appréciations, évidemment réductrices, extraites de tout contexte personnel et de nature à entraîner une série de mesures, de la suspension des allocations au placement des enfants. Enfin, un dernier problème se pose quant à la durée de conservation des données : les mentions doivent être normalement supprimées dans un certain délai à compter de l'expiration des procédures d'aide sociale ; toutefois, certaines familles en grande difficulté peuvent être suivies sur plusieurs générations : les procédures se succédant les unes aux autres, les données peuvent s'amasser et constituer à terme un fichier "généalogique" révélant toute l'histoire des familles.

Face aux réelles menaces pesant sur le droit au respect de la vie privée, force est de souligner les limites du droit. Le cadre juridique mis en place par la loi du 6 janvier 1978 n'offre pas à ces familles démunies le droit de s'opposer au recueil de telles informations. Le contrôle de la CNIL, malgré l'émotion d'associations, est très souple. En réalité, l'exemple illustre parfaitement la faible protection dont bénéficie la vie privée : la principale limite réside dans le contrôle de la divulgation des informations. En tout état de cause, la vie privée n'est pas conçue comme un espace clos interdit au regard d'autrui sans le consentement du titulaire mais « *se réduit à un ensemble d'informations collectées et construites selon des mécanismes intra-administratifs dont on aménage une certaine transparence* »[168].

---

[164] Délibération de la CNIL n° 94-063 du 28 juin 1994, à propos du fichier A.N.A.I.S.S ("Application nationale Informatique des services sociaux") mis en place dans les services sociaux des caisses de sécurité sociale.

[165] « *L'enquête sociale est à la base de renseignements anonymes et personne n'y peut rien* » selon M. BLONDET, « Les renseignements anonymes dans les enquêtes sociales et les enquêtes de personnalité », *JCP*, 1969, I, 2218.

[166] R. LAFORE, thèse précitée, p. 201.

[167] Id., p. 190.

[168] Id., p. 216.

Au vu de telles pratiques apparaît alors la faible réception par le droit français de la notion de dignité sociale, entendue au sens de protection légitime de l'intimité de la vie privée. L'épanouissement de la personne dans le cadre de ses relations familiales et privées peut être réduit à peu de choses, dès lors que des préoccupations d'ordre administratif[169] ou social justifient immixtion et surveillance des populations bénéficiaires de l'aide sociale. Le respect de la dignité perd de son sens lorsque toute une vie se réduit à une grille d'appréciations types, stockées et diffusées dans des réseaux d'institutions sociales, utilisables par les travailleurs sociaux chargés d'étudier les mesures à prendre. Le terme devient vain lorsque la vie d'une même famille est "étudiée" par différents enquêteurs officiels, le tout sans synchronisation et sans grande réglementation[170].

245. Mais le fait est que cette faible réception de la dimension sociale de la dignité n'est pas une spécificité française : une affaire célèbre en Belgique a suscité une certaine émotion en montrant les limites de la protection de la dignité par le droit. Sous le slogan « *Ca aussi, c'est la Belgique* », une campagne publicitaire en faveur de l'action sociale communale belge, largement médiatisée par voie d'affichage, de presse et de télévision, représentait des "scènes de vie" de familles du Quart Monde. Le thème était délibérément misérabiliste puisque les membres d'une famille étaient représentés fouillant dans une poubelle ou vivant dans des conditions dégradées, se cachant le visage de leurs mains. Misère et honte, tous les éléments étaient réunis pour émouvoir le grand public. La diffusion de ces images avait toutefois entraîné des effets pervers, les personnes représentées ayant été reconnues et victimes d'actes de malveillance : enfants injuriés à l'école, lettres anonymes les taxant de « minables » ou de « profiteurs » de l'aide sociale, dégradation de leur voiture… Invoquant le préjudice moral résultant de cette exploitation à des fins publicitaires de leur image, la famille intentait une action en responsabilité, procédure aboutissant *in fine* devant la Cour d'appel de Bruxelles[171]. A l'appui de leur demande, les demandeurs soulevaient une violation des articles 3 et 8 de la Convention européenne ainsi que de l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, selon lequel nul ne peut faire l'objet d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. Derrière cette argumentation, la notion de dignité était omniprésente.

Certes, les parents reconnaissaient avoir accepté ces prises de vue, mais ils précisaient que c'était dans la seule perspective de recevoir en échange une somme de 20 000 francs belges (environ 3 000 francs français), somme qui leur était nécessaire pour parvenir à s'acquitter d'une facture impayée de gaz. La contrainte était ainsi invoquée par les demandeurs, la crainte de devoir passer un hiver sans chauffage ayant, selon eux, vicié le consentement donné. Au terme d'un raisonnement fort discutable, la Cour rejettait la demande des parties. Tout d'abord,

---

[169] L'argument d'une meilleure gestion des dossiers est ainsi avancé par les Conseils généraux en faveur de l'utilisation des fichiers sociaux. A cet égard, il est vrai que le problème est assez délicat : le recours à des fichiers informatisés est nécessaire pour le traitement des prestations sociales, afin d'éviter les cas de fraude ou de dysfonctionnement. Aussi n'est-ce pas tant le principe même des fichiers qui est contestable, mais bien les "débordements" caractérisant quelquefois leur contenu.

[170] V. en ce sens J. FIERENS, précit., p. 144.

[171] CA Bruxelles, 2e chambre, 6 octobre 1995*, J.P. L. et al., ATD Quart Monde Belgique c./ S.A. CCB, S.A. DDB Needham Worldwide et al.*, Droit en Quart Monde, n° 11, juillet 1996, pp. 39 et s.

l'arrêt considère que les éléments constitutifs de la contrainte ne sont pas réunis. En effet, d'après la Cour, « *il n'est* (…) *pas établi que* (les demandeurs) *n'auraient eu d'autre alternative que de se prêter à ces photographies pour éviter de passer l'hiver sans chauffage alors que notamment ils étaient en contact avec* (une personne) *qui pouvait les aider à effectuer les démarches nécessaires en vue de bénéficier de l'aide sociale* »… Partant, « *eu égard à l'existence de ce consentement* », l'article 8 de la CEDH n'est pas violé… On ne peut que rester circonspect devant un tel raisonnement : en effet, quelles perspectives s'ouvraient à cette famille prise à la gorge financièrement ? Soit accepter une faible somme moyennant quelques prises de vue, somme qui avait l'immense avantage d'être versée immédiatement, soit attendre durant un temps vraisemblablement long une aide somme toute hypothétique, comme le reconnaît implicitement la formulation tortueuse de l'arrêt. L'angoisse d'un hiver sans chauffage est certainement de nature à créer une contrainte et donc à vicier le consentement. Peut-on réellement en l'espèce supposer le consentement comme tout à la fois libre et éclairé ? Dans ces conditions, la diffusion à l'échelle nationale de ces photographies, accompagné d'un slogan particulièrement révélateur (« *Ca aussi, c'est la Belgique* ») s'avère, contrairement à ce que dit la Cour, susceptible de porter atteinte au droit au respect de la vie privée.

Mais l'intérêt de la décision réside tout particulièrement dans la motivation relative au deuxième moyen soulevé par les demandeurs. La Cour écarte la violation conjointe des articles 3 de la Convention et 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques au terme d'un raisonnement éclairant : « *Sans nul doute, les conditions de vie des plus démunis peuvent être contraires à la dignité de la personne humaine ;* (mais) *il ne peut cependant être soutenu que l'illustration même de ces conditions de vie porte atteinte quant à elle, à cette dignité, lorsque, comme en l'espèce, elle est le fait d'une association de personnes qui en mettant ces conditions en lumière visent seulement à les dénoncer et à accroître les moyens d'y remédier en suscitant précisément des réactions de solidarité* ». Selon la Cour, l'opportunité de recourir à cette illustration ressort du seul domaine de la morale et de la politique, et les auteurs de la campagne ne peuvent être tenus pour responsables des « *déboires* » subis par les parties en raison de la « *bêtise et de la méchanceté* » des personnes qui les ont reconnues sur les photographies litigieuses.

Le raisonnement est intéressant : la pauvreté entraîne des conditions de vie contraires à la dignité, le fait est expressément reconnu, mais la représentation en elle-même de ces conditions de vie n'est pas contraire à la dignité, du moment qu'elle a pour but, précisément, de lutter contre la discrimination et la stigmatisation en résultant[172]. C'est ici, dans le creux de la démonstration judiciaire, que réside tout l'intérêt de l'arrêt : la reconnaissance explicite de l'atteinte à la dignité résultant de la misère et, *a contrario*, l'idée que si l'exploitation de ces photographies avait eu des finalités autres, elle eût été contraire aux dispositions de la Convention et du Pacte.

---

[172] Ceci dit, le raisonnement de la Cour paraît bien vicié lorsqu'elle décharge de toute responsabilité les promoteurs de cette campagne publicitaire qui, en l'espèce, a eu pour effet inverse de provoquer la stigmatisation, en "excitant" la bêtise et la méchanceté du public…

On ne peut ici s'empêcher de comparer la solution du juge belge avec celle de son homologue français dans l'affaire *Benetton*. Certes, les faits étaient différents, puisqu'il s'agissait ici de représentation de corps tatoués de la mention VIH, mais le tribunal puis la Cour d'Appel ont sanctionné le message ambigu en des termes qui, finalement, auraient pu s'appliquer à l'affaire belge : « *en imposant au regard, en des lieux de passage public ou dans certains organes de presse, l'image fractionnée et tatouée du corps humain, les sociétés appelantes ont utilisé une symbolique de stigmatisation dégradante pour la dignité des personnes atteintes de manière implacable en leur chair et en leur être, de nature à provoquer à leur détriment un phénomène de rejet ou de l'accentuer* »[173]. Exception faite de la description du contenu de l'image, les termes du juge français rejoignent ceux des parties bruxelloises : dans les deux cas, l'idée de stigmatisation, de dégradation et d'atteinte à la dignité sont omniprésents. Dans les deux cas, l'idée explicite des publicitaires était de choquer le passant, afin de l'inciter soit à l'achat, soit à la générosité. L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles reste isolé, et les juges français n'ont pas eu à se prononcer sur des affaires similaires. Sur la base du raisonnement tenu dans l'affaire *Benetton*, il est possible de penser que, dans une telle espèce, la jurisprudence française se serait démarquée de celle belge. Cependant, faute de jurisprudence, la supputation demeure hypothétique.

Malgré son caractère discutable et isolé, l'affaire belge met en lumière deux aspects essentiels de la dignité : dans les liens qu'elle entretient avec la liberté individuelle et le respect de la vie privée, c'est une zone d'ombre qui apparaît à travers la réticence du juge à admettre la pauvreté comme contrainte viciant le consentement et, partant, les atteintes à la vie privée qui en découlent. Dans les liens entre dignité et considération sociale, c'est, *a contrario*, un principe qui se dessine : la protection de la dignité passe certainement par des restrictions à la liberté d'expression et la représentation d'êtres dégradés, fouillant dans des poubelles, ne peut servir n'importe quelle cause. De ce constat en naît un autre : si, derrière l'idée de dignité, se profilent celles de stigmatisation ou de discrimination, ce sont désormais les liens entre dignité et égalité qu'il convient d'examiner.

B- Pauvreté, dignité et égalité

246. « *Que la vie soit difficile sans énergie, on le conçoit. Les médias nous le rappellent : l'absence d'énergie peut avoir des conséquences extrêmes, comme le décès faute de chauffage l'hiver ou l'incendie dans un immeuble éclairé à la bougie. En dehors de ces conséquences extrêmes, on réalise peut-être moins les implications au jour le jour de la coupure et l'exclusion sociale qu'elle entraîne : il n'est pas possible aux enfants de faire leurs devoirs en l'absence de lumière, ou d'inviter leurs amis le soir. Les parents ne peuvent cuisiner sans gaz et électricité. La famille est montrée du doigt dans le quartier, où tous savent, lorsqu'elle est forcée de vivre dans l'obscurité, qu'elle n'a pu payer ses factures, ce qui renforce d'autant son exclusion* »[174].

---

[173] CA Paris, 28 mai 1996, *D.* 1996, II, p. 617, note B. EDELMAN.

[174] Q. WODON, « Coupures d'électricité, citoyenneté d'entreprise et droits de l'homme », *in* M. BORGHI et P. MEYER BISCH (dir.), *Ethique économique et droits de l'homme, la responsabilité commune*, Ed. Universitaires de Fribourg, Suisse, 1997, pp. 200-201.

Le constat de l'auteur invite nécessairement à s'interroger sur le lien entre accès à des biens et services et dignité sociale. La non-jouissance d'un certain nombre de biens, considérés comme essentiels et nécessaires à un moment donné de l'évolution d'une société, a pour conséquence de rendre difficile toute vie sociale et, à terme, de causer discrédit et stigmatisation attentatoires à la vie privée et à l'épanouissement de la personne. Sont ainsi réunis les éléments consubstantiels à la dignité sociale, entendue au sens de droit à mener une vie privée et familiale sans subir de discriminations. L'analyse se tourne à nouveau vers la Convention européenne, tant celle-ci offre un cadre propice à la reconnaissance de principes novateurs. En effet, comme le souligne F. Sudre, « *rien n'interdit* (...) *par principe, de considérer que le droit de disposer des biens de première nécessité indispensables à la dignité humaine est susceptible de constituer un prolongement d'ordre économique et social à l'un des droits énoncés par la CEDH et, de surcroît, d'admettre que pèse sur l'Etat l'obligation d'adopter des mesures positives (logement décent, revenu minimum) afin d'assurer l'exercice effectif de ce droit* »[175].

Le principe apparaît clairement dans l'affaire *Airey* : l'interdiction de toute discrimination dans l'exercice des droits reconnus entraîne des obligations positives à la charge de l'Etat. L'affaire est trop connue pour qu'on s'y arrête : la situation sociale de la requérante, « *issue de famille de condition modeste* » selon les termes pudiques de la Cour, en réalité épouse au chômage, battue par son mari alcoolique et que ses trop faibles ressources empêchaient d'entamer une procédure de divorce fort onéreuse, a été déterminante dans l'appréciation des juges européens : l'idée d'une discrimination de fait, basée sur la fortune, sous-tend tout le raisonnement de la Cour, qui ne se refuse pas à prendre en considération des éléments de nature économique et sociale susceptibles d'entraver la jouissance et l'exercice des droits proclamés. Certes, dans l'affaire *Airey* comme dans beaucoup d'autres, elle ne le fait qu'avec prudence. En règle générale, le juge arrête l'examen de l'affaire à la violation du droit invoqué, sans trop s'aventurer à rechercher si s'ajoute à celle-ci une violation conjointe du principe de non-discrimination. « *Il en va autrement* », révèle l'arrêt *Airey*, « *si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en question constitue un aspect fondamental de l'affaire* »[176]. Or, si l'idée a implicitement servi pour l'accès à la justice, elle pourrait servir de fondement à la sanction d'autres droits[177].

Si le principe vaut pour l'article 6, il doit valoir également pour l'article 8 de la Convention. La chose est entendue depuis le très célèbre arrêt *Marckx* : le droit garanti par l'article 8 peut imposer aux Etats des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale. Pourtant, différentes décisions de l'ancienne Commission se refusent à étendre cette obligation à une protection de la vie familiale des plus démunis. Ainsi, dans une affaire antérieure il est vrai, la Commission a refusé de reconnaître un quelconque droit au logement comme

---

[175] F. SUDRE, « Misère et Convention européenne des droits de l'homme », *Droit en Quart Monde*, n° 4, 1994, p. 4.

[176] Sur la base du principe qu'elle vient de construire, la Cour écarte dans l'affaire *Airey* la référence à l'article 14, préférant se référer à une violation du seul article 6. V., pour une critique, X. Dijon, « La Convention européenne et les droits de l'homme les plus démunis », *Journal des tribunaux*, Bruxelles, 10 décembre 1988, p. 719.

[177] V. en ce sens A. D. OLINGA, « Les droits économiques… », précit., p. 72.

corollaire du droit au respect de la vie familiale, suivant en cela les observations présentées par le gouvernement autrichien, lequel affirmait non sans cynisme qu'une interprétation extensive des articles 3 et 8 aurait « *des conséquences de grande portée : l'Etat serait alors tenu de prendre des dispositions pour que tous ceux qui vivent dans des conditions inhumaines dans des appartements délabrés ou trop petits pour une famille aient un logement adéquat* »[178]. De même, dans l'affaire *Van Volsem* de 1990, a-t-elle affirmé que l'article 8 « *n'oblige pas l'Etat à intervenir positivement pour rétablir des conditions de vie familiale dégradées* ».

Le souci des organes européens de se cantonner à une lecture exégétique de la Convention peut s'expliquer rationnellement : dans l'affaire *Airey*, c'est le coût prohibitif d'un service correspondant à un droit qui rend ineffectif ce dernier. Dans les autres cas de figure, il n'y a pas de service spécifiquement organisé correspondant à un droit et dont le coût serait trop onéreux. Il y a, plus généralement, une inaptitude à jouir d'un ensemble de biens. On ne peut donc déduire de la jurisprudence *Airey* que la Convention donnerait droit à une prestation pour exercer effectivement l'ensemble des droits qu'elle consacre… Sauf à admettre la nécessité d'une lecture téléologique et évolutive de l'instrument conventionnel.

Cette évolution pourrait provenir d'une nouvelle lecture de l'article 14, lequel s'oppose à ce que l'origine sociale, la fortune ou toute autre situation justifient une distinction quelconque dans la jouissance de chacun des droits garantis par la Convention. Ainsi, le texte même de la Convention ne garantit pas le droit au logement mais l'interdiction des discriminations dans la jouissance du droit au respect de la vie privée pourrait constituer la voie de sortie la plus honorable pour une cour qui entend « *protéger des droits non pas théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs* »[179] et qui affirme, dans sa théorie des obligations positives, qu'« *éliminer ce que l'on ressent comme des injustices sociales figure parmi les tâches d'un législateur démocratique* »[180].

Peut-on ici oser une comparaison avec l'audace dont fait preuve le juge québécois depuis quelques années, dans une jurisprudence bien établie relative aux refus de louer des logements aux prestataires de l'aide sociale, refus motivés par l'insolvabilité présumée des candidats locataires. Selon la Commission des droits de la personne, organisme administratif québécois institué pour veiller au respect de la Charte des droits et libertés de la personne de 1975, de tels actes constituent tout à la fois une atteinte au droit d'être traité en toute égalité et à la sauvegarde de la dignité, sans distinction fondée sur l'état civil et la condition sociale. Selon le Tribunal des droits de la personne, juridiction spécialisée créée en 1989 pour trancher des litiges relatifs aux violations de la Charte, le refus de louer est discriminatoire « *lorsque cette décision est prise à l'égard d'une personne pauvre qui tire principalement ses revenus de l'aide sociale. La décision de ne pas louer préjuge que la personne pauvre ne pourra effectivement payer le loyer, et la stigmatise en prenant en compte un des principaux éléments de la condition sociale, soit la catégorisation financière*

---

[178] Com. EDH, aff. *X. c. Autriche*, R. 5416/75, cité par B. PEYROT, « Le droit de vivre dans des conditions décentes d'existence protégé par l'article 8 de la CEDH : le respect de la vie privée et familiale », *Cahiers de l'IDEDH*, 1996, n° 5, pp. 187-188.
[179] Arrêt *Airey*, précité, § 26.
[180] Cour EDH, *James,* 21 février 1986, A. 98, § 47.

d'une personne et la place qu'elle occupe dans la société »[181]. La jurisprudence ultérieure confirme cette orientation : les assistés sociaux sont considérés comme n'ayant pas de statut social ; de cette distinction découle des préjugés défavorables, ce qui en fait une catégorie distincte marginalisée : la « *catégorisation de la situation financière d'une personne, une des facettes spécifiques de la condition sociale, comporte préjugés et mépris* »[182]. Dès lors, toute discrimination fondée sur le statut de bénéficiaire de l'aide sociale, sans vérification élémentaire de la solvabilité réelle de la personne, constitue non seulement une violation de la Charte[183] mais également une violation du droit au logement. Or, ce droit, bien que non consacré par la charte, est reconnu dans différents instruments internationaux et témoigne de l'indivisibilité et de l'interdépendance de l'ensemble des droits et libertés[184].

La jurisprudence du Tribunal canadien témoigne d'une audace certaine : le détour par le principe de non-discrimination lui permet de consacrer, de façon ingénieuse, un droit pourtant non inscrit dans le texte dont il veille au respect. La Cour européenne, dont les compétences *rationae materiae* sont assez semblables, aurait tout à gagner à s'inspirer de son homologue québécois. Car, en définitive, peu d'obstacles s'opposent à une utilisation combinée des articles 8 et 14 afin de sanctionner des pratiques ou des carences portant atteinte à la dignité des personnes vivant dans la pauvreté.

Objecterait-on qu'une telle reconnaissance aurait pour effet d'étendre démesurément le droit à la vie privée reconnu ? Force est alors de souligner que cette extension a déjà commencé, la Cour, dans un arrêt *Niemietz*, ayant affirmé que le droit au respect de la vie privée garantit à l'individu « *une sphère au sein de laquelle il peut librement poursuivre le développement et l'épanouissement de sa personnalité* »[185]. Or, cette sphère ne se cantonne pas au cercle intime des relations personnelles, mais englobe « *le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables* »[186], incluant, comme en l'espèce, les activités professionnelles. Si le droit au respect de la vie privée comprend le droit à l'épanouissement de la personnalité et à la possibilité de nouer des relations affectives, sociales et professionnelles, peut-on encore décemment affirmer que la pauvreté, l'isolement et la honte qu'elle entraîne, n'y porte pas atteinte ?

---

[181] Tribunal des droits de la personne, Canada, Province de Québec, District de Montréal, *Commission des droits de la personne du Québec et J.D./L.W. et J.L.,* 21 décembre 1993, *Droit en Quart Monde*, n° 4, 1994, p. 20.

[182] Id., p. 24. Selon la Commission, la « *condition sociale* » peut être définie comme « *la situation qu'une personne occupe au sein d'une communauté, notamment par ses origines, son niveau d'instruction, d'occupation et de revenu et de par les perceptions et représentations qui, au sein de cette communauté, se rattachent à diverses données objectives* » (*Commission des droits de la personne du Québec c./ L. Gauthier et al*., 1994, *RJQ* 253 à 264, cité par D. GOUBEAU, « Aide sociale et droit au logement au Québec », *Droit en Quart Monde*, n° 4, 1994, p. 26).

[183] *Commission des droits de la personne du Québec c./ Whittom J.E*., 1994-319, cité par D. GOUBEAU, précit., p. 27.

[184] Tribunal des droits de la personne, Canada, Province de Québec, District de Montréal, *Commission des droits de la personne du Québec et F.G./N.I.,* 17 avril 1996, *Droit en Quart Monde*, n° 13, 1996, pp. 34 et s.

[185] Affaire *Niemietz*, Commission, rapport du 29 mai 1991, § 55, arrêt 16 décembre 1992, A 251 B (perquisition dans le cabinet d'un avocat).

[186] Arrêt *Niemetz*, précit., § 29.

Opposerait-on le fait que les droits sociaux, et notamment le droit au logement, ne sont pas reconnus par la Convention et que les reconnaître dénaturerait le texte de 1950 ? Une telle situation n'a pas empêché le juge québécois, dans des situations assez similaires, de se référer à ce dernier. La théorie des obligations positives ou de la protection par ricochet forgée par la Cour pousse en ce sens et les audaces jurisprudentielles des juges internes y incitent, à peine de rendre bien désuète la position de Strasbourg. En la matière, le principe d'égalité dans la jouissance des droits constitue indéniablement pour la Cour « *la voie royale* »[187], voie que le Protocole additionnel n°12 contribuera certainement à élargir encore davantage.

Allèguerait-on enfin la difficulté de l'imputation ? Un tel argument ne saurait être dirimant : d'une part, parce que l'aval donné par des personnes publiques à des mesures portant atteinte aux articles 8 et 14 constitue un fondement solide à l'imputation à l'Etat de la violation de la Convention ; or, l'intervention de la justice, des forces de l'ordre ou des services publics prestataires de biens est très souvent requise[188] ; d'autre part, parce que le non-accomplissement d'obligations positives peut s'analyser dans la jurisprudence de Strasbourg comme une carence constitutive d'une violation. Or, on ne peut, à peine d'illogisme, d'un côté considérer que le logement, ce « *besoin social fondamental* »[189] constitue une préoccupation de justice sociale susceptible de justifier une atteinte au droit de propriété, tout en refusant d'admettre qu'il existe en la matière une obligation d'intervention de l'Etat. En d'autre termes, il y a une certaine schizophrénie à permettre au législateur d'intervenir en faveur du logement, en le félicitant, l'approuvant et l'y incitant, tout en considérant que cette intervention demeure purement facultative, et qu'il n'est jamais obligé de le faire…

Le principe de non-discrimination dans la jouissance des droits reconnus par la Convention offre ainsi une piste non encore explorée mais riche de potentialités pour protéger une dignité de la personne humaine mise à mal par la pauvreté. A travers les liens qu'elle entretient avec la liberté et l'égalité, la dignité occupe pourtant une place centrale dans le système formé par la Convention. Néanmoins, toutes ses implications n'ont pas encore été mises en évidence, la situation faite au Quart Monde le montre aisément. Aussi des voix autorisées peuvent-elles s'élever pour rappeler que « *l'exclusion juridique ne doit pas amplifier l'exclusion sociale et économique ; or l'insertion du droit de vivre dans des conditions conformes à la dignité humaine au sein des droits protégés par la Convention ne se heurte* (...) *à aucun obstacle juridique* »[190].

II- Le pauvre dans ses relations sociales : dignité et considération sociale

247. Dans son rapport *Grande pauvreté et droits de l'homme*, la Commission nationale consultative des droits de l'homme, se reportant à des témoignages

---

[187] X. DIJON, article précité, p. 719.
[188] V. en ce sens A. D. OLINGA, « Le droit à des conditions matérielles… », précit., p. 155.
[189] V. en ce sens Com. EDH, *Mellacher*, 11 juillet 1988, § 208, avis joint à l'arrêt, série A. vol. 169.
[190] F. SUDRE, « Misère et Convention européenne des droits de l'homme », précit., p. 10.

recueillis, souligne « *le leitmotiv lancinant, omniprésent, du refus, de la révolte, de la souffrance de ne pas être reconnu dans sa dignité de personne humaine ; d'être ignoré, transparent ou alors réifié* (...) *et finalement exclu de la société humaine* (...) *frappé de mort sociale* »[191].

« *Frappé de mort sociale* », l'expression mérite qu'on s'y arrête : que recouvre cette « *mort sociale* », que le droit ne connaît pas ? Certes, il a bien existé par le passé une mort civile frappant le bagnard déchu de certains de ses droits, tout comme il existait des esclaves dont le statut d'objet faisait qu'ils ne "naissaient" jamais, sauf émancipation, à la vie juridique. Mais en droit, la « *mort sociale* » n'existe pas. Sauf à formuler une hypothèse : la mort sociale serait cette exclusion de la communauté des hommes, cette atteinte à la jouissance de la totalité des droits reconnus à l'homme. D'où l'assimilation métaphorique faite par la Commission des droits de l'homme de l'ONU entre esclavage, apartheid et pauvreté[192]. Pour le rapporteur, la misère constitue « *le nouveau visage de l'apartheid* »[193], plaçant les individus dans la servitude et l'insécurité, déniant la jouissance des droits fondamentaux, ravalant les personnes au rang d'objets ou de bêtes. La pauvreté serait un nouveau visage de l'apartheid et de l'esclavage en ce qu'elle aurait pour effet de créer une "caste" de sous-hommes, privés de l'exercice de leurs droits.

Cette affirmation n'est évidemment pas vérifiable juridiquement : en effet, cette « *mort sociale* » n'est pas la résultante du droit. Contrairement aux systèmes de caste, d'esclavage ou d'apartheid, structurés par des dispositions juridiques explicites[194], la « *réification* » et la « *mort sociale* » évoquées par la Commission sont largement étrangères au droit. Plus encore, elles sont combattues par lui, au nom du principe de dignité de la personne[195]. L'analyse juridique de ces manifestations discriminatoires s'avère dès lors impossible et cède la place aux études de sociologie ou de science administrative.

248. Car, même s'il se situe à la marge du droit, ce phénomène complexe de discrimination et de stigmatisation existe bel et bien. La Commission nationale consultative des droits de l'homme souligne, dans son rapport, combien l' « *l'appartenance à une profession ou à une catégorie sociale* (...) *concourent à façonner et à spécifier l'identité de chacun, son image sociale et fondent sa crédibilité dans le jeu des relations humaines.* (...) *Mais il faut bien constater que certaines personnes sont victimes d'une discrimination caractérisée quand tout à la*

---

[191] Rapport pour 1992, précit., p. 465.

[192] Le rapporteur de la Commission de l'ONU, L. Despouy, voit une similitude entre la situation d'un esclave de l'époque coloniale, celle d'une victime de l'esclavage et celle d'une personne vivant dans la misère. « *Parmi de nombreuses similitudes, la plus manifeste tient à ce que, dans les trois cas, il s'agit de personnes spoliées de leurs droits de l'homme. Quant aux différences, qui sont également multiples, la première qui vient à l'esprit est que l'esclavage a été vivement contesté dès l'époque où il était pratiqué de façon institutionnelle. L'apartheid, pour sa part, a été rejeté et combattu par la quasi-totalité des mécanismes dont l'humanité s'était entre-temps dotée. Au contraire, la misère peut commodément perdurer dans l'indifférence générale, ou masquer derrière un voile opaque l'image abstraite de sa dimension plurielle* » (rapport précité, pp. 4-5).

[193] Id. p. 41.

[194] On pense bien sûr à l'ancien droit hindou, aux dispositions adoptées en Afrique du Sud il y a une quinzaine d'années encore et, pour la France, au Code Noir et aux différentes mesures relatives à l'esclavage avant son abolition définitive en 1848.

[195] V. *infra*, 2ème partie, titre 2, chapitre 2, § 294-300.

fois la responsabilité de leur situation leur est imputée, leur passé de misère et d'exclusion leur est reproché, leur parole est discréditée, leurs entreprises ou leurs comportements sont dénigrés du seul fait qu'ils apparaissent comme des individus sans statut reconnu ni représentation agrée. (...) *Cette discrimination sociale et politique génère chez ceux qui la subissent des sentiments de honte, de culpabilité et de souffrance de ne pas être considérés à égalité avec les autres êtres humains de leur propre société. Elle cultive chez ceux qui la reproduisent, même de façon passive, une banalisation du mépris ou de l'indifférence à l'encontre des plus pauvres* »[196].

C'est notamment lorsqu'il résulte de dysfonctionnements du service public que ce mécanisme de "déconsidération" affectant les populations défavorisées a été étudié. C'est ainsi le Comité interministériel de l'évaluation des politiques publiques qui, en 1993, souligne, en des termes assez feutrés, les insuffisances d'accueil des populations défavorisées par les services publics. Mettant en exergue le cumul de handicaps de tous ordres qui conduit une part croissante de la population à recourir à une utilisation importante des services publics sous une forme de « *clientélisation* », le rapport critique le « *cercle vicieux des conditions de prestations* » qui oblige le public « *à s'adapter à des conditions contraignantes* »[197]. Une impression souvent humiliante de « *tourner en rond* » est évoquée, lorsque les bénéficiaires de prestations sont obligés de passer de service en service à la recherche des justificatifs adéquats. Ces complications dues à l'enchaînement des conditions de preuve ont été également reconnues par les rédacteurs du rapport d'évaluation sur le RMI[198]. D'autres carences sont évoquées, tels les retards dans le versement de prestations alors que de réelles situations d'urgence peuvent se présenter, les attitudes de défiance ou de suspicion des agents face à un public défavorisé, la signalétique déficiente, les locaux peu accueillants ou le manque de confidentialité[199] : bref, « *le résultat est une fréquente inadaptation du mode de fonctionnement du service public aux problèmes soulevés de manière accrue par le public le plus démuni* »[200].

Un constat identique est repris par le Médiateur de la République, selon qui « *les dysfonctionnements affectant* (le) *service public* (de l'aide sociale) *traduisent le décalage qui existe entre les discours tenus sur la priorité à donner au social et la réalité. Si la collectivité porte un réel intérêt aux populations les plus démunies, elle doit se donner les moyens de les traiter dignement* »[201]. Dans des termes particulièrement sévères, il pointe du doigt tout aussi bien la complexité des aides au logement, dont le manque de lisibilité entraîne pour leurs bénéficiaires insécurité, précarité et iniquité, le caractère interminable des contentieux de l'aide sociale, ainsi que les carences ou l'inertie de l'action administrative. En un mot, autant de travers administratifs qui, s'ils ont un effet irritant chez les usagers insérés socialement,

---

[196] Contribution du Mouvement ATD Quart Monde, rapport pour 1992, précité, p. 518.
[197] Comité interministériel de l'évaluation des politiques publiques, *Les services publics et les populations les plus défavorisées, évaluation des politiques d'accueil*, La DF., 1993, p. 55.
[198] Commission nationale d'évaluation du RMI, *RMI, le pari de l'insertion*, La DF., 1992, p. 443.
[199] Comité interministériel de l'évaluation des politiques publiques, précité, p. 56, 64, 79, 83.
[200] Id., p. 75.
[201] Médiateur de la République, *Rapport pour 1996*, La DF., 1997, p. 137 ; V. également P. RASSE et D. PARISOT, « Les pauvres face à leur administration, communication et accès au droit familial », *RFAS*, 1992, n° 2, pp. 9-18, soulignant le décalage entre les usagers et les services sociaux.

peuvent s'avérer autant de handicaps supplémentaires pour les populations démunies. D'où le leitmotiv lancinant chez celles-ci de l'atteinte à la dignité derrière ce peu de considération sociale dont elles jouissent. De là, également, le sentiment d'être encore davantage exclu de la communauté par l'instrument même qui est censé renforcer la cohésion sociale, le service public. J. Rivero le remarquait fort justement : « *l'une des composantes de l'exclusion, c'est l'ignorance par ses victimes de droits qui leurs sont pourtant reconnus, ou la complexité des formalités administratives à accomplir pour les faire valoir. Jamais l'adage* "*nul n'est censé ignorer la loi*" *n'est plus hypocrite que lorsque la loi concerne directement ceux qui n'ont aucun moyen de la connaître et de la comprendre* »[202].

249. Situé en marge du droit, le phénomène de déconsidération et de discrédit social frappant les exclus n'est guère étudié des juristes, faute d'illustrations juridiques, jurisprudentielles notamment. Dans ce désert normatif et doctrinal, un exemple isolé peut toutefois être souligné, qui vient illustrer en droit le propos. Il réside dans les dispositions de l'article 1187 du Nouveau Code de Procédure civile, lequel prévoit que le dossier d'assistance éducative ne peut être consulté directement par les parents du mineur concerné. Cette règle spécifique de procédure, édictée pour la mise en œuvre des articles 375 et suivants du Code civil, apporte une dérogation ouverte au principe du contradictoire. Dans une des très rares décisions rendues en la matière, la Cour d'Appel de Montpellier avance que « *cette inflexion* (aux règles de droit commun relatives à la contradiction) *est propre à la matière et impliquée par la finalité même de l'assistance éducative. En effet, l'évaluation du danger qu'encourt un enfant au sein de sa famille ne peut se réaliser qu'avec des précautions comportant éventuellement la confidentialité de certaines informations* (...) *La loi* (...) *a recommandé aux magistrats de laisser autant que possible les mineurs dans leur milieu familial. Un accès direct des parents au dossier ne pourrait que contrarier de manière importante cet objectif* (...) *La lecture sans ménagement de toutes les interrogations émises à leur sujet ruinerait cette possibilité fondée sur la confiance et entraînerait une multiplication de placements autoritaires et une déshumanisation certaine du dispositif de français de protection de l'enfance* »[203]. On ne peut que rester circonspect devant la motivation de l'arrêt, dans laquelle ni les arguments juridiques, ni les considérations en opportunité n'apparaissent convaincants. D'une part, il n'est pas certain que l'exception textuelle derrière laquelle la Cour s'abrite soit conforme à la jurisprudence européenne. Les organes de Strasbourg ont ainsi affirmé, dans une affaire similaire, que « *la circonstance que des documents aussi essentiels que les rapports sociaux n'ont pas été communiqués est propre à affecter la capacité des parents participants d'influer sur l'issue de l'audience* »[204]. D'autre part, l'argumentation en opportunité retenue par la Cour est très peu pertinente, dans la mesure où les parents obtiendront de leur avocat, autorisé quant à lui à consulter le dossier, toutes les informations contenues dans celui-ci. En réalité, comme le souligne un commentateur, les restrictions de l'article 1187 et leur bien faible justification avancée par la Cour reposent sur une certaine approche des familles en difficulté : cette « *idée selon laquelle les parents en grande difficulté ne sont pas aptes à contrôler leurs réactions et pourraient*

---

[202] J. RIVERO, « Insertion, droits de l'homme, libertés », *RDSS*, n° 4, 1989, p. 619.
[203] CA Montpellier, 12 février 1999, *D.*, 1999, II, pp. 298-301, note M. HUYETTE.
[204] Cour EDH, 24 février 1995, *McMichael c./ R.U.*, *D.*, 1995, II, p. 449, note M. HUYETTE.

adopter des attitudes regrettables en cas de lecture directe de leur dossier judiciaire se rattache à un courant de pensée et de pratiques ancien »[205]. Pis encore, elle servirait de camouflage à des rapports éducatifs autrefois écrits en des termes sommaires et « *souvent remplis d'affirmations hâtives, hasardeuses et de mots blessants* »[206]. Et l'auteur de conclure qu' « *interdire cet accès est peut-être, inconsciemment, une façon pour les professionnels d'éviter le débat beaucoup plus délicat sur leur façon d'être et d'écrire* »[207]. L'exception prévue en matière d'assistance à l'enfance, par son caractère largement archaïque, constitue à n'en pas douter une des rares illustrations juridiques de ce phénomène complexe de discrédit social et de déconsidération, sans aller jusqu'à évoquer la métaphore, frappante pour les esprits mais brouillant largement la réalité juridique, de « *mort sociale* » évoquée ci et là.

250. Ce phénomène de discrédit, attentatoire à la dignité sociale, peut-il relever du champ d'application de la Convention, et plus particulièrement de son article 3 ? Certains auteurs plaident en ce sens comme le juge Pettiti, selon qui « *une interprétation extensive de l'article 3 s'expliquerait par la modification profonde des rapports sociaux depuis 1950, l'aggravation du fossé entre nantis et pauvres, devenant une discrimination aussi grave que la discrimination ethnique* »[208] ou encore F. Sudre, pour qui « *l'article 3, sous couvert du traitement dégradant, semble susceptible de permettre la sanction du discrédit social, que celui-ci résulte d'une réglementation anachronique, d'un statut juridique inadéquat dans la société, ou d'une situation matérielle particulière* »[209]. Les deux auteurs ont parfaitement raison dans leur postulat initial : la pauvreté peut conduire à des situations de discrédit, de discrimination ou de stigmatisation. Mais ces situations posent davantage la question de la dignité sociale que de la dignité fondamentale bafouée par des traitements inhumains et dégradants. Par conséquent, elles pourraient davantage être résolues par le biais de l'article 14 de la Convention, associé à l'article 8 par exemple[210]. En revanche, les atteintes à l'intégrité psychique ou physique de la personne vivant dans des conditions misérables doivent être jugées à l'aune de l'article 3.

251. Parce que l'homme est à la fois être de chair et animal social, la dignité humaine que le droit protège est à la fois fondamentale et sociale. La référence à la dignité fondamentale est ainsi opérée devant une situation de nature à dégrader l'être physique, dans son intégrité morale et biologique ; de même, l'invocation de la dignité sociale de l'homme suppose tout à la fois protection de l'honneur et respect. Le droit traduit bien cette double dimension de la dignité, à la fois fondamentale et sociale, de laquelle découlent des implications juridiques différentes. Si la seconde

---

[205] M. HUYETTE, note précitée, *D.* 1997, p. 300.
[206] Id., p. 301.
[207] Id., p. 301.
[208] L. PETTITI, « Pauvreté et Convention européenne des droits de l'homme », *Droit social*, 1991, p. 85.
[209] F. SUDRE, « L'article 3… », précit., p. 165.
[210] Ceci explique certaines décisions de la Commission européenne de Strasbourg : ainsi, l'Etat peut valablement subordonner le paiement des allocations de chômage à l'obligation d'accepter un emploi dans les services municipaux. Du seul discrédit social attaché à l'emploi offert on ne saurait inférer l'existence d'un traitement dégradant (*Com.* 13 décembre 1976, req. n° 7602/76, cité par J. VELU et R. ERGEC, précit., p. 216). Le discrédit évoqué se rapporte très certainement à la dignité sociale de la personne, et, à ce titre, ne peut être sanctionné sur le fondement de l'article 3, lequel protège la dignité fondamentale.

est un principe diffus, qui fonde et justifie les préoccupations sociales du législateur et tend à assurer une certaine égalité, la première est un droit, attribut inaliénable de la personne et susceptible d'être protégé judiciairement lorsqu'une atteinte caractérisée met en danger sa vie, son intégrité psychique et physique. Toutefois, il serait fallacieux d'affirmer qu'une telle différence de régime entraîne une dilution du principe. Si la dignité, à la fois fondamentale et sociale, présente bien deux aspects, la différence est plus une différence de degré que de nature. En réalité, les deux éléments de la dignité humaine procèdent l'un de l'autre. La déchéance sociale entraîne la déchéance physique : c'est le sans-abri devenant clochard, vivant comme un chien, se nourrissant de déchets volés dans les poubelles et dormant sur une paillasse ; c'est le mal-logé dont les enfants, intoxiqués au plomb et subissant des retards de croissance et de développement intellectuel, sont par la suite classés débiles légers. En sens inverse, l'atteinte à la dignité fondamentale peut précéder la non-reconnaissance de la dignité sociale : c'est Fantine vendant ses dents et ses cheveux, se prostituant pour nourrir Cosette. Cette déchéance physique conduit inévitablement à la déchéance sociale : c'est, là encore, Fantine plaçant Cosette chez les Thénardier. Le paradigme littéraire ne saurait laisser croire au caractère fictif de telles atteintes. Biographies, publications associatives et rapports officiels rapportent la preuve de leur caractère bien réel et si la jurisprudence n'offre que peu d'illustrations, c'est en raison du faible recours aux tribunaux des populations concernées.

L'extension de la dignité en matière économique et sociale n'a donc pas pour effet de déformer le principe jusqu'à sa dilution et sa perte de sens. Tout au contraire, son application tant à l'intégrité physique de l'être humain qu'à son honneur ou à la considération sociale dont il jouit, traduit une vision globale de la dignité, donc de l'homme. La dignité ainsi entendue embrasse juridiquement la condition plurielle de l'homme, à la fois singulier et social, loin de la tentation de concevoir l'homme seul et isolé, tentation qui, *in fine*, nie le droit lui-même[211].

CONCLUSION DU CHAPITRE

252. La recherche aboutit ainsi à un constat difficilement admissible pour une société fondée sur le principe de l'égalité en droit de ses membres : la pauvreté peut entraîner, en fait ou en droit, une violation de droits pourtant affirmés solennellement au bénéfice de tous. Faut-il dès lors conclure à l'illusion selon laquelle « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* » ?

En réalité, la conclusion aboutit à souligner les liens entre argent et personne : d'une part, l'argent conditionne l'exercice de certaines libertés individuelles, d'autre part, il permet souvent le maintien de la dignité de la personne

[211] V. en ce sens l'intervention de M.-L. PAVIA lors du Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Congrès de Dijon, 13-14-15 juin 1996, « La portée de la constitutionnalisation du principe de dignité de la personne humaine ».

humaine[212]. Son contraire apparaît alors en filigrane : le dénuement matériel est de nature à entraver la jouissance de la liberté individuelle et à porter atteinte à la dignité de l'homme.

Sans que la difficulté de l'imputation ne soit mésestimée, cette violation de droits fondamentaux résulte toujours d'une carence, d'une insuffisance de l'action des pouvoirs publics, voire de leur intervention même. C'est en raison d'un défaut ou d'un excès de réglementation que tel droit essentiel s'avérera illusoire s'agissant des plus démunis. Toutefois, force est de préciser l'analyse : le placement d'enfant et l'éclatement de la structure familiale seront souvent légitimés par des motifs supérieurs telle que la protection de l'enfance en danger ; l'atteinte à la liberté d'aller et venir sera justifiée par les nécessités de l'ordre public. Partant de là, il n'y a pas violation de droits fondamentaux, mais restriction justifiée juridiquement. Si le principe est acceptable en droit, il l'est moins socialement et politiquement, dès lors que reste présente à l'esprit l'idée que c'est bien la pauvreté qui est la cause originaire de ces limitations. Quant à l'abstention ou l'insuffisance des pouvoirs publics, elle laisse apparaître les failles de l'Etat Providence, failles que les récentes évolutions législatives tentent de combler *via* une adaptation de leurs principes à l'aggravation de la situation économique. Si la violation est avérée sur le plan moral ou philosophique, elle reste souvent difficile à qualifier sur le plan juridique. Le "débordement des institutions sociales" est-il fautif ? J. Carbonnier a bien posé la question : il existe des phénomènes d'ineffectivité des droits subjectifs en raison de la pauvreté[213]. Mais pour autant, faut-il en conclure à l'« *impuissance des lois* »[214] ou celle des hommes à qui s'adressent ces lois ?

CONCLUSION DU TITRE 1

253. L'évolution que connaît l'ordre juridique depuis cinquante ans est remarquable. L'affirmation de droits sociaux afin de permettre aux individus de sortir de leur condition de pauvreté et la prise de conscience que la pauvreté peut être constitutive d'une atteinte aux droits fondamentaux entraînent un bouleversement des principes traditionnels et une adaptation des règles juridiques, afin d'assurer l'effectivité des droits reconnus. L'individu devient le centre de toute réflexion sur la pauvreté, et la protection de ses droits contre la menace de la misère, le défi auquel le droit s'attelle. La découverte du phénomène de l'exclusion sociale, qui se situe dans cette perspective, suscite dès lors un renouveau de l'approche juridique de la pauvreté.

---

[212] V. en ce sens Th. REVET, « L'argent et la personne », *Arch. de philosophie du droit*, 1997, T. 42, pp. 43-54.
[213] J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 9e éd., 1998, p. 185.
[214] Id., p. 141.

TITRE 2

L'EXCLUSION SOCIALE, OU LE RENOUVEAU DE L'APPROCHE JURIDIQUE DE LA PAUVRETÉ

254. Les années quatre-vingt sont caractérisées, en matière sociale, par la « découverte » d'un phénomène nouveau : celui de l'exclusion sociale. Cette prise en compte politique entraîne une mutation sensible de l'ordre juridique : le traitement juridique traditionnel de la pauvreté tend à se renouveler grâce à la formulation d'un droit de l'individu à l'insertion conçu comme un véritable droit de citoyenneté, et le remodelage de l'ordre juridique autour de cette notion éclairante (*Chapitre 1- L'idée nouvelle d'un droit à l'insertion*). Ce réordonnancement du droit autour de nouveaux fondements permet, en corollaire, d'aboutir à une définition juridique de la pauvreté, indépendante des approches traditionnelles qui ont pu être suivies jusqu'alors (*Chapitre 2- Vers une définition juridique de la pauvreté*).

CHAPITRE 1

L'IDÉE NOUVELLE D'UN DROIT À L'INSERTION

> « *La lutte contre les exclusions est un impératif national fondé sur le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains et une priorité de l'ensemble des politiques publiques de la nation. Elle tend à garantir sur l'ensemble du territoire l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans les domaines de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice, de l'éducation, de la formation et de la culture, de la protection de la famille et de l'enfance*. »
>
> Article L. 115-2 du Code de l'Action sociale et des familles, issu de l'article 1er de la loi du 29 juillet 1998.

255. En quelques années, la notion d'insertion et son double inversé, l'exclusion, sont devenus « *la matrice conceptuelle de l'ensemble des interventions sociales* »[1]. La modification est loin d'être purement sémantique. Derrière le changement d'appellation, se profile un bouleversement des rapports traditionnels entre droit et pauvreté. Le recours à l'idée d'exclusion témoigne d'un nouveau traitement de la pauvreté, abordée sous un autre angle que ceux traditionnels de la charité ou de l'enfermement. C'est, d'une part, l'approche de la pauvreté elle-même qui se renouvelle : *via* la notion d'exclusion sociale, elle mobilise un discours novateur qui se place au cœur de la réflexion sur les droits fondamentaux (*Section 1*). C'est, d'autre part, en corollaire de ce renouveau intellectuel, la conceptualisation d'un droit générique, le droit à l'insertion, témoignant d'une redéfinition des liens entre individu et société et servant de fondement à la lutte contre l'exclusion sociale et la pauvreté (*Section 2*).

SECTION 1
EXCLUSION SOCIALE ET DROITS FONDAMENTAUX

L'exclusion est-elle une nouvelle question sociale ? Formulée ainsi, la question appelle très certainement une réponse négative : « *L'exclusion n'est pas un nouveau problème social mais peut-être une manière un peu nouvelle, après la*

---

[1] R. LAFORE, « Services publics sociaux et cohésion sociale », *in* S. DECRETON (dir.), *Service public et lien social*, L'Harmattan, 1999, p. 379.

courte période des Trente Glorieuses, de poser les problèmes sociaux »[2]. La nouveauté réside plutôt dans l'analyse des effets de la pauvreté et des fondements de l'action sociale. Les années quatre-vingt-dix traduisent en effet une double rupture, qui se manifeste par un renouveau de l'analyse de la pauvreté à travers le concept d'exclusion sociale (*§ 1*) et par l'affirmation d'un nouveau fondement des politiques sociales : non plus la solidarité, mais avant tout la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (*§ 2*).

§ 1- La genèse du concept d'exclusion sociale

Concept sociologique, l'exclusion a servi à l'origine à qualifier et étudier les conséquences de la pauvreté dans une société d'abondance (I). Le droit n'est pas resté étranger à l'analyse ainsi faite, et s'est peu à peu emparé de la notion afin d'en définir une acception particulière. En droit, l'exclusion sociale désigne la perte de la jouissance de droits fondamentaux résultant d'une situation de pauvreté (II).

I- La formation du concept

En quelques années, le terme d'exclusion s'est progressivement imposé dans le vocabulaire moderne. A l'origine thème politique (A), l'exclusion a fait l'objet d'une analyse sociologique qui en a précisé les contours (B).

A- La naissance d'un thème politique

256. L'usage du terme d'exclusion sociale est assez récent : il naît dans les années soixante, et fait figure de thème intellectuel central dans la décennie suivante : les ouvrages de R. Lenoir[3], L. Stoleru[4] ou le numéro spécial que lui consacre la revue *Droit Social*[5] témoignent de l'engouement de nombreux auteurs pour cette notion. Elle s'insère alors dans la réflexion sur l'engrenage de la consommation qui caractérise les sociétés occidentales et met en exergue la "mise à part" résultant de la pauvreté. « *Le pauvre* », écrit en 1963 J. Klanfer, « *n'est pas celui qui reçoit moins que d'autres, il est celui qui ne participe pas, ou participe de façon très imparfaite, au mouvement social* (...) *Sa vie est marginale par rapport à la société globale* »[6]. Plus tard, l'auteur ajoute : « *être pauvre, cela veut dire se situer en dehors du monde institutionnalisé* (...). *Etre exclu du climat de confiance, d'optimisme qui, dans l'ensemble, prévaut au sein des sociétés occidentales, être exclu des chances d'ascension sociale* »[7]. Dès cette époque, le pauvre est défini comme un exclu à double titre : « *d'une part, il est celui qui est placé physiquement*

---

[2] COMMISSARIAT GENERAL AU PLAN, *Exclus et exclusions*, rapport du groupe technique présidé par Ph. NASSE, La D.F., 1992, p. 16.
[3] R. LENOIR, *Les exclus, un français sur dix*, Le Seuil (1974) 4e éd., 1991.
[4] L. STOLERU, *Vaincre la pauvreté dans les pays riches*, Flammarion, 1974.
[5] *Droit social*, 1974, n°11, n° spécial « L'exclusion sociale ».
[6] J. KLANFER, *L'exclusion sociale, étude de la marginalité dans les sociétés occidentales*, Bureau des recherches sociales, 1965, p. 44.
[7] J. KLANFER, *Le sous développement humain*, Ed. Ouvrières, 1967, p. 135.

en marge de la vie sociale du plus grand nombre ; d'autre part, ses valeurs restent celles de la société dont il est en marge »[8].

Toutefois, le terme d'exclusion ne s'impose pas d'emblée et d'autres notions, telle que l'inadaptation, sont jugées plus adéquates et la supplantent. La nuance entre les deux termes est de taille et révèle la difficulté à appréhender le phénomène accru de la pauvreté dans une société d'abondance. Deux approches de la pauvreté s'opposent alors nettement. La première tend à voir dans cette population de laissés pour compte de la croissance une juxtaposition de cas sociaux ou d'« *handicapés sociaux* »[9], dont la marginalisation résulte de circonstances propres à l'individu : handicap et déviance sont autant de causes d'inadaptation. La seconde, en revanche, impute à la société la responsabilité de la marginalisation d'une partie de sa population. L'exclusion provient donc d'une incapacité de la société à attribuer à tous de quoi vivre selon les normes en vigueur[10].

Le contenu affecté à la notion d'exclusion justifie en grande partie la critique dont cette dernière fait l'objet dans les années soixante-dix. Partis politiques de gauche comme de droite récusent les postulats sur lesquels elle repose. Pour la droite libérale, elle souligne trop le caractère largement social et involontaire de la pauvreté. L. Stoléru insiste ainsi sur l'existence, aux cotés de l'exclusion sociale, d'une exclusion "méritée" résultant de l'imprévoyance de certains pauvres, dont ils portent la responsabilité, ou encore d'une exclusion "volontaire" résultant d'un choix de vie délibéré[11]. Les partis de gauche rejettent également la notion, en ce qu'elle suppose implicitement que la société de consommation constitue un idéal dans lequel il conviendrait de réintégrer les exclus. L'exclusion supposant une analyse de la pauvreté comme un résidu externe à la société d'abondance au lieu de voir en elle un phénomène consubstantiel au capitalisme, le nouveau concept leur paraît ainsi idéologiquement voire scientifiquement inexact. Ainsi critiquée de toute part, l'utilisation de la notion d'exclusion décline au profit de celles de « nouvelle pauvreté » et de « précarité ». Cette dernière, diffusée par les rapports Oheix[12] et Wresinski[13], occulte, dans le vocabulaire politique des années quatre-vingt, la notion d'exclusion.

C'est au début des années quatre-vingt-dix, par un curieux renversement de tendance, que l'exclusion acquiert, dans les sciences sociales, « *un statut véritablement hégémonique* »[14] en s'imposant comme une donnée scientifique

---

[8] Ph. SASSIER, *Du bon usage des pauvres. Histoire d'un thème politique : XVIème - XXème siècle*, Fayard, 1990, p. 352.

[9] Introduit dans le Code du Travail par la loi n° 74-955 du 19 novembre 1974, le terme d'« handicapé sociaux » a désormais disparu, abrogé par la loi de lutte contre les exclusions de juillet 1998. Un terme chasse l'autre, et la notion de handicap social est désormais supplantée par celle d'exclusion sociale.

[10] V., sur cette distinction entre inadaptation et exclusion, D. CLERC, « La dynamique économique de l'exclusion et de l'insertion », *RDSS*, 1989, pp. 623-632.

[11] Ouvrage précité ; pour une critique d'une telle affirmation : D. BENAMOUZIG, « L'exclusion : usage et diffusion d'une catégorie d'action publique », *Actions solidarité SNCF, Analyses et initiatives 1997*, p. 6.

[12] M. OHEIX, *Contre la précarité et la pauvreté, soixante propositions*, rapport remis au Premier Ministre, février 1981, dact.

[13] J. WRESINSKI, *Grande pauvreté et précarité économique et sociale*, rapport du Conseil Economique et Social, *JO, avis et rapports du CES*, séances des 10 et 11 février 1987, 28 février 1987.

[14] J. DAMON, « Richesse et pauvreté de la notion d'exclusion », *Société*, 2 novembre 1996, p. 39.

évidente, tout en restant largement indéfinie : notion donnée pour une réalité qui n'appelle même plus de justification, elle témoigne de l'existence d'une société duale dont les liens sont distendus jusqu'à la "déchirure" ou rompus par la "fracture". Sans véritable définition uniforme, l'exclusion constituerait selon certains une « *prénotion* », un paradigme sociétal moderne comparable à celui du paupérisme au XIXe siècle[15]. De fait, l'imprécision et la généralité du terme entraînent certaines critiques[16] et de multiples concepts lui sont souvent préférés : *deprivation* (terme anglo-saxon francisé), *désaffiliation*, *désavantage*, *désinsertion*, *différences sociales*, *discriminations sociales*, *disqualification*, *handicap social*, *inadaptation*, *indigence*, *inégalités sociales*, *marginalisation*, *misère*[17], *pauvreté* souvent qualifiée de *relative* ou d'*absolue*, d'*unidimensionnelle* ou de *multidimensionnelle*, *précarité*, *rejet social*, *relégation*, *ségrégation sociale*, *stigmatisation*, *vulnérabilité*[18]…, une série de concepts se complètent ou s'opposent pour désigner tout ou partie du phénomène social qualifié de façon générique d'exclusion, mettant l'accent soit sur les caractéristiques des populations en situation de pauvreté, soit sur l'attitude de la communauté nationale à leur égard, soit, enfin, sur la description des processus d'appauvrissement ou de leurs conséquences. Pourtant, malgré son imprécision, le terme d'exclusion est communément accepté par les différentes formations politiques[19] et semble faire figure de consensus tout à la fois dans les politiques de lutte contre la pauvreté et dans la recherche en sciences sociales.

B- L'ancrage d'un objet d'étude sociologique

257. Leitmotiv de l'analyse sociologique, la thématique de l'exclusion a suscité une double approche de la part des chercheurs en sciences sociales, qui associent deux lectures, l'une statique, l'autre dynamique, du phénomène[20]. La première a sensiblement évolué depuis les années soixante-dix, en passant d'une problématique verticale de l'exclusion à une vision horizontale. Dans l'analyse initiale, l'absence de revenu suffisant constitue à la fois la manifestation et le facteur explicatif central de l'exclusion. De la faiblesse des ressources découle une série de manques qui s'ajoutent les uns aux autres : situations de santé, de logement et de famille dégradées, incapacité à retrouver un travail, endettement, etc. L'accent est mis sur

---

[15] S. PAUGAM, « La constitution d'un paradigme » et « Les sciences sociales face à l'exclusion », *L'exclusion : l'état des savoirs*, La Découverte, 1996, pp. 7-19 et 565-576.

[16] V. en ce sens la critique de J. FREUND : « *la notion d'exclu est en train de subir le sort de la plupart des termes qui ont été consacrés de nos jours par la médiocrité des modes intellectuelles et universitaires. Elle est saturée de sens, de non-sens et de contresens ; finalement, on arrive à lui faire dire n'importe quoi* » (Préface à l'ouvrage de M. XIBERRAS, *Les théories de l'exclusion*, A. Colin, 2e éd, 1998, p. 11).

[17] A cet égard, il convient de souligner la « redécouverte » du terme par P. BOURDIEU, et le refus d'employer le terme d'exclusion dans l'ouvrage qu'il a dirigé sur *La misère du monde*, Le Seuil, 1993.

[18] V., pour une recension exhaustive, D. BOUGUET et H. NOGUES, « L'évaluation des politiques de lutte contre les exclusions sociales », *RFAS*, 1994, n° 2, pp. 69-88.

[19] V., par ex., l'allocution du Président de la République J. CHIRAC, affirmant devant l'Assemblée des Conseils généraux de France que « *la lutte contre la grande pauvreté et l'exclusion sociale est une priorité nationale engageant le pays tout entier* », (*Travail social actualités*, n° 567, 20 octobre 1997). A noter que le premier gouvernement Juppé comprenait un ministre chargé de l'Intégration et de la Lutte contre l'exclusion. De même, on peut remarquer l'intitulé très explicite de la loi Aubry du 29 juillet 1998 dite de « *lutte contre les exclusions sociales* ».

[20] H. THOMAS, *La production des exclus*, PUF, 1997, pp. 53 et s.

l'idée d'une spirale ou d'un cercle infernal. A cette approche initiale se juxtapose, à partir de la fin des années quatre-vingt, une approche horizontale, dans laquelle la faiblesse des revenus ne constitue plus l'élément central mais une manifestation et un facteur explicatif parmi d'autres. Elle est popularisée par le rapport Wresinski, qui établit une chaîne d'interdépendances ininterrompue entre les variables de l'exclusion. Divers indicateurs sont pris en compte, parmi lesquels les bas revenus, l'habitat, la santé et un ensemble regroupé s'attachant aux problèmes de formation, d'accès à l'emploi et d'éducation des enfants. A côté de cette lecture statique de l'exclusion, en terme de « *stock* », se développe une nouvelle approche, plus dynamique, qui s'attache aux « *flux* »[21] : il s'agit plus de mettre en évidence les processus conduisant à l'exclusion, qu'ils s'analysent en une rupture (accident dans une trajectoire personnelle) ou en une reproduction (thème de la transmission des inégalités), et qu'ils passent par des mécanismes de « *désaffiliation* », de « *disqualification* » ou de « *désinsertion* »[22]. Le but évident d'une telle recherche est de repérer les mécanismes conduisant aux phénomènes de grande pauvreté afin de les contrer et de prévenir l'entrée dans l'exclusion de nouvelles populations.

Les différents champs d'étude retenus par les chercheurs en sciences sociales traduisent ainsi nettement un changement de perspective : le recours à la notion d'exclusion traduit le passage d'une étude de la pauvreté en terme de "niveau de vie" à une approche en terme de "mode de vie"[23]. Initiée par le CNRS, cette nouvelle approche analyse la pauvreté dans plusieurs domaines : celui de *l'avoir*, en fonction des critères économiques, celui du *pouvoir*, en fonction des critères politiques, celui du *savoir*, en fonction des critères culturels, celui du *savoir-faire* enfin, en fonction des critères de l'action[24]. Elle a été reprise par la Commission européenne, qui rappelle combien « *la notion d'exclusion est une notion dynamique. Elle permet de désigner à la fois des processus et les situations qui résulte de ces processus.* (...) *Plus nettement que la notion de pauvreté, trop souvent entendue au seul sens de pauvreté des revenus, elle met en outre l'accent sur le caractère multidimensionnel des mécanismes par lesquels des personnes et des groupes, sont rejetés de la participation aux échanges, pratiques et droits sociaux constitutifs de l'intégration sociale et donc de l'identité. L'exclusion sociale ne renvoie pas seulement à l'insuffisance des ressources financières, et elle dépasse même la seule participation à l'emploi : elle se marque et se manifeste dans les domaines du logement, de l'éducation, de la santé, de l'accès aux services* »[25]. La définition proposée associe étroitement pauvreté et exclusion, sans toutefois les confondre. Un certain nombre de documents du Conseil de l'Europe affinent la distinction[26], qui

---

[21] Pour reprendre la terminologie utilisée par P. BLANCQUART *in* A. LION et P. MACLOUF (dir.), *L'insécurité sociale, paupérisation et solidarité*, Les Editions ouvrières, 1982, p. 68.

[22] Pour un aperçu de ces trois approches : D. DEBORDEAUX, « Désaffiliation, disqualification, désinsertion », *Recherches et Prévisions*, décembre 1994, n° 38, pp. 93-100.

[23] V. sur ce point H. THOMAS, « L'exclusion des pauvres », *in* S. DION-LOYE et D. GROS (dir.), *La pauvreté saisie par le droit*, éd. du Seuil, coll. Le genre humain, à paraître.

[24] cité *in* H. PEQUIGNOT, *La lutte contre la pauvreté*, *JO Avis et rapports du Conseil Economique et Social*, 6 mars 1979, p. 380.

[25] COM (92) 542 final, Bruxelles, le 23 décembre, p. 7, point 11.

[26] Par exemple : K. DUFFY, *Social Exclusion and Human Dignity: Background Report for the Proposed Initiative by the Council of Europe*, 1995, CDPS (95) 1 Rev., Comité directeur sur la Politique sociale (CDPS), Activité II 1b sur la dignité humaine et l'exclusion sociale, Conseil de l'Europe, Strasbourg.

revient à distinguer entre ressources matérielles inadéquates ou inégales et participation inadéquate ou inégale à la vie sociale. La pauvreté implique l'exclusion des biens et services ; l'exclusion sociale va au-delà de l'exclusion de la société de consommation, pour englober l'exclusion de toute place dans la société, d'où l'accent mis sur le rôle social de l'emploi ou du travail. On peut être pauvre ou exclu de façon relative ou absolue. Il est possible d'être pauvre mais non exclu et vice-versa, bien que beaucoup de personnes défavorisées connaissent les deux à la fois[27].

Quoi qu'il en soit, et quelle que soit l'importance de la distinction opérée, les recherches en sciences sociales se focalisent sur la notion d'exclusion, en en faisant le prisme à travers lequel elles abordent la pauvreté. Or, une démarche identique est suivie par les juristes, qui, depuis une dizaine d'années, s'attachent à formuler une définition juridique de l'exclusion sociale.

II- La cristallisation d'une notion juridique

258. La relation entre l'exclusion et le droit est loin d'avoir été systématiquement mise en évidence. L'article de Ph. Ardant sur « les exclus », écrit en 1978, est révélateur de cette hésitation des juristes à associer pauvreté et exclusion : cette dernière n'était alors analysée que sous l'angle du droit de vote et frappait, dans l'esprit de l'auteur, différentes catégories, des incapables aux étrangers. Les pauvres étaient passés sous silence, quand bien même le statut d'assisté entraînait, jusqu'à une date récente, certaines restrictions politiques[28]. Pourtant, un lien étroit unit droit et exclusion, lien qui se manifeste à un double degré : d'une part, l'exclusion est un rapport social et à ce titre un phénomène juridique (A), d'autre part, l'exclusion se définit par référence à des notions juridiques et devient elle-même, par propagation, une notion juridique (B).

A- L'exclusion sociale comme phénomène juridique

259. L'exclusion est un phénomène juridique[29] en ce qu'elle est un rapport social auquel le droit attache certaines conséquences. Elle est « *une rupture ou un dysfonctionnement des mécanismes sociétaux essentiels qui devraient garantir une citoyenneté à part entière* »[30]. L'exclusion désigne, selon le dictionnaire Robert, la situation des personnes mises à l'écart, qui ne bénéficient pas des avantages minimaux liés à un type de société, et revêt deux sens principaux : ce peut être l'acte de chasser quelqu'un d'un endroit où il avait précédemment sa place ou de le priver de certains droits, tout comme ce peut être le fait de tenir une personne à l'écart. En

---

[27] Conseil de l'Europe, *Dignité humaine et cohésion sociale*, Rapport Final, 1998, site Internet du Conseil de l'Europe http://www.coe.fr/dase/cohesion/strategie/debintro/htm.

[28] Ph. ARDANT, « Les exclus », *Pouvoirs*, 1978, n° 7, pp. 47-62 ; sur les restrictions civiles et politiques frappant certaines catégories d'assistés, V. ce chapitre, *infra*, § 270-271.

[29] L'expression forgée ici est à prendre au sens premier du terme « phénomène », comme donnée se manifestant à la conscience. L'exclusion étant un rapport social, elle se manifeste à la « conscience du droit » qui en prend acte et en tire certaines conséquences.

[30] J. BERGHAM, « La résurgence de la pauvreté et la lutte contre l'exclusion : un nouveau défi pour la sécurité sociale », *Revue inter. de sécurité sociale*, 1997, n° 1, pp. 6-7.

d'autres termes, « *l'exclu est soit renvoyé soit refusé* »[31]. L'exclusion s'attache donc, plus que la notion traditionnelle de pauvreté, à la place de l'individu au sein de la société et désigne de ce fait un rapport social. Or, le droit se préoccupe de décrire et d'ordonnancer les relations sociales. En somme, « *le droit est par essence en relation avec la problématique de la pauvreté* »[32] dès lors que celle-ci est abordée sous l'angle de sa conséquence, l'exclusion sociale. En effet, s'il n'entre pas dans les attributions de la puissance publique de procurer le bonheur aux individus, il lui revient à tout le moins d'organiser les conditions nécessaires à sa réalisation. Dès lors, il est de sa responsabilité de traduire, par l'inscription normative, une condition préalable, celle de l'intégration dans le corps social. De là, la justification et l'explication de l'article 1er de la loi du 29 juillet 1998, affirmant que « *la lutte contre les exclusions est un impératif national* »[33].

Cette dernière affirmation suscite différentes questions : tout d'abord, celle de savoir, juridiquement, ce qu'est un « impératif national ». Selon le Vocabulaire philosophique Lalande, un impératif est une proposition ayant la forme d'un commandement que l'esprit se donne à lui-même. Dans cet ordre d'idées, la lutte contre les exclusions constituerait un devoir impérieux de la Nation tout entière. Cette idée est indéniablement corroborée par les alinéas suivants de l'article 1er de la loi de 1998, lesquels désignent une pluralité de débiteurs de cette obligation : si l'Etat et les différentes personnes publiques sont évoqués en premier lieu[34], la lutte contre les exclusions appelle également le concours d'une multiplicité d'acteurs privés et d'individus[35]. Toutes les énergies sont ainsi mobilisées au service de ce qui constitue une "cause nationale" au sens premier du terme.

Reste, ensuite, à déterminer le sens juridique qui découle de la qualification d'« impératif » : de prime abord, deux pistes s'offrent à l'exégète, en rapprochant le terme de ceux d'« exigence d'intérêt national » ou d'« objectif à valeur constitutionnelle », offrant ainsi un parallèle avec les qualifications retenues par le Conseil Constitutionnel à propos, respectivement, de la promotion du logement des personnes défavorisées ou de la possibilité pour toute personne de bénéficier d'un

---

[31] M.-T. JOIN-LAMBERT, Rapport introductif, « *Exclusion, égalité devant la loi et non-discrimination* », Actes du colloque de Taormina-Mare, 1994, Ed. du Conseil de l'Europe, p. 19.

[32] J. FIERENS, *Droit et pauvreté*, Bruylant, Bibl. de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Bruxelles, 1992, p. 37.

[33] Il faut souligner qu'une telle affirmation semble faire l'objet d'un consensus politique certain, le projet de loi d'orientation relatif au renforcement de la cohésion sociale, déposé au Parlement en 1997 par le gouvernement d'A. Juppé affirmant également dans son article 1er que « *la lutte contre les exclusions sociales constitue un impératif national, fondé sur le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains. Les citoyens, les collectivités territoriales, les organismes de sécurité sociale et de protection sociale et les associations concourent avec l'Etat à la réalisation de cet objectif* ».

[34] L'alinéa 3 dispose que « *l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics dont les centres communaux et intercommunaux d'action sociale, les organismes de sécurité sociale ainsi que les institutions sociales et médico-sociales participent à la mise en oeuvre de ces principes. Ils poursuivent une politique destinée à connaître, à prévenir et à supprimer toutes les situations pouvant engendrer des exclusions* ».

[35] L'alinéa 6 évoque ainsi pêle-mêle « *les entreprises, les organisations professionnelles ou interprofessionnelles, les organisations syndicales de salariés représentatives, les organismes de prévoyance, les groupements régis par le code de la mutualité, les associations qui oeuvrent notamment dans le domaine de l'insertion et de la lutte contre l'exclusion, les citoyens ainsi que l'ensemble des acteurs de l'économie solidaire et de l'économie sociale concourent à la réalisation de ces objectifs* ».

logement décent[36]. La première hypothèse, assimilant impératif national et exigence d'intérêt national, est substantiellement satisfaisante : les deux expressions traduisent de façon identique l'idée d'un devoir impérieux de la Nation. Cependant, l'imprécision de la notion d'exigence d'intérêt national est connue[37] et le juge constitutionnel, auteur de l'expression, semble désormais lui préférer celle d'objectif à valeur constitutionnelle. Est-il dès lors possible de qualifier l'impératif national de lutte contre les exclusions d'objectif à valeur constitutionnelle ? Posée en ces termes, la question se dédouble : d'une part, s'agit-il d'un objectif ? D'autre part, peut-il avoir valeur constitutionnelle ?

L'impératif ainsi énoncé constitue certainement un objectif, dans la mesure où celui-ci se définit comme « *l'énoncé de directives générales susceptibles de canaliser l'exercice d'un droit constitutionnellement protégé* »[38]. La rédaction de l'article 1er de la loi de juillet 1998 fait de la lutte contre les exclusions une « *priorité de l'ensemble des politiques publiques de la nation* » fondée « *sur le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains* » afin de « *garantir sur l'ensemble du territoire l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux* ». La lutte contre les exclusions n'est donc pas une fin en soi mais un moyen, une technique nécessaire à la réalisation de normes qui lui sont supérieures : le respect de la dignité et la protection des droits fondamentaux. Elle constitue un objectif pour l'ensemble de la Nation[39], objectif qu'il importe d'atteindre afin d'assurer la réalisation de buts supérieurs.

Dès lors, quelle valeur juridique reconnaître à cet impératif ? Faut-il se contenter de voir en lui un objectif législatif ou, au contraire, est-il possible de s'appuyer sur le caractère impérieux et solennel de l'objectif ainsi fixé pour déceler en lui un possible principe à valeur constitutionnelle ?

Formellement, le principe, d'origine législative, se situe dans la hiérarchie des normes au niveau du texte qui l'a consacré. Il s'analyserait donc en un principe de législation. Cette catégorie de normes constitue une technique législative permettant au législateur de dégager des finalités et de mettre en place une panoplie d'instruments, juridiques ou non, considérés comme aptes à provoquer des changements sociaux. Dotés d'une valeur normative moindre, ils servent essentiellement à interpréter le texte dans lequel ils figurent. S'ils ne lient pas le pouvoir réglementaire, tenu seulement à la mise en œuvre des dispositions normatives de la loi, ils induisent en revanche l'adoption de prescriptions

---

[36] Respectivement décisions 90-274 DC du 29 mai 1990 et 94-359 DC du 15 janvier 1995, précitées.

[37] V., sur ce point, D. ROUSSEAU, note sous décision n° 90-274 DC du 29 mai 1990, *RDP*, 1992, chr., pp. 46-47.

[38] L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982 », *RDP*, 1983, p. 389, l'auteur ajoutant que les objectifs à valeur constitutionnelle ne sont pas des « *droits véritables* ».

[39] V. en ce sens la rédaction de l'alinéa 6, qui emploie le terme d'« *objectifs* », ainsi que de nombreuses dispositions du corps de la loi qui affirment, entre autres, que « *l'accès à la prévention et aux soins des personnes les plus démunies constitue un* ***objectif*** *prioritaire de la politique de santé* » (article 67), que « *l'égal accès de tous, tout au long de la vie, à la culture, à la pratique sportive, aux vacances et aux loisirs constitue un* ***objectif national*** » (article 140)…

compatibles avec la philosophie et l'orientation qu'ils dégagent[40]. Or, cette dernière remarque conduit à formuler une réserve : si l'impératif national de lutte contre les exclusions constitue indéniablement un objectif, il est en revanche douteux que le caractère faiblement normatif des principes de législation soit compatible avec la fermeté et la solennité de l'obligation nationale que la loi traduit[41]. Il semble donc plus probable que l'objectif répond à un principe constitutionnel. Certes, le Conseil Constitutionnel ne s'est pas prononcé sur ce point. L'occasion lui était pourtant offerte lors de la saisine parlementaire sur différents articles de la loi de lutte contre les exclusions. Loin de reprendre les principes consacrés par l'article 1er de la loi déférée, il a limité les normes constitutionnelles de référence aux dispositions du Préambule ainsi qu'à l'objectif de valeur constitutionnelle qu'il avait dégagé en 1995 à propos de la possibilité de disposer d'un logement décent. Formellement, l'impératif de lutte contre les exclusions n'est pas, ou pas encore, consacré par le juge constitutionnel comme un objectif à valeur constitutionnelle. Toutefois, rien n'interdit de penser que, s'agissant d'un objectif destiné à permettre la conciliation et l'effectivité de droits fondamentaux, prenant sa source dans le souci de promouvoir le caractère social de la République, se référant aux principes consacrés par le Préambule, à l'égalité et à la dignité de tous, il ne se voie un jour consacré au plus haut degré de l'ordonnancement juridique. Une telle constitutionnalisation n'affecterait en rien la cohérence du bloc de constitutionnalité, mais, tout au contraire, contribuerait à l'affermir en servant de lien entre les différentes dispositions à caractère social. De plus, elle aurait pour principal mérite de renforcer les obligations qui pèsent sur les pouvoirs publics, en interdisant une remise en cause du principe. Enfin, s'agissant d'un principe républicain bénéficiant d'un large consensus politique[42], une telle consécration ne soulèverait probablement aucune contestation de nature politique.

L'analyse démontre ainsi une prise en compte certaine de l'exclusion par le droit, ce qui contribue à faire de celle-ci un phénomène appréhendé par le droit, et donc en voie de juridicisation. Le lien entre droit et exclusion est renforcé d'autant par le contenu conféré à la notion d'exclusion.

B- L'exclusion sociale comme notion juridique

260. De concept sociologique, l'exclusion sociale semble devenir une notion juridique[43] par le recours à différents termes, concepts et notions à caractère

---

[40] V. sur ce point, J.-B. AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *RDP*, 1991, pp. 327 et s. ; C.A. MORAND, « Les objectifs de la législation : approches diversifiées et complémentaires », *Droit prospectif, Cahiers de méthodologie juridique*, n°4, 1989.

[41] V. en sens inverse, R. LAFORE, « Les trois défis du RMI », AJDA, 1988, pp. 571-572.

[42] La rédaction identique du projet de loi déposé en 1997 par le gouvernement Juppé témoigne de ce consensus politique, par-delà les divergences de majorité.

[43] Comme outil de connaissance, la notion est « *le moyen de connaître des faits, plus précisément des faits sociaux, et donc des faits complexes* » (G. GUGLIELMI, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française*, LGDJ, Bibl. de droit public, 1991, p. 16). Mais, comme le remarque C. GIRARD (« Droits fondamentaux et théorie du droit ou le côté obscur de la force du droit », *L'Astrée*, n° 10, 2000, p. 33) : « *apparemment, n'accède pas au rang de notion juridique qui veut. Les notions en droit forment un groupe qui vise à la compréhension des mécanismes du droit tout autant qu'à la différenciation du droit par rapport aux autres phénomènes sociaux* ». C'est en ce sens que nous nous proposons de voir dans l'exclusion sociale une notion juridique en cristallisation, dans la mesure où,

juridique servant à en préciser le contenu. En effet, les différentes propositions de définition de l'exclusion ou les divers programmes de lutte contre celle-ci se réfèrent systématiquement à des notions juridiques.

Au niveau communautaire, une telle approche de l'exclusion est offerte par différents textes émanant de la Commission Européenne. C'est ainsi une recommandation très explicite du 24 juin 1992 qui exhorte les Etats membres à « *reconnaître, dans le cadre d'un dispositif global et cohérent de lutte contre l'exclusion sociale, le droit fondamental de la personne à des ressources et prestations suffisantes pour vivre conformément à la dignité humaine* »[44] De même, dans une communication du 23 décembre 1992, la Commission consacre un point spécifique à « *l'affirmation solennelle des droits* ». A ce titre, la Communauté Européenne « *se réclame dans ses valeurs et ses finalités, et dans son droit positif, de droits fondamentaux parmi lesquels figure le respect de la dignité de la personne humaine, dont l'exclusion sociale est, dans un certain sens, une dénégation*. (…) *La reconnaissance solennelle par la communauté, de manière non contraignante, des droits liés au respect de la dignité humaine afficherait clairement sa détermination politique dans le domaine de la lutte contre l'exclusion sociale* »[45]. L'exclusion y est explicitement définie comme une dénégation de la dignité humaine et des droits fondamentaux, parmi lesquels notamment le droit à des ressources suffisantes et à une protection sociale permettant la jouissance effective des droits à la santé, au logement, à l'emploi et à la formation. De même, le Parlement invitait, en 1993, les institutions communautaires à intégrer dans le traité sur l'Union un chapitre sur les libertés et droits fondamentaux, lequel mentionnerait spécifiquement la pauvreté et l'exclusion sociale en tant que violations des droits de l'homme et de la dignité humaine[46]. Une telle approche se retrouve dans la version révisée de la Charte sociale européenne, son article 30 énonçant un « *droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale* ». A ce titre, la lutte contre l'exclusion impose aux Etats signataires, en vue d'en assurer l'exercice effectif, de « *prendre des mesures* (…) *pour promouvoir l'accès effectif notamment à l'emploi, au logement, à la formation, à l'enseignement, à la culture, à l'assistance sociale et médicale des personnes se trouvant ou risquant de se trouver en situation d'exclusion sociale ou de pauvreté, et de leur famille* » et de « *réexaminer ces mesures en vue de leur adaptation si nécessaire* »[47].

Cette nouvelle approche, qui, par sa référence constante aux droits fondamentaux, se veut résolument juridique, traduit une rupture essentielle dans

---

d'une part, elle permet de comprendre les mécanismes juridiques actuels d'appréhension de la pauvreté, et, où, d'autre part, elle revêt une définition juridique propre, autonome des instruments initialement utilisés en sociologie pour la construire.

[44] Recommandation 92/441/CEE, *JOCE* L. 245, 26 août 1992, pp. 46-48.

[45] Communication du 23 décembre 1992, *Vers une Europe des solidarités. Intensifier la lutte contre l'exclusion sociale, promouvoir l'intégration*, COM (92) 542 final, Bruxelles, le 23 décembre 1992.

[46] Parlement européen, *Rapport sur la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale dans la Communauté Européenne*, 2 juillet 1993, PE 204.646./def /A.

[47] Dans le même sens, il convient de relever la formulation de l'article 136 (ex 117) TCE, qui, se référant aux droits sociaux fondamentaux tels que ceux énoncés dans la charte sociale européenne et la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, affirme que la Communauté et les Etats membres ont pour objectif, entre autres, la lutte contre les exclusions. La garantie des droits sociaux fondamentaux justifie ainsi la lutte contre les exclusions.

l'analyse de la pauvreté : en effet, comme le note avec justesse M.-T. Join-Lambert, l'approche juridique « *ne se fonde pas sur une* "*représentation*"*, une analyse causale de l'exclusion (pauvreté monétaire, écart à la norme, cumul des handicaps) mais sur un fait : le non respect des droits civils, sociaux politiques qui sont déclarés ouverts à tous* »[48].

Cette acception conférée à la notion d'exclusion se retrouve dans la loi de 1998, qui, dans son article premier, affirme que « *la lutte contre les exclusions est un impératif national fondé sur le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains* » et ajoute que celle-ci passe par la garantie de « *l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans les domaines de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice, de l'éducation, de la formation et de la culture, de la protection de la famille et de l'enfance* ». Si la loi ne définit pas expressément l'exclusion, les moyens qu'elle entend mettre en œuvre pour la réduire permettent de préciser le sens implicite que le législateur lui reconnaît. Ce faisant, elle complète la définition sous-jacente de la loi instaurant le RMI, prestation définie alors comme « *l'un des éléments du dispositif global de lutte contre la pauvreté tendant à supprimer toute forme d'exclusion, notamment dans les domaines de l'emploi, de l'éducation, de la formation, de la santé, du logement* »[49]. Or, cette définition recouvre point par point celle avancée au niveau européen, tant par la référence appuyée qu'elle contient au principe de respect de la dignité de la personne humaine[50], que par l'affirmation d'un socle de droits qualifiés de fondamentaux que des politiques publiques doivent tendre à garantir.

Ces différents textes, nonobstant leurs différences d'origine et de portée juridique, présentent une similitude indéniable, en définissant la notion d'exclusion sociale comme une situation de fait constitutive d'une atteinte à la dignité de la personne humaine et d'une violation des droits fondamentaux, indépendamment de leur qualification de droits civils et politiques ou économique et sociaux[51]. Autant de notions qui, on le voit, sont familières au juriste.

Dès lors, la conclusion s'impose : la notion d'exclusion sociale est en voie de transformation et subit une "réappropriation" par le droit. Tout d'abord parce que la lutte contre l'exclusion constitue, depuis une quinzaine d'années, un objectif des pouvoirs publics, qui le rappellent de façon répétitive et solennelle dans différents instruments normatifs ; ensuite parce que son contenu se dote progressivement d'une consistance juridique, allant jusqu'à transformer le concept sociologique initial en notion juridique, ou, à tout le moins, en notion utilisable par le juriste. L'évolution est aisément mesurable : l'exclusion n'est certes pas une nouvelle question sociale. La réelle nouveauté, le fait notable, réside dans la lecture juridique qui est faite de la pauvreté. Celle-ci n'est plus analysée sous le seul angle de la faiblesse des ressources mais à travers les causes qui la produisent et les effets qu'elle induit : l'exclusion sociale. Or, ce changement de perspective entraîne une autre évolution :

---

[48] M.-T. JOIN-LAMBERT, *Rapport introductif* précité, p. 20.
[49] L. n° 88-1088 du 1er décembre 1988, modifiée par la loi n° 92-762 du 29 juillet 1992.
[50] Sur ce point, V. *infra*, chapitre suivant, § 294-300.
[51] Pour une analyse de la pauvreté comme situation de fait susceptible d'entraîner la violation de ces différents droits, V. *supra*, chapitre précédent, § 223-252.

la nécessaire lutte contre l'exclusion ne se fonde plus sur la seule cohésion sociale, mais bel et bien sur la sauvegarde des droits fondamentaux.

§ 2- La sauvegarde des droits fondamentaux, nouveau fondement des mesures de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale

261. Il n'est pas question « *d'ériger la pauvreté en statut, comme le réclament les zélateurs de l'assistance* » mais d'affirmer « *l'accès de tous aux droits de tous* »[52], proclamait A. Juppé à l'occasion de la présentation, en 1997, du projet de loi sur la cohésion sociale. « *Il est* (...) *dangereux de limiter la lutte contre l'exclusion à l'assistance* », répondait en écho, un an plus tard, M. Aubry[53], soulignant qu'il faut « *éviter la formation d'un droit des exclus qui pourrait être stigmatisant et synonyme d'un droit de seconde classe* »[54]. Gouvernements de droite comme de gauche se rejoignent sur la nécessité de dépasser le traitement assistanciel traditionnel (I) pour affirmer une nouvelle approche de la lutte contre l'exclusion, centrée sur la sauvegarde des droits fondamentaux (II).

I- Le constat de l'archaïsme des politiques traditionnelles d'assistance

La philosophie générale des politiques de lutte contre l'exclusion se démarque très nettement de l'assistance traditionnelle, en rejetant la "dégradation statutaire" née de cette dernière et en soulignant son caractère archaïque. Dans cette optique, ce sont tout à la fois les fondements et les effets du traitement assistanciel de la pauvreté qui sont rejetés.

262. Les fondements, tout d'abord : croire que l'assistance fondée sous la IIIème République a eu pour finalité exclusive la promotion de l'être humain serait commettre un contre-sens. En réalité, les travaux de G. Simmel[55] ont bien montré que l'assistance avait pour fonction de préserver le bien-être ou le salut de la société[56] : « *le fait que le pauvre reçoive l'aumône n'est pas une finalité en elle-même mais simplement un moyen vers une fin* »[57] . Dans cette optique, les pauvres ne peuvent même pas être considérés comme « *les moyens d'une fin,* (...) *car l'action sociale ne les prend pas en compte, eux, en tant qu'individus, elle n'utilise que certains moyens objectifs et matériels afin de supprimer les dangers et les pertes représentés par les pauvres vis-à-vis du bien être de la communauté* »[58]. Le but de l'assistance est en réalité de « *mitiger certaines manifestations extrêmes de différenciation sociale, afin que la structure puisse continuer à se fonder sur cette*

---

[52] A. JUPPE, *JO Débats AN*, 16 avril 1997, p. 2458.
[53] M. AUBRY, *JO Débats. AN*, 6 mai 1998, p. 3394.
[54] Exposé des motifs du projet de loi d'orientation relatif à la lutte contre les exclusions.
[55] G. SIMMEL, *Les pauvres*, (1907), rééd. PUF, 1998, introduction de S. PAUGAM.
[56] En effet, si le but de l'assistance était la protection de l'individu, il n'y aurait aucune raison de limiter celle-ci au strict minimum. Or, il existe un souci constant que « *les pauvres ne reçoivent pas trop* » (id., p. 81).
[57] Id., p. 47, l'auteur ajoute que l'« *assistance prend forme volontairement, ou est imposée par la loi, afin que les pauvres ne deviennent pas des ennemis actifs et dangereux de la société, pour rendre leur énergie déjà réduite plus productive et enfin pour empêcher la dégénérescence de leur progéniture* » (id., p. 47).
[58] Id., p. 48.

différenciation »[59]. L'obligation d'assister les pauvres est « *une obligation, qui, en tant que droit, ne s'adresse pas aux pauvres, mais à la société, à la préservation de laquelle cette obligation contribue et que la société exige de ces organes ou de certains groupes* »[60].

Le fondement de l'aide sociale étant ainsi la protection de la société contre ses risques de désintégration, l'intégration des pauvres se fait par des statuts qui ne se réfèrent pas tant à l'insuffisance des ressources qu'au rapport au travail. Pour ceux inaptes au travail, le droit public crée un statut de l'assisté. Sous la Troisième République, l'indigent est désigné par son aptitude à bénéficier de secours dès lors qu'il est en possession d'un statut spécifique, caractérisé par l'obtention d'un domicile de secours et l'inscription sur une liste d'indigence. *Mutatis mutandis*, les conditions d'attribution des différentes prestations d'aide sociale répondent actuellement encore à ces conditions[61]. Pour les valides est instauré par le droit social un statut de chômeur, que la IIIème République constitue juridiquement en une catégorie spécifique, distincte de celle du pauvre. Au tournant du siècle, elle est certes encore empreinte de la référence à la pauvreté. Ainsi, C. Willmann souligne combien cet héritage « *pèse encore largement sur les essais de construction juridique du chômeur initiés par les juristes de cette fin de siècle. L'influence du modèle de la pauvreté rend impossible une définition autonome du chômeur* »[62] en raison de l'analyse retenue, tendant à définir le chômage par ses effets, la perte du revenu et l'entrée corrélative dans la pauvreté. Une évolution sensible se dessine toutefois à partir de 1905, tendant à dépasser le modèle de la pauvreté, « *gangue* »[63] originelle de la notion de chômage. Le chômeur passe, à cette époque, d'une position incertaine et intimement liée à la figure du pauvre à une identité posée par le droit et autonome, distincte de la pauvreté, fondée sur le critère légal de la perte d'emploi, puis de la demande d'emploi. Le statut du chômeur qui se construit alors est tout entier organisé autour de l'accès au travail par le droit du placement et de l'emploi, et se détache durablement des mécanismes de lutte contre la pauvreté[64]. Tout se passe comme si la saisie par le droit de son identité de demandeur d'emploi permettait la "transsubstantiation" de la figure morale séculaire du "bon pauvre" en statut juridique indépendant, permettant du même coup l'exacerbation du rejet du mendiant et vagabond[65].

---

[59] Id., p. 49.
[60] Id., p. 65.
[61] Sur les conditions actuelles d'admission à l'aide sociale : M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 3e éd., 2000, pp. 144 et s.
[62] C. WILLMANN, *L'identité juridique du chômeur*, LGDJ, Bibl. de droit social, 1998, p. 102.
[63] J. LUCIANI, *Le chômage au XIXe siècle*, Thèse de doctorat de 3e cycle, Economie des ressources humaines, Paris I, 1985, dact., p. 387.
[64] Ce qui explique que ce thème ne soit pas traité dans le cadre de cette thèse ; V., pour des analyses récentes, C. GUITTON, *Droit, action publique et travail, étude juridique des politiques d'insertion par le travail*, thèse Paris X, 1996 ; C.WILLMANN, précit.
[65] Sur ce point, V. *supra*, 1e partie, titre 2, chapitre 1, § 131 et s., spé. § 135. Un point toutefois mérite l'attention et montre la difficulté du droit à saisir l'identité du chômeur indépendamment du contexte de la pauvreté. Celui-ci réside dans l'exception instaurée par le décret du 11 novembre 1931. Parenthèse dans l'évolution du statut du chômeur, due vraisemblablement à la crise économique, ce décret met en place un dispositif de secours aux chômeurs ne pouvant plus prétendre aux aides versées par les fonds communaux de chômage, sur la base de leur seul état d'indigence et non sur le fondement de la perte d'emploi. La logique d'assistance est ici certaine et « *le chômeur est alors ramené à une figure bien*

263. Or, quels ont été les effets de cette construction statutaire de l'assistance et du chômage ? Là encore, l'analyse menée par G. Simmel s'avère précieuse, lorsqu'elle souligne la situation « *particulière* »[66] des pauvres au sein de la société. Selon le sociologue, la position inférieure des assistés « *n'entrave pas leur intégration à l'Etat en tant que membres d'une unité politique totale* »[67] . Bien qu'ils soient « *un objet inerte démuni de droits dans les objectifs globaux de l'Etat* »[68] , ceci ne conduit pas pour autant à les exclure de l'Etat. « *Les pauvres sont ordonnés de façon organique à l'intérieur de celui-ci, ils appartiennent en tant que pauvres à la réalité historique de la société qui vit en eux et au-dessus d'eux* »[69], ils « *se situent d'une certaine manière à l'intérieur du groupe ; mais ceci n'est rien de plus qu'un mode d'interaction particulier qui les unit à l'ensemble au sein d'une entité plus large* »[70]. Les pauvres ne sont donc pas "exclus" au sens moderne du terme, ils remplissent une fonction « ***dans*** *la société* »[71], et G. Simmel d'ajouter de façon incisive : « *être en dehors n'est en bref qu'une forme particulière d'être à l'intérieur* »[72] . L'assistance au pauvre fait de celui-ci « *un objet de l'activité du groupe* » qui, parfois « *le fait vivre comme corpus vile à la merci du tout et qui, parfois, à cause de ceci, en fait son ennemi amer* »[73]. La stigmatisation qui découle de leur statut inférieur n'est pas une exclusion, c'est un refoulement. En un mot, tant que l'assistance a eu pour préoccupation première la préservation de la société, l'exclusion des pauvres n'était pas concevable ou "conceptualisable" : situés "au dehors", ils sont dangereux, il convient donc de les intégrer, ce que la construction statutaire a permis de faire, au prix d'une position sociale inférieure. Mais dès lors, cette intégration signifie nécessairement leur "inclusion".

Cet effet d'inclusion par l'assistance conduisant à la fondation d'un statut marginalisateur et vecteur de stigmatisation, par lequel l'individu est réintégré dans l'espace public, a été particulièrement analysé par la suite dans diverses disciplines. Ce sont en sociologie les travaux de S. Paugam sur la disqualification sociale, tendant à étudier « *le discrédit de ceux qui ne participent pas vraiment à la vie*

---

connue, déjà appréhendée au XIXe siècle, celle du pauvre, de l'indigent » (C. WILLMANN, précit., p. 127 ; MALIVOIRE DE CAMAS, *La France et le chômage, étude de législation*, thèse Paris, 1933, pp. 128 et s.). Ce mécanisme ne durera que quelques années, et sera abrogé en 1940. Or, en période de crise économique, la tentation est forte de ramener le chômeur à l'image traditionnelle du pauvre ; dans cette situation, la pauvreté n'est plus considérée comme une situation abstraite de laquelle se dégage la notion de chômage, mais bien comme l'aboutissement matériel d'un état prolongé de chômage. C'est dire, remarque J. Luciani, « *qu'en période de crise, la perception du chômage revient se fondre dans son enveloppe d'origine : la pauvreté* » (précit., p. 388), et le droit ramène le chômeur au statut de l'indigent, en lui permettant de bénéficier d'aides publiques spécifiques au regard de son absence de ressources (pour un détail de ces mesures -allocation de solidarité spécifique, allocation d'insertion…- V. notamment M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., pp. 331 et s) . A cet égard, il est possible de s'interroger sur le vocable de « nouveaux pauvres », à travers lequel certains voient une « *ultime tentative pour isoler au sein du monde des pauvres les chômeurs qui n'en sont plus vraiment, mais qui ne sont pas encore assimilables à l'ancienne pauvreté* » (J. LUCIANI, précit., p. 388).

[66] G. SIMMEL, précit., p. 55.
[67] Id., p. 55.
[68] Id., p. 55.
[69] Id., pp. 55-56.
[70] Id., p. 56.
[71] Id., pp. 60-61 (souligné par l'auteur).
[72] Id., p. 89.
[73] Id., p. 91.

économique et sociale, (...) *la diversité des statuts qui définissent les identités personnelles* »[74] . La disqualification sociale atteint ceux qui ne participent pas pleinement à la vie sociale ayant intégré une impression d'infériorité sociale et d'échec. C'est également, en science politique, l'étude d'H. Thomas, montrant la réintégration des individus dans le corps social « *de façon séparée et dégradée. Ils se retrouvent alors* (...) *dans la position la plus basse de l'échelle des statuts et se caractérisent alors par la* "*dépendance*" *et le* "*manque d'autonomie*" »[75]. C'est encore, dans l'analyse politique, la thèse de Ph. Sassier selon qui « *l'assistance, par son caractère non concerté, son mépris d'une éventuelle opinion du pauvre sur sa propre destinée, loin d'avoir un effet de résorption de la misère, ne fait que l'accentuer* »[76] . C'est enfin l'analyse juridique, menée par des spécialistes du droit de l'aide sociale comme E. Alfandari[77] ou R. Lafore, des mécanismes de désignation et d'étiquetage naissant d'une « *logique d'assistance* (qui) *cautionne et naturalise l'exclusion en créant des espaces de gestion des exclus* »[78], véritables « stocks » d'exclus non intégrés du fait de leur distance à l'emploi et enfermés dans des statuts dévalorisés[79].

Cette dévalorisation procède d'une représentation particulièrement nette des causes de la pauvreté. Jusqu'à une date récente, en fait les années quatre-vingt, la pauvreté est perçue comme résultat d'une incapacité personnelle de l'individu, d'un handicap ou d'une déviance, perception directement issue de la distinction séculaire entre bons et mauvais pauvres. La stigmatisation ou la dégradation statutaire naît du soupçon selon lequel l'individu perçoit indûment des aides et vit aux "crochets" et détriment de la société. Même pour ce qui concerne la catégorie des chômeurs, que le droit essaye de saisir à travers une identité juridique nouvelle, cette assimilation persiste. C'est notamment le cas pour la figure du « *chômeur alcoolique* ». Des textes de 1914 et 1926 organisant les fonds communaux de chômage attestent l'existence de cette catégorie spécifique, maintenue par le décret du 6 mai 1939, selon lequel « *le chômeur ne doit pas se livrer habituellement à la boisson* ». Utilisé à l'origine comme mode de sélection des bénéficiaires, ce critère persiste à travers l'article 6-5 du décret du 12 mars 1951, en fonctionnant comme « *mode d'exclusion de la qualité juridique de chômeur* »[80]. Finalement abrogées en 1967, ces dispositions juridiques traduisent un discours moral sur l'ivresse témoignant de la « *prégnance d'un modèle de la pauvreté issu des schémas de représentation du XIX*[e]

---

[74] S. PAUGAM, *La disqualification sociale. Essai sur la nouvelle pauvreté*, PUF, 1991, p. 17.
[75] H. THOMAS, précit., p. 106.
[76] Ph. SASSIER, précit., p. 372.
[77] L'auteur déplore ainsi les « *scories juridiques* » encombrant le droit de l'aide sociale, plaçant les bénéficiaires dans une position dévalorisée, reflet de la méfiance prévalant à leur égard : « *les services sociaux auraient dû avoir pour tâche primordiale l'émancipation de ceux qu'ils soutiennent. Peut-on nier qu'aujourd'hui, consciemment ou non, ils procèdent plutôt à leur asservissement ?* » (E. ALFANDARI, « Réflexions sur le droit dit "social"», *RTDSS*, 1967, p. 103).
[78] R. LAFORE, « L'ordre consensuel, le droit des politiques sociales », *Revue interrégionale des CREAHI*, 1995, n°31, pp. 3 et s.
[79] V., dans le même sens, A. THEVENET, affirmant que « *toute mesure en faveur d'une catégorie est une mise à part, une catégorisation, une forme d'exclusion sociale* » (« Contre les idées trop simples », Economie et humanisme, n° 301, juin 1988, p. 72).
[80] C. WILLMANN, précit., p. 247.

siècle, définissant une approche subjective du chômage, associée à la paresse et au vice »[81].

Les différentes analyses convergent toutes sur un point : celui de la dégradation et de la stigmatisation qui découlent du statut de l'assisté. Or, les politiques nouvelles de lutte contre l'exclusion répondent à ce constat en proposant de façon explicite une nouvelle approche du traitement de la pauvreté.

II- La thématique des droits fondamentaux dans la lutte contre l'exclusion et la pauvreté

264. Les nouveaux principes des politiques de lutte contre l'exclusion se veulent fondateurs d'une dynamique novatrice, en rupture avec la logique traditionnelle de l'assistance. Le discours de M. Aubry présentant le projet de loi d'orientation relatif à la lutte contre l'exclusion est particulièrement éclairant quand celle-ci affirme que la lutte contre la pauvreté nécessite de sortir du schéma assistanciel traditionnel et implique, non pas d'afficher « *des droits nouveaux, des droits spécifiques qui montreraient du doigt les exclus et qui* (...) *les stigmatiseraient, mais, bien au contraire, de leur donner accès aux droits de chaque citoyen dans notre société* »[82]. La philosophie générale du texte démontre dès lors que la sauvegarde des droits fondamentaux constitue le nouveau fondement des mesures de lutte contre les exclusions (A), sans cependant ériger une liste précise de ces droits fondamentaux (B).

A- La sauvegarde des droits fondamentaux, fondement explicite de la lutte contre l'exclusion sociale

Le discours de la Ministre de l'emploi et de la Solidarité à l'occasion de la présentation à l'Assemblée du projet de loi de lutte contre les exclusions traduit nettement le changement d'orientation de la politique sociale. Certes, la solidarité est toujours présentée comme le fondement des mesures d'assistance[83] ; cependant, à ce fondement traditionnel sont ajoutés, voire substitués, de nouveaux principes : la lutte contre les exclusions dépasse le strict cadre de l'assistance et se réfère avant tout au respect des droits fondamentaux[84] et, plus particulièrement, aux droits proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946, dont elle entend permettre l'exercice effectif[85]. Le terme de solidarité n'est employé qu'une seule fois dans l'exposé des

---

[81] Id., p. 246.
[82] *JO Déb. AN*, 6 mai 1998, p. 3395.
[83] V. par exemple, M. AUBRY, séance du 5 mai 1998, *JO Déb. AN*, 6 mai 1998, p. 3395 : « *la solidarité nationale doit nous amener à porter assistance à ceux qui sont en difficulté* ».
[84] « *L'objectif majeur de l'action publique et peut-être même de la politique est de faire en sorte que chacun puisse sortir* (...) *d'une situation d'assistance. Dans cet esprit, le projet de loi a d'abord pour objet de garantir l'accès aux droits fondamentaux.*(...) *L'accès aux droits fondamentaux doit être le tremplin vers la réinsertion sociale* » (id., p. 3395).
[85] « *Nous sommes, en théorie, très bien armés pour lutter contre l'exclusion. Le Préambule de 1946 ne déclare-t-il pas que "chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi" et que "la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement" ? Mais cette affirmation est purement théorique car, en réalité, les plus fragiles méconnaissent leurs droits*

motifs, associé à l'idée d'assistance. La justification traditionnelle est ainsi marginalisée et devient subsidiaire : l'objectif du gouvernement, clairement affiché dans l'exposé des motifs, est de « *rendre effectifs les droits fondamentaux et tout faire pour que la dignité des plus démunis ne soit pas bafouée. En un mot, au-delà de toute logique d'assistance, il s'agit de permettre à chacun de prendre sa vie en main* »[86]. La structure du texte confirme cette orientation, à travers ses deux titres premiers, « *De l'accès aux droits* », « *De la prévention des exclusions* », qui développent des dispositifs destinés à garantir, entre autres, droit au travail, au logement, droit de vote, protection de la vie familiale, droit à l'instruction… Le texte en son intégralité repose sur un énoncé de droits, qualifiés pour certains de fondamentaux mais, en tout cas, appartenant tous au corpus juridique des droits de l'homme, que la loi entend promouvoir devant le risque que fait peser la pauvreté sur leur exercice effectif.

265. La loi ainsi adoptée, éclairée par son exposé des motifs, oblige dès lors à reconsidérer la doctrine relative aux fondements de l'aide sociale et des mesures de lutte contre la pauvreté. Celle-ci est assez partagée et oppose, avec certaines nuances, les tenants d'une justification reposant sur la protection de l'intérêt de l'individu aux partisans du principe de solidarité sociale.

Pour les premiers, « *il faut se résoudre à ne pas rechercher le fondement de l'aide sociale en dehors de l'individu lui-même : la raison d'être de cette institution est le droit qu'à tout individu de ne pas mourir de faim ; l'Etat, à défaut de la famille, se trouve tenu de lui fournir les aliments qui lui sont nécessaires, parce que, dans un régime civilisé, il ne peut en être autrement* (...) *A l'origine de tout, il y a le droit de l'individu autour duquel est construit le droit moderne de l'aide sociale* »[87]. Certes, ces auteurs reconnaissent que le fondement de l'aide sociale est historiquement fluctuant, au point qu'aujourd'hui encore il est difficile de déterminer un fondement unique[88]. Toutefois, ils assurent que l'intérêt de l'individu, quelquefois qualifié de « droit à la vie »[89], est le fondement qui correspond le mieux à la nature de droit alimentaire de l'aide sociale.

Les seconds ne nient pas le rôle essentiel de la prise en compte de l'intérêt de l'individu et prennent acte de la référence aux droits énoncés dans la Constitution. Toutefois, l'intérêt de l'individu constituerait, selon eux, un élément susceptible d'expliquer le dispositif légal et non le principe fondateur de l'intervention publique[90]. Et encore constitue-t-il une explication bien insuffisante, car, selon ces auteurs, l'affirmation d'un droit à l'existence « *aboutit beaucoup plus à déplacer le problème qu'à le résoudre : puisque aussi bien resterait-il toujours à se demander pourquoi et au nom de quoi l'individu se verrait reconnaître un droit à l'encontre de la société, droit dont il suffit de rappeler qu'il a été contesté et nié pendant des*

élémentaires ou, en tout cas, n'y accèdent plus. Il nous faut donc maintenant sortir de la proclamation des droits pour en assurer l'exercice » (id, p. 3395).

[86] Exposé des motifs, précité, p. 20.

[87] E. ALFANDARI, « Aide sociale », *Répertoire de droit social et du travail*, Encycl. Jur. Dalloz, T. 1, n° 18.

[88] V. en ce sens E. ALFANDARI, *Action et aide sociales*, Dalloz, 4e éd., 1989, pp. 71-72.

[89] E. ALFANDARI, *Action et aide sociales*, précit., p. 69.

[90] V., en ce sens, M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., p. 30.

siècles (...) *pour observer qu'il est loin d'aller de soi* »[91]. Or, selon ces auteurs, le principe fondateur est, à n'en pas douter, celui de solidarité sociale, qui joue à un double niveau : celui, tout d'abord, de la consécration constitutionnelle du droit de l'individu : « *c'est en partant de l'idée que les hommes sont et doivent être unis, dans l'état social et en particulier dans une véritable Démocratie, par des liens étroits de solidarité que l'on en est arrivé à conceptualiser puis à constitutionnaliser ce droit* »[92] ; celui, ensuite, de la concrétisation législative du droit constitutionnel, la décision du législateur de rendre effectif ce droit ayant « *toutes chances d'être prise au nom et en vertu du principe de solidarité* »[93].

Le choix d'un tel fondement repose en réalité, chez ces derniers auteurs, sur le souci de présenter une analyse "unificatrice" de l'histoire de l'aide sociale. Ceci apparaît tout particulièrement dans la thèse de M. Borgetto, qui procède d'une lecture historique de la formation et des applications des notions de fraternité et de solidarité. Soulignant la date charnière de 1946, où est reconnu un droit créance, corollaire de l'obligation étatique d'assistance aux pauvres, l'auteur tente néanmoins de minimiser cette rupture, en la réintégrant dans la permanence historique de l'invocation de la notion de solidarité. Prenant acte de la consécration expresse de droits de l'homme, M. Borgetto formule dès lors ce que l'on peut ramener à deux hypothèses : la première - hypothèse haute - est que derrière les droits de l'homme, se trouve leur « *fondement réel* »[94], la solidarité. La seconde - hypothèse basse - est que, même si la solidarité ne constitue pas le fondement théorique réel des droits de l'homme, elle constitue, à tous le moins, le « *fondement juridique de l'aide légale* »[95].

Ces deux propositions suscitent de nombreuses questions : la première proposition renvoie à une question théorique incertaine, celle du fondement des droits constitutionnels. Or, cette interrogation reflète l'idée soit d'une supra-constitutionnalité, question éminemment controversée, soit d'une hiérarchie ou d'une différence de portée entre droits, certains étant au fondement des autres et jouant dès lors le rôle de « *principes matriciels* »[96] ou fondamentaux. Pour peu que l'on retienne cette dernière proposition, il importe dès lors d'en déterminer le contenu, et notamment de souligner que d'autres auteurs ont proposé d'inclure parmi ces principes matriciels ou fondamentaux un autre droit, qui pourrait tout aussi bien, voire mieux que le principe de solidarité constituer le "fondement" des droits proclamés en 1946 : celui de la dignité de la personne humaine[97]. C'est d'ailleurs sur ce fondement, et non sur celui de l'exigence de solidarité, que le juge constitutionnel a déduit l'objectif de logement décent. Dans cette optique, c'est le principe de dignité de la personne humaine qui engendrerait l'obligation de solidarité. La

---

[91] Id., p. 21.
[92] Id., p. 34.
[93] Id., p. 34.
[94] M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, LGDJ, 1993, p. 576.
[95] Id., p. 576.
[96] B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, pp. 211-212.
[97] Pour une analyse du caractère opératoire de la notion de dignité humaine dans la définition de la pauvreté et la lutte contre celle-ci, V. *infra*, chapitre suivant, § 294-300.

première proposition de l'auteur appelle donc plus de questions qu'elle n'apporte de réponses et, *in fine*, suscite de sérieuses réserves.

Il en va de même de la seconde proposition, celle consistant à faire de la solidarité le fondement de l'intervention législative et de la mise en œuvre des droits constitutionnels. Ces réserves sont de deux ordres. La première est théorique : l'affirmation suppose en effet que la proclamation d'un droit ne se suffit pas à elle-même, et que le détour par d'autres principes est nécessaire pour leur concrétisation par le législateur. Retenir une telle interprétation reviendrait alors à réduire singulièrement le caractère opératoire des droits constitutionnels, qui devraient dès lors faire l'objet d'une "médiatisation" ou d'une "réécriture" par l'invocation d'autres normes, en l'espèce la solidarité. Or, tel n'est pas, loin s'en faut, la pratique juridique : l'exemple de la loi sur le RMI est à ce titre révélateur lorsque, dans son article 1er, elle se réfère directement et exclusivement au texte du préambule de la Constitution de 1946. En 1988, le législateur a entendu mettre en œuvre un droit constitutionnel et s'est placé sous le seul fronton de celui-ci. Il est vrai que les débats parlementaires qui ont précédé son adoption ont constamment évoqué le principe de solidarité comme justification de l'intervention du législateur. L'intervention du Ministre de la Solidarité est explicite, lorsqu'il affirmait alors que « *l'exigence de solidarité s'impose à nous : exigence politique et morale, exigence économique également* (...) *Depuis quarante-deux ans, l'exigence de solidarité à l'égard des exclus est posée dans notre Constitution sans qu'on en ait tiré les conséquences. (*Aujourd'hui*), c'est à vous que revient l'honneur de faire passer cette exigence de la pétition de principe à la réalisation concrète* »[98]. S'appuyant sur les multiples références parlementaires au principe de solidarité, M. Borgetto en conclut au rôle primordial que celui-ci a joué dans la matérialisation des droits proclamés en 1946. L'analyse est indéniablement pertinente pour ce qui concerne le texte de 1988. Il n'est pas certain, en revanche, qu'elle garde sa pertinence dix ans plus tard. En effet, et c'est là une seconde réserve, les débats relatifs à la loi de lutte contre les exclusions ne se réfèrent aucunement au principe de solidarité. Non seulement le terme de solidarité n'est pas invoqué comme fondement de l'intervention législative, mais s'il est évoqué, c'est comme un repoussoir, trop associé au principe avec lequel la loi entend rompre et le législateur se démarquer : l'assistance. Or, la loi de lutte contre les exclusions n'est pas une loi d'assistance et de solidarité, c'est une mesure de protection des droits fondamentaux, qui prend ceux-ci comme unique référence.

On mesure dès lors la formidable évolution qui caractérise les textes relatifs aux conditions de vie des pauvres durant la seconde partie du XXe siècle. A bien des égards, la loi sur le RMI fait figure de transition entre l'assistance fondée sur la solidarité et la lutte contre les exclusions fondée sur la sauvegarde des droits fondamentaux. Transition nécessaire, mais transition dépassée : dix ans plus tard, la loi de 1998 s'affranchit de toute référence à la solidarité, ce qu'avait hésité à faire non pas le contenu même de la loi de 1988 mais les débats parlementaires qui l'ont précédée. Comme si, désormais, les considérations relatives à la protection de l'individu, de sa dignité et de ses droits fondamentaux étaient enfin acceptées pour et

---

[98] C. EVIN, *JO Débats AN*, séance du 4 octobre 1988, pp. 633-634.

par elles-mêmes, sans le truchement d'une référence historique[99]. Cette mutation considérable était prévisible : dès 1995, R. Lafore soulignait le « *retour en force des droits fondamentaux, retour extra constitutionnel* »[100] puisque, au-delà de leur consécration par le Préambule, les droits fondamentaux sont affirmés et amplifiés dans des textes législatifs. Il y a donc bien un bouleversement des « fondements du social »[101], ce que ne traduit pas assez la lecture unificatrice de l'histoire des politiques sociales adoptée par les tenants d'une justification fondée sur la solidarité et ce que ne reflètent pas suffisamment les partisans de la thèse individualiste[102].

266. A lire les deux textes présentés à une année d'intervalle, celui, resté au stade de projet de loi, de 1997 et celui adopté en 1998, le nouveau fondement de la lutte contre l'exclusion réside dans le souci de garantir l'effectivité des droits fondamentaux. Reposant sur le constat d'un « *déficit* » dans « *l'accès* » à des droits qualifiés de fondamentaux, il propose, ou proposait, un arsenal de mesures destinées à en garantir l'effectivité. Les termes employés par les deux textes, et notamment celui de 1998, entraînent toutefois chez le juriste une certaine hésitation. Que recouvre cet « *accès aux droits* », qui n'est pas sans rappeler l'accès au service, ou encore « l'accès **au** droit » tel qu'il est organisé dans le cadre de l'aide juridique ? La terminologie est assez maladroite et semble procéder d'une confusion entre principes fondateurs -les droits à telle prestation ou tel service- et la conséquence -le service public et les politiques sociales-. Le législateur français a de la sorte opéré un raccourci, et les garanties apportées à l'exercice des droits fondamentaux sont devenues celles relatives à « *l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux* ». La phraséologie est peu élégante, aussi est-il souhaitable de s'en détacher, afin de distinguer nettement entre le droit que la loi entend protéger, reconnu à tous mais dont des circonstances particulières peuvent empêcher le plein exercice, et les mécanismes qu'elle instaure à cette fin, prestations diverses auxquelles il est possible "d'accéder". Dès lors, il serait préférable de placer la loi contre les exclusions dans une logique non "d'accès à des droits" mais de sauvegarde de ces droits. Le terme est fidèle aux objectifs affichés, en ce qu'il induit l'idée d'une protection contre une menace de nature à affecter l'exercice de ces droits. Or, dans la philosophie générale de la loi contre les exclusions, la pauvreté constitue bien un risque d'atteinte aux droits fondamentaux[103].

---

[99] V. dans le même sens l'analyse de H. MOUTOUH, qui démontre que cette substitution de fondement n'est pas innocente : « *au moment où la légitimité des interventions de l'Etat est mise à mal, où le libéralisme s'est de nouveau imposé comme l'idéologie triomphante, l'idée d'une* "*dette*" *des* "*nantis*" *de la société envers les plus démunis a de plus en plus de mal à être acceptée. Le recours au principe de dignité de la personne humaine joue alors le rôle d'un nouveau correcteur magique des inégalités, davantage compatible avec l'individualisme croissant de nos sociétés modernes* » (*in* « La notion de besoin et le droit », *Informations sociales*, 2000, n° 86, p. 44).

[100] R. LAFORE, « L'ordre consensuel: le droit des politiques sociales », *Revue interrégionale des CREAHI*, 1995, n° 31, p. 5.

[101] Pour reprendre le titre de l'ouvrage de M. DAVID, *Les fondements du social (De la IIIe République à l'heure actuelle*), 1994, Anthropos.

[102] Sans qu'il soit besoin d'insister davantage sur ce point, tant l'histoire montre la faible prise en compte de la revendication tirée d'un droit préexistant à l'intervention du jurislateur (V. *supra*, 2e partie, titre 1, chapitre 1, § 183-195) et la permanence de considérations tirées du souci de préservation de la stabilité sociale et de sa cohésion (V. *supra*, 1ère partie, titre 1, § 21-76).

[103] Les exposés des motifs expriment constamment cette idée : celui de la loi de 1998 affirme qu'« *il n'est pas admissible que la pauvreté réduise la capacité des individus à faire valoir leurs droits* » ; celui du

Nonobstant cette hésitation terminologique, il est possible de conclure à l'existence d'un nouveau fondement, explicitement affirmé par la loi : la lutte contre les exclusions est issue d'une réflexion renouvelée sur la pauvreté et ses effets, et se fonde sur la sauvegarde de droits fondamentaux que la pauvreté, et l'exclusion qui en résulte, sont de nature à menacer. Il convient dès lors d'analyser ces droits qualifiés de « fondamentaux » par le législateur.

B- Le caractère non exhaustif des droits fondamentaux invoqués

267. A lire l'article 1er de la loi de 1998, seraient fondamentaux les droits portant sur « *les domaines de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice, de l'éducation, de la formation et de la culture, de la protection de la famille et de l'enfance* ».

Ainsi formulé, l'énoncé soulève de nombreuses questions, la première, et non la moindre, étant de savoir ce qu'est un droit fondamental. L'introduction de ce vocable dans la terminologie juridique suscite le débat, les auteurs ne s'entendant pas ou mal sur le sens exact et la portée de cette catégorie juridique[104]. L'adjectif renvoie à l'idée de droits essentiels, sans toutefois savoir s'il est possible ou souhaitable d'assimiler droits fondamentaux et droits constitutionnels[105]. Toutefois, il est avéré que le Conseil Constitutionnel ne s'est pas opposé à la qualification par le législateur du caractère fondamental de ces droits et que les droits énumérés dans la loi de 1998 répondent à peu près à ceux consacrés dans le Préambule de 1946, tel qu'il est interprété par le Conseil Constitutionnel. La loi ne crée pas de nouveaux droits, mais, « *partant de la constatation que les situations d'exclusion correspondent généralement à l'absence de jouissance de tel ou tel droit social fondamental existant,* (elle) *opère seulement des rappels* »[106]. En tout état de cause, il semble vain, au regard des ambiguïtés nées de la formation de cette nouvelle catégorie juridique, et inutile, au regard du contenu même du texte adopté, de prétendre répondre à cette première question.

Il est, en revanche, possible de recenser les droits que le législateur entend protéger d'une éventuelle atteinte résultant de la pauvreté. Or, sur ce dernier point, force est de remarquer que la liste des droits fondamentaux est loin de se réduire à la fausse simplicité de l'alinéa cité. Certes, les droits énoncés dans l'article 1er et qualifiés de fondamentaux font l'objet de toute une série de mesures tendant à en renforcer l'effectivité. Ainsi, « *l'accès à l'emploi* » est traité dans le chapitre 1er

---

projet de 1997 déclarait également : « *les situations de pauvreté et d'exclusion sociale mettent en péril les droits fondamentaux affirmés dans la Constitution et dans de nombreux textes de lois* ».

[104] Sur cette question controversée, V. notamment V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *D.*, 1995, chr. pp. 323-329 ; M.-L. PAVIA, « Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *LPA*, 6 mai 1994, pp. 6-13 ; E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° spécial, pp. 6-42, et la bibliographie citée par ces auteurs.

[105] De profondes divergences opposent les auteurs sur ce point. S'il n'est guère envisageable, compte tenu de l'objet de cette thèse, d'approfondir l'analyse sur ce thème, il semble toutefois assuré que la Constitution ne renferme pas en son sein tous les droits fondamentaux, et, comme le remarque E. PICARD, que ces derniers constituent une « *catégorie hors norme* », aucune norme n'épuisant la fondamentalité (article précité, pp. 9-10).

[106] O. PUJOLAR, « Présentation générale de la loi », *RDSS*, 1999, n° 2, p. 275.

tendant à favoriser l'accès au travail d'une population en difficulté[107] et se réfère, implicitement, au droit d'obtenir un emploi proclamé par le Préambule de 1946. Les dispositions tendant à garantir le droit au logement se décomposent en trois séries de mesures, les unes relatives à l'accès au logement, les autres au maintien dans le logement et à la prévention des expulsions, les dernières, enfin, portant sur l'amélioration des conditions de vie[108], notamment celles qui peuvent se révéler attentatoires à la dignité[109]. Tout au long du texte, la référence aux dispositions du Préambule est implicite mais permanente : L'affirmation selon laquelle « *l'accès à la prévention et aux soins des personnes les plus démunies constitue un objectif prioritaire de la politique de santé* »[110] rejoint le droit à la protection de la santé déduit de l'alinéa 11 du Préambule ; les articles 140 et suivants de la loi prolongent les alinéas 11 et 13 du Préambule de 1946, en affirmant que « *l'égal accès de tous, tout au long de la vie, à la culture, à la pratique sportive, aux vacances et aux loisirs constitue un objectif national* » ou encore qu'il entre, dans les missions de l'école de garantir un droit à l'instruction. Enfin, les dispositions tendant à accorder certaines garanties relatives à la protection de la vie familiale, notamment pour les personnes accueillies dans les établissements spécialisés, se veulent une application de l'alinéa 10 du Préambule[111].

Cependant, au-delà de ceux auxquels le législateur de 1998 reconnaît expressément un caractère fondamental, un certain nombre d'autres droits font l'objet de dispositions protectrices sans être mentionnés dans l'intitulé général de l'article 1. Il en est ainsi du droit de vote, désormais encadré par des dispositions tendant à permettre aux sans-domicile-fixe de s'inscrire sur les listes électorales[112], du droit à des ressources minimales[113], du droit aux transports[114] ou à l'ouverture d'un compte en banque[115]. Garantis dans le corps du texte mais non énoncés dans l'article 1er, ces droits peuvent-ils être qualifié de fondamentaux ? Ou encore, en d'autres termes, l'omission du législateur a-t-elle pour effet de placer ces différents

---

[107] Articles 3 à 28 de la loi ; pour une étude de la portée des modifications effectuées par ceux-ci : N. HANTALI, « Le volet emploi de la loi du 29 juillet 1998 », *RDSS*, 1999, p. 326.

[108] Articles 30 à 66, 114 à 122, 123 à 126. Sur ce point, V. les analyses de R. LAFORE, « L'accès à un logement », *RDSS*, 1999, pp. 283-304 ; F. BARKAT, « Le maintien dans un logement », *RDSS*, 1999, pp. 305-322.

[109] V. *supra*, chapitre précédent, § 241.

[110] Article 67 de la loi.

[111] V., notamment l'article 134 de la loi et le commentaire de F. MONEGER, « Le respect de la vie familiale pour lutter contre l'exclusion », *RDSS*, 1999, pp. 446-457, ainsi que *supra*, § 233.

[112] V. notamment l'article 81 de la loi et ce chapitre, *infra*, § 272.

[113] Un tel droit, curieusement, n'est pas consacré dans le chapitre sur les moyens d'existence, mais dans celui portant sur la procédure de traitement des situations de surendettement, et notamment ses articles 87, 88 et 103. Pour une analyse : A. BASCHENIS, « Le droit à des ressources minimales », *RDSS*, 1999, pp. 375-387.

[114] L'article 133 de la loi prévoit que « *dans le cadre de la mise en œuvre du droit au transport* », une concertation entre différents intervenants publics ou privés sera engagée sur la mise en oeuvre de mécanismes d'aide aux chômeurs en fin de droits et aux demandeurs d'emploi de moins de vingt-six ans leur permettant l'accès aux transports collectifs. Le financement de ces mesures reposera sur la modulation des tarifs. Sur ce point, V. *supra*, 1ère partie, titre 1, chapitre 2, § 93-98, spé. § 97.

[115] L'article 137 dispose ainsi que « *toute personne physique résidant en France, dépourvue d'un compte de dépôt, a droit à l'ouverture d'un tel compte dans l'établissement de crédit de son choix ou auprès des services financiers de La Poste ou du Trésor public* ». Le dispositif a été précisé par le décret n° 2001-45 du 17 janvier 2001 (*JO*, 18 janvier 2001), définissant les modalités de ce service bancaire de base.

droits à un rang secondaire ? La réponse est d'autant plus difficile que ces droits, formellement, n'ont pas la même valeur juridique : ainsi, le droit de vote attaché à la citoyenneté et le droit à des ressources minimales sont indéniablement des droits constitutionnels[116] ; les deux autres, en revanche, n'ont qu'une valeur législative, mais avaient déjà été proclamés par différentes lois antérieures[117]. Il est, dès lors, difficile d'expliquer cet oubli du législateur, autrement que par le constat d'une rédaction défectueuse de l'article 1er, imprécis et mal formulé.

Cette critique est renforcée par l'énumération dans l'article 1er de certains droits fondamentaux, annoncés comme étant « garantis » par la loi de 1998 mais, en réalité, tirant davantage leur protection de textes ultérieurs. Ainsi, en matière d'égal accès à la justice ou aux soins, les dispositions les plus pertinentes seront trouvées dans la loi de décembre 1998 relatives à l'accès au droit ou celle de 1999 sur la Couverture maladie universelle[118]. Car sur ces points, le texte de 1998 se contente d'insérer la politique de lutte contre les exclusions dans les objectifs des politiques de santé publique et les missions des institutions sanitaires[119] ou de prévoir un dispositif d'accès des sans-domicile-fixe à l'aide juridictionnelle[120]. Il est vrai que la loi de lutte contre les exclusions a toujours été présentée par ses auteurs comme s'insérant dans un dispositif normatif plus large, comprenant, outre divers textes de loi, un corpus de textes réglementaires extrêmement conséquent[121] et des programmes spécifiques à chaque ministère.

Par-delà de ces insuffisances rédactionnelles, la loi de 1998 présente indéniablement de grandes qualités. En soulignant le lien existant entre l'exclusion et le respect des droits fondamentaux, elle témoigne d'une rupture radicale dans les politiques sociales destinées aux démunis : rupture, tout d'abord, dans la définition de l'exclusion, qu'elle contribue à juridiciser en associant ses manifestations à la perte de l'exercice des droits fondamentaux ; mais aussi rupture dans le traitement que la loi entend lui apporter : la sauvegarde des droits menacés est tout à la fois le fondement et l'objectif de l'intervention des pouvoirs publics. Cette double consécration du contenu juridique de l'exclusion et du caractère d'impératif national

---

[116] Ce qui résulte, pour le premier, de l'article 3 de la Constitution et de la décision du Conseil Constitutionnel du 17 janvier 1979 ; pour le second, du principe posé à l'alinéa 11 du Préambule de 1946.

[117] Pour le droit au transport, V. la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982, affirmant « *le droit qu'a tout usager de se déplacer et la liberté d'en choisir les moyens* », interprété dès l'époque comme consacrant un droit économique et social (V. sur ce point J.Y. FABERON, « Principes d'intervention publique dans les transports », *Mélanges Péquignot*, Montpellier, 1984, vol. 1, p. 253) ; pour le droit à l'ouverture d'un compte bancaire, V. la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit et l'article de T. SAMIN, « Observations sur l'article 137 de la loi relative à la lutte contre les exclusions », *Banque et Droit*, n° 63, 1999, pp. 3 et s.

[118] Loi du 27 juillet 1999 instaurant la couverture maladie universelle (V. sur ce point *supra*, 1ère partie, titre 1, chapitre 2, § 94) ; loi du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits ; sur cette loi, V. : S. LEBRETON, « Le volet social de la réforme de la justice : la loi n°98-1163 du 18 décembre 1998, relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits », *RDSS*, 1999, pp. 664 et s. et *supra*, 1ère partie, titre 1, chapitre 2, § 95.

[119] Articles 67 et suivants de la loi de 1998.

[120] Article 82 de la loi de 1998.

[121] Une étude a ainsi relevé que la mise en application de l'ensemble des dispositions de la seule loi de juillet 1998 nécessite l'adoption de pas moins de 32 décrets en Conseil d'Etat et de 27 décrets simples (*Dict. permanent d'Action sociale*, bull. n° 108, 20 août 1998). Le décompte effectué ne prenant pas en compte les nombreux textes d'application de la loi sur la CMU…

de la lutte contre celle-ci n'est pas la seule manifestation de la rupture que connaissent les politiques sociales. A cet égard, la "découverte" d'un droit nouveau, celui de tout homme à l'insertion, constitue également une nouveauté remarquable.

SECTION 2
DROIT À L'INSERTION ET RENOUVEAU DU CONTRAT SOCIAL

268. « *La théorie du contrat social permet de distinguer un ensemble d'hommes simplement rassemblés* (...) *d'une société politique où ils ne sont plus rassemblés mais unis, ce qui signifie qu'ils forment un seul corps et une seule société, disposant d'une unité de volonté* »[122]. L'image classique du contrat social désigne le lien unissant les membres d'une même société, lien social distendu par l'émergence de l'exclusion au point d'entraîner un renouvellement de l'analyse de celui-ci. La prise en compte de l'exclusion affecte profondément les schémas traditionnels d'assistance aux pauvres et une thématique nouvelle apparaît, celle de la citoyenneté du pauvre. Les propos de X. Emmanuelli, auteur du projet de loi de 1997, en témoignent : le fil conducteur qui a présidé à l'élaboration de la loi sur la cohésion sociale est « *la restauration de la citoyenneté* »[123], quitte à modifier le contenu du concept.

La notion de citoyenneté, par son origine, revêt une pluralité de conceptions et de définitions[124]. Son imprécision est connue[125] : par-delà le rattachement intuitif aux notions de nationalité ou de droits civiques, elle inclut une dimension sociale, en évoquant le lien de l'individu avec, non pas l'Etat, mais la société. C'est rejoindre en ce sens l'analyse de T.H. Marshall, selon qui l'accession à la citoyenneté comporterait trois étapes : la citoyenneté civique, correspondant aux libertés fondamentales telles que la liberté d'expression et l'égalité devant la justice, la citoyenneté politique, naissant du suffrage universel et la citoyenneté sociale résultant de l'instauration d'un système de protection sociale et de la reconnaissance de droits sociaux[126]. Dans cette optique, qui diffère de celle ayant traditionnellement prévalu dans la conception française[127], la citoyenneté comprend un élément social - le bien-être économique et la protection sociale - auquel la pauvreté fait obstacle. Or, la loi de 1998 tend à modifier la conception de la citoyenneté, en conférant à cette dernière une double dimension, celle de la participation aux mécanismes de représentation et de décision (*§ 1*) et celle de la jouissance de droits (*§ 2*).

---

[122] J.-F. SPITZ, « Le contrat social », *Droits*, 1990, n° 12, pp. 25-35.
[123] X. EMMANUELLI, *JO Débats AN*, 16 avril 1997, p. 2463.
[124] V. sur ce point les nombreuses études publiées dans les *Cahiers français*, n° 281, 1997.
[125] D. LOCHAK, « La citoyenneté, un concept juridique flou », *in* D. COLAS et al., *Citoyenneté et nationalité, Perspectives en France et au Québec*, PUF, 1991, pp. 179-205.
[126] T.H. MARSHALL, *Citizenship and social class and other essays*, Cambridge University press, 1950, pp. 1-85.
[127] D'où le souci de certains auteurs de cantonner la notion de citoyenneté à une acception restreinte. V. en ce sens E. PICARD, selon qui la citoyenneté est « *cette responsabilité que les membres d'une Cité ont à l'égard les uns des autres, mais également d'eux mêmes, de la former délibérément et d'en fixer, de façon directe ou indirecte, mais démocratiquement et souverainement, les règles de constitution et de fonctionnement* », l'auteur rejetant ainsi l'extension de la notion au champ social (« La notion de citoyenneté », *Université de tous les savoirs*, cours du 31 mai 2000, T. 3, à paraître).

§ 1- Représentation et participation des pauvres : l'extension de la citoyenneté

Intuitivement, la citoyenneté recouvre d'abord le droit de vote et d'être représenté, en somme la participation aux mécanismes de décision. Or, loin de recevoir une définition rigide, la notion de citoyenneté est éminemment fluide : c'est ainsi du moins que l'entendait en 1981 P. Mauroy, lorsque, dans son discours devant l'Assemblée Nationale, il projetait de « *jeter les bases d'une nouvelle citoyenneté, c'est à dire d'un pouvoir exercé autrement* », qui serait aussi une citoyenneté sociale, conçue comme « *la capacité de participer aux décisions dans un ensemble de domaines variés, non réductibles au politique* »[128]. La loi de 1998 se situe dans cette perspective, en opérant une transformation de la citoyenneté politique (I) et sociale (II) des pauvres.

I- Citoyenneté politique et pauvreté

269. Les pauvres sont-ils des citoyens ? La question est porteuse d'ambiguïtés, car elle suppose de différencier deux aspects : l'aspect historique, d'abord, tant la réponse est fluctuante selon les époques ; le champ de la recherche, ensuite : la notion de citoyenneté revêt, en effet, une triple dimension[129] : une dimension statutaire, avec la définition juridique de droits et devoirs, une dimension effective, c'est-à-dire son existence concrète, et enfin une dimension identitaire, car si la citoyenneté est un statut juridiquement défini, elle est aussi un sentiment d'appartenance à la collectivité politique et sociale. A ne s'en tenir qu'aux deux premières dimensions, tant la dernière est largement irréductible au droit, il est possible de retracer l'évolution des liens entre citoyenneté et pauvreté.

A- La pauvreté exclusive de la citoyenneté politique

270. Historiquement, l'assistance aux indigents a toujours été compensée par l'exclusion de la citoyenneté politique. « *Les pauvres sont considérés comme des non-citoyens, seule la sortie de la pauvreté autorise l'accès à la citoyenneté* »[130]. N'exerçant aucune fonction reconnue comme utile au sens libéral, les pauvres sont considérés comme extérieurs à la société civile et donc exclus du droit de vote. Particulièrement flagrante sous les régimes pratiquant le suffrage censitaire, où la méfiance à l'égard des pauvres sert de légitimation à une restriction très large de la participation politique[131] (1), la justification tirée de l'incapacité voire de la

---

[128] D. LOCHAK, « La citoyenneté, un concept juridique flou », précit., p. 194.

[129] P. HASSENTEUFEL, « La citoyenneté en question : exclusion sociale et citoyenneté », *Cahiers français*, 1997, n° 281, La D.F., p. 52.

[130] P. HASSENTEUFEL, « L'Etat Providence ou les métamorphoses de la citoyenneté », *L'Année sociologique*, 1996, n° 1, p. 131.

[131] Le suffrage censitaire exclut certes les pauvres de la participation politique, mais la fixation des différents cens, parfois élevés, a pu confondre ces derniers au sein d'une large part de la population. En somme, c'était plus le peuple que les pauvres qui était exclu de la participation politique. Prenant acte de cette réalité, l'analyse du refus de la citoyenneté de l'indigent sera opérée de préférence dans le cadre d'un suffrage universel. Toutefois, il convient de ne pas écarter de l'étude le discours politique justifiant

dangerosité des pauvres se retrouve encore sous la IIIème République (2), fondant certaines restrictions aux droits civils et politiques attachées au statut de l'indigent.

1- La justification du régime censitaire : le pauvre, un individu incapable et dangereux

Dès 1789, la chose était entendue. S'il convient d'exclure de la vie politique ceux dont les revenus sont trop bas pour leur assurer indépendance et discernement, c'est en raison de la peur qu'ils inspirent « *à la fois parce que leurs réclamations mettent en cause l'ordre social et parce qu'ils peuvent constituer une masse de manœuvre à l'usage de la démocratie* »[132].

La distinction opérée par la Constituante entre citoyens actifs et passifs apparaît comme une tentative pour résoudre un problème crucial : la contradiction entre l'aspiration à l'universalisation de la citoyenneté, que sous-tend la forte conception de l'égalité, et le maintien de préjugés vivaces contre une partie de la population en tout point contraire à la figure idéale du citoyen libre et doué de raison[133]. Aussi les constituants adhèrent-ils sans difficulté à l'idée de Sieyès selon laquelle seuls peuvent prendre une part active à la formation des pouvoirs publics ceux qui sont « *les vrais actionnaires de la grande entreprise sociale* »[134]. Or, les pauvres n'en sont pas[135] : « *partout la nudité annonce la perte de la vertu. Pressé entre le besoin et l'oppresseur, le pauvre tombe sous le joug* (...) *de la nécessité* »[136]. Aussi, en dépit de quelques voix isolées comme celle de l'Abbé Grégoire[137], le Comité de constitution utilise la technique du seuil fiscal pour déterminer la citoyenneté active. Dans son ensemble, l'Assemblée suit l'argumentation de Desmeuniers : « *en n'exigeant aucune contribution* (...)*, on admettrait les mendiants aux assemblées primaires, car ils ne paient pas de tribut à l'Etat ; pourrait-on d'ailleurs penser qu'ils fussent à l'abri de la corruption ? L'exclusion des pauvres, dont on a tant parlé n'est qu'accidentelle ; elle deviendra un objet d'émulation pour les artisans et ce sera encore le moindre avantage que l'Administration puisse en*

---

les mécanismes censitaires, dans la mesure où il se fonde sur le danger que représenterait la participation des pauvres à la vie politique pour en inférer la nécessité de seuils censitaires.

[132] J. BART, « De la communauté à la commune ou les méfaits de la représentation », *Démocratie et pauvreté, du quatrième ordre au quart monde*, Ed. Quart Monde et A. Michel, 1991, p. 121 ; V. aussi, dans le même ouvrage, l'intervention de M. REBERIOUX, pp. 111-112.

[133] Le vocabulaire des Lumières pour désigner le petit peuple pauvre est à ce titre éclairant : « *la multitude est ignorante et hébétée* » selon Diderot, elle est « *une espèce de gros animal, privé d'yeux, d'oreilles, de goût et de sentiments* (...) *qui n'a de volonté que celle d'autrui* » pour Rétif de la Bretonne, c'est une « *espèce de bétail qu'on vend et achète avec la terre* » sous la plume de Voltaire ; sur le vocabulaire appliqué au petit peuple, V. : P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Gallimard, 1992, p. 61 ; Ph. SASSIER, précit., pp. 154-155.

[134] SIEYES, cité par M. LEROY, *Histoire des idées sociales en France*, Gallimard, 1946, T. 1, p. 64.

[135] « *Est-il possible* », s'interroge Sieyès, « *de regarder comme citoyens les mendiants, les vagabonds volontaires, ou les non domiciliés ?* », avant d'étendre cette exclusion aux « *classes les plus infimes,* (...) *aux hommes les plus dénués* » qui sont « *étrangers, par leur intelligence et par leur sentiments, aux intérêts de l'association* » (*Observations sur le rapport du comité de constitution concernant la nouvelle organisation de la France*, Versailles, 2 octobre 1789, p. 20, cité par P. ROSANVALLON, précit., p. 68).

[136] PAPION LE JEUNE, *A.P.*, séance du 31 janvier 1791, T. 22, p. 644.

[137] Farouchement opposé à ce critère fiscal, l'abbé Grégoire « *redoute l'aristocratie des riches, fait valoir les droits des pauvres et pense que pour être électeur ou éligible dans une assemblée primaire, il suffit d'être bon citoyen, d'avoir un jugement sain et un cœur français* » (cité par J. BART, « De la communauté…. », précit., p. 120).

retirer »[138]. Affirmation essentielle chez ces libéraux épris de progrès : si les plus démunis sont exclus de la citoyenneté active, c'est le prix qu'ils payent de leur condition. Libre à eux de s'élever au-dessus de leur condition misérable, grâce à leurs propres efforts et à l'amélioration générale que l'affermissement de l'ordre révolutionnaire ne manquera pas d'entraîner. Les pauvres étant appelés à disparaître, la figure du citoyen actif a corrélativement vocation à s'universaliser[139]. Mais, en attendant la réalisation de cet ordre politique et social idéal, les révolutionnaires excluent de la citoyenneté active une large part du petit peuple[140].

Le même argument de la dépendance matérielle et intellectuelle est utilisé dans la discussion sur le marc d'argent : « *pour être électeur* », affirme ainsi Prugnon, « *il faut, non seulement une volonté libre et raisonnable, mais une volonté que l'on ne peut soupçonner d'être réduite ou dirigée par une influence quelconque* »[141]. Or, cette indépendance du corps électoral ne peut être assurée que par « *une certaine fortune, une contribution déterminée* », qui, selon Barnave[142], « *est, jusqu'à un certain point, le gage d'une éducation plus soignée et de lumières plus étendues* » ; en somme, une « *indépendance de fortune, qui, mettant l'individu au-dessus du besoin, le soustrait plus ou moins aux moyens de corruption qui peuvent être employés pour le séduire* »[143]. Les débats parlementaires sur le marc d'argent sont très révélateurs de la ligne de démarcation établie par les révolutionnaires. Une grande partie de la population est exclue de la citoyenneté active, non pas tant parce qu'elle est pauvre mais parce qu'elle est caractérisée par un état de dépendance et d'abrutissement, interdisant à ce titre le plein accès à la citoyenneté, c'est-à-dire à l'éligibilité. Ceci apparaît clairement chez Prugnon, pour qui « *un homme qui ne paie qu'une imposition égale à trois journées de travail est à peu près sur la ligne des mendiants et c'est donner à cette classe une prépondérance dangereuse dans les assemblées* »[144]. « Dangereuse »… Le mot est d'une

---

[138] DESMEUNIER, séance du 22 octobre 1789, *A.P.*, T. 9, p. 479.

[139] Ce qui permet à P. ROSANVALLON d'insister sur la perspective d'un universalisme de la citoyenneté dans laquelle s'inscrivent les révolutionnaires (précit., p. 89) et à beaucoup de souligner le progrès que constitue la citoyenneté, fut-elle passive, par rapport à la situation de sujet prévalant sous l'Ancien Régime.

[140] Les lois des 14 et 22 décembre 1789, qui organisent les municipalités des communes et les départements, et seront reprises dans la constitution de 1791, réservent en effet le droit de vote aux Français de plus de 25 ans, domiciliés dans la commune depuis au moins un an, payant une contribution égale à la valeur de trois journées de travail et n'étant pas serviteurs à gage. Certes, le cens électoral semble peu élevé et P. ROSANVALLON remarque que c'est plutôt la condition de domiciliation qui exclut de la citoyenneté un grand nombre d'individus (environ 15% de la population), et cela sans grand émoi : « *l'exclusion des individus sans domicile fixe vivant dans hôtels garnis des centres villes ou circulant dans les campagnes apparaît naturelle* » (précit., p. 77) et ne sera jamais remise en cause, ni en 1792 et 1793, ni sous la Commune de Paris. Toutefois, le dénuement de nombreux manœuvriers, et la fixation dans certains lieux du prix de la journée de travail à une somme supérieure au salaire réel a eu pour effet d'écarter de la citoyenneté un grand nombre de personnes ; V. sur ce dernier point, J. BART, précit., p. 122 ; sur les disparités de fixation du cens selon les localités : P. ROSANVALLON ; précit., pp. 82-83.

[141] PRUGNON, séance du 11 août 1791, *A.P.*, T. 29, p. 359.

[142] BARNAVE, séance du 11 août 1791, *A.P.*, T. 29, p. 366.

[143] Id., p. 366 ; V. pour une analyse plus complète, M. OFFERLE, *Un homme, une voix ? Histoire du suffrage universel*, Gallimard, 1993, pp. 15 et s.

[144] PRUGNON, séance du 11 août 1791, *A.P.*, T. 29, p. 359.

importance extrême, car il servira de fondement ultérieur au refus d'accorder des droits politiques.

A cet égard, l'affirmation de Dubois-Crancé, selon qui « *le Comité sait bien, ainsi que l'Assemblée, ce que le peuple ne sait pas, c'est qu'il n'existe pas d'autres citoyens non actifs que les mendiants et les vagabonds, que les hommes sur lesquels la société est sans cesse obligée de veiller* »[145] ne doit pas induire en erreur. Comme le remarque O. Le Cour Grandmaison, l'assimilation des citoyens passifs aux seuls mendiants est erronée : « *ce que craint en fait l'écrasante majorité du Tiers Etat, ce sont les journaliers, les compagnons, le petit peuple des villes et des campagnes. Dans ce contexte, l'assimilation "citoyens passifs - mendiants" est déterminante pour forger l'image d'une populace soumise à ses passions et étrangères aux Lumières. Les figures menaçantes des seuls indigents s'effacent maintenant pour faire place à celles de l'ensemble des exclus* »[146]. L'évolution des règles de suffrage traduit nettement la crainte qu'inspire toute une masse de la population. La suppression du cens par le décret du 11 août 1792 n'aboutit pas à de grands changements, puisque, malgré l'abandon de l'expression « citoyens passifs », seuls les individus disposant de revenus suffisants pour vivre du produit de leur travail peuvent voter[147]. Dans l'élan patriotique de l'époque, ce décret est indissociable de celui du 1er août 1792 sur la fabrication des piques, qui spécifie que ces armes doivent être distribuées à tous les citoyens, « *excepté aux vagabonds, gens sans aveu et personnes notoirement connues pour leur incivisme* »[148], personne ne voulant procurer à cette classe, comme l'affirmait Dubois-Crancé quelques mois auparavant « *les moyens de détrousser les passants* »[149]. Vagabonds et mendiants ne sauraient correspondre à l'idéal du citoyen soldat vertueux développée par Robespierre[150]. La même préoccupation d'ordre se retrouve sous le Directoire, qui confond les qualités de contribuables et de citoyen[151] et rejette mendiants et vagabonds hors de la citoyenneté, car, selon Boissy d'Anglas ceux-ci « *ne font point partie du corps*

---

[145] DUBOIS-CRANCE, séance du 28 avril 1791, *A.P.*, T. 25, p. 385.

[146] O. LE COUR GRANDMAISON, *Les citoyennetés en révolution (1789-1794)*, PUF, 1992, p. 68 ; J. JAURÈS avait perçu l'ambivalence des justifications révolutionnaires quant à l'exclusion des indigents de la citoyenneté active, et, *a fortiori*, de l'éligibilité : « *quiconque ne possédait pas en dessus d'un certain niveau était réputé incapable de contribuer à la confection de la loi, soit que sa misère fut un préjugé d'ignorance, soit qu'on estima que trop aisément il serait dépendant ou corrompu, soit que l'on redoutât la mainmise des sans propriétés sur le gouvernement du pays* » (*Histoire socialiste de la Révolution française*, rééd. Editions sociales, 1968, T. 1, p. 585).

[147] Article 2 du décret du 11 août 1792 relatif à la formation des assemblées primaires (*Duvergier*, T. 4, p. 349) permettant l'accès aux assemblées primaires des citoyens « *vivant de leurs revenus ou du produit de leur travail* ».

[148] Article 2 du décret du 1er août 1792, *Duvergier*, T. 4, p. 330 ; disposition traduisant bien la défiance à l'égard des indigents, qu'il est possible de rapprocher de l'article 6 de la loi du 3 mai 1844, accordant au préfet le pouvoir de refuser un permis de chasse à tout individu majeur non inscrit au rôle des contributions et *a fortiori* indigent (cité par H. DEROUIN, A. GORY, F. WORMS, *Traité théorique et pratique de l'assistance publique*, 3e éd., 1914, Sirey, vol. I, p. 95), et pouvant expliquer l'actuel article L. 223-21 du Code Rural, permettant le refus de délivrance et de visa du permis de chasser aux condamnés pour vagabondage ou mendicité, parmi d'autres comme les alcooliques présumés dangereux, les auteurs de rebellions ou violence à agent...

[149] DUBOIS CRANCE, séance du 28 avril 1791, *A.P.*, T. 25, p. 389.

[150] Sur l'idéal de la citoyenneté chez Robespierre : O. LE COUR GRANDMAISON, précit., pp. 143 et s.

[151] Article 8 de la Constitution du 22 août 1795.

social : les uns parce qu'ils lui sont à charge, les autres parce qu'ils n'appartiennent à aucun pays »[152].

Les régimes politiques suivants, de l'an VIII à la restauration monarchique prévoient des modalités de scrutin très restreint et, à ce titre, sortent du propos de cette étude. Pourtant, le débat resurgit à l'occasion de la loi électorale du 5 février 1827. Le suffrage qu'elle met en place est extrêmement censitaire et en grande partie justifié par le danger que représente, pour le pouvoir, l'insatisfaction des classes pauvres. Ainsi, Gérando affirme : « *si donc nous voulons servir véritablement la cause du pauvre, gardons-nous de faire appel à son mécontentement, pour compromettre l'ordre public qui n'est en réalité que le règne de la justice !* »[153]. Dans ce climat, le terme de « prolétaire », qui apparaît à cette époque pour désigner la masse entière des exclus de la participation politique en raison de leur pauvreté[154], annonçe la thématique des Barbares menaçant la Cité. Ainsi, Saint Marc Girardin affirme-t-il, en 1831, « *la classe moyenne serait dupe si elle donnait follement des armes et des droits à ses ennemis, si elle laissait entrer le flot des prolétaires dans la garde nationale, dans les institutions municipales, dans les lois électorales, dans tout ce qui est l'Etat.* (...) *C'est aller contre le maintien de la société que de donner des droits politiques et des armes nationales à qui n'a rien à défendre et tout à perdre* »[155]. Or, l'emploi de ce terme a retenti, selon P. Rosanvallon, « *comme une déclaration de guerre, signifiant avec mépris l'exclusion sociale d'une immense population* »[156] et suscité une réaction de protestation des catholiques sociaux, des socialistes et du mouvement ouvrier naissant. D'où la revendication protestataire chez les républicains d'un suffrage universel, reconnaissant la citoyenneté des plus pauvres[157], réalisée en 1848 puisque la IIème République accorde le droit de vote, sans restriction, à tout Français âgé de 21 ans, même illettré[158].

Le suffrage universel obtenu, il apparaît comme un acquis irréversible. C'est donc sur le terrain traditionnel de la condition de domicile que peut se traduire la

---

[152] BOISSY D'ANGLAS, *Discours préliminaire au projet de Constitution pour la République française*, séance du 5 messidor an III, Mon. Univ. Réimp., p. 93.

[153] L'auteur ajoute : « *loin d'opposer les intérêts du pauvre aux intérêts généraux de la société, reconnaissons que les uns sont étroitement liés aux autres. Les formes politiques qui garantissent ceux-ci protègent ceux-là. Si vous étendez le droit de suffrage à tous ceux dont la coopération peut être efficace pour procurer des lois sages et exécutables, vous ferez le bien de chacun comme celui de la société entière. Si vous le portez au-delà de ces limites, loin d'être utile à l'homme de travail, vous compromettez sa destinée et vous lui ferez acheter de vains honneurs par le sacrifice de son bien être* » ; J.-M. de GERANDO, *De la bienfaisance publique*, Renouard & Cie, 1839, T. 1, p. 355.

[154] P. ROSANVALLON (précit., p. 258) retrace l'origine du terme de prolétaire, mentionné par le dictionnaire de l'Académie française de 1835 dans son acception étymologique : « *terme d'antiquité romaine, il se dit de ceux qui formaient la sixième et dernière classe du peuple et qui, étant fort pauvres et exempts d'impôts, n'étaient utiles à la République que par les enfants qu'ils engendraient* », puis acquérant une acception moderne reconnu par A. OTT (*Dictionnaire des sciences politiques et sociales*, 1855, T. 3, col. 544) : « *dans l'usage moderne, ce nom s'applique généralement aux classes privées de droits politiques à cause de leur pauvreté* ».

[155] Cité par P. ROSANVALLON, précit, p. 256.

[156] Id., p. 256.

[157] V., sur ce point, l'analyse du discours politique par P. ROSANVALLON, précit, p. 258 et s.

[158] L'Assemblée rejeta une proposition, qui, faisant écho à un certain nombre de pétitions et d'articles de presse, tendait à exclure du droit de vote les illettrés ; V. sur ce point R. BALLAND, « De l'organisation à la restriction du suffrage universel en France », *Réaction et suffrage universel en France*, Bibl. De la Révolution de 1848, T. 22, 1963, pp. 67-180 ; M. BORGETTO, *La notion...*, précit., p. 270.

permanence de la méfiance à l'égard des pauvres, plus que jamais perçus comme dangereux. Le discours de Thiers est on ne peut plus explicite : « *il faut tout faire pour le pauvre, mais, j'ose le dire à la tribune, il faut tout faire excepté cependant de lui donner à décider les grandes questions où s'agitent le sort et l'avenir du pays* (...) *Maintenant, ces hommes que nous avons exclus, sont-ce les pauvres ? Non, ce n'est pas le pauvre, c'est le vagabond, ce sont ces hommes qui forment non pas le fond mais la partie dangereuse des grandes populations agglomérées* » et constituent « *la vile multitude qui a perdu toutes les républiques* »[159]. Or, derrière le discours sur les vagabonds, se cache à peine la classe ouvrière urbaine dans son ensemble. C'est elle que les conservateurs entendent atteindre à travers cette capacité domiciliaire, c'est elle qui est désormais exclue du suffrage[160], jusqu'au rétablissement formel de la loi électorale du 15 mars 1849 par Louis Napoléon, au lendemain du coup d'Etat.

La IIIème République s'instaurant, l'irréversibilité du suffrage universel est affirmée, comme en témoigne l'exclamation de J. Ferry : « *le suffrage universel est l'honneur des multitudes, le gage des déshérités, la réconciliation des classes, la vie légale pour tous* »[161]. Mais, par delà l'emphase républicaine, la formule ne doit pas induire en erreur : la proclamation du suffrage universel n'a pas eu pour effet de faire taire les préventions à l'égard de la participation politique du pauvre ni de mettre un terme aux restrictions civiques des indigents.

2- La justification des incapacités attachées au statut d'indigent

271. Dans la doctrine dominante de la IIIème République, il parait évident de contrebalancer l'admission au bénéfice des secours publics par certaines déchéances, afin de détourner les individus de « *la prétention de vivre au détriment du reste de l'humanité* (...) *sans apporter aucune contribution au bien commun* »[162]. La limitation des droits politiques renforce l'idée libérale selon laquelle le citoyen doit avant tout compter sur lui-même, et est justifiée par l'utilisation de nombreuses figures fantasmatiques de l'indigent assisté : le vocabulaire des juristes de l'époque est révélateur : « *électeur prodigue* »[163], soucieux d'augmenter inconsidérément les dépenses qui lui seront favorables, doublé d'un irresponsable[164] ; « *électeur dépendant* (qui) *sera dans la main de l'autorité qui alloue les secours* »[165] ou, pire

---

[159] THIERS, séance du 24 mai 1850, Compte rendu..., T. 8, p. 156.

[160] P. ROSANVALLON souligne l'énorme recul que cette condition a entraîné, 30% des inscrits et jusqu'à 60% de l'électorat parisien ; les électeurs radiés se situant dans les milieux ouvriers urbains (précit., pp. 305-307).

[161] J. FERRY, « La lutte électorale en 1863 », *Discours et opinions de J. Ferry*, 1893, T. 1, p. 92, cité par P. ROSANVALLON, précit., p. 342.

[162] J. BARTHELEMY, « L'effort charitable de la troisième république », *RDP*, 1910, p. 362.

[163] J. BARTHELEMY, précit., p. 362. L'auteur ajoute : « *qu'importe la répercussion sur les contribuables. Il n'en est pas ; il touche, il ne verse pas* ».

[164] « *Que lui importe, à lui, et la bonne gestion des affaires publiques, et l'aménagement de l'outillage national, et une juste économie des dépenses publiques. Une seule chose en somme l'intéresse : qu'il y ait le plus d'impôt possible ! Que le produit en soit le plus possible affecté aux dépenses improductives de l'assistance ! Et après nous, le déluge !* », affirme J. BARTHELEMY, précit., p. 363.

[165] Id. p. 362 ; justification reprise par d'autres auteurs comme H. DEROUIN, A. GORY, F. WORMS : « *leur situation ne leur permettrait pas de remplir avec une indépendance complète les fonctions de conseillers* », précit., p. 93.

encore, électeur ingrat, « *aigri et par conséquent révolutionnaire* »[166]. En tout état de cause, il est présenté comme foncièrement incapable, sa pauvreté résultant de son ivrognerie, de sa paresse, de ses vices et de son imprévoyance[167]. Electeur irresponsable et revendicatif, et, *a fortiori*, « *édile calamiteux* »[168] selon M. Hauriou. D'où le déchaînement de certains auteurs contre les dangers que représente « *cette coalition de dégrevés et de secourus arrivant à former une audacieuse majorité* »[169], dont les passions sont flattées par les hommes politiques de toute obédience, « *avides de pouvoirs* », faisant « *miroiter sans cesse devant les foules avides d'égalisation, les bienfaits d'une démocratie* (...) *où les pauvres ont tous les droits des riches et où les pauvres, plus nombreux, doivent faire la loi aux riches* »[170].

Dans un tel contexte doctrinal, il a pu paraître envisageable de supprimer le droit de vote aux indigents ou de le réduire fortement. Le projet de loi électorale présenté par Dufaure[171] en mai 1873 envisageait ainsi de priver des droits politiques les personnes admises dans les hospices ou condamnées pour vagabondage et mendicité. L'idée, rejetée dans son principe par le Parlement, a persisté sous une forme atténuée. Ainsi, J. Baby, s'il ne préconise pas la suppression du droit de vote aux indigents, soutenant que « *malgré les abus parfois honteux auxquels il donne lieu, nous pensons qu'il est juste que tout homme soit électeur* », propose « *des combinaisons possibles dans l'organisation du suffrage universel* »[172] consistant soit dans l'établissement d'un vote plural, proportionnel au revenu[173], soit dans l'interdiction du droit de vote dans la commune où l'individu est assisté, réformes qui, selon leur instigateur, auraient l'avantage « *d'accorder un peu plus de moralité à l'expression de la volonté nationale* »[174]. C'est bien le droit de vote que ces auteurs visent : ceci apparaît à la lecture des propos de M. Hauriou, pour qui la raison d'être des restrictions à l'éligibilité n'est pas l'indépendance matérielle et morale nécessaire au citoyen : « *ce fondement supposerait que les secourus seront toujours une infime minorité dans la commune ;* (le principe des restrictions) *est fondé, au contraire, sur ce que les secourus, coalisés avec les dégrevés d'impôt, pourraient devenir une audacieuse majorité* »[175]. Le Doyen semble donc bien viser la menace issue du suffrage universel, et non pas seulement les restrictions quant à l'éligibilité.

---

[166] J. BARTHELEMY, précit., p. 363.
[167] « *Du moment qu'on a été par sa faute, incapable de gérer ses propres affaires, comment pourrait-on prétendre à gérer les affaires de l'Etat ?* » (J. BARTHELEMY, précit., p. 363).
[168] M. HAURIOU, *S.* 1909.III.33.
[169] J. BABY, *Le statut de l'indigent*, Thèse Droit Toulouse, 1910, p. 135.
[170] Id., p. 134.
[171] Article 5-9 du projet de loi, présenté par DUFAURE, *Doc. Parl.*, Ch. députés, T. 40, annexe n° 1781, séance du 20 mai 1873, prévoyant la privation « *du droit d'électeur* » et l'impossibilité d'inscription sur aucun registre électoral des « *individus qui sont admis dans les hôpitaux, hospices ou autres établissements d'assistance publique* », seule catégorie, parmi celles énumérées dans le projet, dont l'incapacité ne provienne pas d'une condamnation judiciaire.
[172] J. BABY, précit., p. 137.
[173] M. HAURIOU suggère la même hypothèse : « *contribuable et soldat, tel doit être le citoyen complet, celui dont le suffrage compte double ou triple* », *S.* 1909.III.33.
[174] J. BABY, précit., p. 138.
[175] M. HAURIOU, *S.* 1909.III.33.

Les textes n'ont cependant consacré que des restrictions portant sur l'éligibilité aux élections municipales, l'assistance étant à l'époque essentiellement communale. Les individus secourus par les bureaux de bienfaisance, d'assistance ou la commune elle-même, de même que ceux dispensés de subvenir aux charges communales, deviennent inéligibles au Conseil municipal[176]. La jurisprudence du Conseil d'Etat a admis toutefois l'éligibilité des personnes bénéficiant de la seule assistance médicale gratuite[177] ou de l'assistance aux vieillards, infirmes et incurables[178], dès lors que l'assistance ne leur est pas accordée en vertu d'une décision prise discrétionnairement par une autorité administrative[179]. La justification tirée de la dépendance morale des autres indigents est ainsi consacrée *a contrario* et donne lieu à une extension de l'éligibilité vivement condamnée par la doctrine du début du siècle. Ainsi, pour J. Barthélemy, ces arrêts témoignent d'un « *humanitarisme sentimental qui multiplie les précautions pour épargner la sensibilité de l'assisté* »[180]. De même, M. Hauriou voit dans cette jurisprudence un avertissement adressé au législateur[181] et développe une vision apocalyptique de ce qu'il adviendrait si l'éligibilité était étendue : augmentation des impôts, exode des propriétaires « *exaspérés par les injustices et les vexations* », ruine de la commune, bref, « *si l'on n'y met ordre, nous serons administrés par la cour des miracles* »[182]…

L'incapacité n'a été abrogée que tardivement, par une disposition de la loi du 30 juin 1975 en faveur des handicapés. P. Rosanvallon souligne le caractère circonstanciel de cette abrogation et déplore l'absence de réflexion sur l'extension de la citoyenneté des pauvres, le Parlement ayant « *surtout voulu satisfaire un groupe de pression efficace et favoriser son insertion sociale. C'est la suppression d'une discrimination envers une minorité qui l'a motivé, beaucoup plus que la volonté de considérer l'homme économiquement dépendant comme un individu libre, sujet politique à part entière* »[183].

---

[176] Article 9 de la loi du 5 mai 1855 ; article 32 de la loi du 5 avril 1884 ; CE, 23 décembre 1884, *Commune de Thisy*, *Rec*., p. 940 : est inéligible un individu secouru de manière permanente ; pour les individus secourus ponctuellement, la jurisprudence semble contradictoire : certains arrêts admettent leur éligibilité (CE, 8 août 1884, *Election de la Plaine des Palmiers*, *Rec*., p. 697 -car l'individu disposait, généralement, de ressources suffisantes-; 23 décembre 1884, *Elections de Saint Polycarpe*, *Rec.*, p. 941), d'autres la refusent (CE, 20 mars 1885, *Commune de Pouzac*, *Rec*., p. 346).

[177] CE, 6 août 1897, *Elections de Villeneuve du Boc*, *Rec*., p. 614 ; 2 mars 1901, *Elections d'Haunoux*, *Rec*., p. 263.

[178] CE, 19 février 1909, *Election d'Ile sur Têt*, S. 1909.III.33, note M. HAURIOU

[179] Il convient de souligner qu'une pleine capacité politique a été reconnue, au sein de la population alors assistée, à la seule frange d'indigents pour laquelle les secours n'ont jamais suscité de polémique, à savoir les malades (loi de 1893) et les vieillards, infirmes et incurables (loi de 1905). Ceux là même, qui, *mutatis mutandis*, ont toujours été les "bons pauvres", ceux dont la détresse économique n'était pas imputée à leur paresse, mais à leur incapacité physique de travailler.

[180] J. BARTHELEMY, précit., p. 364.

[181] « *A lui de voir, au moment où il multiplie les lois d'assistance, s'il n'y a pas des précautions à prendre pour empêcher les assistés de tout genre d'escalader les fonctions municipales. Le problème de l'incompatibilité entre la situation d'assisté et l'exercice des droits politiques est à examiner dans toute son étendue et il n'y a pas à faire de fausse sentimentalité ; c'est un problème d'équilibre politique. Il s'agit de savoir si l'on veut conserver le centre de gravité du pouvoir politique dans la classe qui paye les impôts et qui fournit l'assistance, ou si, par imprévoyance, on le laissera passer dans la catégorie de ceux qui ne payent pas d'impôts* » ; M. HAURIOU, *S.* 1909.III.33.

[182] Id, p. 33.

[183] P. ROSANVALLON, précit., p. 415.

Le détour historique permet un constat de taille : quels que soient les régimes politiques, l'exclusion des pauvres de la participation politique a toujours été justifiée par la dangerosité et l'inaptitude profonde de ces derniers. Ce sont donc des considérations d'ordre public au sens large qui présidaient à cette exclusion. On mesure alors le profond bouleversement politique que traduit cette dernière décennie. La loi de 1998 en est révélatrice, lorsqu'elle affirme non seulement que le pauvre est un citoyen à part entière mais, de surcroît, qu'il convient de lui garantir les moyens d'exercer cette citoyenneté. L'exclusion politique n'est plus justifiée juridiquement, elle est tout au contraire combattue par le droit.

B- L'extension de la citoyenneté politique

272. « *La grande pauvreté, celle qui prive de la plupart des droits économiques et sociaux* (...) *empêche aussi de voter. La misère ne supprime pas légalement le droit de vote, mais elle empêche matériellement et moralement d'exercer la citoyenneté* »[184]. L'affirmation vaut pour les deux dimensions de la citoyenneté : celle identitaire, tout d'abord, différentes études ayant montré la corrélation entre phénomènes de pauvreté et de non-inscription sur les listes électorales ou d'abstention[185] ; celle effective, ensuite, dans la mesure où certaines situations nées de la pauvreté peuvent être de nature à empêcher l'exercice de droits politiques. Si le droit est largement impuissant pour remédier au non-exercice de la première, il a tiré certaines conséquences de la perte de la seconde.

La chose est connue : le droit électoral postule la sédentarité, et l'inscription sur les listes électorales, préalable nécessaire à l'exercice du droit de vote, est subordonnée à une condition de domicile ou de résidence dans la commune. Or, ce rattachement communal exclut de l'exercice des droits politiques toute une catégorie d'individus sans domicile fixe. Certes, une loi de 1969 prévoit un régime spécifique pour les gens du voyage, mais le mécanisme ne s'applique pas aux sans-domicile-fixe. Dans l'impossibilité matérielle de s'inscrire sur les listes électorales, ceux-ci ne peuvent, de ce fait, avoir la pleine jouissance des droits attachés au statut de citoyens que la loi leur reconnaît. « *Les sans-adresse ne sont pas explicitement exclus de la Nation, aucun texte ne précisant que ce manque les déchoit de leur citoyenneté. Cependant, de fait, l'exercice de leurs droits s'avère impossible. Ils sont absents* »[186].

La loi instaurant le RMI avait tenté de remédier à cette situation de fait en instaurant, au profit des sans-domicile-fixe, une procédure de domiciliation, ces derniers pouvant élire domicile auprès d'un organisme agrée par la Préfecture, le plus souvent des associations caritatives. Or, la démarche, généreuse dans son principe, s'est avérée porteuse d'ambiguïtés. Certains ont souligné combien la

---

[184] B. BOUREAU, « Le droit de vote ne serait-il qu'un privilège ? », *Quart Monde*, 1988, n° 2, p. 59.

[185] Sur ce sujet, qui ne sera pas développé dans cette thèse, compte tenu de son aspect plus sociologique et politique que juridique, V. la très dense étude de M.-C. LAVAL-REVIGLIO, « Pauvreté et citoyenneté politique », *in* S. DION-LOYE et D. GROS (dir.), *La pauvreté saisie par le droit*, Ed. du Seuil, coll. *Le genre humain*, à paraître, ainsi que la bibliographie fournie à laquelle elle renvoie ; H. THOMAS, *La production des exclus*, précit., pp. 94 et s.

[186] M. BRESSON, « Sans adresse-fixe. Sans domicile fixe. Réflexion sur une sociologie des assistés », *RFAS*, n° 3, 1995, p. 85.

domiciliation pérennise pour les SDF l'instauration d'un régime particulier, dans la mesure où il est facultatif. L'élection de domicile n'a rien d'obligatoire pour les associations et transforme les SDF en clients de ces dernières, sans être en mesure de pouvoir exiger cette domiciliation. Les "sans-adresse" sont donc confrontés au bon vouloir de personnes privées pour se voir reconnaître des droits, comme si leur citoyenneté était toujours conditionnelle et limitée[187]. De plus, la domiciliation une fois reconnue n'assurait pas pour autant une inscription automatique sur les listes électorales, les services des mairies se refusant en général à la considérer comme un justificatif d'appartenance communale.

Afin de renforcer l'exercice de la citoyenneté, la loi de 1998 relative à la lutte contre les exclusions a tenté de remédier à cette situation de fait. Désormais, peuvent s'inscrire sur les listes électorales tous les citoyens qui, bien que ne pouvant fournir la preuve d'un domicile ou d'une résidence, sont en possession d'un justificatif de domiciliation. Il leur suffit pour cela de présenter une carte d'identité datant d'au moins 6 mois sur laquelle figure l'adresse de l'organisme d'accueil[188] ou une attestation de cet organisme établissant leur lien avec elles depuis plus de 6 mois[189]. « *La loi établit donc une stricte équivalence entre domiciliation et domicile* »[190] et, si elle ne réalise pas l'impossible en procurant à chacun un véritable logement, tout au moins tend-elle à supprimer tout obstacle juridique résultant de l'absence de logement.

La dernière décennie traduit un bouleversement profond de la conception attachée à la citoyenneté politique[191]. Non seulement sa jouissance est reconnue aux plus pauvres, ceux-là même que l'histoire a toujours écarté de la catégorie des citoyens, mais, bien plus, son exercice est facilité au profit de ceux qui, matériellement, n'avaient pas la capacité d'exercer ce droit formellement reconnu. Or, la même tendance se présente pour un autre aspect de la citoyenneté, sociale quant à elle.

II- Citoyenneté sociale et pauvreté : la représentation sociale du pauvre

273. La représentation du travail s'est-elle constituée hors de la pauvreté ? La question est complexe, car la question syndicale s'est cristallisée à une période caractérisée par une très forte assimilation du travail à la pauvreté, le XIXe siècle. D'où la « *rupture épistémologique* »[192] provoquée par le paupérisme dans les représentations de la pauvreté : le mauvais pauvre est, au XIXe siècle, soit celui qui

---

[187] M. BRESSON, précit., p. 88

[188] Condition facilitée par l'article 80 de cette même loi, qui prévoit la gratuité des cartes d'identité au profit des personnes dont les ressources ne dépassent pas le montant du revenu minimum d'insertion et qui n'ont pas la possibilité d'apporter la preuve d'un domicile ou d'une résidence, sur production d'une attestation établissant le lien entre le demandeur et un organisme d'accueil.

[189] Article 81 de la loi du 29 juillet 1998.

[190] M.-C. LAVAL-REVIGLIO, article précité, à paraître.

[191] Bouleversement d'autant plus profond que, sur un autre terrain et sous l'influence européenne, commence à se traduire une dissociation entre citoyenneté et nationalité, notions que l'on croyait inséparables l'une de l'autre.

[192] C. GUITTON, « Représentations de la pauvreté et modes de (re)présentation des pauvres, 1789-1989 », *Démocratie et pauvreté*, éd. A. Michel et Quart Monde, 1991, p. 475.

ne travaille pas, soit celui qui est imprévoyant. C. Guitton souligne que la différenciation des figures du prolétaire et du mauvais pauvre a constitué pour le monde ouvrier un enjeu central dans l'émergence des formes de représentativité syndicale, afin d'« *obtenir son émancipation sociale en se différenciant du monde de l'indigence caractéristique de l'ancien Régime* » et « *d'acquérir sa légitimité politique vis-à-vis des classes dirigeantes et des pouvoirs publics* »[193]. L'effort de la classe ouvrière pour opérer une « *décantation des mauvais pauvres* »[194] en son sein se traduisait alors par un « *ostracisme du syndicalisme à l'égard du monde des indigents* »[195]. Les techniques juridiques de représentativité syndicale excluent de ce fait la représentation des non-producteurs. Bref, « *la représentation des pauvres est étrangère au schéma juridique de la représentativité* »[196].

D'où ce constat, formulé à plusieurs reprises : formant une masse sans former une classe, toute une catégorie de la population composée d'exclus, de chômeurs ou de précaires est privée de cette forme de structuration et de représentation qui facilite l'action militante et permet de prendre la parole[197]. « *Les demandeurs d'emploi sont aujourd'hui réduits au silence* (...) *Salariés, ils pouvaient intervenir auprès de leur hiérarchie, actionner leur délégué du personnel ou leur responsable syndical, exprimer leur mécontentement lors des élections professionnelles ; demandeurs d'emploi, ils n'ont plus ces moyens, ils deviennent dépendants du service public de l'emploi (de l'ANPE et de l'UNEDIC), sujets plus que partenaires, sujets isolés en tout cas sans véritable mandataire ou médiateur* »[198]. Exclus de la représentation syndicale, chômeurs, précaires et pauvres ont dès lors intégré le mouvement associatif[199], sans que celui-ci ne prenne, en France, l'ampleur qu'il a connue au Canada[200]. Qu'il s'agisse d'ATD Quart Monde, de l'association Droits Devant ou des divers collectifs de chômeurs et d'exclus, tels qu'AC !, leur représentation demeure très faible auprès des pouvoirs publics et de l'administration. Ce n'est ainsi qu'au titre de personnalités qualifiées qu'ont siégé au Conseil Economique et Social J. Wresinski et G. De Gaulle-Antonioz, porte-parole d'ATD Quart Monde[201].

---

[193] Id, p. 475.
[194] Id., p. 475.
[195] Id., p. 476, l'auteur soulignant l'aspect paradoxal de cette position, dans la mesure où le syndicalisme ouvrier se développe lui-même « *comme une force de réaction contre l'exclusion sociale, matérielle et politique d'une classe marginalisée : le salariat* », et rappelant le jugement sévère de l'analyse marxiste sur le sous-prolétariat.
[196] Id., p. 483.
[197] J.-B. de FOUCAULT, « Exclusion, inégalité et justice sociale », *Esprit*, juin 1992, pp. 47 et s. ; M. BADEL, « La lutte contre les exclusions et la construction de la citoyenneté », *RDSS*, 1999, p. 438.
[198] J.-B. de FOUCAULT, « Une citoyenneté pour les chômeurs », *Panoramiques* & *Hommes et Libertés*, 1994, n° 13, n° spécial *Le spectre de la déchirure sociale et politique*, p. 82.
[199] Ph. MARTIN et M.-L. POUCHADON, « Les chômeurs et leurs droits, itinéraire d'une mobilisation collective », *Droit social*, juillet 2000, n° spécial, pp. 744-752.
[200] M. BADEL (article précité, p. 440), cite l'exemple du mouvement des assistés sociaux de Montréal, à l'origine de l'Association pour la défense des droits sociaux, aujourd'hui reconnue par les pouvoirs publics québécois et qui a pour objet la défense des intérêts fondamentaux de la classe sociale la plus défavorisée du Québec.
[201] Sans minimiser pour autant l'envergure et la portée des deux rapports que ces personnalités ont présentés au nom du Conseil, et qui constituent indéniablement une source d'inspiration pour le législateur de 1988 et de 1998.

Certes, le syndicalisme n'est pas resté totalement étranger au phénomène de la pauvreté et du chômage. D'une part, les confédérations syndicales se présentent volontiers comme représentatives non seulement du monde du travail mais, plus largement, de ceux qui ne peuvent y accéder. Ceci se traduit, au plan institutionnel, par les négociations collectives relatives à la gestion du régime d'indemnisation de l'assurance chômage de l'UNEDIC ou par leur présence au conseil d'administration de l'ANPE. D'autre part, depuis la réforme de 1982 tendant à faciliter l'exercice de la citoyenneté sociale, la représentation sociale s'est ouverte aux inactifs : il n'est plus désormais requis de travailler pour se syndiquer, l'article L. 411-7 du Code du travail permettant aux demandeurs d'emploi ayant exercé au moins une année d'activité professionnelle de rejoindre une organisation syndicale. Toutefois, les palliatifs ainsi apportés se sont avérés insuffisants : la crise de l'hiver 97-98 a montré le développement de comités de chômeurs et de travailleurs précaires, constitués sur le mode associatif, et prétendant à une représentation propre auprès des pouvoirs publics et des organismes chargés de verser les prestations sociales ou de gérer les dispositifs d'insertion. Une orientation politique générale se dessine, soulignant, selon les termes de la Ministre de la Santé, combien « *la citoyenneté gagne quand les chômeurs s'engagent pour faire prendre conscience de leurs difficultés et faire valoir leurs aspirations* »[202].

Prenant acte de cette revendication de citoyenneté sociale, la loi de 1998 relative à la lutte contre les exclusions modifie doublement l'état du droit afin d'assurer une meilleure représentation des exclus du monde du travail et des bénéficiaires de minima sociaux. D'une part, sur le terrain de la participation syndicale, elle supprime l'exigence d'une expérience professionnelle comme condition d'affiliation syndicale[203]. Un bénéficiaire du RMI, tout comme un travailleur précaire[204], peut désormais jouir pleinement des droits qu'il tire de la citoyenneté sociale et participer aux mécanismes représentatifs. D'autre part, et l'innovation est de taille, la loi instaure désormais une représentation propre aux exclus. Son article 2 prévoit la création de « *comités de liaison* » composés de demandeurs d'emploi représentants des syndicats et des organisations ayant spécifiquement pour objet la défense des intérêts ou l'insertion des personnes privées d'emploi. Ces comités de liaison, placés auprès des échelons locaux de l'ANPE et de l'AFPA, ont pour vocation « *d'améliorer l'information des demandeurs d'emploi et leur capacité à exercer leurs droits* ». Même s'il ne s'agit pas d'instances de décision mais de lieux de concertation, destinés à faciliter l'implication des associations de chômeurs et précaires dans l'amélioration des conditions de vie des exclus de la vie associative, et quand bien même une telle institutionnalisation risquerait de cristalliser la coupure de la société entre "exclus" et "inclus"[205], le

---

[202] M. AUBRY, propos rapportés par le rapporteur de la Commission spéciale, *JO Débats A.N.*, 8 mai 1998, p. 3562.

[203] Article 78 de la loi de 1998, modifiant l'article L. 411-7 du Code du Travail.

[204] La jurisprudence sociale s'était prononcée en ce sens, en prévoyant, dans le silence des textes, que les bénéficiaires de contrats emplois solidarité, s'ils n'entrent pas dans le calcul des effectifs de l'entreprise pour l'appréciation des seuils, ont en revanche la qualité d'électeur dès lors qu'ils sont salariés (C. Cass., Soc., 8 avril 1992, *CFDT Service santé et sociaux c./ Esperanza*, *RJS*, 5/1992, n° 640).

[205] V. en ce sens M. BADEL, article précité, p. 440 ; risque indéniablement pris en compte par les parlementaires et le gouvernement lors de l'adoption de l'amendement : les débats parlementaires lors de

symbole est important. Ce nouveau type de représentation participe d'une double logique, tendant, tout d'abord, à renforcer la "citoyenneté administrative" en transformant l'usager des services publics en véritable interlocuteur de l'administration[206] et, ensuite, à faire du pauvre un sujet de droit à part entière, véritable acteur des politiques de lutte contre l'exclusion[207].

Or, cette nouvelle figure du pauvre, envisagé par le droit comme un acteur, s'avère essentielle, en ce qu'elle traduit la formation d'un droit générique nouveau, le droit à l'insertion.

§ 2- Le droit à l'insertion comme droit fondamental, vecteur de la citoyenneté sociale

274. Certes, le droit à l'insertion n'est pas proclamé en tant que tel dans les différents textes encadrant les politiques sociales ou instaurant des mécanismes de protection sociale. Il est toutefois possible de déduire son existence de la philosophie générale de ces derniers[208]. Dans cette optique, le droit à l'insertion ainsi conceptualisé est à la fois un droit fondamental (II) et finalisé (I).

I- Un droit finalisé

Qualifier le droit à l'insertion de droit finalisé renvoie à l'idée d'un droit-fonction. Le terme, emprunté à J.-P. Laborde[209] signifie que le droit à l'insertion n'est pas limité par le droit de la protection sociale mais qu'il est tout entier ordonné en fonction de son but : l'insertion. Celle-ci constitue un nouveau principe des politiques sociales (A) et revêt une acception particulièrement large, au point de recouvrir la notion d'utilité sociale (B).

A- L'insertion, nouveau principe des politiques sociales

275. Le vocable d'insertion a fait sa première apparition dans les instruments de lutte contre le chômage, avec l'allocation d'insertion créée en 1974 et destinée aux personnes ne justifiant pas d'une durée de travail suffisante pour ouvrir droit aux allocations du régime assurance[210]. Mais c'est surtout à partir des années quatre-vingt que le terme est utilisé dans un objectif d'insertion professionnelle novateur,

---

la 2e séance du 7 mai 1998 soulignent à maintes reprises le refus des pouvoirs publics d'opposer représentation syndicale et mouvements associatifs de chômeurs.

[206] Le phénomène touche l'ensemble des services publics, et la transformation de la citoyenneté sociale des exclus n'est qu'une tendance révélatrice de ce mouvement général de "rapprochement" et de concertation entre usagers et administration. V., pour une perspective générale, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, 13e éd., 1999, T. 1, p. 454 et s.

[207] V. en ce sens O. PUJOLAR, article précité, p. 269.

[208] V. en ce sens à propos de la loi de 1988 instaurant le RMI, X. PRETOT, « Le droit à l'insertion », *RDSS*, 1989, p. 635 ; R. LAFORE, « Le droit aux droits », *Informations sociales*, 2000, n° 81, p. 84, selon qui la logique de la loi de 1998 est constitutive « *du nouveau droit de l'insertion, dont les textes organisant la lutte contre les exclusions constituent le substrat* ».

[209] V. de cet auteur, « Le droit au revenu minimum d'insertion dans la loi du 1er décembre 1988 », *Droit social*, 1989, p. 592.

[210] Articles L. 351-9 et R. 351-6 et s. du Code du Travail.

essentiellement en direction des jeunes rencontrant, selon les termes du rapport Schwartz de 1981, des « *difficultés d'insertion sociale et professionnelle* »[211]. L'idée d'insertion est ensuite considérablement étendue, dominant ainsi la lutte contre la délinquance juvénile (rapport Bonnemaison de 1982), la politique de la ville et le développement social des quartiers ou les zones d'éducation prioritaires mises en place au sein de l'Education Nationale[212]. Elle culmine enfin en 1988, par la proclamation législative selon laquelle « *l'insertion sociale et professionnelle des personnes en difficulté constitue un impératif national* », pour la réalisation duquel est instauré le RMI.

Le nouveau vocable semble ainsi devenir le paradigme des politiques publiques, sans voir son contenu expressément défini. Tout au plus peut-on remarquer avec R. Lafore[213] qu'il revêt une double dimension : d'une part, parler d'« insertion », c'est implicitement introduire l'idée qu'il convient de faire entrer un individu dans un ensemble plus vaste dont il ne fait pas partie ; d'autre part, la notion évoque une dynamique, une série d'actions, un processus, plutôt qu'un résultat. Mais, par delà le constat, force est de remarquer la faible précision normative du concept d'insertion. L'hétérogénéité de l'approche législative a été soulignée : analysant son emploi pourtant central dans la loi de 1988, les auteurs ont renoncé à y trouver une définition légale, soulignant combien l'article 1er, en mêlant insertion sociale et professionnelle, lutte contre la pauvreté et lutte contre l'exclusion, rend imprécis le concept même d'insertion[214].

Pourtant, c'est peut-être de cette imprécision normative que le concept d'insertion tire tout son intérêt. En effet, il apporte une réponse ou une solution aux difficultés nées de l'exclusion sociale, difficultés dont le caractère plural et hétérogène a été souligné. Dès lors, la réponse législative ne pouvait, en tout état de cause, que proposer des actions et des processus adaptés à cet état de fait. C'est en ce sens qu'il convient de lire l'affirmation du caractère dual de l'insertion, à la fois sociale et professionnelle : l'une et l'autre ne sont pas nécessairement cumulatives, et l'on peut être inséré socialement sans l'être professionnellement, tout comme l'insertion professionnelle ne postule pas nécessairement l'insertion sociale même si elle y contribue. C'est donc bien un souci de pragmatisme qui conduit le législateur à ne pas définir l'insertion, mais à proposer une synergie de moyens permettant d'y parvenir. En 1988, c'est par le biais de l'octroi d'une prestation monétaire, dont le faible montant est justifié par un souci de ne pas "désinciter" au travail et d'encourager l'insertion professionnelle, et par le renvoi à des programmes départementaux d'insertion. Mais c'est également par l'affirmation de politiques sociales en matière d'emploi, de santé, de formation ou de logement, reconnus comme nécessaires à l'insertion sociale. L'insertion constitue donc la finalité d'un ensemble complexe d'interventions dans le domaine de la protection sociale, de mesures de politique économique centrées sur la réduction des charges afin de

---

[211] Sur les différentes politiques d'insertion des jeunes par le travail, V. Ch. GUITTON, « Travail et ordre social, une étude historique et juridique des politiques d'insertion par le travail », *Travail et Emploi*, n° 77, 1998, p. 23.
[212] R. LAFORE, « Services publics sociaux et cohésion sociale », précit., p. 380.
[213] R. LAFORE, « La pauvreté saisie par le droit », *in* R. CASTEL et J.-F. LAE (dir.), *Le RMI, une dette sociale*, L'Harmattan, 1992, p. 77.
[214] M. BADEL, *Le droit social à l'épreuve du RMI*, PU Bordeaux, 1996, pp. 515-516.

favoriser le retour au travail des chômeurs de longue durée, de systèmes de correction des déséquilibres des zones en difficultés, de mécanismes réducteurs des inégalités sociales dans l'accès à certains biens et services. En somme, l'insertion constitue le but ultime de l'intervention des pouvoirs publics. Or, certaines d'entre elles sont déjà anciennes et s'inscrivent dans une perspective classique d'un Etat Providence redistributeur. Quel est, dès lors, l'intérêt et la portée de ce nouveau concept ? Faut-il ne voir en lui qu'une appellation vide de sens, un étendard brandi pour masquer une continuité des politiques publiques dans la lutte contre la pauvreté ? Si nouveauté il y a, elle réside en tout état de cause plus dans les postulats sur lesquels reposent le droit à l'insertion que dans les politiques établies pour en assurer l'effectivité. En effet, la réelle innovation réside dans la logique sous-jacente du droit à l'insertion, qui est un droit à la participation et à la reconnaissance sociales, en un mot, un droit à l'utilité sociale.

B- Le droit à l'insertion, droit à la reconnaissance et à l'utilité sociales

276. Le droit à l'insertion dérive d'une logique d'appartenance sociale : précédant et fondant les droits sociaux, il n'est pas un droit-créance et n'implique pas en tant que tel une quelconque redistribution. C'est un droit à la reconnaissance et à l'utilité sociales[215]. Ainsi formulé, le droit à l'insertion dépasse de beaucoup, comme le remarque J. Rivero, le droit d'obtenir un emploi[216].

Faut-il revenir sur l'exemple du RMI, tant tout semble avoir été dit à son sujet : l'insertion qu'il postule est loin de se limiter à la recherche d'un emploi de la part de l'allocataire et passe par le recours à une méthode inédite : la signature d'un contrat. La démarche contractuelle d'adhésion est intéressante, en ce qu'elle traduit une nouvelle conception du rôle de l'individu ainsi que de sa place dans la société. Dans cette optique, l'utilité sociale ne se résumerait plus au travail. D'une part, l'insertion ne s'impose pas : elle fait l'objet d'une négociation entre l'allocataire et les pouvoirs publics : le contrat d'insertion doit établir un bilan personnel de la situation de l'individu, en faisant apparaître tous les éléments utiles à l'appréciation de la situation sanitaire, sociale, professionnelle et financière de l'intéressé et de ses conditions d'habitat. Au regard de la situation initiale de l'allocataire, le contrat définit la nature du « *projet d'insertion* » que celui-ci et sa famille peuvent former eux-mêmes ou accepter s'il leur est proposé. Il prévoit notamment la nature des facilités qui peuvent leur être offertes pour les aider à réaliser ce projet, ainsi qu'un calendrier des démarches et des activités d'insertion qu'implique l'insertion[217]. En tout état de cause, « *l'individu ne doit pas se voir contraint à telle ou telle action d'insertion, mais doit pouvoir la négocier car il a un* "*droit à l'insertion*" »[218]. D'autre part, le législateur a précisé les activités d'insertion proposées : ce sont soit des activités de resocialisation visant à ce que les individus recouvrent une autonomie sociale, soit des actions de lutte contre l'illettrisme et la formation ou

---

[215] V. en ce sens les développements de J.-P. FITOUSSI et P. ROSANVALLON, à propos d'un droit à l'intégration (*Le nouvel âge des inégalités*, Le Seuil, 1996, p. 210).
[216] J. RIVERO, « Insertion, droits de l'homme et libertés », *RDSS*, 1989, pp. 617-619.
[217] Article 36 de la loi de 1988.
[218] Commission nationale d'évaluation du RMI, P. VANDERENBERGHE (dir.), *RMI, le pari de l'insertion*, La D.F., 1992, p. 112.

l'amélioration de la qualification professionnelle, soit des activités professionnelles d'intérêt général ou dans le secteur économique[219].

Cette double remarque traduit une rupture essentielle dans la prise en compte de la pauvreté par le droit : le pauvre, loin d'être un individu suspect sur qui pèse un devoir d'intégration, lequel passait par la mise au travail, devient titulaire d'un droit à l'insertion, celle-ci étant conçue de façon souple et adaptée à ses besoins et capacités. On mesure ici le formidable changement : à la rencontre traditionnelle de deux devoirs, devoir d'assistance pour la société, devoir d'intégration pour l'individu[220], est substituée la conjonction d'un droit et d'une obligation : droit de l'individu à être inséré, obligation de la société de lui fournir les moyens de son insertion.

Le phénomène, pour remarquable qu'il soit, ne traduit pas une spécificité des politiques de lutte contre la pauvreté : D. Lochak a fort bien mis en évidence cette double tension du droit, hésitant entre la normalité et la normativité[221] : il existe deux types deux normes, en fonction de leur usage social : le premier renvoie à l'idée de « normalité », c'est-à-dire ce qui est communément admis dans une société. Le droit érige alors en principe juridique ce qui relève du normal, du courant, de l'habituel. Autrement dit, le droit transforme le modèle social dominant en modèle prescrit et élabore des dispositifs juridiques susceptibles d'y faire accéder des populations ciblées. A côté de ce droit de la normalisation, existe un droit de la normativité : le droit définit un idéal plutôt que de formuler dans l'ordre juridique un modèle directement inspiré de la réalité sociale : la norme vise alors à orienter l'action, le droit à infléchir les faits, de manière à faire advenir des principes moraux ou éthiques[222].

Ce passage de la normalité à la normativité trouve toute son ampleur dans les relations que la société entretient désormais avec les pauvres. L'ancrage traditionnel de la protection sociale dans le champ de la normalité a été mis en évidence : « *le droit social et le système prestataire qui lui est attaché s'articulent jusque là massivement dans ses fondements à la normalité : le droit et la prestation, en réparant une rupture dans les mécanismes de prise en charge, vise en fait à réinscrire les ayants droits dans la* "*vie normale*" *entendue essentiellement comme l'accès, à défaut de travail productif, à un minimum de moyens pour figurer dans un standard de consommation* »[223]. Or, le droit renoue depuis une dizaine d'années

---

[219] Article 37 de la loi de 1988.

[220] Sur ce point, V. *supra*, 1ère partie, titre 2, chapitre 1, § 130-140. Les hésitations relatives à l'instauration d'une contrepartie par le législateur de 1988, formulées précédemment, semblent donc définitivement levées : le législateur n'a pas consacré de devoir d'insertion, mais bel et bien un droit au profit de l'individu : V. en ce sens, J.-M. BELORGEY (rapporteur du projet de loi de 1988), « Le droit à l'insertion et ses paradoxes », *Informations sociales*, 2000, n° 81, pp. 102-108, mettant un terme à la polémique.

[221] D. LOCHAK, « Le droit, du normatif à la normalisation », *Le sujet et la loi*, Ed. Erès, 1988, pp. 127-145.

[222] Certes, la distinction entre ces deux types de rationalité est rarement aussi tranchée, le droit transformant en « idéal » ce qui n'est que « normal », et inversement. La réalité se dérobe toujours aux modèles explicatifs… Il n'empêche que l'analyse théorique garde toute sa pertinence.

[223] R. LAFORE, « La pauvreté saisie par le droit », précit., p. 84.

avec la logique normative. En germe dans la loi de 1988 instaurant le RMI[224], elle trouve son apogée dans l'esprit de la loi de 1998 : un nouvel idéal se profile dans les textes les plus récents, tendant à substituer à la logique prestataire un réseau d'échanges collectifs, un nouveau « vouloir vivre ensemble ». Dans cette nouvelle dimension, le bénéficiaire de l'aide sociale n'est plus enfermé dans un « *statut général du pauvre* »[225] mais reconnu comme « socialement utile »[226]. Cette idée d'utilité et à un rôle social, mise en avant par les parlementaires de 1988[227] souligne combien, derrière l'idée d'insertion, se trouve affirmé le principe selon lequel chacun doit être reconnu comme membre à part entière de la communauté. R. Lafore rattache à juste titre cette évolution sensible des politiques sociales à l'idéologie des droits de l'homme et à la refondation de l'ordre démocratique autour de la notion d'Etat de droit. La référence aux droits de l'homme constitue un cadre normatif susceptible de permettre la refondation de l'ordre juridique « *en définissant une nouvelle transcendance qui s'impose aux conduites sociales et* (...) *oriente l'action de la puissance publique* (...) *Le lien social trouve alors sa raison ultime dans un homme transcendant les contextes historiques particuliers, que l'on dote de droits inaliénables attachés à son essence humaine* »[228]. En quête de nouveaux fondements, le social se recompose désormais autour d'un droit fondamental : le droit à l'insertion.

---

[224] Ceci a été souligné par différents auteurs, et notamment R. LAFORE et Ch. GUTTON, articles précités. La logique normative de la loi de 1988 est toutefois plus discutable : l'idée d'une obligation d'insertion, découlant de la conception qu'on a pu avoir du contrat d'insertion, renvoyait alors à une logique de contrepartie ou de *workfare*. Or, une telle solution, selon nous, se réfère logiquement à la conception traditionnelle du devoir d'intégration pesant sur le bénéficiaire d'une assistance, devoir d'intégration dont le caractère séculaire a été souligné (*supra*, 1ère partie). Obliger l'assisté, si ce n'est à travailler, au minimum à accomplir des activités d'insertion renvoie à une logique de normalisation, en rendant le bénéficiaire de l'aide publique conforme à un modèle social dominant.(V., sur les liens entre normalisation et l'insertion favorisée par le RMI, M. BADEL, thèse précitée, pp. 578 et s). Là encore, il semble bien que la loi sur le RMI soit une loi de transition, à cheval sur deux conceptions des rapports entre individus pauvres et société. En tout état de cause, l'idée d'une « obligation d'insertion » a été démentie à un double point de vue : la pratique, d'une part, a nui à son affirmation, dans la mesure où la signature d'un contrat d'insertion ne se fait pas de façon systématique et revêt, la plupart du temps, un aspect purement formel (V. sur ce point le bilan tracé par A. LANGLOIS, « Le RMI, dix ans de revenu minimum d'insertion », *Actualités sociales hebdomadaires,* n° hors série juin 1999, selon qui le volet insertion n'a qu'une place toute marginale dans les faits). Le droit, d'autre part, a lui-même sabordé cette idée, en ne la réaffirmant pas. Il existe donc bien, comme le prévoyait en 1990 J.-P. LABORDE, une « *liberté de ne pas s'insérer* » (« RMI et liberté, éléments pour une première approche », *Droit social*, 1990, p. 34).

[225] M. BADEL, thèse précitée, p. 594.

[226] Il s'agit ici, bien évidemment, d'un changement affectant la représentation symbolique du pauvre telle qu'elle est véhiculée par le droit. Mais il y a loin du symbole au réel, et l'analyse sociologique montre amplement que la modification de la représentation entraîne fort peu une modification de la réalité. En d'autres termes, ce n'est pas parce que le discours politique et l'ordre juridique postulent une utilité et un rôle social du pauvre que ce dernier est, de ce fait, inséré…

[227] A. ZELLER, *JO Déb. AN*, 5 octobre 1988, p. 649 : « *notre pays doit d'ailleurs à chacun non seulement l'accès à un revenu mais aussi l'accès à une utilité et un rôle social* ».

[228] R. LAFORE, précit., p. 85.

II- Un droit fondamental

Fondamental, le droit à l'insertion l'est à un double titre : il s'analyse tout à la fois en un droit essentiel car traduisant le nouveau lien social établi (A) et un droit au fondement d'autres droits, découlant de son énoncé (B).

A- Un droit essentiel

277. Le recours à la notion de droit à l'insertion est nécessaire pour comprendre l'évolution des mesures juridiques et des politiques publiques en faveur des pauvres et exclus. Bien que non expressément affirmé, il sous-tend la logique de la loi sur le RMI, la doctrine voyant en lui « *la clé qui ouvre la voie d'une nouvelle politique* »[229]. L'idée est confortée par les propos des auteurs de la loi de 1988, selon qui « *un droit à l'insertion, exigeant pour la collectivité, responsabilisant pour l'individu, tel est l'esprit du projet gouvernemental, qui donne un contenu à notre politique de solidarité* »[230].

Le droit à l'insertion ne se réduit pas à la loi de 1988 et à la prestation qu'elle instaure : certes, l' "invention" du RMI crée une rupture symbolique et constitue le point de départ indéniable de la réflexion doctrinale sur celui-ci. Dans le sillage de cette loi, de nombreux auteurs ont mis en avant la nouveauté conceptuelle découlant de l'apparition de ce droit[231]. Toutefois, la conception de la citoyenneté dans la loi de 1988 est assez étroite, et le droit qu'elle consacre est davantage un droit d'accès au dispositif d'insertion, par la voie du contrat d'insertion notamment, qu'un droit absolu à l'insertion[232]. L'analyse doit dès lors se référer à un champ plus large, incluant en la dépassant la seule prestation du RMI. Dans cette optique, le droit à l'insertion peut se dégager d'un corpus juridique plus vaste, caractérisé par une conception extensive et innovante de la citoyenneté et un renouveau du contrat social.

1- Une conception nouvelle de la citoyenneté

278. Dans l'optique retenue par T.H. Marshall, la citoyenneté comprend un élément social, le bien-être économique et la protection sociale, élément auquel la pauvreté fait obstacle. Pourtant, le droit social français n'a pas intégré immédiatement cette conception extensive de la citoyenneté sociale : fondé essentiellement sur une technique assurancielle, le système français de protection sociale se référait, lors de sa création, davantage au travailleur qu'au citoyen, le bénéfice des prestations sociales étant, en principe, subordonné au versement de cotisations préalables[233]. Cette citoyenneté sociale réduite aux travailleurs trouvait sa logique dans une période de croissance et de plein emploi mais a perdu sa raison d'être en temps de crise économique. Du fait de la généralisation de la Sécurité

---

[229] M. BADEL, thèse précitée, p. 532.
[230] C. EVIN, Ministre de la solidarité, *JO Débats AN*, 11 octobre 1988, p. 719.
[231] V., entre autres, J.-P. LABORDE, « Le droit au revenu minimum d'insertion dans la loi du 1er décembre 1988 », *Droit social*, 1988, pp. 589-596 ; X PRETOT, « Le droit à l'insertion », *RDSS*, 1989, pp. 633-644 ; J. RIVERO, « Insertion, droits de l'homme, libertés », *RDSS*, 1989, pp. 617-619.
[232] V., en ce sens, l'analyse développée par M. BADEL, thèse précitée, pp. 532 et s.
[233] V. *supra*, 1ère partie, titre 2, chapitre 2, § 150-151.

sociale, les frontières de celle-ci tendent à reculer et le développement des prestations non-contributives a permis de rattacher au système de protection sociale des personnes privées d'activité. A l'origine droit du travailleur, le droit à la Sécurité sociale devient un droit de l'homme[234]. Pour beaucoup d'auteurs, l'institution du RMI a consommé la rupture entre citoyenneté sociale et obligation de cotisation : désormais, la protection sociale assure pleinement la citoyenneté sociale, en ouvrant droit à une prestation qui n'est plus légitimée ni par le versement de cotisation, ni par la cause du besoin[235]. En un mot, l'institution du RMI, débarrassée de toute référence, si ce n'est formelle, à l'incapacité de travailler, permet de réaliser pleinement la citoyenneté sociale, au sens où Marshall la concevait : c'est l'appartenance sociale, et elle seule, qui justifie la jouissance de droits sociaux.

Dans cette optique, le droit à l'insertion par le versement de prestations monétaires est un droit du citoyen. L'affirmation revient souvent dans la doctrine[236], elle ne doit pas induire en erreur et appelle une double précision. D'une part, il importe de ne pas réduire la vocation d'insertion des prestations monétaires au seul cas de figure du RMI : « *il semble bien qu'il n'y ait pas, ou qu'il n'y ait plus, de garanties de ressources sérieusement envisageables sans relation privilégiée à l'objectif d'insertion de l'allocataire* »[237]. L'objectif d'insertion est présent, en filigrane, derrière l'engagement du parent isolé dans l'entretien de son enfant[238], dans l'accès à la consommation offert de l'allocataire du minimum vieillesse ou de l'allocation d'adulte handicapé, dans la recherche active d'un emploi exigée du bénéficiaire de l'allocation de solidarité spécifique. L'objectif d'insertion, pour peu qu'on lui donne une acception variable selon les cas de figure et adaptée aux capacités des individus, constitue indéniablement un « *élargissement des fins du social* »[239]. D'autre part, affirmer que le droit à l'insertion est un droit du citoyen ne revient pas à lier sa jouissance à une quelconque condition de nationalité. La proposition doit être entendue de façon extensive : le droit à l'insertion est un droit de l'homme en société ou encore « *un droit politique, au sens plein du terme : droit de la cité, droit du citoyen* »[240]. L'affirmation permet dès lors de distinguer droit à l'insertion et obtention d'un des minima sociaux. Le fait que ces derniers soient subordonnés à des conditions de ressources, de régularité de séjour ou d'âge n'a pas pour effet de nuire à l'idée d'un droit de chacun à l'insertion, dans la mesure où ces

---

[234] Sur ce point, V. notamment les différents articles de G. PERRIN, « Pour une théorie sociologique de la Sécurité Sociale dans les sociétés industrielles », *Revue française de sociologie*, 1969, pp. 299-324 ; « La Sécurité Sociale au passé et au présent », *RFAS*, 1979, pp. 87-131 ; « La reconnaissance du droit à la protection sociale comme droit de l'homme », *Travail et société*, 1985, n° 2; vol. 10, pp. 255-274 ; ainsi que J.-M. BELORGEY, « Sécurité sociale et droits de l'homme », *RFAS*, n° 4, 1995, pp. 13-18 ; J.-P. CHAUCHARD, « La Sécurité sociale et les droits de l'homme », *Droit Social*, 1997, pp. 48-55.

[235] M. BADEL, article précité, p. 434.

[236] L'idée est notamment développée par J.-P. LABORDE dans différents articles : « Le revenu social est-il un droit? », *Projet*, 1987, n° 208, pp. 28-30 ; « Le droit au revenu minimum d'insertion dans la loi du 1er décembre 1988 », *Droit social*, 1988, pp. 589-596 ; « RMI et liberté, éléments pour une première approche », *Droit social*, 1990, pp. 33-36 ; « La notion de revenu minimum », *in* S. DION-LOYE et D. GROS, *La pauvreté saisie par le droit*, Ed. du Seuil, coll. Le genre humain, à paraître.

[237] J.-P. LABORDE, « La notion de revenu minimum », article précité à paraître.

[238] Renforcé de surcroît par la possibilité qui leur est ouverte de souscrire l'engagement de participer aux activités d'insertion sociales et professionnelles, au titre de l'article 50 de la loi relative au RMI.

[239] M. BADEL, thèse précitée, p. 510 et s.

[240] J.-P. LABORDE, « Le revenu social est-il un droit? », *Projet*, 1987, n° 208, p. 28.

minima ne sont que la traduction concrète du principe fondateur : le droit à l'insertion. Garanti à tous, ce droit est assuré par la jouissance de prestations sociales au profit de ceux dont les ressources sont insuffisantes ou les besoins particuliers[241].

L'insertion est donc bien un droit nécessaire à la citoyenneté voire son corollaire, dans la mesure où elle « *passe par la reconnaissance de droits économiques* (...) *attachés à la personne humaine. Elle est l'autre nom de la citoyenneté économique, tout comme l'égalité est l'autre nom de la citoyenneté* »[242]. Cette conception extensive de la citoyenneté, se déclinant en un volet social, prend toute son ampleur lorsqu'elle s'analyse au regard d'une réflexion nouvelle sur les fondements du contrat social.

2- Un renouveau du contrat social

279. Un "renouveau du contrat social"… L'idée a été formulée au regard des nouvelles orientations des politiques sociales : les politiques d'insertion qu'elles poursuivent se démarquent en effet de l'assistance traditionnelle par l'affirmation de la nécessité « *de quelque chose de plus que le droit* »[243]. Selon F. Ewald, l'histoire des secours aurait connu trois grandes phases : la première, issue du libéralisme, serait un moment moral ; la seconde, construite par l'Etat providence, serait un moment juridique. La dernière enfin, se dégageant des politiques actuelles d'insertion, serait un moment éthique : on a ainsi découvert que « *l'Etat Providence, que ses formules juridiques, ses obligations et ses droits ne pouvaient parvenir à réduire l'exclusion parce que* (...) *l'insistance portée sur les aspects juridiques et financiers du problème avait trop refoulé la dimension éthique* » ; « *avec l'insertion est à l'ordre du jour une nouvelle composition des droits et devoirs où s'impose la dimension de l'éthique* »[244].

Certes, le thème de l'éthique est à la mode, et son utilisation dans les questions sociales rejoint son invocation fréquente dans d'autres domaines, tels que la bioéthique. Faut-il, dès lors, voir ici ni plus ni moins que la manifestation d'un engouement intellectuel passager, dénué de réelle portée ? La réponse est délicate : il semble, en tout état de cause, que la dernière décennie traduise bel et bien une modification sensible des termes du contrat social. Cette dimension éthique, invoquée ci et là n'est-elle pas, en définitive, la "redécouverte" d'une notion ancienne, la fraternité ?

Cette exigence de fraternité a été soulignée à propos de la loi instaurant le RMI : c'est ainsi B. Kouchner soutenant que « *la fraternité constitue l'actualité des grands principes de 1789* »[245], R. Lafore soulignant combien elle « *fait appel à ce qui ne se commande pas : la solidarité vraie, qu'il conviendrait plus justement*

---

[241] Quant à la condition de la stabilité et de la régularité du séjour des étrangers, elle trouve dans cette optique, si ce n'est une justification, tout au moins une explication : la stabilité et la régularité du séjour atteste l'appartenance de l'étranger à la Cité, et justifie la reconnaissance de sa citoyenneté sociale. D'où, par exemple, la subordination de l'octroi de la CMU à cette condition. Pour les étrangers ne satisfaisant pas à cette condition est prévue, au plus, le bénéfice d'une aide médicale d'Etat à caractère restrictif.

[242] D. CLERC, « La dynamique économique de l'exclusion et de l'insertion », *RDSS*, 1989, p. 625.

[243] F. EWALD, « Solidarité et insertion », *Les nouvelles solidarités : actes des assises internationales de janvier 1989*, PUF, 1989, p. 16.

[244] F. EWALD, précit., pp. 15 et 16.

[245] B. KOUCHNER, *Les nouvelles solidarités,* précit., p. 13.

d'appeler, mais le mot prête à sourire et on ose à peine l'écrire, la fraternité »[246]. En un mot, la fraternité constitue indéniablement un « *supplément d'âme* »[247], redécouvert par le législateur dans différents domaines et qui a vocation à devenir un principe à part entière du droit public français[248]. L'évolution se comprend : devant les limites et les insuffisances d'un Etat Providence fondé sur la "logique du guichet" et la classification des individus dans des statuts prédéfinis, émerge la nécessité « *d'insuffler dans les lois davantage de fraternité : non pas seulement parce que cela était nécessaire pour recréer du lien social, mais encore* (…) *parce que la mise en œuvre d'une telle politique se révèle seule susceptible, en définitive, de respecter réellement l'éminente dignité attachée à la qualité d'homme* »[249].

Loin des anciennes idées de moralisation ou d'assistance, la lutte contre l'exclusion passe par l'affirmation de droits nouveaux, de droits nés de la citoyenneté sociale et l'engendrant à la fois. Les politiques sociales deviennent le laboratoire d'une stratégie novatrice, fondée sur « *le droit fondamental à l'insertion et qui articule droits et obligations, dettes et créances entre la société et chacun de ses membres, dans une conception novatrice des droits sociaux* »[250]. La remarque est doublement pertinente : le droit à l'insertion est bien un droit fondamental, non seulement en ce qu'il est un droit essentiel du citoyen, droit qui détermine et précise les nouveaux liens sociaux, mais aussi en ce qu'il est au fondement d'autres droits.

B- Un droit au fondement d'autres droits

280. Le spectre d'une dualisation de la société, résultant d'une montée de l'exclusion, est souvent invoqué. Dans cette analyse, la fracture sociale révèlerait l'existence d'inclus, ceux qui bénéficient d'un travail leur procurant des revenus fixes et suffisants et jouissent de l'ensemble des droits sociaux, opposés aux exclus. Ces derniers ne se distinguent pas seulement par leur absence de ressources suffisantes, mais bel et bien par la faible citoyenneté sociale qui leur est reconnue. Sans travail ni ressources, ils sont aussi souvent sans logement, sans soins médicaux, sans formation… Le droit à l'insertion, implicitement mais nettement énoncé au bénéfice de tous, prend acte de cette pluralité de handicaps et des multiples facettes de l'exclusion sociale. Il sert dès lors de socle fondateur à l'affirmation de droits dérivés.

Ceci est particulièrement net dès 1988, dans la loi sur le RMI. La prestation monétaire qu'elle instaure est présentée comme un instrument de l'insertion et non l'insertion elle-même[251]. Dans son versant monétaire, le RMI constitue un "ballon d'oxygène" apportant une certaine sécurité matérielle dans les conditions d'existence. Mais la nouvelle prestation sociale est loin de se réduire à cette seule dimension, somme toute fort classique en ce qui concerne les minima sociaux. L'aspect novateur du RMI réside dans l'ouverture de droits dérivés qui découle de

---

[246] R. LAFORE, « Les trois défis du RMI », précit., p. 573.
[247] J.-M. PONTIER, « De la solidarité nationale », *RDP*, 1983, pp. 912-913.
[248] V. sur ce point, M. BORGETTO, thèse précitée, pp. 585-637.
[249] M. BORGETTO et R. LAFORE, *La République sociale*, PUF, 2000, p. 115.
[250] R. LAFORE, « Exclusion, insertion, intégration, fracture sociale, cohésion sociale : le poids des maux », *RDSS*, 1996, p. 814.
[251] M. BADEL, thèse précitée, p. 505.

son obtention : le bénéfice d'une couverture maladie, l'accès aux prestations logement, la fourniture d'eau et d'énergie ainsi que la participation à des activités d'insertion. Le droit à l'insertion se décline ici en différentes garanties ponctuelles mais nécessaires à sa réalisation[252].

L'idée d'un droit à l'insertion fondateur de droits dérivés est loin de se réduire au seul exemple du RMI. Les modifications législatives ultérieures ne font que conforter cette orientation. La loi de lutte contre les exclusions, adoptée dix ans plus tard, en témoigne nettement. Ses articles 78 à 82 en sont une application, en postulant, dans un titre consacré à « *l'exercice de la citoyenneté* », que la lutte contre l'exclusion et son corollaire, le droit à l'insertion, passent, pêle-mêle, par la participation à des stages, la possibilité de cumuler revenu de remplacement et stages, l'exonération du droit de timbre pour la délivrance de la carte d'identité, l'inscription sur les listes électorales, l'octroi de l'aide juridictionnelle et le droit des détenus à être informés sur leurs droits sociaux. L'idée d'insertion est bien présente derrière ce « *patchwork* »[253] : il s'agit de faire prendre part à la vie sociale, de faciliter à tous la jouissance de droits qu'une situation de dénuement est susceptible d'empêcher. Cet objectif d'insertion irrigue l'ensemble des dispositions de la loi. Lui seul permet de donner une lecture unitaire à ses dispositions dont le caractère hétéroclite a été souligné : le droit à l'insertion sous-tend nécessairement les différents droits invoqués dans l'article 1er et constitue bien le fondement des nombreuses dispositions tendant à faciliter l'accès à l'emploi, le logement, la santé, l'accès à la justice, la formation, la culture, la protection de la famille et de l'enfance[254]. De lui également découlent les autres droits consacrés ci et là dans le texte, tel que le droit à des ressources minimales, le droit aux transports ou à l'ouverture d'un compte en banque.

En somme, seule la découverte d'un droit à l'insertion, droit non écrit mais nécessairement induit, est à même de donner une unité conceptuelle à une loi éclectique, voire fourre-tout : le droit à l'insertion est un droit de participation à la vie sociale, un droit de citoyenneté. C'est bien un droit fondamental, en ce qu'il s'agit d'un droit essentiel, traduisant la relation de l'individu à la société dans laquelle il s'insère ou tente de ne pas être exclu, et en ce qu'il s'avère être la matrice intellectuelle de droits dérivés de sa reconnaissance.

CONCLUSION DU CHAPITRE

281. Au terme de l'analyse, un constat s'impose : celui de la profonde et rapide modification des rapports que le droit entretient traditionnellement avec la pauvreté.

---

[252] V., par exemple, E. MAUREL (« De l'insertion sociale », *RDSS*, 1989, p. 711), à propos du logement, que l'auteur compare au « *droit à un lieu à soi, mais aussi plus largement au droit à la ville qui s'apparente de très près à la citoyenneté* ».

[253] M. BADEL, article précité, p. 431.

[254] L'exposé des motifs de la loi de 1998 emploie de façon récurrente et significative le terme d'insertion à propos des dispositions relatives à l'accès à l'emploi du logement qualifié de « facteur indéniable d'insertion ».

La donne est entièrement nouvelle, et l'approche de la pauvreté en terme d'exclusion sociale a une triple conséquence.

Tout d'abord, elle traduit un renouveau de la conception du lien social : la figure menaçante du pauvre s'éloigne, tandis que se dessine celle du citoyen qu'il convient de reconnaître et d'insérer. Le contrat social se veut désormais "éthique" ou "fraternel". Soulignant les insuffisances de l'Etat Providence, Etat redistributeur mais aussi « *Etat classificateur* (...) *définissant des catégories administratives nouvelles susceptibles de bénéficier de transferts sociaux* (élaborant) *des identités et des statuts sociaux* »[255], l'Etat se veut désormais un acteur parmi d'autres de la lutte contre l'exclusion : si l'Etat Providence luttait contre la pauvreté, c'est désormais la Nation toute entière qui se mobilise contre l'exclusion sociale.

Ensuite, cette approche inédite substitue aux fondements traditionnels de l'assistance aux pauvres l'idée nouvelle d'un droit à l'insertion. Charité et répression, assistance et contrainte, piliers traditionnels du traitement juridique de la pauvreté, s'estompent derrière l'affirmation d'un droit fondamental de l'individu à rejoindre le corps social et à jouir de l'intégralité des droits qui découlent de cette appartenance. La conception de la citoyenneté, dans sa double acception politique et sociale, en sort vivifiée : non seulement l'exclu est un citoyen à part entière, mais il convient de fortifier son appartenance sociale par la reconnaissance et la garantie de la jouissance concrète des droits qui découlent de cette commune appartenance. Ce quatrième ordre, dont Dufourny de Villiers s'était fait le porte-parole en 1789 et que les révolutionnaires français avaient pu croire faire disparaître en niant son existence, l'excluant de la vie politique et le plaçant dans une situation dévalorisée, est enfin reconnu et relevé. Au devoir d'intégration pesant historiquement sur lui en contrepartie d'un devoir de la société de l'assister est substitué un droit à l'insertion, véritable droit de citoyenneté.

Enfin, ce renouveau de l'approche juridique entraîne une mutation épistémologique : en rejoignant l'analyse de l'exclusion sociale, la notion de pauvreté se colore d'une dimension juridique : l'exclusion sociale tend à se définir par référence à des concepts juridiques : elle s'appréhende comme une situation de fait constitutive d'une atteinte à la dignité de la personne humaine et d'une violation des droits fondamentaux. En ce sens, elle constitue un point de départ pour une définition juridique de la pauvreté.

---

[255] D. SCHNAPPER, « L'assistance est un droit de l'homme », *Pouvoirs locaux*, n° 14, 1992, p. 70.

CHAPITRE 2

VERS UNE DÉFINITION JURIDIQUE DE LA PAUVRETÉ

> « *Que sert à dire : "il y a tant d'indigents" si vous ne pouvez dire ce qu'est un indigent ? Ces chiffres ressemblent à des monnaies dont le titre est inconnu.* »
>
> Joseph-Marie de GERANDO, *De la bienfaisance publique*, 1839, T.1, p. 85

282. La conceptualisation de la notion d'exclusion sociale et la formulation d'un droit à l'insertion traduisent une évolution profonde des rapports entretenus entre le droit et la pauvreté. A la recherche d'une définition juridique de cette dernière, la tentation est forte de l'assimiler à l'exclusion sociale. Pourtant, si les sciences sociales y parviennent, le droit ne donne pas une vision concordante : en droit, la pauvreté ne se résume pas aux définitions dégagées par les sciences sociales. Elle revêt en revanche une définition propre. C'est donc une définition en deux temps qu'il convient de construire. Par la négative, tout d'abord : l'analyse juridique ne corrobore pas l'approche de la pauvreté par les sciences sociales, desquelles le droit se différencie (*Section 1*). Positivement, ensuite, par la démonstration qu'il est possible de définir la pauvreté en droit (*Section 2*).

SECTION 1
L'INADAPTATION DES APPROCHES CLASSIQUES

Toutes trois sciences sociales, le droit, l'économie et la sociologie entretiennent des liens conceptuels certains. Pourtant, le droit présente une irréductibilité avérée et l'analyse juridique ne recouvre pas les définitions économiques et sociologiques de la pauvreté. En droit, la pauvreté ne se définit ni par l'insuffisance de ressources (*§ 1*), ni par l'absence de travail (*§ 2*).

§1- La pauvreté entendue comme insuffisance de ressources

283. De prime abord, le critère économique apparaît comme central dans toute définition de la pauvreté : est pauvre celui qui n'a pas ou qui n'a que peu. L'absence ou l'insuffisance de ressources devrait donc permettre de caractériser, en droit, la pauvreté, et ceci d'autant plus facilement que la garantie des ressources monétaires constitue une préoccupation essentielle du droit social. La pauvreté devrait donc

pouvoir se lire en creux, comme cette condition d'absence de ressources délimitée par le droit. En réalité, ce critère s'avère juridiquement peu opératoire. L'impossibilité de définir, en droit, la pauvreté comme une absence de ressources prend ses racines sous la IIIème République avec le refus d'inscrire la pauvreté dans le champ juridique (I) et influence encore actuellement le droit social (II).

I- Le refus historique d'inscrire la pauvreté dans le champ juridique

Soucieux de substituer à l'ancienne charité un « *service public de la solidarité sociale* », les républicains de la IIIème République en ont défini les modalités pratiques, déclinées à travers l'assurance et de l'assistance[1]. Or, les deux principales mesures sociales instaurées au tournant du siècle, à savoir le développement de la prévoyance sociale (A) et l'institutionnalisation de l'assistance (B), présentent la caractéristique commune et paradoxale de tendre à la garantie de ressources en gommant du champ juridique toute référence à la pauvreté.

A- La prévoyance, ou la protection de l'ouvrier

284. L'assurance, tout d'abord, tant il est vrai qu'elle se présente comme un « *principe de réforme sociale* »[2], véritable substitut de l'assistance. Les différentes lois d'assurance et de prévoyance édictées sous la IIIème République se veulent indéniablement destinées à lutter contre le paupérisme[3]. Ainsi, la résolution adoptée en 1903 par la Chambre des députés témoigne de cette orientation assignée à l'assurance, dont le « *but est de constituer à tous les membres de la nation démunis des moyens de s'assurer, par leurs seules ressources personnelles, une retraite de vieillesse et d'invalidité* »[4].

Or, si le but théorique assigné à l'assurance est bien la réduction de la pauvreté, les réalisations adoptées au tournant du siècle se placent, concrètement, sur un autre plan : en effet, la coïncidence historique entre la classe pauvre et celle ouvrière (hormis les figures marginales quantitativement et qualitativement des vagabonds et mendiants) a entraîné la protection des nécessiteux par des « *techniques dérivées* »[5], ne s'adressant pas directement à l'individu pauvre mais à l'ouvrier vivant dans un état d'extrême précarité économique. Comme l'ajoute R. Castel, « *en clair, sont obligés de s'assurer ceux qui risqueraient de devoir être assistés* » [6]. En effet, les lois de 1898 sur les accidents du travail[7] et sur la

---

[1] La résolution adoptée par la commission d'assurance et de prévoyance sociales le 5 décembre 1902 affirme « *qu'il est du devoir de la République d'instituer un service public de la solidarité sociale ; que la solidarité sociale diffère essentiellement de la charité en ce qu'elle reconnaît aux intéressés un droit et qu'elle leur donne un moyen légal de le faire valoir ; que le principe de solidarité inspire et commande deux formes distinctes de réalisation : l'assurance et l'assistance* », *JO Déb. Parl.*, Ch. Députés, séance du 27 mai 1903, p. 1747.

[2] F. EWALD, *L'Etat Providence*, Grasset, 1986, p. 196.

[3] H. HATZFELD démontre nettement combien, au début du siècle, la distinction entre assurance et assistance n'était « *pas encore clairement ressentie ni pensée* » (*Du paupérisme à la Sécurité sociale, 1850-1940*, A. Colin, 1971, p. 29).

[4] Résolution adoptée par la commission présidée par MILLERRAND, 5 décembre 1902, *JO Déb. Parl.,* Ch. Députés, séance du 27 mai 1903, p. 1747.

[5] J.-J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Dalloz, 13e éd., 1998, p. 28.

[6] R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale,* Fayard, 1995, p. 298.

mutualité[8], les différentes lois sur les retraites ouvrières et paysannes entre 1901 et 1912[9] ou celles ultérieures de 1928 et 1930 instaurant des dispositifs d'assurance sociale pour certains salariés[10] ont une portée limitée aux catégories de la population menacées de déchéance sociale : « *le risque couvert sous différentes formes, de l'accident du travail, de la maladie, de la vieillesse démunie, est en fait le risque d'un basculement d'une situation vulnérable à une situation misérable : le risque que l'accident ou la maladie rompe l'équilibre précaire du budget ouvrier, que la vieillesse saisisse un salarié usé et sans ressources* »[11]. Cette substitution de l'assistance par l'assurance transparaît nettement tout à la fois dans les rapports parlementaires[12] et les mesures adoptées par voie législative[13].

Ce choix politique d'instaurer un régime de prévoyance réservé aux salariés et couvrant la seule réalisation de certains risques s'avère d'une portée fondamentale. Comme le souligne R. Lafore, « *le système des assurances sociales produit un escamotage de la pauvreté* »[14], escamotage portant tout à la fois sur la personne même du pauvre et sur la notion de pauvreté.

Elision du pauvre, tout d'abord : ne concernant que les travailleurs, le système des assurances sociales laisse hors du champ assuranciel les non-productifs, auxquels s'ouvre « *l'espace résiduel de l'assistance* (...)*, lieu de non droit,* (...) *Les derniers pauvres, individus rétifs à l'ordre industriel, y sont inscrits dans un système de droits subsidiaires, de droits éclatés faisant face à divers aléas* »[15]. Le pauvre, de

---

[7] Loi du 9 avril 1898 assurant une indemnisation aux victimes ouvrières d'accidents du travail résultant de travaux dangereux. Certes, cette loi ne porte directement ni sur l'assurance, ni sur l'indigence, mais, en reconnaissant une responsabilité patronale fondée sur le seul risque, elle tend à assurer des garanties financières à l'ouvrier devenu invalide, et participe de ce fait, au vaste mouvement législatif tendant à réduire la pauvreté en œuvrant sur le seul champ ouvrier. V., sur ce point, l'analyse de F. EWALD, précit., pp. 229 et s. : « *la notion de risque professionnel converge, annonce, sous-entend celle d'assurance sociale. Elle en est indissociable.* » (p. 306).

[8] Loi du 1er avril 1898 encourageant l'essor de la mutualité.

[9] Pour un aperçu de l'ensemble de la législation sur les assurances sociales, V. G. AUBIN, J. BOUVERESSE, « *Introduction historique au droit du travail* », PUF, 1995, pp. 238 et s.

[10] Lois du 5 avril 1928 et du 30 avril 1930 instaurant, au profit de salariés dont la rémunération était inférieure à un plafond assez bas, une assurance protégeant ces derniers contre la réalisation d'un certain nombre de risques, tels la maladie, la maternité, l'invalidité, la vieillesse et le décès, financée par des cotisations obligatoires des employeurs et des salariés.

[11] R. CASTEL, *Les métamorphoses…*, précit., pp. 297-298.

[12] Ainsi, le rapport GUIEYESSE, présenté au nom de la commission d'assurance et de prévoyance sociales, distingue l'assistance, réservée à « *ceux qui n'ont qu'une prétention, celle de vivre aux dépens de la société en l'exploitant* » et l'assurance, au profit des travailleurs « *qui peuvent envisager l'avenir quelque pénible qui soit* (et) *qui ont conscience de leur charge de famille* (...) *qui font en quelque sorte prendre acte de leur qualité sociale en abandonnant une minime partie de leurs salaires en vue de la retraite* » (*JO, Doc. Parl*, ann. n° 2083 à la séance du 22 novembre 1904, p. 1187), montrant bien par là même que la distinction entre assurance et assistance n'est pas fondée sur la situation financière personnelle, mais bien sur un critère moral de tempérance et de sagesse.

[13] Ceci est particulièrement avéré pour la loi de 1910 : ne s'adressant qu'aux ouvriers les plus démunis, elle met en place un mécanisme de prestations peu élevées, s'apparentant dans les faits aux allocations d'assistance organisées par la loi du 14 juillet 1905 au bénéfice des vieillards, constat permettant à certains auteurs de mesurer combien « *cette loi avec cotisations ouvrières et patronales aboutit dans une certaine mesure à remplacer une partie du financement public de l'assistance par un prélèvement sur le salaire direct* » (J.-J. LEROSIER, M. BASLE, « Les premières lois sociales », *RFAS*, 1981, p. 226).

[14] R. LAFORE, « Les trois défis du RMI », *AJDA* , 1989, p. 566.

[15] Id., p. 566.

figure politique et sociale centrale, est refoulé au rang d'épiphénomène sociologique et placé, en tout état de cause, hors d'un champ juridique dominé par des lois sociales prenant pour objet l'ouvrier et, plus largement, la condition salariale.

Qui plus est, cet "escamotage" des pauvres affecte également la notion même de pauvreté, elle aussi éludée. Car, pour la grande masse du salariat parvenant à se voir reconnaître et généraliser des droits sociaux du fait de l'extension progressive de la sécurité sociale, la notion de risques sociaux supplante celle de pauvreté. « *La pauvreté, maladie sociale par excellence, fait place à une série d'aléas qui apparaissent comme inévitables dans une société où les hommes sont inéluctablement solidaires* (...) *Par la vertu du système assurantiel, lorsqu'on n'est plus producteur, on n'est plus pauvre ; on accède au statut de retraité, de malade ou de pensionné ; le pauvre est transformé en ayant droit* »[16].

La conséquence est logique : le système d'assurance et de prévoyance, instauré dans son principe pour réduire la pauvreté, indépendamment de ses effets qui furent des plus limités[17], a eu pour résultat la disparition, non de la pauvreté, mais bien de l'approche juridique de celle-ci[18]. Or, le même phénomène d'élision se retrouve dans les mécanismes d'assistance mis en place au tournant du siècle.

B- L'assistance, ou la prise en charge de certaines formes d'absence de ressources

285. Le principe d'une intervention collective contre la misère est largement acquis sous la IIIème République, et l'obligation de l'Etat consacrée à travers différents textes d'assistance aux indigents. A l'instar de la loi 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite, tous affirment le caractère obligatoire de l'organisation du service et des dépenses nécessaires à son fonctionnement. Ces principes valent pour toutes les autres lois d'assistance, que ce soit celle du 27 juin 1904 sur les enfants assistés, celle du 14 juillet 1905 accordant aux vieillards, infirmes et incurables une pension ou un placement gratuit dans un établissement public, celles des 17 juin et 30 juillet 1913 accordant une allocation aux femmes en couches privées de ressources ou celle du 14 juillet 1913 sur l'assistance aux familles nécessiteuses[19].

Toutefois, si le principe d'une intervention collective contre la misère paraissait acquis, on ne souhaitait ni apporter de réponses globales, ni généraliser la

---

[16] Id., p. 567.

[17] V., pour une présentation des mesures adoptées en matière de prévoyance et les résultats mitigés de leur application : M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, LGDJ, Bibl. droit public, 1993, pp. 458-462 ; J.-J. LEROSIER et M. BASLE, précit., pp. 223-241.

[18] Et ceci très durablement, comme le remarque J.-J. DUPEYROUX : les techniques dérivées aménagées à cette époque confondant pauvres et travailleurs, « *de la dissociation ultérieure de ces deux qualités historiquement réunies dans le prolétariat naîtra la grande question à laquelle les politiques contemporaines seront confrontées : la sécurité sociale doit-elle rester axée sur l'activité professionnelle* (...) *ou doit on retenir des législations classiques la volonté première de venir en aide aux économiquement faibles* » (précit., p. 46, note 5).

[19] Pour un détail de ces mesures : E. ALFANDARI, *Action et aide sociales*, Dalloz, 1989, pp. 9 et s,. M. BORGETTO, précit., p. 452 ; H. DEROUIN, A. GORY, F. WORMS, *Traité théorique et pratique d'assistance publique*, Sirey, 3e éd., 1914, 2 vol. ; J.-J. LEROSIER et M. BASLE, précit., pp. 223 et s.

distribution de secours à toutes les catégories de pauvres[20]. L'obligation d'intervention n'a été acceptée que parce que, en contrepartie, elle s'est traduite par une segmentation du champ d'intervention de l'assistance. Les différents textes d'assistance de la IIIème République procèdent tous de la philosophie résumée dans la résolution adoptée par le 1er congrès de l'assistance publique : réserver le bénéfice de l'assistance à certaines catégories d'indigents. Tous sont structurés sur la même logique que celle, exemplaire, posée par l'article 1er de la loi de 1893 : « *tout Français malade, privé de ressources, reçoit gratuitement de la commune, du département ou de l'Etat, suivant son domicile de secours, l'assistance médicale gratuite à son domicile, ou, s'il y a impossibilité de le soigner utilement à son domicile, dans un établissement hospitalier* ». Il n'est qu'à citer l'article 1er de la loi de 1905 prévoyant que « *tout Français privé de ressources, incapable par son travail de pourvoir aux nécessités de l'existence* » reçoit une assistance, ou la loi de 1913, interdisant aux femmes de travailler dans un délai de quatre semaines après leur accouchement et prévoyant l'octroi d'une allocation durant cette période « *aux femmes travaillant habituellement et privées de ressources* »[21]. Ce faisant, ces textes participent d'une même logique, tendant à rejeter, pour la désignation de leurs bénéficiaires, non seulement l'utilisation du terme de pauvre, mais également la notion même de pauvreté.

Disparition du terme de pauvre, tout d'abord : les différentes lois d'assistance se refusent, en effet, à employer le terme d'indigent et lui préférèrent l'emploi de la périphrase : « *personne privée de ressources* ». Or, ce choix, nullement fortuit, procède d'une démarche délibérée, et témoigne d'une préoccupation constante des parlementaires : rejeter tout ce qui, d'une façon ou d'une autre, pouvait rappeler l'assistance charitable telle qu'elle prévalait depuis des siècles[22]. Les justifications avancées sur ce point par des auteurs de l'époque pour clarifier ces variations sémantiques n'apparaissent pas convaincantes. Ainsi, pour certains spécialistes de l'assistance, il convenait de distinguer les nécessiteux des indigents : « *les premiers sont ceux qui n'ont besoin que de secours temporaires, et les derniers ceux auxquels est nécessaire une assistance permanente, à raison, soit de leur âge, soit d'un état entraînant une incapacité physique permanente de travail* »[23]. La distinction opérée s'avère toutefois peu décisive, tant au regard de l'usage général des termes dans le vocabulaire de l'époque[24] que de celui fait par le législateur : en effet, les textes ne se référent ni à l'un ni à l'autre et utilisent la notion générique de "personne privée de ressources". La définition proposée témoigne uniquement d'un effort doctrinal de distinction entre pauvreté circonstancielle et pauvreté permanente, sans conséquence sur l'obtention de secours. Il n'en va pas de même du constat opéré par ces auteurs quant à l'usage du mot "pauvres" : il renvoie à une multitude de situations, en étant

---

[20] V. en ce sens S. PAUGAM, *La société française et les pauvres, l'exemple du RMI*, PUF, 1997, p. 104.
[21] Articles 2 et 3 de la loi précitée du 17 juin 1913.
[22] V. en ce sens l'analyse des travaux parlementaires par M. BORGETTO, *La notion...*, précit., p. 441.
[23] H. DEROUIN , A. GORY, F. WORMS, précit., p. 4.
[24] Ainsi, le grand dictionnaire Larousse de 1865 définit le pauvre comme « *dépourvu ou mal pourvu du nécessaire, qui n'a pas de quoi subsister selon sa condition* » et la misère comme « *état, condition misérable, digne de pitié* », tandis que le paupérisme est « *l'état de pauvreté commun à un grand nombre de personnes dans l'Etat* » ; le Littré indique que « *le pauvre n'a pas le nécessaire ou ne l'a qu'à peine* », tandis que le nécessiteux « *manque des choses nécessaires à la vie* » et la misère y est définie comme « *la privation des ressources, des choses nécessaires* ».

« *devenu maintenant une expression vague, désignant à la fois* (...) *les individus secourus ou à secourir de toute catégorie, et les personnes susceptibles de devenir, à un moment donné, des indigents ou des nécessiteux* »[25], en somme toute une classe de personnes caractérisées par la précarité de leur situation. Employer ce terme général, c'était reconnaître explicitement son existence. Or, selon l'explication particulièrement séduisante de D. Dessertine et O. Faure[26], les républicains, tenants d'un système politique fondé sur l'égalité, éprouvaient des difficultés à avouer l'existence d'une catégorie spécifique de pauvres ou même à consacrer, par l'utilisation du terme d'"'indigents", la reconnaissance d'une pauvreté structurelle et permanente. D'où le choix d'une formule plus neutre et souple, celle de "privation de ressources", qui, en raison même de sa souplesse, allait s'avérer d'une portée considérable. Comme le remarquait alors J. Barthélémy, le recours à cette notion « *marque une date capitale dans l'histoire de l'assistance et peut-être dans l'histoire du droit public français* »[27] : en effet, elle a eu pour conséquence de rendre durablement impossible toute définition juridique de la pauvreté.

Car c'est bien le concept même de pauvreté qui disparaît : la notion de "privation de ressources", qui lui est préférée, est dotée d'une infinie plasticité. Elle peut être entendue largement, comme pour les femmes en couches, considérées comme privées de ressources dès lors qu'elles ne bénéficiaient « *pas d'autres ressources que celles provenant de (leur) travail* » selon une circulaire de l'époque[28], ou plus strictement, s'appréciant, dans le cas de l'assistance aux vieillards, infirmes et incurables, comme le « *fait de ne pas avoir de revenus équivalents à ce qui sera reconnu, dans chaque commune, indispensable à l'existence* »[29] ou encore de jouir de ressources supérieures aux taux fixés par les communes mais inférieures au prix d'entretien dans un hospice. Ce qui, on le voit nettement, interdit toute définition juridique de la pauvreté sur le critère de l'obtention de l'assistance, puisque le fait d'être "privé de ressources" pouvait renvoyer à une indigence absolue (principe posé par la loi de 1905), relative (revenus inférieurs aux tarifs des hospices) ou à la simple condition salariale (loi de 1913).

Cette impossibilité de définir juridiquement la pauvreté est d'autant plus grande que, dans les textes de l'époque, ce n'est pas tant le fait d'être privé de ressources qui conditionne l'octroi de l'assistance, mais bien le fait d'être malade, âgé, nouvellement accouchée ou en charge d'une famille nombreuse. « *Notre formule exige, pour que l'assistance soit obligatoire* », s'exclame H. Monod, « *que*

---

[25] H. DEROUIN , A. GORY, F. WORMS, précit., p. 4.

[26] D. DESSERTINE, O. FAURE, « Assistance traditionnelle , assistance nouvelle, coût et financement, 1850-1940 », *in* A. GUESLIN et P. GUILLAUME (dir.), *De la charité médiévale à la Sécurité Sociale*, Ed. Ouvrières, 1992, p. 143.

[27] J. BARTHELEMY prévoyait avec lucidité que cette « *notion de l'homme simplement privé de ressources, une fois entrée dans notre droit ne manquera pas de se développer* », en y voyant une notion plus large que la pauvreté et la marque d'une transition entre une assistance publique tournée vers le soulagement de la pauvreté et une assistance sociale orientée vers la réduction des inégalités (« L'effort charitable de la IIIème République », *RDP*, 1910, pp. 360-361).

[28] Circulaire du ministre du Travail, JO du 15 août 1915, *Revue de bienfaisance*, 1913, p. 445.

[29] H. DEROUIN , A. GORY, F. WORMS, précit., p. 248.

la misère ait une cause physique »[30] . En somme, à cette époque, la faiblesse des ressources n'est plus qu'une condition seconde, nécessaire mais plus suffisante, au point de disparaître du champ juridique : « *la définition doctrinale de l'assistance publique fait l'impasse sur la pauvreté comme telle et sectorise sa gestion en une série d'institutions* »[31]. Désormais, et cela très durablement, les services sociaux s'organisent autour d'une multitude d'institutions spécialisées, qui accompagnent le démuni de sa naissance à sa mort : orphelinats, services des enfants assistés, crèches, salles d'asile, bureaux de bienfaisance, ateliers de travail, vestiaires de familles nombreuses, hôpitaux, hospices…

Les bases du droit social, posées sous la IIIème République, traduisent ainsi un système de protection sociale dans lequel la pauvreté n'apparaît pas en tant que telle : le risque ou l'insuffisance de ressources liée à une incapacité physique de travailler constituent des critères substitutifs, utilisés respectivement par l'assurance sociale et l'assistance publique, qui évacuent la pauvreté hors de la sphère juridique, la rendant finalement insaisissable. Cette "insaisissabilité" se manifeste de nos jours encore, tant les principes juridiques modernes encadrant la garantie des ressources s'avèrent inaptes à toute définition de la pauvreté.

II- Les garanties actuelles de ressources minimales face à la pauvreté

286. La pauvreté se lit en creux, comme un manque, comme une atteinte à la sécurité économique. Or, le droit n'ignore pas cette question, tant s'en faut. La sécurité économique constitue un principe phare du droit du travail notamment, son objectif étant d'assurer la sécurité du travailleur, aussi bien dans le travail que par celui-ci. Il existe indéniablement un « *principe général de garantie des revenus du travailleur* »[32], garantie se développant sur deux plans différents : celui des revenus du travail et celui des revenus de substitution qui permettent au travailleur de subsister lorsqu'il ne peut pas travailler. Ce sont donc ces deux aspects de la garantie des revenus qu'il convient d'étudier pour cerner une éventuelle définition juridique de la pauvreté comme absence ou insuffisance de ressources.

A- La garantie des revenus salariaux, critère de délimitation juridique de la pauvreté ?

287. « *Le prolétaire n'est pas pensé juridiquement par le code civil, il en est même absent* »[33]. A ce silence s'oppose la parole du droit du travail, qui, à travers le principe d'un salaire minimum, tend à assurer une garantie de ressources aux travailleurs. Les hésitations quant au seuil de fixation de ce salaire minimum sont connues. Sa définition oscille historiquement entre deux approches. La première, issue de la "loi d'airain" que les économistes libéraux avaient formulée en leur temps, renvoie à l'idée d'un minimum vital destiné à garantir ce qui est

---

[30] H. MONOD, *L'assistance publique en France de 1899 à 1900*, cité par Ph. GUMPLOWICZ, « Assistance publique ou bienfaisance privée » *in* A. LION et P. MACLOUF (dir.), *L'insécurité sociale, paupérisation et solidarité*, Les Editions ouvrières, 1982, p. 143.
[31] Ph. GUMPLOWICZ, précit., p. 144.
[32] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, p. 75.
[33] A. SUPIOT, précité, p. 191.

biologiquement nécessaire à la survie du travailleur ; une sorte de minimum calorique en quelque sorte. La seconde se réfère, de façon bien plus extensive, à l'idée d'un minimum social destiné à assurer ce qui apparaît comme socialement nécessaire à la garantie du niveau de vie.

Or, le droit du travail est sorti de cette idée de minimum vital pour recevoir celle de salaire "décent" ou "suffisant" c'est-à-dire « *indexé non plus seulement sur les exigences biologiques de la reproduction de la force de travail, mais sur les exigences sociales résultant de l'état général de richesse de la société à laquelle appartient le travailleur* »[34]. L'idée apparaît dans les textes fondateurs de l'O.I.T., lesquels prescrivaient dès 1919 le paiement d'un salaire assurant aux travailleurs « *un niveau de vie convenable* », elle est reprise dans la Déclaration universelle de 1948 ou de nombreux instruments internationaux. Elle inspire en 1950 la création du salaire minimum garanti (SMIG) tendant à assurer un minimum de niveau de vie[35], elle conforte sa transformation en 1970 en salaire minimum de croissance : l'objectif de survie physique est très nettement relégué aux oubliettes de la pensée libérale, au profit d'un objectif de garantie économique de « *participation au développement économique de la nation* »[36]. L'idée directrice s'ordonne autour du principe de sécurité économique : la participation au progrès social et économique par le travail fourni nécessite en retour une protection accordée au travailleur, protection assurée par la sécurité économique que le salaire minimum garantit.

Dès lors, la tentation est grande de voir dans ce mécanisme juridique le critère de délimitation de la pauvreté. A priori, le droit postule que la pauvreté commence lorsque les ressources obtenues se situent en deçà de ce revenu qualifié par la norme elle-même de "minimal". L'idée semble d'autant plus fondée qu'elle rejoint les analyses économiques de la pauvreté. Celle-ci, classiquement, peut s'appréhender de deux façons. Envisagée sous l'angle de la pauvreté absolue, sa définition repose sur l'évaluation des besoins minimaux nécessaires à la survie. Analysée sous l'angle de la pauvreté relative, elle s'apprécie en terme de niveau de vie moyen ou médian. Dans cette optique, les seuils de pauvreté sont appelés à s'élever spontanément avec le progrès technique, les gains de productivité et la hausse générale des rémunérations. Il y aurait donc une certaine équivalence entre les approches juridique et économique. Le droit ne retiendrait pas une définition absolue de la pauvreté, mais, à travers l'idée d'un salaire minimal de croissance, se référerait à une définition relative de la pauvreté, pauvreté qu'il entend rendre impossible par la fixation d'une rémunération minimale. La garantie des revenus assurée par le droit du travail traduit juridiquement ce que la société considère comme nécessaire de garantir *a minima* à ses travailleurs. Il est donc possible d'en déduire *a contrario* que le droit définit juridiquement la pauvreté comme le fait de bénéficier de ressources inférieures à ce minimum.

---

[34] A. SUPIOT, précit., p. 76.

[35] V. en ce sens le décret du 23 août 1950 qui évoque le « *minimum social dû à tout salarié qui apporte son travail à l'entreprise* ».

[36] A. L. 141-2 du C. Travail : « *Le salaire minimum de croissance assure aux salariés dont les rémunérations sont les plus faibles la garantie de leur pouvoir d'achat et une participation au développement économique de la Nation* ».

L'hypothèse est tentante, mais reste à vérifier : étant admis que le principe général de garantie des revenus des travailleurs vaut aussi en l'absence de travail, il est nécessaire de confronter la proposition aux règles relatives à l'octroi de minima sociaux. *A priori*, le droit garantit des revenus indépendamment du travail, mais il le fait selon des logiques si variées et à des montants si divers qu'il rend impossible toute définition de la pauvreté comme absence ou insuffisance de ressources.

B- La question des minima sociaux, ou l'impossible critère juridique de la pauvreté

288. Les minima sociaux, accordés, hormis le cas spécifique du RMI, selon une typologie d'incapacité au travail directement issue des choix effectués au début du siècle, se veulent comme autant de « *dispositifs conduisant à garantir un montant minimum de revenu, au travers d'allocations sous conditions de ressources, à des personnes ne pouvant pas tirer de leur activité, présente ou passé, des ressources suffisantes* »[37]. En résumé, une insuffisance de ressources est la condition de l'octroi d'un minimum social.

L'idée couramment avancée veut que les minima sociaux offrent un plancher de protection contre la pauvreté et que la fixation de leur montant reflète implicitement un seuil de pauvreté monétaire puisque la finalité de ces dispositifs est justement de soulager la pauvreté[38]. Toutefois, la question de savoir comment articuler cette protection avec une éventuelle notion de pauvreté reste entière : la pauvreté résulte-t-elle du fait d'être en dessous de ces minima ? De bénéficier d'un de ces minima ? Dans cette dernière hypothèse, quelle référence retenir, la diversité tant des seuils de revenus que du montant des allocations étant importante ? Les questions sont nombreuses, et force est de constater qu'elles restent sans réponse. A la recherche d'une définition de la pauvreté, doit-on retenir le fait d'avoir des ressources insuffisantes ou d'avoir ce minimum ? Que l'on privilégie l'une ou l'autre de ces hypothèses, il semble impossible épistémologiquement de trouver les critères d'une éventuelle notion synthétique de la pauvreté.

La cause en est connue : les minima sociaux ne s'articulent pas autour de la ligne de pauvreté définie par les économistes. Ce seuil de pauvreté, reposant sur une approche purement monétaire, est construit par l'INSEE à partir de l'idée que la pauvreté désigne habituellement une situation dans laquelle une personne manque des ressources nécessaires à la satisfaction de besoins que toute personne devrait pouvoir satisfaire. La définition impliquant la reconnaissance collective et non purement individuelle, en un lieu et un moment déterminé, d'un minimum de besoins, elle apparaît lorsque des personnes ne peuvent atteindre ce seuil[39]. Ceci permet à l'INSEE de considérer comme pauvre tout ménage dont le revenu, par unité de consommation, est inférieur à la moitié du revenu médian par unité de consommation. Ce seuil correspond, en 2001, à 3804 francs (580 euros) par mois

---

[37] Conseil Supérieur de l'Emploi, des revenus et des coûts (CSERC), *Minima sociaux, entre protection et insertion*, La D.F., 1997, p. 5.

[38] V. en ce sens B. AUBERT, « Seuils de pauvreté et montants des minima sociaux, remarques sur les usages et les discours », *Recherches et Prévisions*, n° 50/51, 1997, p. 69.

[39] P. MINON et G. PICHAULT, « Le paupérisme dans une économie de bien être », *Revue belge de Sécurité Sociale*, 1971, n° 2, pp. 1265-1421.

pour une personne seule[40]. Au regard de cette définition, un ménage sur dix est pauvre, soit au total 2,4 millions de ménages, comptant 5,5 millions de personnes. Or, le système français de protection sociale ne repose pas sur une définition monétaire officielle de la pauvreté. Contrairement à certains systèmes étrangers, la notion économique de seuil de pauvreté n'est pas utilisée pour l'attribution de minima sociaux. Différentes analyses ont tenté de situer les minima sociaux par rapport au seuil de pauvreté[41] : des calculs effectués, il ressort que certains minima sont au-dessus du seuil de pauvreté (vieillesse et invalidité), d'autres en dessous (RMI et Allocation de solidarité spécifique).

Ceci montre bien que le critère juridique de l'insuffisance de ressources est, d'une part, autonome par rapport au seuil de pauvreté économique et, d'autre part, infiniment variable : tout d'abord car le plafond de ressources maximales varie selon les prestations : il passe de 2608,50 à 6000 francs par mois (397,66 et 914,90 euros) selon les allocations[42] ; ensuite parce que le mode de calcul diffère également selon les minima. Toutes les ressources ne sont pas prises en compte dans le calcul du plafond[43]. Là encore, la diversité des règles relatives tant à la fixation du plafond à ne pas dépasser pour obtenir le bénéfice de la prestation qu'au mode de calcul interdit toute définition opératoire. Si, intuitivement, il est facile d'assimiler pauvreté et insuffisance de ressources, force est de constater que le droit n'offre pas les instruments adéquats pour définir de façon générale cette insuffisance de ressources.

De surcroît, l'analyse des montants des différents minima sociaux corrobore ce constat. En effet, ceux-ci varient sensiblement, d'un minimum à l'autre. Leur taux maximal mensuel varie de 2608,50 francs pour le RMI (397,66 euros) à 3575.83 francs (557,12 euros) pour le minimum vieillesse. L'écart sensible entre ces minima s'explique par la différence de situation des bénéficiaires. Les minima les plus élevés correspondent à des situations où le retour à l'emploi est jugé impossible en raison du handicap ou de la vieillesse, tandis que ceux s'adressant à des individus susceptibles de travailler sont volontairement fixés à un niveau assez faible, afin de les inciter à la recherche d'un emploi.

---

[40] En 1997, il s'élevait à environ 3500 francs pour une personne seule, 5250 francs pour un couple (comptant pour 1,5 unité de consommation) ; 6300 francs pour un couple avec un enfant (1,8 U.C.). L'année 1997 sera souvent citée à titre de référence dans les pages qui suivent, dans la mesure où c'est à cette date qu'est parue la très importante étude du CSERC (*Minima sociaux, entre protection et insertion*, La D.F., 1997), qui a calculé et comparé les montants des différents minima sociaux.

[41] CERC-ASSOCIATION, « Les minima sociaux, 25 ans de transformation », *Les dossiers de CERC-Association*, n°2, 1997 ; CSERC, rapport précité ; M.-T. JOIN-LAMBERT, *Chômage, mesures d'urgence et minima sociaux*, Rapport au Premier Ministre, La D.F., 1998, p. 34.

[42] Seuils de ressources en 2001 valant respectivement pour le RMI et l'ASS. Selon le CSERC (rapport précité, p. 78) ces seuils s'élevaient en 1997 respectivement à 2114 et 5180 francs.

[43] Ainsi, les prestations familiales sont exclues du calcul des ressources pour l'AAH et l'ASS, mais pas du RMI et de l'API ; de même, les aides au logement sont intégralement exclues du calcul des ressources pour l'allocation de solidarité, l'AAH, le minimum vieillesse et le minimum invalidité alors qu'elles ne le sont que partiellement pour l'API et le RMI. De plus, les ressources tirées d'une reprise d'activité ne sont temporairement pas intégrées dans le cas de l'ASS, du RMI, de l'API et de l'allocation d'insertion ; pour plus de détails, V. le rapport précité du CSERC, p. 76 et M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, 3e éd., 2000, p. 377 note 25.

Ces différences de calcul de montant et d'allocation ont pour effet de rendre très variable le revenu monétaire total auquel peut accéder l'allocataire[44]. Les calculs statistiques mettent en évidence cette diversité de situation : un allocataire du RMI ou de l'Allocation de solidarité spécifique se situe en dessous du seuil de pauvreté, tandis que le montant du minimum vieillesse ou de l'Allocation de parent isolé garantit un revenu théoriquement suffisant pour permettre aux personnes d'échapper à la pauvreté[45]. L'hétérogénéité des minima sociaux, résultant tant des plafonds de ressources maximales, du mode de calcul de ceux-ci, que du montant des allocations, conduit donc l'analyse à une impasse : il apparaît impossible de dégager des critères communs à l'ensemble de ces minima pour cerner une hypothétique notion de pauvreté. L'extrême diversité des situations, barèmes, modes de calcul a pour effet de rendre manifeste, au mieux la complexité, au pire l'incohérence, en résultant[46]. Cette spécificité française a certainement ses explications. On peut penser notamment à la rencontre de deux logiques : celle politique, d'une part, se refusant à consacrer un critère unique de la pauvreté, dont le flou est bien connu ; celle administrative, d'autre part, préférant une accumulation de mesures ponctuelles et catégorielles à une simplification par l'unification, et donc par la suppression. A cet égard, le cas particulier de la coexistence de l'Allocation de solidarité spécifique[47] avec le RMI est significatif : s'adressant à des publics très similaires, la première est gérée par le régime d'indemnisation du chômage tandis que le second relève des organismes débiteurs des prestations familiales. La complexité née de leur coexistence provient de justifications économiques et institutionnelles : le choix d'un système bismarckien, progressivement corrigé par des mesures de type beveridgien. Si ces remarques laissent le champ ouvert aux sciences politique et administrative, force est de remarquer qu'elles semblent freiner l'analyse juridique.

Il est vrai, toutefois, que le RMI apporte un semblant de réponse. Pas, comme cela a pu être souligné, parce que l'instauration du RMI a favorisé l'apparition progressive, dans les milieux de la recherche et de l'administration, d'une définition conventionnelle de la pauvreté calquée sur le statut de bénéficiaire du RMI[48]. Cette définition s'avère d'une faible pertinence épistémologique. Pourquoi différencier le bénéficiaire du RMI de celui de l'Allocation de solidarité spécifique, les deux étant dans une situation sensiblement identique de personnes aptes au travail mais auxquelles la situation économique n'est guère propice ? Pourquoi exclure d'une telle définition les personnes qui n'ont pas droit au RMI en raison de leur âge ou de leur nationalité ou qui n'en ont pas fait la demande ? La définition fondée sur une

---

[44] Ce revenu total ne doit pas être confondu avec le barème des minima sociaux. Ainsi, comme le rappelle le CSERC, celui-ci se calcule en additionnant les ressources initiales (revenu d'activité, allocation chômage, allocations familiales), les allocations au titre du minimum social (si les ressources initiales sont inférieures au plafond), les aides au logement et d'éventuels éléments divers ; rapport précité, p. 87.

[45] Pour un détail, V. les calculs du CSERC, rapport précité, pp. 87-102.

[46] V. en ce sens le rapport du Commissariat général au Plan, dirigé par J. M. BELORGEY, *Minima sociaux, revenus d'actualité, précarité*, La D.F., juin 2000, préconisant, afin de remédier à ces incohérences, d'harmoniser le système des minima sociaux et notamment les définitions de revenus ; sur ce sujet, V. également les différentes contributions présentées dans le dossier « *Minima sociaux, revenus d'actualité, précarité* » de la revue *Droit Social*, juillet-août 2000, n°7/8.

[47] V., pour une description de cette allocation, M. BORGETTO et R. LAFORE, précit., pp. 332-333.

[48] M.-A. BARTHE, B. GAZIER, F. LEPRINCE et H. NOGUES, *Protection sociale et RMI*, Syros, 1992, p. 90.

telle assimilation procède nettement d'une démarche administrative. Qu'elle apporte une certaine simplification est une chose, qu'elle soit valide scientifiquement en est une autre. En réalité, le grand mérite de la loi sur le RMI est de mettre en exergue la relation juridique entre pauvreté, exclusion, insertion et dignité. A ce titre, elle annonce une évolution sensible de l'analyse juridique de la pauvreté en liant cette dernière à la notion d'exclusion sociale.

§2- La pauvreté entendue comme absence de travail

289. « *Dans les sociétés modernes, la pauvreté n'est pas perçue comme un dénuement de biens matériels : elle correspond à un statut social spécifique, marquant la vie des individus parfois plus fort que leur situation matérielle désavantageuse* »[49]. Dans ce cadre, la tentation des sociologues est grande d'assimiler la pauvreté à un statut social dévalorisé, résultant notamment d'une absence de travail.

Cette analyse sociologique présente un effet attractif certain : structurée autour de la place occupée par l'individu dans la société, elle fournit une approche de la pauvreté dont la séduction intellectuelle a conquis certains juristes. Dans sa formulation classique, elle tend à assimiler pauvreté et absence de travail. En un mot, un postulat identique à celui formulé en son temps par Montesquieu : « *un homme n'est pas pauvre parce qu'il n'a rien, mais parce qu'il ne travaille pas* »[50]. Cette idée selon laquelle le travail exclut la pauvreté est volontiers reprise par les juristes : se référant à la fonction alimentaire du travail[51], ainsi qu'à la tentative historique du droit de lier assistance et travail[52], ils posent l'absence de travail comme élément de définition juridique de la pauvreté[53]. A cette conception très classique se superpose une interprétation plus moderne, mais reposant sur un postulat identique, tendant à définir la pauvreté par l'exclusion sociale. En somme, est pauvre celui qui est exclu du mode de vie dominant. La continuité est évidente, l'exclusion sociale se caractérisant notamment par l'absence de travail.

L'attraction intellectuelle de cette assimilation de la pauvreté à l'absence de travail est évidente. Il faut pourtant s'en garder, en raison de sa faible pertinence juridique. Une double considération permet en effet de réfuter le lien entre pauvreté et absence de travail.

290. La première porte sur les liens entre pauvreté et absence de travail : l'idée traditionnelle selon laquelle ces deux faits sociaux seraient intrinsèquement liés est doublement erronée. Historiquement tout d'abord, en raison de la coïncidence entre

---

[49] B. GEREMEK, *La potence ou la pitié*, Gallimard, NRF, 1990, p. 8.
[50] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XXIII, chap. 29, « Des hôpitaux ».
[51] Cette finalité est particulièrement soulignée par la doctrine : c'est ainsi G. COUTURIER qui indique que « *le salaire doit être effectivement payé afin que le salarié puisse assurer sa propre subsistance ou celle de sa famille* » (*Droit du travail*, T. 1, *Les relations individuelles*, Droit fondamental, 1993, pp. 494 et s.) ou G. LYON-CAEN selon qui « *la valeur de la force de travail se mesure à la quantité de moyens de subsistance (nourriture, vêtements, logement) nécessaires à la vie de l'ouvrier et à celle de ses enfants. Le salaire exprime précisément cette valeur de la force du travail. Il est le prix de l'entretien de la machine humaine* » (*Manuel du droit du travail et de la sécurité sociale*, LGDJ, 1955, n° 363).
[52] V. sur ce point *supra*, 1ère partie, titre 2, chapitre 1, § 131-135.
[53] V. en ce sens S. DION-LOYE, *Les pauvres et le droit*, PUF, Que Sais-je, 1997, pp. 45-46.

la classe des travailleurs et celle des indigents ; juridiquement ensuite par le caractère relativement nouveau de la notion juridique de chômage et le développement récent des formes de travail précaire. L'émergence de la "pauvreté laborieuse" montre l'impossibilité de définir la pauvreté par l'absence de travail. Toutes les analyses convergent en ce sens : les situations de pauvreté ne peuvent être réduites à celle des seuls bénéficiaires de minima sociaux car le fait d'avoir un emploi ne protège pas, ou plus, de la pauvreté[54]. A. Supiot le reconnaît expressément : « *la clé de voûte de la socialisation par le travail, c'est le contrat à durée indéterminée. Il faut entendre par-là que le travail ne suffit pas à assurer l'intégration sociale : les « exclus » eux aussi travaillent, et même aux tâches les plus dures et les plus rebutantes* »[55]. En fait, l'assimilation entre pauvreté et exclusion sociale ne peut être retenue que dans le cadre d'une conception éminemment optimiste -et résolument surannée- du droit du travail. Dans cette version, la logique directrice est fondée sur le contrat de travail à durée indéterminée assorti d'une rémunération au moins équivalente au salaire minimum. Dès lors, l'exclusion se définissant par la privation d'un certain nombre de droits fondamentaux dont notamment le droit au travail, les mesures de lutte contre celle-ci passent par l'accès à l'emploi[56]. Or, les emplois créés dans la foulée de la lutte contre le chômage, qu'ils soient "consolidés", "jeunes", etc, échappent à cette logique protectrice. Le développement du travail précaire et des contrats à durée déterminée, la généralisation des emplois à temps partiel payés à la hauteur d'un demi SMIC, encouragés afin de lutter contre l'exclusion, favorisent la réémergence du paupérisme et entraînent la découverte de la « *pauvreté laborieuse* ». Les « *working poors* », ce phénomène américain que la doctrine française découvre[57], en témoignent. En 1997, la part des salariés rémunérés en deçà du seuil de 3650 francs, soit le seuil de pauvreté, s'élève à 10 %, soit 1,85 millions de personnes[58]. En somme, dès lors que « *le salariat retourne au prolétariat* »[59], on peut avoir du travail (et donc ne pas être exclu en ce sens) et être pauvre[60].

291. De plus, une seconde considération permet de réfuter la définition de la pauvreté comme exclusion sociale. En effet, ce terme renvoie à l'idée selon laquelle

---

[54] P. STROBEL, *Préface*, « Eclairage sur les minima sociaux », *Recherches et prévisions*, n° 50/51, 1997, pp. 1-5.

[55] A. SUPIOT, précit., pp. 88-89.

[56] V. sur ce point, pour une analyse de la découverte de l'exclusion par le droit de l'emploi et la modification de ce dernier au nom de la lutte contre l'exclusion, G. COUTURIER, « L'accès à l'emploi » *in* S. DION-LOYE et D. GROS, *La pauvreté saisie par le droit*, Ed. du Seuil, coll. Le genre humain, à paraître.

[57] V. en ce sens P. CONCIALDI et S. PONTHIEUX, « Les bas salaires en France », *Documents d'Etudes*, n° 15, octobre 1997, DARES ; P. CONCIALDI, « Les travailleurs pauvres », *Droit Social*, 2000, pp. 708-712 et le colloque organisé le 29 mai 2000 à l'Université d'Evry par le CERC, l'INSEE et le Commissariat général au Plan ; toutefois, dans les années 1970, les ouvrages de R. Lenoir (*Les exclus*) et L. Stoléru (*Vaincre la pauvreté dans les pays riches*) avaient déjà chiffré à 3,5 millions de personnes le nombre de travailleurs vivant dans des zones de pauvreté.

[58] Chiffres cités par B. BISSUEL, « La France découvre ses "travailleurs pauvres", salariés vivant au-dessous du seuil de pauvreté », *Le Monde*, 31 mai 2000.

[59] G. LYON-CAEN, J. PELISSIER, A. SUPIOT, *Droit du travail*, Dalloz, 18e éd., 1996, n° 27, p. 22.

[60] V. sur ce point l'analyse de M. DOLLE, « Entre le salaire minimum et le revenu minimum, faut-il une allocation compensatrice de revenu ? », *Droit social*, 2000, pp. 359 et s.

seul le travail conférerait un statut social[61]. Les pauvres sont ainsi définis, *a contrario*, comme « *des personnes en âge de travailler, mais le plus souvent sans travail, sans qualification et sans sécurité de ressources minima* »[62]. Dans cette hypothèse, l'absence de travail tend à définir la pauvreté à travers l'absence de statut social qu'elle entraîne. Or, en droit, l'obtention d'un des minima sociaux confère un statut, tout comme celui du demandeur d'emploi[63], statut social naissant du rapport entretenu avec la protection sociale. De plus, le RMI a contribué à balayer cette possibilité de définir en creux la pauvreté à travers l'absence de statut social en ouvrant le champ de la protection sociale à une partie de la population qui en était autrefois exclue. Certes, d'aucuns diront que ce statut est dévalorisé, qu'il traduit en réalité l'existence d'un "statut général du pauvre", bref qu'il construit à lui seul un critère de définition juridique de la pauvreté. C'est en ce sens reprendre l'analyse formulée en son temps par G. Simmel : est pauvre celui qui reçoit assistance ; « *les pauvres ne sont pas ceux qui souffrent de manques et de privations spécifiques, mais ceux qui reçoivent assistance ou devraient la recevoir selon les normes sociales. Par conséquent, la pauvreté ne peut, dans ce sens, être définie comme état quantitatif en elle-même, mais seulement par rapport à la réaction sociale qui résulte d'une situation spécifique* »[64]. L'analyse est séduisante, mais fort peu pertinente pour l'étude juridique : l'intervention sociale n'est pas en la matière fondée sur la pauvreté mais sur le besoin, un besoin apprécié différemment selon les situations et les règles qui s'y réfèrent, au point de devenir une notion protéiforme et peu opératoire[65]. Les éléments de définition de la pauvreté avancés par la sociologie ne sont pas corroborés par le droit.

292. L'examen des analyses économique et sociologique de la pauvreté laisse donc le problème intact : le droit ne définit pas la pauvreté selon les critères qu'elles dégagent. Certes, le critère économique de l'absence de ressources monétaires se révèle fondamental : « *la pauvreté est d'abord et avant tout un manque de ressources monétaires* »[66]. Cependant, il se révèle aussi juridiquement inopérant : la diversité normative de ce qui constitue des ressources minimales en témoigne. Si leur fondement commun est bien de préserver une certaine sécurité de l'homme, leur logique d'ensemble est brouillée par des considérations d'ordre politique, la première d'entre elles étant d'inciter au travail. La conséquence est claire, la stricte approche économique est insuffisante, et il est nécessaire de se référer à la dimension sociologique de la pauvreté : la non-participation sociale, ce qui rejoint l'exclusion. Mais là encore, la voie est fermée : les mutations traversées par le droit

---

[61] V. en ce sens M. MARUANI, « Statut social et modes d'emplois », *Revue française de sociologie,* XXX, 1989, pp. 31-39 selon qui l'emploi est au centre de ce qui construit les rapports sociaux et modèle de ce fait les statuts.

[62] Rapport WRESINSKI, *Grande pauvreté et précarité économique et sociale, rapport présenté au nom du Conseil économique et social*, JO, avis et rapports du CES, séance des 10 et 11 février 1987, n° 6, 28 février 1987, p. 6.

[63] M. BADEL, *Le droit social à l'épreuve du RMI*, PU Bordeaux, 1996, pp. 593-594 ; D. SCHNAPPER, « Rapport à l'emploi, protection sociale et statuts sociaux », *Revue française de Sociologie*, 1989, n° XXX, pp. 3-29 ; C. WILLMANN, *L'identité juridique du chômeur,* LGDJ, Bibl. de droit social, 1998.

[64] G. SIMMEL, *Les pauvres*, (1908), PUF, 1998, p. 97.

[65] V. *supra*, 1ère partie, titre 2, chapitre 2, § 178.

[66] G. DE GAULLE ANTHONIOZ, *La grande pauvreté, évaluation des politiques publiques de lutte contre la grande pauvreté, rapport du Conseil économique et social*, 1995, p. 9.

du travail et l'émergence d'un marché du travail dual attestent que si l'exclusion sociale peut entraîner la pauvreté, elle ne la définit pas.

Pauvreté et exclusion présentent donc un caractère partiellement irréductible. Toutefois, l'exclusion sociale constitue un terrain favorable à l'analyse juridique, en traduisant de nouvelles orientations juridiques.

SECTION 2
L'APPORT DE L'ÉTUDE JURIDIQUE

Il faut renoncer à trouver dans les sciences économiques ou sociologiques une définition de la pauvreté directement transposable à l'étude juridique. C'est dans l'analyse de la norme elle-même et de ses fondements que réside une définition juridique de la pauvreté. Eclairée par le développement récent des droits fondamentaux, la synthèse du droit amène à un constat : la pauvreté constitue pour l'ordre juridique un trouble social qu'il entend atténuer, voire supprimer. De là une interaction réciproque entre droit et pauvreté : le droit, en ses fondements et son ordonnancement, est saisi par la pauvreté (*§ 1*). Et déjà, le corollaire se devine : la pauvreté est, elle aussi, saisie par le droit (*§ 2*).

§1- Le droit saisi par la pauvreté

« *Tout se découvre dans le besoin : c'est le premier rapport totalisant de cet être matériel, un homme, avec l'ensemble matériel dont il fait partie* »[67]. Les philosophes l'ont mis en lumière : le besoin matérialise l'homme, traduit son inscription dans la chair et l'existence. Affirmer que le droit postule, sur le fondement de la dignité de la personne humaine, un droit à la satisfaction du besoin (I) devient dès lors à proprement parler vertigineux, tant les besoins semblent infinis. La rationalité du droit atténue le vertige, en délimitant précisément l'étendue du besoin dont l'ordre juridique entend garantir la satisfaction (II).

I- Dignité de la personne et droit à la satisfaction du besoin

Le besoin, cette nécessité d'avoir qui équivaut à l'indigence et au dénuement et qui vise les choses nécessaires à l'existence, est appréhendé par le droit. L'homme détient un droit opposable à la société à la satisfaction du besoin (A), droit fondé sur le principe de dignité de la personne humaine (B).

A- L'existence d'un droit à la satisfaction du besoin

293. « *C'est une chose grave que l'inscription d'un droit nouveau sur la liste des droits de l'homme* », affirmait J. Rivero[68]. Pourtant, il faut se rendre à l'évidence : l'homme détient un droit opposable à la société à la satisfaction du

[67] J. P. SARTRE, *Critique de la raison dialectique*, T. 1, *Théorie des ensembles pratiques*.
[68] J. RIVERO, « Sécurité sociale et droits de l'homme », *RFAS*, n° spécial, juillet 1985, p. 37.

besoin. Quelle que soit l'approche retenue, substantielle ou formelle, le constat en est certain.

Substantiellement, tout d'abord : la conception démocratique place l'individu au centre de ses préoccupations : son épanouissement, son développement se situent au cœur de la réflexion des droits de l'homme. L'aspiration suprême, la Déclaration universelle l'affirme expressément, est l'avènement d'un ordre social où « *les être humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère* ». La liberté doublement affirmée a renoncé à l'illusion libérale et est intrinsèquement liée à celle de sécurité : l'homme libre n'est ni oppressé, ni affamé ; l'homme libre est un homme en sécurité.

Dès lors, la conception moderne des droits de l'homme rompt avec un double mythe. Celui, tout d'abord, d'un homme abstrait, cet homme que l'on a pu croire dessiné par la déclaration de 1789 : un homme de pur esprit, en quelque sorte, un homme aux seuls besoins intellectuels, ne nécessitant, pour s'épanouir, qu'une liberté d'action, de pensée, de déplacement[69]. L'homme des déclarations modernes est désormais réconcilié avec son humanité : il est admis qu'il a besoin de se nourrir, de se protéger, de se reposer, de se reproduire. De là les proclamations de son « *droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien être notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement* »[70], de son droit au mariage et à fonder une famille[71], de son droit au repos. L'homme a un corps et des besoins physiques vitaux, ce que le droit reconnaît enfin, rompant en cela avec la mystification initiale. L'autre mythe abandonné, corollaire logique du premier, est celui de l'homme à l'état de nature : cet homme abstrait, au corps et aux besoins niés, pouvait logiquement être conçu isolé. Or, il est là encore évident que l'homme isolé ne saurait exister, ne serait-ce que parce qu'il naît de géniteurs eux-aussi humains. L'état pré-social n'existe pas, et tout homme est inséré dans une communauté sociale, fut-elle réduite à un noyau minimal, la cellule familiale. D'où le déclin de l'idée selon laquelle il existerait deux types de droits de l'homme, les uns dits d'autonomie, qui seraient des droits naturels, les autres dits de créance, naissant de l'entrée dans le pacte social, et l'affirmation de l'indivisibilité et de la consubstantialité des droits de l'homme, tous étant à la fois opposables au Pouvoir et garantis par lui[72].

Abandonnant ses illusions initiales, le droit se réconcilie avec la raison : l'homme est un animal social, dont la sécurité doit être assurée afin que sa liberté puisse être exercée. Or, ce droit à la sécurité matérielle, tendant à lui garantir la satisfaction de ces besoins, n'est pas en lui-même un droit-créance. Ou, tout au moins, il ne l'est ni plus ni moins que la liberté. Les deux, intrinsèquement liés, constituent une aspiration de la personne, une vocation qu'il détient et que le pacte social doit lui garantir, non seulement en n'y portant pas atteinte, mais, plus encore, en assurant le contexte juridique et matériel adéquat. C'est un droit naturel, au sens

---

[69] Une précision s'impose toutefois : les hommes de 1789 ne niaient pas l'existence de besoins matériels et physiques. Toutefois, ils pensaient que proclamer juridiquement la liberté et l'égalité suffirait à permettre à chacun, par ses propres moyens, de satisfaire ceux-ci.
[70] Article 25 de la DUDH.
[71] Article 16 de la DUDH.
[72] Sur ce point, V. *supra*, 2ème partie, titre 1, chapitre 1, § 214-216.

où il est fondé directement sur la nature humaine. Certes, disant cela, les présupposés d'ordre jus naturaliste affleurent. « *C'est* (...) *une exigence rationnelle qui fonde le droit naturel de la personne à son épanouissement* »[73], écrit A. Sayag, dans sa démonstration du caractère naturel et subjectif du droit à la satisfaction des besoins. « *Plutôt qu'à nier le droit subjectif, la vraie révolution consisterait, sans doute, à le reconstruire en le fondant sur le besoin* » ajoute J. Carbonnier, précisant que « *ces besoins sublimés en droits pourraient bien, légitimement, être qualifiés de droits naturels car ils procèdent de la nature, de la physiologie de l'homme* »[74]. Force est sur ce point d'en donner acte : c'est une certaine conception de l'homme, fondée sur l'examen rationnel de sa nature, qui permet d'affirmer que l'homme doit être à la fois libre et en sécurité, en sécurité parce que libre, libre par ce qu'en sécurité. L'idée d'un droit naturel à la satisfaction du besoin ne bouleverse pas pour autant la conception libérale sur laquelle se fonde notre ordre juridique, en y introduisant des considérations socialisantes qui lui seraient prétendument extérieures. Les rédacteurs du Code Civil ne s'y sont pas trompés, en voyant dans le droit de propriété le moyen de parvenir à la satisfaction du besoin. Portalis, déjà, le reconnaissait : « *l'homme naît avec des besoins : il faut qu'il puisse se nourrir et se vêtir : il a donc droit aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Voilà l'origine du droit de propriété* »[75]. Le droit de propriété, droit naturel, se fonde sur la satisfaction du besoin de l'homme. Le droit à la satisfaction du besoin constitue un droit naturel ayant vocation à être satisfait par la propriété, le travail, la solidarité familiale ou l'intervention sociale[76].

Formellement, ensuite : l'affirmation n'est pas une pétition de principe, et ne se situe pas dans une logique prescriptive. Pour reprendre la distinction célèbre, elle ne se place pas dans l'ordre du *Sollen* mais du *Sein*. En effet, l'analyse descriptive du droit positif corrobore cette idée d'un droit de l'homme à la satisfaction du besoin : le droit à la satisfaction du besoin est un droit subjectif en ce qu'il est reconnu et garanti par le droit[77] : il a été démontré précédemment que le besoin se définit juridiquement comme un état de fait, comme un manque qui produit des effets de droit, en ce qu'il suscite l'intervention et la modulation de la règle de droit, son inflexion voire son effacement[78].

Le droit à la satisfaction du besoin, corollaire de la nécessaire sécurité et liberté de l'homme, constitue donc bien un droit : c'est substantiellement un droit de l'homme, en ce qu'il se réfère à la nature même de l'être humain ; c'est formellement un droit subjectif, en ce que l'ordre juridique objectif voit en lui une prérogative reconnue à un individu et juridiquement protégée, lui permettant, d'exiger un comportement déterminé d'un débiteur déterminé ou d'exercer

---

[73] A. SAYAG, *Essai sur le besoin créateur de droit*, LGDJ, 1969, p. 50.
[74] J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, PUF, 21e éd., 1992, p. 306, n° 162.
[75] PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, rééd. Editions Confluences, coll. Voix de la cité, 1999, p. 57.
[76] V. sur ce point X. DIJON, *Droit naturel*, T. 1, « Les questions du droit », PUF, Thémis droit privé, 1998, pp. 259 et s.
[77] V. en ce sens A. SAYAG, thèse précitée, pp. 51 et s., pour une démonstration selon laquelle la théorie juridique, notamment civiliste, ne s'oppose pas à l'affirmation d'un droit à la satisfaction du besoin comme droit subjectif.
[78] V., *supra*, 1ère partie, titre 2, chapitre 2, § 142-178.

directement ses pouvoirs sur une chose déterminée. Le constat en est d'autant plus assuré que la conception moderne des droits de l'homme lui propose un fondement certain, celui de la dignité de la personne humaine.

B- La dignité de la personne humaine, nécessaire fondement du droit à la satisfaction du besoin

Le droit à la satisfaction du besoin procède directement de la dignité de la personne humaine. Ce fondement ressort explicitement de la construction des ordres juridiques nationaux européens contemporains dans l'après-guerre. La dignité, pensée alors dans sa dimension sociale, sert de matrice conceptuelle à la formulation de droits sociaux dans l'après guerre (1). Sa "redécouverte" dans les années quatre-vingt dix permet la formulation de nouveaux droits sociaux, oubliés dans les proclamations initiales mais dont la formulation est devenue nécessaire du fait de la dépréciation économique et de la dégradation sociale (2).

1- La dignité sociale, matrice conceptuelle des droits sociaux

294. La dignité de l'être humain est devenue un principe central de l'immédiat après-guerre, non seulement pour réagir contre les atrocités nazies mais également parce que, devant un système socio-économique dévasté, s'est fait jour la nécessité de protéger l'homme contre les fléaux de la misère. L'affirmation des droits sociaux s'est faite par référence au principe de dignité de l'être humain, principe qui a constitué la matrice intellectuelle présidant à la reconnaissance des droits sociaux. Ceci apparaît tout particulièrement en droit international, où les références à la dignité humaine dans les textes internationaux sont employées dans un contexte économique et social, constat qui permet d'en déduire que « *la dimension sociale de la dignité humaine ne saurait être ignorée* »[79].

Car il convient de ne pas perdre de vue une donnée historique essentielle : la première référence, dans un texte normatif, à la notion de dignité l'a été en matière sociale : c'est la Déclaration de Philadelphie, fondatrice de l'Organisation Internationale du Travail, qui énonce que « *tous les êtres humains* (...) *ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales* ». Le lien entre dignité et droits sociaux se retrouve dans tous les textes adoptés par la suite, qu'il s'agisse de la Déclaration de Bogota[80], de la Déclaration universelle[81], du Pacte

---

[79] B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La D.F., coll. Monde européen et international, 1999, p. 74.

[80] Article 12 : « *Toute personne a droit à l'éducation, laquelle doit être basée sur les principes de liberté, de moralité et de solidarité humaine. De même, elle a droit à ce qu'on la prépare, au moyen de cette éducation, à une existence digne* », article 14 : « *Toute personne a droit au travail dans des conditions de dignité* » ; article 23 : « *Toute personne a le droit de posséder personnellement des biens pour les besoins essentiels d'une vie décente, qui contribuent à assurer la dignité de la personne humaine et du foyer* ».

[81] Article 22 de la DUDH : « *Toute personne, en temps que membre de la société, a droit à la sécurité sociale ; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays* » ; article 23, al. 3 : « *Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine et complétée, s'il y a lieu, par tous les autres moyens de protection sociale* ». Disposition à rapprocher de l'article 5 al. 2 de la Charte communautaire

relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[82], sans que la liste ne soit exhaustive[83]. Plus récemment, la Déclaration et le Programme d'action adoptés à la Conférence de Vienne le 25 juin 1993 et ceux du Sommet de Copenhague ont affirmé de nouveau le lien existant entre dignité et lutte contre la pauvreté, les premiers en affirmant que « *l'extrême pauvreté et l'exclusion sociale constituent une violation de la dignité humaine* »[84], les seconds en rappelant que le « *développement social* » doit être fondé sur la « *dignité humaine* » et que la pauvreté est une atteinte à cette dignité[85]. De même, une recommandation adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 19 janvier 2000 invite les Etats membres à reconnaître dans leur pratique et législation internes un droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême pauvreté, en ajoutant que la satisfaction de tels besoins répond à un devoir d'humanité de la société, découle de la dignité inhérente à tout être humain et constitue la condition d'existence de l'homme, ainsi que de son épanouissement[86]. Enfin, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne réitère le principe, en énonçant, dans son article 34, que « *afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à toute personne ne disposant pas de ressources suffisantes* ».

Ce lien entre dignité et droits sociaux se retrouve dans différents ordres juridiques internes. De nombreuses constitutions européennes soulignent la dimension sociale de la dignité de la personne et opèrent un rapprochement significatif entre respect de la dignité et proclamation de droits sociaux[87]. La Constitution de la République de Weimar a été la première à s'engager dans cette voie, en affirmant, dans son article 151, que « *l'organisation de la vie économique doit* (...) *se proposer comme but de garantir à tous une existence digne de l'homme* ». Par la suite, le Préambule de la Constitution irlandaise, datant de 1937 et toujours en vigueur, dispose, dans un style traduisant l'influence de la doctrine sociale de l'Eglise catholique, que les pouvoirs publics se veulent « *désireux*

---

des droits sociaux fondamentaux des travailleurs : « *Tout emploi doit être justement rémunéré. Il convient à cet effet que, selon des modalités propres à chaque pays, soit assurée aux travailleurs une rémunération équitable, c'est-à-dire une rémunération suffisante pour leur permettre d'avoir un niveau de vie décent* ».

[82] Article 7 : « *Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'à toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables, qui assurent notamment la rémunération qui procure, au minimum, à tous les travailleurs* (...) *une existence décente pour eux et leurs familles* » ; article 13 al. 1 : « *Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à l'éducation. Ils conviennent que l'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et du sens de sa dignité et renforcer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » (nous soulignons).

[83] V. également la résolution 2626 (XXV) adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies selon laquelle la pauvreté se définit par le fait de ne pas bénéficier du « *niveau de vie minimum compatible avec la dignité humaine* » ; ONU, département des affaires économiques et sociales, *La lutte contre la pauvreté de masse et le chômage*, New York, 1972, p. 6.

[84] Article I-25.

[85] Déclaration et plan d'action adoptés par le Sommet mondial pour le développement social, 12 mars 1995, Copenhague, § 23 et engagement 5, La D.F., *Document d'actualité internationale*, 15 juin 1995, spéc. p. 372.

[86] R (2000)3 cité *in* P. LAMBERT, « Le droit de l'homme à un niveau de vie décent », *RTDH*, 2000, p. 683.

[87] Sans que soient mentionnées ici les innombrables références à la dignité de la personne dans les Constitutions européennes indépendamment de son contexte social.

d'assurer le bien commun, dans un esprit de prudence, de justice et de charité, afin de garantir la dignité et la liberté de l'homme, de réaliser un ordre social véritable ». Après-guerre, l'article 36 de la Constitution de la République italienne de 1947 confère à tout travailleur le « *droit à une rémunération proportionnée à la quantité et à la qualité de son travail, et en tout cas suffisante pour lui assurer une existence libre et digne* ». Par ailleurs, son article 3 énonce que « *tous les citoyens ont une même dignité sociale* », affirmation ayant pour conséquence d'obliger la République à « *écarter les obstacles d'ordre économique et social qui, limitant la liberté et l'égalité des citoyens, s'opposent au plein épanouissement de la personne humaine et à la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays* ». Dans le même ordre d'idées, la Constitution portugaise de 1976 se veut, aux termes de son article 1er « *une République souveraine fondée sur la dignité de la personne* », et proclame, en son article 13 al. 1, que « *tous les citoyens ont la même dignité sociale et sont égaux devant la loi* », tout comme le Préambule de la Constitution espagnole post-franquiste, qui souligne la nécessité de « *promouvoir le progrès de la culture et de l'économie afin d'assurer à tous une digne qualité de vie* ». Les textes constitutionnels les plus récents en Europe occidentale confirment cette dimension sociale de la dignité humaine. C'est ainsi la Constitution d'Andorre, adoptée en 1993, qui dispose, en son article 20 alinéa 1er, que l'éducation doit viser à l'épanouissement de la personnalité et de la dignité et ajoute, dans son article 29, que « *toute personne a droit au travail, à la promotion sociale par le travail, à une rémunération suffisante pour assurer au travailleur et à sa famille une existence conforme à la dignité humaine. Elle a également droit à une limitation raisonnable de la durée de la journée de travail, au repos hebdomadaire et aux congés payés* ». Enfin, le nouvel article 23 de la Constitution du Royaume de Belgique, inséré en février 1994, fait du « *droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle* », du « *droit à une rémunération équitable* », du « *droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale, juridique* », du « *droit à un logement décent* » les premières des prérogatives destinées à assurer le droit de chacun à « *mener une vie conforme à la dignité humaine* ».

Que conclure de cette énumération, si ce n'est l'existence d'un constat partagé : une vie dans la misère n'est pas une vie digne. Elle emporte nécessairement fragilité, compromission, discrédit et stigmatisation. Elle traduit humiliation, ravalement et mépris de la personne. Elle révèle des inégalités sociales que les différents ordres juridiques se donnent pour tâche d'atténuer, elles nie les principes fondateurs du pacte social, la liberté, l'égalité et la fraternité.

295. Curieusement, les deux textes constitutionnels français adoptés dans la seconde moitié du siècle ne s'inscrivent pas dans ce courant. Pourtant, la dimension sociale de la dignité humaine constitue une notion phare du projet d'avril 1946, qui apparaît dans la formule générale de l'article 22, lequel précise la finalité des droits sociaux : « *tout être humain possède, à l'égard de la société, les droits qui garantissent, dans l'intégrité et la dignité de la personne, son plein développement physique, intellectuel et moral* ». La dimension sert ainsi de fondements aux droits consacrés aux articles 27-1 (« *la durée et les conditions du travail ne doivent porter atteinte ni à la santé ni à la dignité, ni à la vie familiale du travailleur* »), 28 (« *hommes et femmes ont droit à une juste rémunération selon la qualité et la quantité de leur travail, en tout cas, aux ressources nécessaires pour vivre dignement eux et leur famille* ») et 38 (« *nul ne saurait être placé dans une situation d'infériorité économique, sociale ou politique contraire à sa dignité et permettant*

son exploitation »). Enfin, l'idée de dignité sociale apparaît implicitement derrière la formule de l'article 33, garantissant aux personnes incapables de travailler « *des moyens convenables d'existence* ».

296. Les multiples invocations de la dignité sociale traduisent bien la philosophie générale des constituants d'avril : fonder un nouvel ordre social, débarrassé de la misère, dans lequel l'individu jouisse d'un bien-être assuré par l'Etat et ses institutions providentielles. A cet égard, la création de la Sécurité sociale joue un rôle significatif, non seulement sur le fond - protéger le travailleur contre les risques de déchéance dus à la pauvreté - mais aussi dans la forme : dans l'idée initiale de ses concepteurs, le passage de l'assurance à l'assistance se voulait à même de renforcer la dignité du bénéficiaire de la prestation. Jetant un regard rétrospectif, P. Laroque pouvait ainsi souligner en 1968 « *le progrès considérable qu'a marqué, dans les législations modernes, l'abandon croissant de l'assistance pour l'assurance. Non seulement l'assistance reçue sans contrepartie a, par elle-même un caractère humiliant, alors que l'assurance, faisant appel à un effort propre de l'assuré, lui donne un sens accru de sa dignité. Mais encore, et peut être surtout, qui dit assistance, dit par définition aide apportée à des hommes, des femmes ou des familles disposant de ressources insuffisantes et catalogués comme tels. L'assistance opère une discrimination entre riche et pauvre et, de ce seul fait, est attentatoire à la dignité du pauvre* »[88]. La référence est essentielle : la pauvreté pouvant conduire à des situations contraires à la dignité, le texte proclame une série de droits sociaux permettant d'assurer aux travailleurs des revenus suffisants et garantissant aux autres, ceux que diverses raisons excluent du marché du travail, des revenus de substitution nécessaires à leur survie et obtenus dans des conditions respectueuses de la dignité. Le respect de la dignité constitue donc tout à la fois la fin et le moyen des institutions sociales créées dans l'après-guerre.

297. Malgré cette omniprésence du principe de dignité sociale dans le projet d'avril, le terme de dignité n'apparaît plus par la suite dans les textes constitutionnels de la IVème et de la Vème République. Cet oubli volontaire ne serait que d'une très faible importance, à en croire F. Luchaire, selon qui le Préambule d'octobre 1946, en reprenant l'essentiel des dispositions consacrées à la protection de la dignité dans le projet d'avril, consacre implicitement la valeur constitutionnelle du principe de dignité[89]. « *La dignité de la personne résume l'essentiel de ce qui peut être rangé dans une deuxième génération des droits et libertés* (...) *Le préambule de 1946 a pour objet essentiel d'exiger de la société non seulement des abstentions mais aussi des prestations matériellement indispensables à la dignité de la condition humaine. Or, pour être atteint, cet objectif exige que soit respectés et protégés d'abord l'existence même de l'individu et ensuite son travail, c'est-à-dire son activité professionnelle*. »[90]. C'est dire le rôle très large que l'auteur fait jouer au principe de dignité sociale, en voyant en lui le principe fondateur duquel découlent, d'une part, protection de la santé, développement de la personnalité de chacun par

---

[88] P. LAROQUE, « Droits de l'homme, travail social et politique sociale », *RFAS*, 1968, n° 3, p. 15. Conception de la dignité qui n'est pas étrangère au changement d'appellation de l'Assistance, devenant en 1953, l'Aide sociale.

[89] Pour autant, la remarque de l'auteur ne saurait conduire à oublier que le principe a disparu, textuellement, de la Constitution, jusqu'à sa redécouverte récente par le Conseil Constitutionnel.

[90] F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, 1987, p. 303.

l'éducation, la culture, le repos et les loisirs, sécurité de l'individu en dépit des risques qu'il peut courir dans son existence et, d'autre part, protection du travailleur et de ses intérêts[91]. Même si le principe a formellement disparu du texte constitutionnel finalement adopté, il constituerait ainsi le soubassement intellectuel des droits sociaux.

Cet emploi extensif de la notion de dignité sociale tant dans les droits constitutionnels que dans les instruments internationaux témoigne d'une vision globale de l'homme : parce que la pauvreté traduit une vulnérabilité et une dépendance de la personne, le droit affirme, en réaction, une égale dignité de tous, de laquelle découle une série de droits tendant à protéger l'individu. La conclusion est importante, en ce qu'elle permet de comprendre la fonction actuelle du principe de sauvegarde de la dignité. Oublié ou marginalisé un temps, durant une période qui correspond à peu près à celle de la croissance économique, le principe de dignité bénéficie actuellement d'un regain d'attention au point de servir de dynamique présidant à l'émergence de nouveaux droits sociaux.

2- La redécouverte du principe de dignité, dynamique présidant à l'émergence de nouveaux droits sociaux

Que la notion de dignité humaine émerge à nouveau en période de récession économique, de précarité et d'exclusion sociale, est loin d'être neutre. La crise économique, jetant sur le pavé de nouveaux pauvres, rendant les phénomènes de "mal logement" plus visibles, soulignant le désespoir d'une partie de la population durablement exclue -chômeurs en fin de droits, quart-monde sortant de l'image d'éphémère marginalité à laquelle il avait été associé durant les 30 glorieuses, précaires condamnés aux "petits boulots"…- constitue un terrain intellectuel propice au constat de « *l'horreur économique* », pour reprendre le titre d'un livre à succès, et, parallèlement, à un regain d'intérêt pour le principe de dignité[92], invoqué ci et là pour justifier que le droit corrige, à défaut de supprimer, les conséquences de l'exclusion. Or, le droit n'est pas resté insensible à cette analyse politique. En effet, la dignité, thème incantatoire dans une société rongée par un nouveau paupérisme et se cherchant de nouveaux repères, fait l'objet d'une redécouverte et d'une appropriation par le droit, en servant de « *notion de rattrapage pour imposer la réalisation des droits sociaux lorsque ceux-ci ont été oubliés* »[93]. Là encore, les ordres juridiques européens offrent des exemples pertinents permettant de comprendre les mutations du droit français.

---

[91] Ce dernier point est repris par d'autres auteurs, comme Th. REVET, selon qui « *le travail assure, aussi, l'autonomie de la personne, laquelle ressortit également à sa dignité. La proclamation constitutionnelle du « droit à l'emploi » fait ainsi progresser la défense juridique de la dignité de la personne humaine* » (« La dignité de la personne humaine en droit du travail », *in* M.-L. PAVIA et Th. REVET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, , Economica, 1999, p. 147).

[92] L'ouvrage de V. FORRESTER, *L'horreur économique*, Fayard, 1996, se termine significativement sur le mot de dignité.

[93] B. JORION, « La dignité de la personne humaine, ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RDP*, 1999, p. 205. V. aussi H. MOUTOUH, qui voit dans le principe de dignité « *un nouveau correcteur magique des inégalités, davantage compatible avec l'individualisme croissant de nos sociétés modernes* » (« La notion de besoin et le droit », *Informations sociales*, 2000, n° 86, p. 44).

298. L'évolution du droit allemand est à cet égard révélatrice, tant l'idée de dignité humaine est fondatrice de l'ordre juridique crée sur les décombres du nazisme[94]. L'article 1er de la Loi fondamentale allemande affirme ainsi que « *la dignité de l'homme est intangible. Tout pouvoir public est tenu de la respecter et de la protéger* ». Cette idée de protection entraîne une obligation d'action des pouvoirs publics, consacrée par la jurisprudence constitutionnelle allemande en matière de protection de la vie humaine. Or, si la doctrine allemande s'accorde à penser qu'une telle obligation dépasse la préservation de la vie biologique au sens strict, la jurisprudence est restée assez longtemps hostile à tout élargissement des droits sociaux sur le fondement de la protection de la dignité humaine. En 1951, dans un contexte marqué par la fin de la Seconde guerre mondiale, la Cour de Karlsruhe a rejeté tout lien entre droits fondamentaux et assistance et considère que le principe de protection de la dignité humaine n'impose pas à l'Etat l'obligation d'agir positivement contre la détresse matérielle[95]. Toutefois, les prémices d'une évolution apparaissent : ainsi, une décision de la Cour reconnaît, en 1966, qu'une « *existence dans la dignité humaine nécessite un minimum de sécurité sociale* »[96]. De façon plus audacieuse encore, la Cour administrative fédérale a déclaré que « *l'aide sociale pour les besoins de base doit, en vertu de la dignité humaine, être payée en principe en argent et uniquement dans des cas particuliers en nature* »[97]. La décision est intéressante à un double titre : d'une part, rejoignant une jurisprudence antérieure, la Cour souligne que la dignité humaine est en cause quand l'individu est obligé de vivre dans des conditions économiques dégradantes[98], d'autre part, elle considère que toute forme d'aide sociale ne suffit pas en elle-même à assurer le respect de la dignité : certaines formes d'aide en nature peuvent être de nature à avilir la

---

[94] Tous nos remerciements vont à Esther SCHMIDT, pour son aide et sa traduction des différentes décisions de droit allemand citées ci-après.

[95] Cour Constitutionnelle (BverfGE), déc. n° 1BVR 220/51 du 19 décembre 1951, T. 1, pp. 97-108 : selon la Cour, les droits fondamentaux se sont développés à partir des principes de liberté et d'égalité proclamés au XVIIIe siècle. Leur but principal était alors la protection de l'individu contre l'Etat, perçu comme omnipotent et arbitraire, mais non celui d'accorder des droits subjectifs à l'assistance publique. Si, au fur et à mesure, l'assistance est devenue une nécessité pratique, notamment en raison des conséquences de la guerre, cette idée novatrice du droit à une assistance positive par l'Etat n'a eu qu'une portée très restreinte sur les droits fondamentaux. En tout état de cause, la référence constitutionnelle à la protection de la dignité de la personne humaine ne vise pas la protection devant la nécessité matérielle.

[96] Cour Constitutionnelle (BverfGE), déc. n° 1BVR20/62 et 27/64 du 20 avril 1966, T. 20, pp. 31-34 : décision implicite, qui semble déduire un droit subjectif au minimum de sécurité sociale de l'article 1er de la Loi fondamentale, mais qui rejette la prétention des requérants, le minimum étant garanti en l'espèce.

[97] Cour Administrative Suprême (BverwGE) 72, 354, 362/357 du 16 janvier 1986, 5 C 72.84 : la décision de l'administration de payer en nature l'aide sociale versée à un sans-abri alcoolique (notamment l'alimentation en nature par des organismes étatiques en lieu et place de sommes mensuelles) est contraire au principe de dignité de la personne humaine. En effet, le destinataire de l'aide doit obtenir la possibilité de mener une vie conforme à la dignité humaine, ce qui inclut la possibilité pour l'adulte de façonner librement la satisfaction de ses besoins dans le cadre des moyens auxquels il a droit selon la loi.

[98] Cour Administrative Suprême (BverwGE)1, 159-163/161, du 24 juin 1954, 5 C 78.54 : la motivation de la Cour est ici essentielle : elle avance notamment que, selon le vieux droit prussien, l'aide sociale n'était accordée qu'à cause de raisons d'ordre public et non pas en fonction de l'individu lui-même, qui n'était pas sujet mais objet de l'action administrative. Une telle interprétation n'étant plus possible sous l'empire de la Loi Fondamentale, dont les idées mènent à interpréter le droit de l'aide sociale comme conférant un droit subjectif à l'individu. L'individu n'est plus sujet mais citoyen, donc titulaire de droits, ce qui se vérifie lorsqu'il s'agit d'assurer les conditions matérielles d'existence auxquelles il a droit en vertu de l'article 1er de la Loi Fondamentale.

personne, en faisant peser sur son bénéficiaire une présomption d'irresponsabilité et d'incapacité à gérer ses revenus. Dès lors, une évolution de la jurisprudence constitutionnelle en faveur d'une application plus large du principe de protection de la dignité en matière sociale n'est pas exclue[99].

299. De même, le droit belge offre un terrain propice à l'analyse des implications sociales du principe de dignité de la personne humaine[100]. C'est ainsi que l'article 24 bis, al. 1er de la Constitution affirme que « *chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine* », principe justifiant l'affirmation de droits sociaux et reprenant, dans sa philosophie, l'article 1er al. 1er de la loi du 8 juillet 1976 selon lequel « *toute personne a droit à l'aide sociale. Celle-ci à pour but de permettre à chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine* ». Cette aide sociale, entendue au sens strict, vient compléter la législation du minimex, sorte de RMI instauré en 1974 au profit de tout Belge ou étranger assimilé à un national « *qui ne dispose pas de ressources suffisantes et n'est pas en mesure de se les procurer, soit par ses efforts personnels, soit par d'autres moyens* ». La loi de 1976 se voulait complémentaire, en posant pour unique condition d'ouverture le fait de mener une vie non conforme à la dignité humaine, condition appréciée *in concreto* par les centres publics d'aide sociale (CPAS) sous le contrôle des juridictions. La dignité sert alors de standard tout à la fois pour déterminer les critères d'ouverture du droit à l'aide sociale et pour chiffrer l'aide à apporter. En somme, la référence législative donne compétence aux juridictions pour définir à la fois les conditions de vie contraires à la dignité et les moyens nécessaires pour rétablir cette dignité[101]. Le droit belge offre un tableau jurisprudentiel particulièrement intéressant, puisque s'appliquant à des conditions économiques et sociales assez proches de celles françaises. Pour apprécier les conditions de vie contraires à la dignité, la jurisprudence semble se référer aux barèmes établis pour l'attribution du minimex, lesquels sont fixés par voie réglementaire. On peut donc en déduire que le fait de bénéficier de ressources inférieures est contraire à la dignité[102]. A l'inverse, il ressort que la dignité de la personne est "sauve" quand le demandeur dispose de ressources suffisantes[103]. De même, pour déterminer le montant des prestations à accorder afin que les individus puissent mener une vie conforme à la dignité, le juge belge se

---

[99] V. en ce sens E. BENDA, « Die Menschenwürde » in *Handbuch des Verfassungrechts der Bundesrepublik Deutschland*, W. de Gruyter, Berlin, T. 1, 1995, pp. 163 et s.

[100] Sur la législation sociale belge, V. I. DECHAMP et M. VAN RUYMBEKE, *L'aide sociale dans la dynamique du droit*, De Boeck université, Bruxelles, 1995 ; P. LAMBERT, « Le droit de l'homme à un niveau de vie suffisant », *RTDH*, 2000, pp. 683 et s., spé. pp. 689-693.

[101] V. l'arrêt du Conseil d'Etat belge, en date du 30 octobre 1985, *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat* (ci-après *R.A.CE*) : « *le droit de toute personne à l'aide sociale devant lui permettre de mener une vie conforme à la dignité humaine et la mission de rencontrer ce droit dévolue par la loi au CPAS, ont pour corollaire que le CPAS, lorsqu'il est saisi d'une demande d'aide, est compétent en premier lieu pour apprécier si le demandeur se trouve dans une situation qui lui confère le droit à l'aide sociale et ensuite pour décider de quelle manière l'aide la plus appropriée peut lui être accordée. En cas de recours contre la décision du CPAS, la chambre de recours possède la même compétence* » ; cité *in* I. DECHAMP et M. VAN RUYMBEKE, précit., p. 219.

[102] Chambre de Recours de Liège, 1er octobre 1990 ; CE, 16 janvier 1991 ; arrêts cités par I. DECHAMP et M. VAN RUYMBEKE, précit., p. 221.

[103] V. en ce sens I. DECHAMP et M. VAN RUYMBEKE, précit., p. 271. Les CPAS peuvent par exemple refuser une aide lorsqu'il apparaît que les dépenses du demandeur sont excessives par rapport à ses ressources.

réfère aux montants financiers prévus dans le cadre de la législation sur le minimex, sans pour autant se laisser enfermer par cette grille de référence. Le Conseil d'Etat belge a précisé à de nombreuses reprises qu'« *aucune disposition n'interdit au centre public d'aide sociale ni à la chambre de recours d'accorder au besoin des aides excédant le minimum de moyens d'existence auquel peuvent prétendre les bénéficiaires de la loi du 7 août 1994* »[104]. Bref, une appréciation au cas par cas de « *l'importance du secours qu'il convient d'accorder au demandeur pour lui permettre de mener une vie conforme à la dignité de la personne humaine* »[105].

300. Les exemples belge et allemand montrent ainsi l'ampleur des effets produits par la référence à la dignité. Ils inscrivent au cœur du droit le constat que l'on croyait purement charitable ou philosophique : la pauvreté soumet l'individu à des conditions de vie contraires à la dignité humaine. La dignité ne constitue pas un de « *ces détestables mots qui ont plus de valeur que de sens* »[106], et l'effort de qualification juridique du juge démontre qu'il est possible d'apprécier concrètement une norme dont le libellé, de prime abord, peut sembler vague ou flou. Mais la valeur de l'exemple ne se limite pas aux ordres juridiques belge ou allemand. Dans d'autres pays encore, l'utilisation du principe de dignité par le juge permet la consécration de droits sociaux non écrits. En matière de garanties minimales, le droit suisse offre un exemple pertinent de cette application extensive du principe de dignité. Selon le Tribunal fédéral de Lausanne, la garantie des besoins humains élémentaires, tels que la nourriture, l'habillement, et le logement, est la condition de l'existence et du développement humain. Partant de ce constat, le juge consacre la « *garantie d'existence* » au rang de droit constitutionnel non écrit déduit du principe de dignité de la personne[107]. En matière de logement, des droits ont été consacrés de façon prétorienne sur le fondement du principe de dignité tant en France qu'au Portugal[108].

301. De même, au niveau européen, une série de recommandations explicites émanant tant de la Commission européenne[109] que du Parlement Européen[110] lient

---

[104] CE belge, 18 octobre 1988, *RACE*, n° 31.081 ; 9 novembre 1988, *RACE*, n° 31.307 ; 17 janvier 1992, *RACE*, n° 38.515 ; 23 octobre 1992, *RACE*, n° 40.830, cités par I. DECHAMP et M. VAN RUYMBEKE, précit., p. 231.

[105] CE belge, 16 janvier 1991, *RACE*, n° 36.241, cité par I. DECHAMP et M. VAN RUYMBEKE, précit., p. 271.

[106] Pour reprendre la formule que P. Valéry appliquait à la liberté (*Regards sur le monde actuel* et autres essais, *Fluctuations sur la liberté*, Folios essais, 1988, p. 55).

[107] Tribunal Fédéral Suisse de Lausanne, 27 octobre 1995, aff . *P.V. ; P.V. et M.V. c/ Ostermundigen et Berne*; *La Semaine judiciaire*, Genève, n° 23, 1996, note Fl. AUBRY GIRARDIN ; *Droit en Quart Monde*, (Revue d'ATD Quart Monde), Bruxelles, n° 13, 1996, pp. 24-25, note J.-M. VISEE ; sur ce point, V. *supra*, 2ème partie, titre 1, chapitre 1, § 205.

[108] Tribunal Constitutionnel portugais, arrêt 151/92, chr. J. MIRANDA, *AIJC*, 1992, p. 697 : le droit au logement se fonde sur la dignité de la personne humaine ; il existe, dans ce domaine, un minimum que l'Etat doit toujours garantir ; il peut donc, dans ce but, imposer des restrictions au droit de propriété.

[109] V. la recommandation du 24 juin 1992 qui exhorte les Etats membres à « *reconnaître, dans le cadre d'un dispositif global et cohérent de lutte contre l'exclusion sociale, le droit fondamental de la personne à des ressources et prestations suffisantes pour vivre conformément à la dignité humaine* » (Recommandation 92/441/CEE, JOCE L. 245, 26 août 1992, pp. 46-48) ; V. également la recommandation du 27 juillet 1992 relative à la convergence des objectifs des politiques de protection sociale, 92/442/CEE, JOCE L. 245, 26 août 1992, pp. 49-52. De même, dans une communication du 23 décembre 1992, la Commission consacre un point spécifique à « *l'affirmation solennelle des droits* ». A

respect de la dignité humaine et mesures de lutte contre la pauvreté. En ce sens, et non sans ambiguïtés, le texte de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne associe, dans son article 34, dignité de l'existence et droit à une aide sociale et une aide au logement[111]. Enfin, le projet d'une éventuelle future Constitution européenne élaboré par le Parlement affirme que « *la dignité humaine est inviolable : elle comprend notamment le droit fondamental de la personne à des ressources et prestations suffisantes pour elle-même et sa famille* »[112]. Certes, le texte n'est qu'un projet, et risque fort de rester longtemps à ce stade. Toutefois, il démontre le très large consensus opéré, ces dernières années, autour de la dimension sociale de la dignité : tant les juges nationaux que les instances européennes soulignent l'éminence du principe de dignité, dont ils déduisent l'affirmation de droits sociaux, évolution rendue possible par le constat, souvent implicite, que la pauvreté est de nature à bafouer la dignité humaine[113]. Dès lors, la conclusion s'avère certaine : la conception démocratique moderne découvre l'existence d'un droit à la satisfaction du besoin, droit fondé sur le principe de dignité et qui tend à préserver l'individu du dénuement et de la misère. Mais une fois révélé le principe, il reste à préciser les applications qui lui sont données.

II- La délimitation juridique de la satisfaction du besoin par le droit à l'insertion

302. La détermination des besoins auquel le droit veut répondre n'est pas absolue. Comme tout droit, le droit à la satisfaction du besoin est éminemment relatif. Dès lors, affirmer que l'homme dispose d'un droit à la satisfaction du besoin implique de déterminer juridiquement la teneur de ce besoin. En effet, le besoin peut recouvrir des acceptions très différentes. Dans une version minimale, il recouvre l'idée d'un minimum physiologique, nécessaire à la survie physique de la personne. Le droit n'est pas indifférent à cette conception restrictive : s'il a pour objectif de garantir le droit à la vie[114], il prend de la sorte en considération les besoins vitaux de l'individu. On retrouve cette préoccupation dans des circonstances variées, qu'il s'agisse de l'état de nécessité, reconnu au profit de la miséreuse qui vole un pain mais exclu pour celle qui vole plus de 1 000 francs de viande[115], ou des mécanismes

---

ce titre, « *la reconnaissance solennelle par la communauté, de manière non contraignante, des droits liés au respect de la dignité humaine afficherait clairement sa détermination politique dans le domaine de la lutte contre l'exclusion sociale. Elle permettrait de constituer une base significative pour les mesures d'intégration des exclus du marché du travail dans le volet social du Traité de Maastricht* » (Communication du 23 décembre 1992, *Vers une Europe des solidarités. Intensifier la lutte contre l'exclusion sociale, promouvoir l'intégration*, COM (92) 542 final, Bruxelles, le 23 décembre 1992).

[110] Résolution 11/03/93, A3-0025/93, § 26, recommandant aux Etats « *l'élaboration d'un système de garanties minimales en matière de logement, de revenus, d'aide sociale, d'assistance médicale et d'aide judiciaire, indispensables pour mener une vie conforme à la dignité humaine* », *RUDH*, 1994, p. 318.

[111] V. supra § 294.

[112] Titre VIII, *Droits de l'homme garantis par l'Union*, point n° 2 du projet de Constitution de l'Union Européenne, résolution du 10 février 1994, *RUDH*, 1995, p. 467.

[113] V. *supra*, 2e partie, titre 1, chapitre 2, § 237-251.

[114] V. *supra*, 2e partie, titre 1, chapitre 2, § 235.

[115] Comp. Trib. Château-Thierry, 4 mars 1898 et CA Poitiers, 11 avril 1997, sur appel formé contre TC Poitiers, 5 février 1997, *D.*, 1997. II. 512 et s., note A. WAXIN ; *JCP*, 1997.II.22933, note A. OLIVE. Pour une analyse de l'état de nécessité en droit pénal, V. *supra*, 1ère partie, titre 2, chapitre 2, § 159-168.

de rationnement alimentaires comme ceux que la Seconde guerre mondiale a connus. Toutefois, hormis ces situations qui ont vocation à rester exceptionnelles, le droit ne se cantonne pas à cette acception strictement minimale du besoin.

Ce refus ne signifie pas pour autant qu'il tombe dans une conception infiniment élastique du besoin. En droit, besoins et désirs sont distincts. Si les seconds sont sans limites, les premiers sont nettement circonscrits en fait et en droit. Cette partition entre besoin et désir est effectuée par le droit à l'insertion, dont la substance[116] permet de déterminer l'étendue du besoin que le droit entend satisfaire.

La synthèse des textes ayant constitué la matrice du droit à l'insertion, qu'il s'agisse des lois de 1988 et 1992 sur le RMI ou de celle de 1998, permet en effet de définir la substance du besoin à la satisfaction duquel le droit s'attache : le noyau dur ainsi délimité recouvre le principe directeur de ressources suffisantes, la protection de la santé et protection sociale, le logement et la protection de la cellule familiale, l'accès aux biens fournis par le service public et considérés comme de première nécessité. Certes, il ne s'agit pas ici de prétendre que le droit à l'insertion, droit dont la formulation est assez récente, a institué formellement le droit à la satisfaction des besoins ainsi délimités. L'affirmation serait absurde, dans la mesure où, d'une part, ces droits, proclamés pour certains en 1946, sont antérieurs à sa formulation et où, d'autre part, leur valeur constitutionnelle a été reconnue, contrairement à celle du droit à l'insertion. Le droit à l'insertion ne fonde pas en tant que tel les droits sociaux. En revanche, il permet de préciser fonctionnellement la teneur et l'étendue du besoin que l'ordre juridique entend satisfaire. En un mot, il offre une explication rationnelle à différents éléments épars.

303. Le droit à des ressources suffisantes, tout d'abord, étant entendu que celles-ci doivent provenir de l'emploi ou, à défaut, d'une aide, émanant de la famille ou de la collectivité. Ainsi s'éclaire cette notion de « moyens convenables d'existence » garantis à l'individu par le Préambule de 1946, notion se rattachant implicitement mais nécessairement à la protection de la dignité humaine. D'une part, parce que l'assertion est une transposition pure et simple du projet d'avril 1946, lequel faisait de la dignité le fondement de ce droit, et d'autre part, en raison de sa formulation même : l'idée de moyens « convenables » renvoie à celle de décence : les moyens convenables d'existence sont ceux qui permettent une vie décente, en un mot, des conditions matérielles qui ne soient pas contraires à la dignité de la personne. Ce droit constitue donc le soubassement du système de garantie de ressources, qu'il s'agisse des ressources du travail ou de celles sociales provenant des différentes allocations et notamment du RMI[117]. Plus largement, ce sont tous les principes

---

[116] V. *supra*, § 274-280.

[117] Il y a toutefois loin du principe à la réalisation. La loi créant le RMI se réfère directement au Préambule de 1946, en reprenant son alinéa 11. Si l'idée initiale était bien de garantir à chacun des moyens convenables d'existence, chacun s'accorde à reconnaître l'insuffisance des montants reconnus. C'est ainsi le rapport d'évaluation du RMI qui regrette le niveau modeste de garantie retenu ne permette pas de répondre complètement à cette nécessité d'assurer les besoins de nourriture, de vêtement, de logement… (P. VIVERET, *Propositions en vue de l'évaluation du RMI*, Rapport au Premier Ministre, La D.F., 1989, p. 127). De même, le rapporteur pour la Commission des Finances de l'Assemblée Nationale affirme que « *nul ne peut nier la difficulté de conserver dignité et autonomie avec le seul versement de l'allocation* » (C. GIRARD, *Le RMI, bilan, perspectives et propositions*, Les documents d'information de l'Assemblée Nationale, n° 2657, 1996, p. 25).

civilistes relatifs tant à l'obligation alimentaire[118] qu'aux voies d'exécution qui s'articulent autour de ce souci de garantie de la satisfaction du besoin, l'examen des limites posées à la saisie des rémunérations du travail ou des minima sociaux le prouve aisément : la solution prétorienne dégagée au XIXe siècle par les tribunaux judiciaires, qui se fondait sur des considérations humanitaires et tendait à empêcher que des saisies-arrêts ne puissent frapper la totalité des modestes salaires ouvriers, a été consacrée et développée par le législateur à de nombreuses reprises : l'idée est certaine depuis le siècle dernier : « *on ne* (peut) *raisonnablement laisser aux créanciers la possibilité de saisir la totalité des salaires de leurs débiteurs, au détriment des besoins vitaux des familles* »[119]. Un régime spécifique des garanties de ressources est ainsi édifié depuis longtemps déjà, tendant à assurer au moins un minimum pour vivre, et qui rassemble une série de règles disparates, certaines ayant un objet préventif - "verser" un minimum -, les autres un effet suspensif - empêcher qu'il ne soit porté atteinte à ce minimum[120] -, mais qui trouve une cohérence profonde à la lumière du droit fondamental à disposer de ressources suffisantes pour la satisfaction du besoin. Par ailleurs, ce droit à des ressources suffisantes justifie également le droit à l'éducation et à la formation : parce que ces besoins s'avèrent essentiels pour garantir à la fois la dignité humaine et l'obtention d'un emploi, parce que l'instruction est un gage de liberté et de sécurité pour l'individu, ils constituent un droit reconnu à l'individu[121].

304. Le droit à la protection de la santé et protection sociale, ensuite, qui implique le droit de chacun à la protection et aux conditions de développement de son état de santé, adaptés à ses propres besoins et aux risques auxquels il est exposé ainsi qu'à un égal accès aux soins les meilleurs possibles[122]. Le lien entre dignité et satisfaction du besoin est évident, c'est même en la matière une question de vie ou de mort. Ce droit explique non seulement la création historique des institutions de protection sociale, mais aussi la généralisation de la Sécurité sociale, par les différents mécanismes d'affiliation automatique, l'aide médicale gratuite ou, plus récemment, la Couverture maladie universelle[123].

305. Le droit au logement et à la protection de la cellule familiale, après : la satisfaction du besoin est liée de façon toute aussi évidente à la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre les dégradations physiques, psychiques, familiales et sociales que son absence entraîne[124]. Derrière des règles, pour certaines

---

[118] V. sur ce point *supra*, 1ère partie, titre 2, chapitre 2, § 144-147.

[119] J. VINCENT et J. PREVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Précis Dalloz, 19e éd., 1999, pp. 114 et s. ; l'article 127 de la loi de lutte contre les exclusions sociales de 1998 rend insaisissable l'allocation d'insertion et l'allocation de solidarité spécifique, à l'instar du RMI.

[120] De là le régime spécifique faisant échapper ce minimum aux prélèvements fiscaux et sociaux (exonérations d'impôt sur le revenu, de CSG et de CRDS) tout comme à la poursuite des créanciers (incessibilité et insaisissabilité). V. en ce sens J.-P. LABORDE, « La notion de revenu minimum », *in* S. DION-LOYE et D. GROS (dir.), *La pauvreté saisie par le droit*, Ed. du Seuil, coll. Le genre humain, à paraître.

[121] Il est également possible de rattacher intellectuellement à ce droit les obligations issues de l'article 203 du Code Civil imposant aux parents un devoir d'éducation de leur enfant ; V. sur ce point, *supra*, 1ère partie, titre 2, chapitre 2, § 145.

[122] J.-S. CAYLA, « La santé et le droit », *RDSS*, 1996, pp. 282-283.

[123] V. *supra*, 1ère partie, titre 1, chapitre 2, § 94.

[124] V. *supra*, 2ème partie, titre 1, chapitre 2, § 240.

anciennes, se dessine tout à la fois une volonté du droit de protéger la dignité de la personne et de garantir la satisfaction d'un besoin essentiel grâce à l'affirmation d'un droit *du* logement protecteur de la personne. Sans entrer dans le détail de dispositions éminemment techniques, deux exemples relatifs l'un au maintien dans le logement, l'autre à l'accès à celui-ci, illustrent le propos :

Le premier réside dans les règles relatives à la procédure civile : en matière d'expulsion locative, l'expulsé bénéficie d'une protection dérogatoire aux règles générales relatives au contrat de bail, à la procédure civile et aux voies d'exécution - trêve hivernale[125], procédure de prévention des expulsions locatives, suspension par le juge des référés de la décision d'expulsion[126], éventuel refus de concours de la force publique[127] -. Le droit du preneur à bail locatif est désormais extrêmement protégé, au nom de la nécessité sociale que constitue le logement[128]. Plus encore, cette protection s'étend à des situations à la marge de la légalité, les auteurs s'accordant à reconnaître, non sans un certain paradoxe sémantique, les « *droits de l'occupant sans droit ni titre* »[129]. Le logement, ce préalable nécessaire à l'insertion[130], cette barrière contre la dégradation, est très nettement affirmé par la norme comme un bien nécessaire, un besoin de l'individu que le droit entend satisfaire. Dans le même ordre d'idées, les règles relatives à la saisie mobilière se veulent une barrière minimale de protection reconnue à la vie familiale, en fixant une liste de meubles insaisissables, définis comme « *les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille* », à savoir, entre autres, vêtement, literie, appareils de chauffage, objets nécessaires à la préparation des aliments[131].

Le second exemple réside dans les règles relatives à l'accès au logement : l'intervention publique ne s'analyse plus ici en une limite fixée, comme en matière de voies d'exécution, mais bien comme une intervention positive. L'accès au logement devient un impératif social nécessitant, pour sa réalisation, le recours à des dispositifs juridiques aussi divers que des mesures de police – réquisition -, des outils de planification - plan départemental d'action pour le logement des personnes défavorisées -, la construction de logements sociaux, l'instauration d'aides financières et des mécanismes de nature fiscale - taxations fiscales sur les logements vacants -. Mesures dont la nature juridique est on ne peut plus hétérogène, dont l'ancienneté historique est extraordinairement différente (les unes remontent au XIXe siècle, les autres sont issues des principes traditionnels de l'Etat Providence,

---

[125] Article L. 613-3 du Code de Construction et de l'Urbanisme, interdisant les expulsions locatives entre le 1er novembre et le 15 mars.

[126] Pour un détail des pouvoirs du juge en matière de délais légaux : C. LARHER, « Expulsion », *Jcl. Procédure civile*, fasc. 2400, 26 novembre 1998.

[127] Pour une analyse du rôle délicat du Préfet en la matière : A. BIDOU, « Logement des plus démunis et ordre public : le difficile équilibre », *Administration*, octobre-décembre 1996, pp. 141-145.

[128] Pour une étude des dernières modifications apportées par la loi de 1998 à des dispositions pour certaines relativement anciennes : F. BARKAT, « Le maintien dans un logement », *RDSS*, 1999, pp. 305-322.

[129] P. GALAND, « L'occupant sans droit ni titre », *Revue des loyers et des fermages*, 1988, pp. 150 et s. ; N. SEMPE, « Les droits de l'occupant sans droit ni titre », *Etudes foncières*, n° 78, 1998, pp. 18-24.

[130] F. MONEGER, « La mise en œuvre du droit au logement », *RDSS*, 1990, p. 768.

[131] La liste des biens insaisissables est dressée par l'article 14 de la loi du 9 juillet 1991 et l'article 39-3° du décret du 31 juillet 1992 ; Pour un détail, V. J. VINCENT et J. PREVAULT, précit., pp. 75 et s.

les dernières sont nées de la loi de 1998[132]) mais qui trouvent une unité intellectuelle profonde, une cohérence certaine autour de l'idée selon laquelle le logement constitue un besoin fondamental dont le droit doit faciliter la satisfaction. En somme, à la recherche de ses finalités premières, la Puissance publique renoue avec une sorte de fondamentalisme juridique, qui a pour mérite essentiel de rétablir la cohérence de l'ordre juridique[133].

306. Démarche refondatrice qui s'étend, pour finir, à la découverte d'un droit à bénéficier de biens de première nécessité : là encore, les racines historiques d'un tel droit sont anciennes. Que l'on repense à l'état de nécessité, découvert par les théologiens catholiques au Moyen-Age et repris par le droit pénal moderne, en vertu duquel l'affamé peut voler de quoi se nourrir, le père de famille peut procéder à un branchement frauduleux sur un compteur d'eau ou les mal-logés occuper irrégulièrement un logement vide[134]. La reformulation des sources du droit autour de la dignité de la personne et du droit à la satisfaction du besoin qui en découle permet de justifier en droit la notion pénale d'état de nécessité. Le caractère critiquable de la jurisprudence pénale en la matière a été souligné[135] : distordant la notion juridique, le pénaliste a longtemps recouru à des considérations morales pour éviter une sanction lui semblant "inhumaine", pour reprendre les termes du "bon juge" Magnaud. Or, la jurisprudence civile la plus récente commence à s'apercevoir que la situation d'un indigent qualifiée d'état de nécessité ne procède pas d'un affrontement du droit et de la morale, système normatif qui lui est extérieur, mais d'un heurt de deux normes, l'une prohibitive - la règle pénale-, l'autre « attributive » - le droit fondamental -. Il ne s'agit pas d'aménager l'application de la règle pénale afin d'éviter un résultat inhumain ou moralement choquant, mais de concilier deux normes juridiques : interdiction de l'occupation sans titre contre droit au logement ; prohibition du vol contre droit à la vie et dignité. La Cour d'appel de Paris ou le Tribunal de Grande instance de Saintes le constatent expressément en matière de logement : leurs décisions tendent à concilier deux normes toutes deux juridiques, le droit de propriété et le droit au logement[136]. Et si, en l'espèce, le juge judiciaire ne voit dans le droit à la satisfaction du besoin qu'une norme "suspensive" - une sorte

---

[132] Pour une étude des nouveautés introduites par le texte de 1998 : R. LAFORE, « L'accès à un logement », *RDSS*, 1999, pp. 283-304.

[133] V. en ce sens R. LAFORE, « L'ordre consensuel, le droit des politiques sociales », *Revue interrégionale des CREAHI*, 1995, n° 31, pp. 3 et s.

[134] V., respectivement, Trib. Château-Thierry, 4 mars 1898, confirmé par CA Amiens, 22 avril 1898, *S.*, 1899. II. 1, note JOSSERAND ; CA Aix-en-Provence, 5e ch., 15 septembre 1992, *El Kimi*, *Jurisdata* n°047931 ; CA Paris de 1993, 26 août 1993, confirmée par C.Cass., 1er mars 1995, sur l'ensemble de la question, V. : S. LAUSSINOTTE, « Droit au logement et état de nécessité », *Droit Ouvrier*, février 1994, pp. 66 et s. ; A. et O. BRANE, M. KERLANN, « Squat et droit au logement », *GP*, 1995, doctrine, p. 1064.

[135] V. *supra*, 1ère partie, titre 2, chapitre 2, § 165-166.

[136] Certains jugements, tels un arrêt de la Cour d'Appel de Paris de 1993, 26 août 1993, confirmée par C.Cass., 1er mars 1995 font ainsi référence au droit au logement, tout comme le TGI de Saintes, privilégiant le droit au logement plutôt que celui de propriété dans une affaire concernant un marchand de biens et l'occupant d'une maison (*Le Monde*, 29 mars 1995, cité par A. et O. BRANE, M. KERLANN, précit., p. 1064) ; de même, la Cour d'Appel d'Orléans (ch. civ., section 1, 19 juin 1996, *HLM de Pithiviers c. Le Coroller*, *Jurisdata* 043484), se référant à la décision fondatrice du Conseil Constitutionnel de 1995 en matière de droit au logement, prononce le sursis à exécution d'une mesure d'expulsion au nom du « *principe fondamental que constitue le droit pour toute personne de disposer d'un logement décent* ».

d'exception d'inexécution dirait-on en matière contractuelle ou d'"objection de pauvreté" comme il existe une objection de conscience -, c'est bien parce que, en contrepoint, il existe des mécanismes juridiques attributifs, mécanismes dont, en l'espèce, le juge sanctionne l'insuffisance en écartant la loi pénale.

Car, par ailleurs, le droit offre l'illustration, à travers un ensemble de règles fort diverses, de l'existence positive d'un droit à la jouissance de biens de première nécessité : que l'on pense au service public, qu'il soit administratif ou industriel et commercial, dont les règles directrices tendent à assurer aux personnes démunies la possibilité d'accéder à leurs prestations, que cela soit par la gratuité, par des modulations tarifaires au regard des ressources de l'usager ou par des mécanismes de fonds de solidarité[137]. Les uns en positif - règles relatives à l'accès au service des populations en situation d'exclusion -, les autres en négatif - notion pénale d'état de nécessité, mais aussi mesures tendant à instaurer des dérogations au droit des contrats en matière de surendettement -, ces différentes mesures, bien qu'issues d'époques différentes et opérant sur des champs largement étrangers les uns aux autres, trouvent une unité profonde pour peu qu'on les lise à la lumière d'un droit à la satisfaction du besoin.

307. Il y a donc bien un ressourcement du droit autour de ses principes fondamentaux. La protection de la dignité, aspiration supérieure des déclarations modernes de droits, n'est pas conçue exclusivement comme une barrière contre la "dégradation". Elle n'intervient pas seulement *a minima*, pour interdire les atteintes à l'intégrité physique telles que la torture ou les manipulations génétiques. La dignité se veut aussi un principe "prescriptif". Elle repose sur une certaine conception de l'homme, sur sa vocation à se développer physiquement et intellectuellement. En ce sens, elle suppose que l'individu se voie reconnaître un droit à la satisfaction du besoin, ce que traduit l'affirmation du droit à l'insertion au niveau national. Le vertige philosophique est ainsi évacué par la rationalité juridique et la cohérence du droit s'avère certaine, comme l'illustre remarquablement l'évolution du droit français. Les mesures sociales les plus récentes traduisent cette volonté d'arrimer l'action publique à divers droits fondamentaux : droit au logement, droit à des moyens convenables d'existence, droit à la protection de la santé, droit à des ressources suffisantes, protection de la cellule familiale, droit à l'accès aux biens fournis par le service public… Le droit à l'insertion, ce droit synthétique les résumant, permet ainsi de délimiter le besoin que l'ordre juridique entend satisfaire. Le droit est désormais saisi en ses fondements et son ordonnancement par la pauvreté, constat qui entraîne un corollaire : la pauvreté est, elle aussi, saisie par le droit.

---

[137] A titre d'exemple, et pour rappel de ce qui a été traité (*supra*, 1ère partie, titre 1, chapitre 2, § 92-103), on peut citer ici les mécanismes d'assistance judiciaire, les différentiations tarifaires dans l'accès aux services publics administratifs et les fonds de solidarité ainsi que les dispositifs temporaires prévus pour éviter les coupures d'eau, d'électricité ou de téléphone instaurés sur le fondement des lois de 1992 et 1998.

§2- La pauvreté saisie par le droit

308. La pauvreté est un désordre à la fois pour le cœur, l'esprit et la société[138]. C'est aussi un désordre pour le droit. Devant ce désordre, l'ordre juridique affirme certains droits, lesquels ont pour ambition de modifier le cours antérieur des choses afin d'éviter la persistance du trouble auxquels ils ont pour objet de mettre fin. Or, c'est ici que réside, en creux, la définition juridique de la pauvreté, dans ce trouble non défini et non précisé, dans cette situation de fait récusée par le droit et combattue par lui. Le Parlement européen l'a fort justement analysé : « *la pauvreté trouve son origine dans les précarités que constituent l'absence* (…) *de sécurités* (…) *qui permettent aux personnes et aux familles d'assumer leurs obligations et prise en charges, et de jouir des droits fondamentaux* »[139]. La pauvreté vient de précarités résultant d'absence de sécurité et de droits, d'où la proposition de définition suivante : en droit, la pauvreté se définit comme une absence de sécurité (I) et de ressources entendues au sens de droits (II).

I- La précarité, ou la pauvreté comme absence de sécurité

309. La précarité est une « *tension vers la pauvreté* »[140]. Historiquement, le pauvre est le "*pauper*", celui qui manque le plus souvent du nécessaire, c'est-à-dire, outre la simple subsistance du jour, l'assurance du lendemain et une place stable dans la société[141]. Derrière cette idée de fragilité et d'incertitude, celle de précarité apparaît. Le constat du médiéviste vaut encore : la pauvreté n'est pas seulement le manque d'argent. La Commission européenne le rappelle : elle est une situation caractérisée par des manques et des insuffisances, de ressources certes, « *mais surtout des fragilités ou des lacunes multiples et variées dans des domaines non monétaires tels que la formation, la capacité d'emploi, la santé, le logement, l'isolement* »[142]. Elle apparaît comme « *un cumul de handicaps sociaux* »[143] ou encore comme « *la situation de personnes ou de groupes de personnes marqués par l'insuffisance de leurs ressources disponibles, la précarité du statut social et l'exclusion d'un mode de vie matériel et culturel dominant* »[144].

Les textes juridiques témoignent de ce lien entre pauvreté et précarité. C'est ainsi, de façon très explicite, l'article 136 de la loi de 1998, lequel affirme que « *toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières du fait d'une*

---

[138] G. CAIRE, « La pauvreté en France : de la mesure à l'action », *RFAS*, 1995, n° 2-3, p. 168.
[139] Parlement européen, *Rapport sur la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale dans la Communauté Européenne*, 2 juillet 1993, PE 204.646./def /A.
[140] P. KLEBANER, G. MARTIN, C. OFFREDI, « Au-delà du revenu minimum », *Futuribles*, n° 126, nov. 1988, p. 4.
[141] M. AUBRUN, « Assistance et protection dans les paroisses et à la porte des monastères », *in* A. GUESLIN et P. GUILLAUME (dir.), *De la charité médiévale à la Sécurité sociale*, Les éditions ouvrières, 1992, pp. 31-40.
[142] Commission des Communautés européennes, *Rapport final du Second programme européen de lutte contre la pauvreté, 1985-1989*, 13 février 1991, ref. COM(91) 29 fin.
[143] H. PEQUIGNOT, *La lutte contre la pauvreté*, rapport présenté au nom du Conseil économique et social, *JO Avis et rapports du CES*, 6 mars 1979, p. 367.
[144] Définition du Conseil des Ministres des Communautés européennes en 1974, reprise, sans en citer la source par E. MOSSE, *Les riches et les pauvres*, Le Seuil, coll. Point économie, 1983, p. 37.

situation de précarité a droit à une aide de la collectivité pour accéder ou pour préserver son accès à une fourniture d'eau, d'énergie et de services téléphoniques »[145]. C'est également son article 33 affirmant qu'en matière de planification pour l'accès au logement, il convient de distinguer « *les situations des personnes ou des familles dont la difficulté d'accès ou de maintien dans un logement provient de difficultés financières ou du cumul de difficultés financières et de difficultés d'insertion sociale* »[146]. La précarité constitue le dénominateur commun aux expressions fort diverses utilisées par le législateur, qu'il s'agisse de vulnérabilité ou de dépendance[147], de « *personnes de ressources modestes ou défavorisées* »[148], de celles « *les plus démunies* »[149] ou encore connaissant « *de graves difficultés, notamment économiques, familiales, de logement de santé ou d'insertion* »[150], d'« *économiquement faibles* »[151]. Dans ces différents cas de figure, une situation de précarité justifie l'intervention de la norme correctrice afin de garantir une certaine protection, en un mot, une sécurité.

310. Car derrière cette idée de précarité, c'est bien de sécurité qu'il s'agit, le rapport Wresinski le souligne : « *la précarité est l'absence d'une ou plusieurs des sécurités, notamment celle de l'emploi, permettant aux personnes et familles d'assumer leurs obligations professionnelles, familiales et sociales, et de jouir de leurs droits fondamentaux* »[152]. Si la pauvreté est précarité, c'est qu'elle est avant tout insécurité.

Or, la sécurité n'est pas une notion méconnue du droit. Au sens courant du terme, elle désigne l'absence des dangers venant perturber la vie quotidienne, dangers dont la liste est longue : ce peut être l'insécurité liée à la menace de phénomènes naturels (inondation, éruption volcanique), celle due aux défaillances techniques (catastrophe aérienne, accidents du travail, pollution industrielle), mais aussi l'insécurité économique dont le chômage est la manifestation la plus dramatique[153]. Dans cette typologie ainsi dressée par J. Rivero, on distingue, sous une apparence unifiée, deux aspects de la sécurité dont on pressant qu'ils entretiennent, à travers la notion de danger ou de risque, des liens étroits et en même temps qu'ils présentent des dissemblances certaines : une première acception de la sécurité voit en elle un élément traditionnel de l'ordre public que la police administrative entend protéger ; la seconde, celle de sécurité économique, n'en fait pas partie en droit.

---

[145] Modifiant l'article 43-5 de la loi n° 88-1088 du 1er décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion.

[146] Modifiant l'article 4 de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 relative au droit au logement. La loi ajoute que le plan départemental « *doit accorder une priorité aux personnes et familles sans aucun logement ou menacées d'expulsion sans relogement ou logées dans des taudis, des habitations insalubres, précaires ou de fortune, ainsi qu'à celles qui sont confrontées à un cumul de difficultés* ».

[147] Article 225-14 du Nouveau Code Pénal (V., sur ce point, *supra*, 2e partie, titre 1, chapitre 2, § 241).

[148] Article L. 411 du Code de la Construction et de l'Habitation.

[149] Articles L. 1411-4 et-5 du Code de la Santé publique.

[150] Article L.345-1 du Code de l'Action sociale et des familles.

[151] Article 162 du Code de la Famille et de l'Aide Sociale, D. n° 57-1107 du 5 octobre 1957.

[152] Avis adopté par le Conseil économique et social, *JO, avis et rapports du CES*, séance des 10 et 11 février 1987, n° 6, 28 février 1987, p. 6.

[153] V. en ce sens J. RIVERO, « Sécurité sociale et droits de l'homme », *RFAS*, n° spécial, juillet 1985, p. 38.

Le Conseil constitutionnel l'a souligné en 1998, en censurant l'obligation faite au Préfet, en préalable à l'exécution d'une décision judiciaire d'expulsion, de justifier que tous les efforts de relogement avaient été faits. En raison de la séparation des pouvoirs, rappelle le Conseil, le Préfet ne peut différer une mesure d'expulsion que pour prévenir un trouble à l'ordre public[154] : de fait, le raisonnement sous-entend que la mise à la rue d'une personne n'est pas en soi trouble à l'ordre public, et que seule une manifestation bruyante de solidarité peut l'être[155]. Une telle interprétation a suscité la critique : « *qu'est ce que l'ordre public d'une nation démocratique* », s'interroge P. Bouchet, « *si ce n'est un ordre social fondé sur les droits de l'homme et le respect de l'égale dignité de tous les citoyens ? Une violation des droits fondamentaux d'un individu constitue en soi un trouble à l'ordre public démocratique. Le Conseil constitutionnel ne l'a pas encore admis* »[156].

Ce que le Conseil n'a pas admis, le juge judiciaire semble pourtant l'affirmer, en n'hésitant pas à recourir à des arguments tirés du maintien de l'ordre public. C'est ainsi, toujours en matière d'expulsion locative, que le Tribunal de Grande Instance de Paris souligne qu' « *il y a urgence à permettre la concrétisation de pourparlers, seuls susceptibles d'assurer le logement des nombreuses familles concernées dans des conditions normales, conforme à l'ordre public qui se trouverait compromis en cas d'expulsion immédiate* »[157]. Or, comme le remarque S. Laussinotte, en l'espèce, « *c'est le relogement des familles dans des conditions normales qui est conforme à l'ordre public – et non leur expulsion immédiate, sans relogement, qui bien au contraire le compromet* »[158]. A travers la jurisprudence judiciaire en matière d'expulsion locative, c'est une nouvelle conception de l'ordre public qui se dessine. Non plus celle de l'ordre matériel et extérieur, tel que l'on a pu le concevoir pendant longtemps dans la lignée de l'analyse classique formulée par M. Hauriou, mais bien une conception nouvelle, incluant des considérations immatérielles tel que le respect de la dignité de la personne humaine et plus largement, la protection de la sécurité, entendue au sens large comme la garantie de la jouissance des droits fondamentaux.

---

[154] C. Const., 29 juillet 1998, DC n° 98-403, *Rec*. pp. 276-288, spéc. p. 286 : « *si, dans des circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public, l'autorité administrative peut, sans porter atteinte au principe* (de séparation des pouvoirs) *ne pas prêter son concours à l'exécution d'une décision juridictionnelle, le législateur ne saurait subordonner l'octroi de ce concours à l'accomplissement d'une diligence administrative* ».

[155] V. en ce sens le raisonnement très explicite du Conseil Constitutionnel, décision précitée, p. 286 : d'après les dispositions législatives déférées, « *le fait pour le représentant de l'Etat dans le département de ne pas s'être assuré qu'une offre d'hébergement a été proposée aux personnes expulsées pourrait être un motif spécifique de refus de concours de la force publique à l'exécution d'une décision juridictionnelle émanant du juge judiciaire* (…) *s'agissant d'un motif qui ne justifie pas, par lui-même, un refus de ce concours en raison de la nécessité de sauvegarder l'ordre public, le dispositif ainsi institué porte atteinte au principe de séparation des pouvoirs* ».

[156] P. BOUCHET, entretien, *Hommes et Libertés*, n° 108, janvier 2000, p. 31. Même si l'affirmation est quelque peu discutable, le propriétaire ayant lui aussi des droits, dont la loi doit concilier la jouissance avec celle du droit au logement.

[157] Ordonnance TGI Paris, Mme Nicole (Pdte), 13 août 1991, cité par S. LAUSSINOTTE, « Droit au logement et état de nécessité », *Droit Ouvrier*, février 1994, p. 72 ; V., dans le même sens, quoique de façon plus implicite, le raisonnement de la Cour d'Appel d'Orléans (Ch. Civ., section 1, 19 juin 1996, *HLM de Pithiviers c. Le Coroller*, *Jurisdata* 043484), prononçant le sursis à exécution d'une mesure d'expulsion afin de garantir le droit au logement et soulignant l'absence de proposition de relogement par le Préfet, alors que l'expulsé connaissait de graves difficultés sociales et financières.

[158] S. LAUSSINOTTE, précit., p. 72.

Le recours à la précarité comme élément constitutif de la pauvreté est donc précieux. Tout d'abord, parce qu'il s'agit d'un phénomène « *de l'ordre de la destabilisation en germe de la société, des droits qui s'usent, des images idéales de l'emploi et de la protection sociale qui se brisent comme se brise le sentiment d'appartenance à la société* »[159], le concept de précarité renvoie immédiatement à la notion de sécurité, notion éminemment juridique, élément constitutif de l'ordre public et principe phare de l'ordre social. Ensuite, parce qu'il permet d'établir un lien entre la pauvreté que le législateur entend combattre par l'instauration de garanties de ressources, les failles du système de protection sociale et les tendances actuelles du droit du travail comme la flexibilité du travail et l'émergence d'un marché de l'emploi atypique[160]. Enfin, parce que, se situant dans le champ de l'analyse des droits fondamentaux, il constitue le socle d'une définition juridique de la pauvreté comme atteinte aux droits.

II- L'absence de ressources, ou la pauvreté comme absence de droits

311. Dans son essai de définition de la pauvreté, le rapport Wresinski souligne que l'insécurité qui résulte de la précarité « *conduit à la grande pauvreté quand elle affecte plusieurs domaines de l'existence, qu'elle devient persistante, qu'elle compromet les chances de réassumer ses responsabilités et de reconquérir ses droits par elle-même, dans un avenir prévisible* »[161]. Une passerelle très nette est ainsi établie entre pauvreté et absence de droits.

Celle-ci avait déjà été soulignée par le Conseil des Ministres des Communautés européennes[162], lequel proposait en 1975 de définir les personnes pauvres comme les individus ou familles dont les ressources sont si faibles qu'ils sont exclus des modes de vie minimaux acceptables dans l'Etat membre dans lequel ils vivent. L'assimilation entre revenu financier et ressources apparaissait, à l'époque, déjà largement insuffisante, au point que le Conseil des Ministres ajoutait immédiatement qu'il fallait entendre par "ressources" les « *revenus en espèces, biens ainsi que les services disponibles dans les domaines public et privé* ». L'absence d'argent n'est donc pas le seul critère de la pauvreté ; l'argent n'est même rien en lui-même, selon J. Labbens, dans la mesure où « *il est le signe des droits appropriés qui procurent un revenu. Ce dernier existe parfois sans argent, mais on n'obtient jamais d'argent, si l'on ne possède de tels droits. On est donc pauvre lorsqu'on n'arrive pas ou lorsqu'on arrive mal à s'approprier cette réalité d'essence juridique, parfois mal codifiée, qui est vraiment un pouvoir sur autrui* »[163]. La pauvreté, comme la richesse, dépendent ainsi d'un pouvoir d'essence juridique. Une telle analyse est corroborée par différents rapports européens. Ainsi, selon le rapport Burnel, « *pour faire une approche raisonnable de la pauvreté et bien distinguer ses zones de gravité, faut-il mettre en évidence d'une part des*

---

[159] P. KLEBANER, G. MARTIN, C. OFFREDI, « Au-delà du revenu minimum », *Futuribles*, n° 126, nov. 1988, p. 4.
[160] M. BADEL, thèse précitée, pp. 470-471.
[161] Avis adopté par le Conseil économique et social, *JO, avis et rapports du CES*, séance des 10 et 11 février 1987, n° 6, 28 février 1987, p. 6.
[162] 22 juillet 1975, définition citée par le rapport PEQUIGNOT, précité, p. 367.
[163] J. LABBENS, *Sociologie de la pauvreté*, éd. Gallimard, coll. Idées, n° 393, 1978, pp. 93-94.

réalités identifiées et mesurables tels que le niveau de vie, les normes d'habitabilité, le degré de formation et d'autre part la capacité de faire valoir tous les droits qui caractérisent l'appartenance à une société donnée tels que le droit à l'emploi, le droit à la culture, le droit d'être logé, le droit aux soins, le droit à l'information… »[164]. La pauvreté se mesure de la sorte par la non-jouissance de droits essentiels, constitutifs de l'appartenance sociale. Le Comité économique et social des communautés européennes ne dit pas autre chose, lorsqu'il constate que la grande pauvreté résulte de trois carences qui « *s'autoalimentent et s'aggravent par effet cumulatif : absence de logement ou disposition d'un logement indigne d'accueillir un être humain ou une famille ; absence de ressources financières, ce qui concerne notamment les personnes frappées par un chômage répétitif ou de longue durée ; absence de protection sociale et sanitaire* » [165].

312. La pauvreté se définit donc comme un trouble relativement important dans la jouissance de droits reconnus à tous. Elle s'analyse en une incapacité à exercer pleinement des droits, un non-exercice dont l'ampleur est telle qu'elle aboutit à en vider la substance même. L'ineffectivité de la règle aboutit ici à sa dénaturation et sa disparition. La pauvreté est synonyme de non-droits. Constat qui explique que la réponse des pouvoirs publics à la pauvreté soit apportée sur le même terrain et se formule en termes de droits de l'homme.

C'est ainsi le Comité économique et social qui affirme que l'objectif des politiques de lutte contre la pauvreté est de « *rétablir ces personnes et ces familles dans la plénitude des droits et moyens reconnus par la Déclaration universelle des droits de l'homme. Il en est ainsi, par exemple, de la liberté, de la justice, de l'accès au travail et aux soins* »[166]. C'est aussi la Déclaration de Copenhague qui entend éradiquer la pauvreté grâce à des mesures permettant « *d'assurer la sécurité alimentaire, offrir un enseignement, un emploi et des moyens de subsistance adéquats, de fournir des soins de santé primaires* (...), *un logement adéquat et la participation de tous à la vie sociale et culturelle* »[167]. C'est encore la version révisée de la Charte sociale européenne, qui énonce dans son article 30 un « *droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale* », lequel impose aux Etats signataires de « *prendre des mesures dans le cadre d'une approche globale et coordonnée pour promouvoir l'accès effectif notamment à l'emploi, au logement, à la formation, à l'enseignement, à la culture, à l'assistance sociale et médicale des personnes se trouvant ou risquant de se trouver en situation d'exclusion sociale ou de pauvreté, et de leur famille* » et de « *réexaminer ces mesures en vue de leur adaptation si nécessaire* ». C'est enfin la loi française de 1998 qui affirme, en réponse à l'exclusion sociale, une liste des droits fondamentaux qu'elle entend garantir.

---

[164] Rapport R. BURNEL, *Rapport d'information de la section des affaires sociales, familiales, de l'éducation et de la culture sur la pauvreté*, 9 mars 1989, doc. CES 421/88 fin., p. 8.
[165] Comité économique et social des communautés européennes, avis du 12 juillet 1989, CES 834/89 mh, adopté sur la base du rapport R. BURNEL, précité.
[166] Comité économique et social des communautés européennes, avis précité du 12 juillet 1989.
[167] Engagement 2-b de la Déclaration adoptée par le Sommet mondial pour le développement social, tenu à Copenhague le 12 mars 1995, La D. F., *Document d'actualité internationale*, 15 juin 1995, p. 374.

A travers ces différents textes, une convergence remarquable se dessine : la pauvreté est un trouble jugé socialement inadmissible dans la jouissance des droits qualifiés de fondamentaux par le législateur de 1998 : l'emploi, le logement, la protection de la santé, la justice, l'éducation, la formation et de la culture, la protection de la famille et de l'enfance. Derrière l'énoncé fourre-tout, une tentative de synthèse est possible : la pauvreté s'analyse comme une atteinte à la sécurité de l'existence - absence de revenu, de logement, de possibilité de se soigner et d'accéder à la justice - et au développement de la personne - faible vie intellectuelle, culturelle, familiale et sociale -, autant d'atteintes que le droit tente de combattre par l'affirmation de droits fondamentaux. Sécurité de l'existence et développement de la personne… Les termes ne sont pas inconnus du juriste : n'est-ce pas, ni plus ni moins, la formulation retenue par les alinéas 10 et 11 du Préambule, selon lesquels la Nation garantit à l'individu la sécurité matérielle et les conditions nécessaires à son développement ?

CONCLUSION DU CHAPITRE

313. La conclusion se devine : la pauvreté comporte une consistance juridique en ce qu'elle concerne et affecte l'ordonnancement des relations dans la cité, les droits et les devoirs à l'égard d'autrui et de l'Etat. Sa définition juridique s'avère relative : elle est ce trouble social jugé inacceptable par l'ordre juridique, cette atteinte à la sécurité de l'existence et au développement de la personne, atteinte que le droit entend combattre. Définition toute relative certes, puisque « *la pauvreté, comme la beauté, réside dans les yeux de celui qui la regarde* »[168]. La pauvreté commence donc à partir de cet état de précarité et d'insécurité qu'une société donnée analyse en une atteinte aux principes fondamentaux qu'elle entend garantir. Mais le constat d'une définition relative de la pauvreté par le droit ne signifie pas pour autant que toute pauvreté est relative dans ses effets : le trouble peut-être plus ou moins grave, plus ou moins fatal. Il incombe alors aux sciences sociales de distinguer entre pauvreté absolue et relative, tout comme il pourrait revenir à la jurisprudence de définir des standards permettant de préciser le degré d'insécurité et d'atteinte aux droits consacrés.

Le droit a donc un langage propre. Là où l'économie désigne la pauvreté en terme d'absence ou d'insuffisance de ressources, là où la sociologie s'attache à la place de l'homme au sein d'une entité sociale et définit la pauvreté en terme d'exclusion sociale et d'absence d'emploi, le droit utilise un autre langage : celui des droits de l'homme, c'est-à-dire ni plus ni moins que son fondement premier et son but suprême. Pour l'ordre juridique, la pauvreté est un désordre, une offense. Elle est cet obstacle à la quête de ce but poursuivi de manière continue par les sociétés occidentales, depuis Aristote jusqu'à la déclaration d'indépendance américaine ou la Constitution française de 1793 : le bonheur. Or, si elle est un tort social, la « *pauvreté n'est pas vice* », plaisantait P. Léautaud dans *Passe-temps*, « *parbleu, un vice est agréable* ».

---

[168] M. ORSHANSKY, « How poverty is mesured », *Monthly Labor Review*, février 1969, cité par E. MOSSE, précit., p. 68.

CONCLUSION DU TITRE 2

314. L'exclusion sociale est une façon de penser la pauvreté qui prend sa source dans une réflexion renouvelée sur les liens entre l'individu et la société. Elle traduit une rupture certaine : l'attention, autrefois portée sur la préservation de la cohésion, se déplace vers l'individu. Aux réponses traditionnelles de charité et de répression, au devoir d'intégration pesant sur le pauvre, se substitue un droit fondamental : celui à l'insertion. Le fondement premier de l'intervention des pouvoirs publics dans la lutte contre la pauvreté est désormais le souci de garantir l'effectivité des droits proclamés par le Préambule de 1946 mais longtemps restés ineffectifs. Dans ce renouveau réside certainement le noyau essentiel permettant de tracer les contours d'une définition juridique de la pauvreté. La pauvreté est certes à la fois une insuffisance de ressources et la cause d'une exclusion sociale, mais elle se définit aussi juridiquement comme une atteinte à la sécurité de l'existence et au développement de la personne, atteinte que le droit entend combattre ou réduire au nom du nécessaire respect de la dignité de la personne humaine.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

315. A la recherche de leurs fondements, les liens entretenus entre le droit et la pauvreté semblent se recomposer autour de pistes nouvelles. Le détour historique permet de souligner cette difficulté paradoxale : pensée dès la Révolution en termes de droits de l'homme, la réponse du droit à la pauvreté a mis près de deux siècles à s'imposer. Et encore, cette évidence a-t-elle été contestée : le recours à la notion de droits économiques et sociaux a suscité plus d'interrogations et de critiques qu'il n'a apporté de réponses. Proclamés en 1946 seulement, ils feront l'objet d'une marginalisation intellectuelle et jurisprudentielle tendant à réduire leur portée voire à nier leur juridicité, qui les reléguera au rang de principes politiques dénués de sanction.

Le bouleversement affectant les fondements juridiques de la lutte contre la pauvreté depuis quinze ans prend ainsi toute son ampleur. Cette dernière ne se fonde plus sur la rencontre de deux devoirs, celui de l'Etat et celui de l'indigent, mais bel et bien sur un droit fondamental : le droit à l'insertion. La reconnaissance d'un tel droit constitue un nouveau compromis, dépassant la dialectique entre droits libertés et droits créances. Fondamental, ce droit l'est à plus d'un titre : droit essentiel traduisant un renouveau du contrat social et une nouvelle dimension de la place et du rôle de l'individu au sein de la communauté ; droit à la source d'autres droits, permettant de fonder intellectuellement la cohérence de l'ordre juridique ; droit ouvrant des vastes possibilités, non encore toutes exploitées, tant est récente l'émergence de cette nouvelle catégorie juridique que sont les droits fondamentaux.

La réflexion contemporaine sur les droits fondamentaux traduit ainsi un bouleversement des notions d'Etat de droit et d'Etat Providence et permet leur conciliation. La nécessité d'un traitement de la pauvreté n'est plus justifiée par la préoccupation première d'assurer une stabilité ou une cohésion sociales, mais par la promotion de l'homme, envisagé dans son intégralité, à la fois être de chair et être d'esprit. Or, la "redécouverte" par le droit du principe de dignité rend compte de cette double dimension enfin acceptée. Dans sa dimension fondamentale, la dignité tend à protéger l'intimité de la personne, dans sa dimension sociale, elle est une sphère d'ouverture aux autres. Mais, qu'elle soit envisagée dans l'une ou l'autre de ses acceptions, la dignité, tout comme d'autres droits fondamentaux, est mise à mal par des situations de dénuement matériel. La protection des droits fondamentaux devient de la sorte le but ultime du pacte social. Cette tension du droit vers cet idéal juridicisé du bonheur entraîne par contrecoup une mutation de la prise en compte de la pauvreté par le droit, appréhendée différemment. S'éloignant des approches économiques ou sociologiques, la pauvreté peut se penser juridiquement comme un trouble certain dans la jouissance des droits qu'une société entend garantir, comme une atteinte à l'effectivité de droits jugés essentiels.

CONCLUSION GÉNÉRALE

316. La recherche entreprise s'ouvre sur un mystère, celui du don, et se termine par un autre, celui de la dignité de l'homme. Toute l'histoire des liens entre droit et pauvreté réside entre ces deux notions.

Le don, tout d'abord, cet acte fondateur de toute société, qui repose sur un échange, loin de son acception juridique d'acte gratuit : les travaux anthropologiques l'ont bien montré, la charité chrétienne l'a poussé à sa perfection : le don au pauvre scelle la commune appartenance, assure le maintien de l'ordre social, restaure la cohésion menacée. M. Mauss a démontré la place centrale du don dans le fonctionnement social[1] : les échanges relationnels résultant du don sont le roc humain sur lesquels sont bâtis nos sociétés. Analysant notamment le phénomène total du *potlach* dans des sociétés dites "archaïques", il y voit, plus qu'un phénomène juridique, un élément structurant de la société humaine. Car le caractère apparemment volontaire du don procède en réalité d'une contrainte et d'une recherche intéressée. C'est foncièrement un moyen d'imposer un pouvoir et de maintenir des hiérarchies : en effet, « *le don non rendu rend inférieur celui qui l'a accepté* »[2]. Cette découverte de l'ethnologie et de la sociologie modernes était pourtant latente dans la conception religieuse de la charité faite au pauvre. Giordano da Rivalto, dominicain pisan du XIIIe siècle, le soulignait : l'aumône est explicitement présentée comme un échange et un contrat : le mendiant recevant une aide est tenu de prier pour son bienfaiteur[3]. En somme, le don oblige et, en assurant tout à la fois reconnaissance et soulagement de la misère, il permet de tisser des liens humains et sociaux que la pauvreté peut détruire. Or, c'est en cela, historiquement, que la pauvreté a constitué une question sociale et un problème juridique : dans cette menace pour la cohésion sociale et la stabilité politique. Si ce risque fut constamment évoqué au fil des siècles, la chose n'est guère plus dite. Il est bien rare actuellement de trouver des justifications aussi explicites que celle avancée par le Parlement européen en 1983, soulignant « *les perturbations de l'ordre public déjà constatées dans la Communauté, le risque redoutable d'instabilité politique et la menace pesant sur les principes démocratiques de nos sociétés, qui résultent de la tendance à acculer de plus en plus de personnes à la pauvreté* »[4]. Pourtant, cette recherche de cohésion explique toute l'histoire du traitement juridique de la pauvreté : à l'impératif du don au pauvre répond l'obligation faite à ce dernier de s'intégrer, par le travail notamment, et en tout cas par l'allégeance à l'ordre social et politique existant, qu'il prenne la forme providentielle de l'ordre divin du Moyen

---

[1] M. MAUSS, « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques », 1ère éd., 1923-1924, rééd. *in* « *Sociologie et anthropologie* », PUF, 1991, pp. 143-279.
[2] Id., p. 258.
[3] Cité par B. GEREMEK, *La Potence et la pitié*, Gallimard, 1987, pp. 66-67.
[4] PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution sur le rapport final de la Commission au Conseil sur le premier programme de projets et études pilotes pour combattre la pauvreté*, 7 juillet 1983, point E, *JOCE* 12 septembre 1983, n° C242/72.

Age, celle de l'idéologie du pacte social révolutionnaire, du credo libéral ou de la démocratie sociale républicaine. Derrière le don, la cohésion sociale…

La dignité, ensuite, cet irréductible humain dont le seul mot d'homme emporte l'idée[5] et que le droit s'efforce de préserver contre les atteintes résultant du dénuement matériel. La protection de la dignité est au fondement même du droit. Hammurabi n'a-t-il pas reçu le code des lois des mains du Dieu Marduk « *pour proclamer le droit dans le Pays, pour que le fort n'opprime pas le faible* » ? Cette dignité, que la précarité des conditions matérielles menace, l'ordre juridique tend à la protéger par l'affirmation d'un certain nombre de droits permettant à l'homme, non seulement de sortir de la misère, mais, plus encore, de retrouver une place au sein du corps social et une utilité sociale.

Pourtant, l'étude n'aura fait qu'effleurer le voile recouvrant don et dignité, et ceux-ci restent largement ignorés de cette thèse, dont le caractère résolument limité à l'analyse juridique est nécessairement restrictif. Le mystère du don et de la dignité reste entier… De ce constat naît une frustration évidente : la recherche tentée n'a traité ni de la dimension humaine, philosophique ou religieuse du don et de la dignité, pas plus qu'elle n'a évoqué la dimension économique et sociale de la pauvreté. L'étude juridique est certainement aride et incomplète. Mais en même temps, la frustration cède devant le défi intellectuel que la pauvreté lance au juriste : l'étude de la relation que le droit entretient avec la pauvreté amène en effet à une double interrogation, tant sur les finalités du droit que sur ses modalités d'intervention.

Quels buts le droit poursuit-il ? Entre le juste et l'utile, entre la protection de l'individu et celle du « bon ordre », l'histoire du traitement réservé au pauvre traduit des hésitations constantes et, par là-même, sert de révélateur à l'ensemble de l'ordre juridique. En la matière, la transformation des fondements de la norme d'assistance aux pauvres révèle une évolution ou une mutation de l'ordre juridique, un passage du holisme à l'individualisme, et tout laisse subodorer que cette mutation ne se limite pas au champ étudié. Là où l'ancien Code Pénal incriminait des atteintes aux bonnes mœurs, le Nouveau Code pénal invoque les atteintes à la dignité de la personne ; là où la jurisprudence traditionnelle évoquait les menaces à la moralité publique, les arrêts récents du Conseil d'Etat substituent le nécessaire respect de la dignité de la personne humaine. L'individu devient l'objet central de l'intervention normative, et cette finalité individualiste ne reflète-t-elle pas le déclin de l'idée de communauté, déclin souligné par différentes études sociologiques qui voient dans l'égoïsme un trait marquant de nos sociétés ? Mais l'évolution remarquée s'étend à d'autres champs encore : le développement du recours au procédé contractuel en droit de l'aide sociale a été souligné. L'innovation que traduit la signature d'un contrat d'insertion dans le cadre du RMI s'inscrit dans une perspective générale de déclin des procédés unilatéraux de puissance publique. La concertation est une tendance réelle, que reflète également l'émergence de cette citoyenneté administrative qui tend à voir dans l'administré non plus un sujet passif mais bel et bien un usager actif. La création de comités d'usagers, le recours au contrat, révèlent

---

[5] V. en ce sens PUFENDORF, « *Le seul mot d'homme emporte une idée de dignité* », *Le droit de la nature et des gens*, § 1 , chap. II, Livre III, T. 1.

une conception différente de la relation entre individu et pouvoirs publics et les changements relatifs au pauvre ne font qu'illustrer un phénomène de plus grande ampleur. Le droit public évolue et, perdant un peu de ses traits caractéristiques de droit de puissance publique régalienne, devient le reflet d'un nouveau vouloir vivre ensemble, idéal non plus imposé mais construit.

Constatation qui rejoint l'autre question que l'étude juridique de la pauvreté amène nécessairement : elle renvoie aux caractéristiques mêmes de la norme. Pourquoi le droit ne construit-il pas de notion de pauvreté ? Au terme d'une étude qui a essayé de rassembler des éléments disparates, d'ordonner le désordre et de construire un objet d'étude, empruntant pour cela à l'histoire, aux droits constitutionnel, civil ou pénal, fiscal et administratif, faisant des incursions dans le droit international ou comparé, la question demeure intacte. Le droit n'est pas un processus global de saisine de ce fait social. Il n'existe pas de concept juridique de la pauvreté, et la recherche n'a conduit qu'à l'identification d'un phénomène de facettes. Le pauvre n'existe pas en droit, au sens où il existe un usager de service public ou un fonctionnaire, dont le statut et l'identité juridiques sont connus. Ceci ne signifie pas que le droit ignore le pauvre, mais qu'il l'appréhende selon des situations diverses, du surendetté au bénéficiaire du minimum vieillesse, de la voleuse de pain à l'indigent fiscal, du vagabond au parent dans le besoin. Pourquoi ce morcellement ? Certainement parce que la pauvreté est un phénomène global et que le droit ne peut prendre en charge que des aspects ponctuels. Il faut bien se résoudre à ce que tout ne soit pas juridique…

En revanche, il est certain que ce phénomène de facettes peut donner prise à une classification, tentative qui permet non seulement de repérer les fondements de l'intervention normative, mais également les modalités selon lesquelles le droit se saisit de tel ou tel aspect de la pauvreté. De cette étude, il ressort que la pauvreté est avant tout un trouble à l'ordre social que le droit entend garantir, trouble contre lequel le droit tend à se prémunir.

Certes, l'étude juridique a ses limites : montrer que le droit appréhende la pauvreté est finalement sans grande incidence sur la vie de familles dispersées, soumises à l'humiliation des coupures d'électricité, sur celle du sans-domicile-fixe errant entre asiles de nuit et restaurants du Cœur. Devant la gravité de la souffrance, la vanité de la démarche est certaine. Toutefois, l'appel au droit est nécessaire, non pour trouver une solution à un problème millénaire, mais pour expliquer et proposer. C'est à la fois l'humilité et la nécessité de la recherche juridique, car s'il « *serait une erreur de demander au Droit plus qu'il ne peut donner, c'en serait une autre de ne pas lui demander tout ce qu'il peut donner* »[6].

Paris, le 11 novembre 2001

---

[6] J. RIVERO, « Intérêts vitaux de la nation et fins humaines du pouvoir », X^e^ journées d'études juridiques J. DABIN, *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs ; Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeur en droit pénal, public et international*, Bruylant, 1982, p. 545.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE[1]

Ouvrages généraux, traités et manuels

ALFANDARI Elie, *Action et aide sociales*, Dalloz, 4e éd., 1989, 755 p.

AUBIN Gérard ; BOUVERESSE Jacques, *Introduction historique au droit du travail*, PUF, 1995, 318 p.

BART Jean, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, Montchrestien, 1998, 534 p.

BECET Jean-Marie ; COLARD Daniel, *Les droits de l'homme*, Economica, 1982, 301 p.

BERGER Vincent, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 5e éd., 1996, 645 p.

BERTHELEMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, Rousseau, 12è éd.,1930, 1168 p.

BORGETTO Michel ; LAFORE Robert, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, Montchrestien, 3e éd., 2000, 520 p.

BRAUD Philippe ; BURDEAU François, *Histoire des idées politiques depuis la Révolution*, Montchrestien, 1983, 696 p.

BURDEAU Georges, *Traité de science politique,* LGDJ, 3e éd., 1987, T. 6, 810 p.

CALAIS-AUDOY Jean, STEINMETZ Frank, *Droit de la consommation*, Dalloz, Précis, 4e éd., 1996, 507 p.

CARBONNIER Jean, *Droit civil. Introduction*, PUF, Thémis droit privé, 21e éd., 1992, 378 p.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, Montchrestien, 13e éd., 1999, T. 1, 1369 p.

CHARVIN Robert ; SUEUR Jean-Jacques, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 2e éd., 1997, 375 p.

COLLIARD Claude-Albert, *Libertés publiques*, Dalloz, 7e éd., 1989, 915 p.

DEROUIN H. ; GORY A. ; WORMS F, préface de BERTHELEMY Henri, *Traité théorique et pratique d'assistance publique*, Sirey, 3e éd., 1914, 2 vol.

DIJON Xavier, *Droit naturel*, T. 1, « Les questions du droit », PUF, Thémis Droit privé, 1998, 618 p.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Boccard, 2e éd., 1923, 4 tomes.

DUPEYROUX Jean-Jacques ; PRETOT Xavier, *Sécurité sociale*, Sirey, 10e éd., 2000, 198 p.

DUPEYROUX Jean-Jacques ; RUELLAN Rolande, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 13e éd., 1998, 1228 p.

ELLUL Jacques, *Histoire des Institutions*, PUF, Thémis, Science politique, 12e éd., 1993, 5 vol.

FOURNIER Jacques ; QUESTIAUX Nicole ; DELARUE Jean-Marie, *Traité du social : situations, luttes, institutions,* Dalloz, 5e éd, 1995, 1093 p.

GHESTIN Jacques ; HAUSER Jean ; HUET-WELLER Danièle, *Traité de droit civil. La famille*, LGDJ, 2e éd, 1993, 943 p.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 6e éd, 1907, 915 p.

HAURIOU Maurice, *Principes de droit public,* Sirey, 1910, 734 p.

JOIN-LAMBERT Marie-Thérèse, *Politiques sociales*, Dalloz, 2e éd., 1997, 717 p.

---

[1] En raison de l'importance des documents consultés pour la rédaction de cette thèse, cette bibliographie est volontairement sélective et ne comprend pas toutes les références citées en notes de bas de page. Notamment, elle n'inclut que les écrits juridiques et occulte, sauf cas particulier résultant de l'importance de leur contribution, les différents travaux menés en sciences sociales. De surcroît, les articles publiés dans un ouvrage collectif dont le contenu intéresse l'ensemble de ce travail ne sont pas cités individuellement et sont répertoriés dans la rubriques « Actes de colloque et ouvrages collectifs ». Enfin, sauf indication contraire, les publications citées ont été éditées à Paris.

LACHAUME Jean-François, *Les grands services publics*, Masson, 1989, 375 p.
LAUBADERE (de) André, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 1978, T. 3, 3e éd., 564 p.
LEROY Maxime, *Histoire des idées sociales en France*, Gallimard, 1946, 3 tomes.
LYON-CAEN Gérard ; PELISSIER Jean ; SUPIOT Alain, *Droit du travail*, Dalloz, 18e éd., 1996, 1007 p.
MALAURIE Philippe, *Droit civil - La famille*, Cujas, 6e éd., 1998, 609 p.
MAZEAUD Henri ; MAZEAUD Léon ; CHABAS François, LEVENEUR Laurent, *Leçons de droit civil La famille,* Montchrestien, 7e éd., 1995, 866 p.
MESTRE Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1e éd., 1985, 294 p.
PETTITI Louis-Edmond ; DECAUX Emmanuel ; IMBERT Pierre-Henri, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 2e éd., 1999, 1230 p.
PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Ed. Cujas, 12e éd., 1999, 783 p.
PRETOT Xavier, *Les grands arrêts du droit de la sécurité sociale*, Sirey, 2e éd., 1998, 707 p.
RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal spécial*, Précis Dalloz, 1997, 620 p.
RIVERO Jean, *Les libertés publiques*, Thémis, PUF, 8e éd., 1997, T. 1, « Les droits de l'homme », 262 p.
ROBERT Jacques, DUFFAR Jean, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 7e éd.,1999, 906 p.
ROUJOU DE BOUBEE Gabriel, BOULOC Bernard, FRANCILLON Jacques, MAYAUD Yves, *Code Pénal Annoté, Livres I à IV*, Dalloz, 1996, 878 p.
ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 4e éd., 1995, 438 p.
SUDRE Frédéric, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 4e éd., 1999, 488 p.
TOUCHARD Jean, *Histoire des idées politiques, du XVIIIe siècle à nos jours*, PUF, 1981, 870 p.
VELU Jacques ; ERGEC Rusen, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, 1185 p.
VINCENT Jean ; PREVAULT Jacques, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, 19e éd., 1999, 477 p.
VITU André, *Traité de droit criminel- droit pénal spécial*, Dalloz, 1981, T. 1, 1350 p.

Ouvrages spécialisés et thèses publiées

ANGLADE Jean-Marie, *Les droits de l'homme à l'épreuve de la grande pauvreté*, Science et Service Quart-Monde, 1987, 165 p.
BADEL Maryse, *Le droit social à l'épreuve du RMI*, P.U. Bordeaux, 1996, 638 p.
BARTHE Marie-Annick ; GAZIER Bernard ; LEPRINCE Frédérique ; NOGUES Henry, *Protection sociale et RMI*, Syros, 1992, 127 p.
BASTID Paul, *Doctrines et Institutions politiques de la Seconde République,* Hachette, 1945, T. 1, 301 p.
BEAUFRETON Maurice, *Assistance publique et charité privée*, Giard et Brière, 1911, 394 p.
BERTAUX Roger, *Pauvres et marginaux dans la société française*, P U. Nancy, 1994, 377 p.
BEZANCON Xavier, *Les services publics en France du Moyen Age à la Révolution*, Presse de l'Ecole Nationale des Ponts et Chaussées, 1995, 439 p.
BLOCH Camille, *L'assistance et l'Etat en France à la veille de la Révolution*, Librairie Alphonse Picard et fils, 1908, 504 p.
BLOCH Camille ; TUETEY Alexandre, *Procès verbaux et rapports du Comité de mendicité de la Constituante, 1790-1791*, Imprimerie nationale, 1911, 847 p.
BORGETTO Michel, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, Bibl. Droit Public, 1993, 689 p.
BORGETTO Michel, LAFORE Robert, *La République sociale. Contribution à l'étude de la question démocratique en France*, PUF, 2000, 367 p.
BOURGEOIS Léon, *Solidarité*, PU du Septentrion, 1998, (rééd. de la 5e édition, 1906), 110 p.

BURDEAU Georges, *L'Etat*, Le Seuil, 1970, 182 p.
CALVES Gwenaëlle, *Les politiques de discrimination positive*, Problèmes politiques et sociaux, La D.F., n° 822, 4 juin 1999, 74 p.
CASTEL Robert, *Les métamorphoses de la question sociale, une chronique du salariat,* Fayard, 1995, 481 p.
CHEVALIER Louis, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris, pendant la première moitié du XIXè siècle,* Plon, 1958, 562 p.
CHEVALLIER Emile, *De l'assistance dans les campagnes,* Arthur Rousseau éd., 1889, 436 p.
CUBERO José, *Histoire du vagabondage du Moyen Age à nos jours*, Imago, 1998, 294 p.
DAMON Julien, *Des hommes en trop Essai sur le vagabondage et la mendicité,* Éditions de l'aube, 1996, 132 p.
DANIEL Christine, TUCHSZICHER Carole, *L'Etat face aux chômeurs, l'indemnisation du chômage de 1884 à nos jours*, Flammarion, 1999, 394 p.
DAVID Marcel, *Fraternité et Révolution française,* Aubier, 1987, 350 p.
DAVID Marcel, *Les fondements du social de la IIIè République à l'heure actuelle,* Anthropos, 1993, 298 p.
DE FOUCAULD Jean-Baptiste ; PIVETEAU Denis, *Une société en quête de sens,* Odile Jacob, 1995, 300 p.
DECHAMPS Ivan, VAN RUYMBEKE Martine, *L'aide sociale dans la dynamique du droit*, De Boeck Université, Bibl. de droit social, Bruxelles, 1995, 383 p.
DESCHAMPS Emmanuelle, *Le droit public et la ségrégation humaine (1943-1997),* LGDJ, Bibl. Droit Public, 1998, 522 p.
DION-LOYE Sophie, *Les pauvres et le droit,* PUF, Que sais-je ?, 1997, 125 p.
DONZELOT Jacques, *L'invention du social (Essai sur le déclin des passions politiques),* Fayard, 1984, 263 p.
DREYFUS Ferdinand, *L'assistance sous la Seconde République,* E. Cornély, 1907, 220 p.
DROIT ET DÉMOCRATIE, *Le préambule de la Constitution de 1946 : un contrat de société,* Documentation française, 1994, 81 p.
DU BOIS DE GAUDUSSON Jean, *L'usager du service public administratif*, LGDJ, Bibl. Droit Public, 1974, 318 p.
DUPRAT Catherine, *Pour l'amour de l'humanité. Le temps des philanthropes*, Ed. du Comité des travaux historiques et scientifiques, 1993, T. 1, 485 p.
EWALD François, *L'Etat Providence,* Grasset, 1986, 608 p.
FIERENS Jacques, *Droit et pauvreté*, Bibl. de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Bruxelles, 1992, 456 p.
FITOUSSI Jean-Paul ; ROSANVALLON Pierre, *Le nouvel âge des inégalités,* Seuil, 1996, 232 p.
FORREST Alan, *La Révolution française et les pauvres,* Librairie académique Perrin, 1986, 283 p.
FOUCAULT Michel, *Histoire de la folie à l'âge classique*, (1972), Gallimard, 1990, 583 p.
FOURTEAU Henri, *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des Etats membres*. *L'impact des garanties européennes contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants*, LGDJ, Bibl. constitutionnelle et de science politique, 1996, 376 p.
GAUCHET Marcel, *La révolution des droits de l'homme,* Gallimard, 1989, 341 p.
GERANDO Joseph Marie (baron de), *De la bienfaisance publique,* Jules Renouard et Cie, 1839, 4 vol.
GEREMEK Bronislaw, *La potence ou la pitié. L'Europe et les pauvres du Moyen-Age à nos jours,* Gallimard, 1990, 330 p.
GUESLIN André, *Gens pauvres, pauvres gens dans la France du XIXe siècle*, Aubier, 1998, 314 p.
HATZFELD Henri, *Du paupérisme à la Sécurité sociale, 1850-1940,* A. Colin, 1971, 334 p.
LALLEMAND Léon, *Histoire de la charité,* Picard, 1902, 4 vol.
LAMARQUE Gilles, *L'exclusion*, PUF, Que Sais-Je ?, 1998, 2e éd., 127 p.
LENOIR René, *Les exclus, un Français sur dix*, (1974), Le Seuil, 4e éd. 1989, 185 p.
LUCHAIRE François, *Le Conseil Constitutionnel,* Economica, 1980, 435 p.
LUCHAIRE François, *La protection constitutionnelle des droits et libertés,* Economica, 1987, 501 p.
MARCHETTI Anne-Marie, *Pauvretés en prison*, éd. Erès, 1997, 222 p.
MARTIN Jean-Baptiste, *La fin des mauvais pauvres : de l'assistance à l'assurance,* Champvallon, 1983, 197 p.

MAURER Béatrice, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La D.F., coll. Monde européen et international, 1999, 555 p.
MILANO Serge, *La pauvreté absolue,* Hachette, 1988, 268 p.
MILANO Serge, *La lutte contre la pauvreté,* dossier, Problèmes politiques et sociaux, 1995, n° 751, 79 p.
MOLLAT Michel, *Les pauvres au Moyen Âge ; étude sociale,* Hachette, 1978, 395 p.
ORSONI Gilbert, *L'interventionnisme fiscal,* PUF, 1995, 305 p.
PAUGAM Serge, *La disqualification sociale,* PUF, 1991, 254 p.
PAUGAM Serge, *La société française et les pauvres : l'expérience du RMI*, PUF, 1993, 317 p.
PAULTRE Christian, *De la répression de la mendicité et du vagabondage sous l'ancien Régime,* Sirey, 1906, 642 p.
PICARD Etienne, *La notion de police administrative* LGDJ, Bibl. Droit Public, 1984, 2 T., 926 p.
PROCACCI Giovanna, *Gouverner la misère : la question sociale en France 1789-1846*, Le Seuil, 1993, 358 p.
RANGEON François, *L'idéologie de l'intérêt général,* Economica, 1986, 246 p.
RIALS Stéphane, *La Déclaration des droits de l'homme,* Hachette, 1988, 363 p.
ROCHAIX Maurice, *L'évolution des questions hospitalières de la fin de l'Ancien Régime à nos jours,* Berger-Levrault, 1996, 497 p.
ROSANVALLON Pierre, *L'Etat en France de 1789 à nos jours,* Le Seuil, 1990, 369 p.
ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Gallimard, 1992, 490 p.
ROSANVALLON Pierre, *La nouvelle question sociale. Repenser l'Etat Providence,* Le Seuil, 1995, 222 p.
ROSENCSZVEIG Jean-Pierre, *Le dispositif français de protection de l'enfance*, Ed. jeunesse et droit, 1996, 760 p.
SAINT-JAMES Virginie, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, PU Limoges, 1995, 476 p.
SAMUEL Lénia, *Droits sociaux fondamentaux, jurisprudence de la Charte sociale Européenne*, Ed. du Conseil de l'Europe, 1997, 498 p.
SASSIER Philippe, *Du bon usage des pauvres. Histoire d'un thème politique : XVIème - XXème siècle*, Fayard, 1990, 449 p.
SAYAG Alain, *Essai sur le besoin créateur de droit*, LGDJ, Bibl. de droit privé, 1969, 319 p.
SCHALLER François, *De la charité privée aux droits économiques et sociaux des citoyens,* La Baconnière, 1950, 246 p.
SIMMEL Georg, *Les pauvres*, (1908) préface de S. PAUGAM, PUF, 1998, 102 p.
SUPIOT Alain., *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, 280 p.
TANGHE Fernand, *Le droit au travail entre histoire et utopie, 1789-1848-1989 : de la répression de la mendicité à l'allocation universelle*, Pub. des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1989, 242 p.
TEITGEN-COLLY Catherine, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica, 1981, 536 p.
THOMAS Hélène, *La production des exclus*, PUF, 1997, 215 p.
TOCQUEVILLE (de) Alexis, *Mémoire sur le paupérisme,* Revue « Commentaire », 1983, n° 23, pp 630-636 ; n° 24, pp.880 à 888.
TOPALOV Christian, *Naissance du chômage, 1880-1910*, Albin Michel, 1994, 626 p.
VEXLIARD Alexandre, *Introduction à la sociologie du vagabondage,* Librairie Marcel Rivière et Cie, 1956, 244 p.
VEXLIARD Alexandre, *Le clochard, essai de psychologie sociale,* Desclée de Brouwer, 1957, 317 p.
WILLMANN Christophe, *L'identité juridique du chômeur,* LGDJ, Bibl. de droit social, 1998, 533 p.
WODON Quentin, *Logement : le droit des exclus,* Les éditions ouvrières, 1992, 175 p.
WATTEVILLE DU GRABE Adolphe de, *Législation charitable ou Recueil des lois, arrêtés, décrets, ordonnances royales… qui régissent les établissements de bienfaisance*, éd. A. Heois, 1843-1844, 2 vol.

Thèses et mémoires non publiés

ALFANDARI Elie, *Le droit aux aliments en droit privé et en droit public,* Thèse Droit Poitiers, 1958, 2 T.
BABY Jules, *Le statut de l'indigent,* Thèse Droit Toulouse, 1910, 151 p.
BALLOUNEY Bénédicte, *La notion d'état de nécessité en droit pénal et en droit civil,* Thèse Droit Paris I, 1997, 370 p.
BARDOUX Jean, *Vagabonds et mendiants devant la loi,* Thèse Droit Paris, 1906, 201 p.
BEC Colette, *Assistance et démocratie : un siècle de collaboration,* Thèse Sociologie Paris I, 1995, 203 p.
BLET Christel, *Le devoir de travailler,* Mémoire DEA de Droit public, Poitiers, 1996, 112 p.
BOUCHET Michel, *L'assistance publique en France sous la Révolution*, Thèse Droit Paris 1908, 699 p.
CANITROT M.-A., *Du droit aux secours. Dans quelle mesure il existe en France,* Thèse Droit Paris, 1912, 119 p.
CLAPIE Michel, *De la consécration des principes économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps (étude de droit public)*, Thèse Droit Montpellier, 1992, 542 p.
CORMOULS-HOULES Edouard, *L'assistance par le travail*, Thèse Toulouse, 1910, 878 p.
COUVREUR Gilles, *Les pauvres ont-ils des droits? Recherches sur le vol en cas d'extrême nécessité depuis la concorda de Gratien (1140) jusqu'à Guillaume d'Auxerre (1231)*, Thèse Droit Paris 1961, 346 p.
FOULETIER Marjolaine, *Recherches sur l'équité en droit public français*, Thèse Droit Poitiers, 1999, 445 p.
GUITTON Christophe, *Droit, action publique et travail: étude juridique des politiques d'insertion par le travail*, Thèse Droit Paris X, 1996, 752 p.
HERTZOG Robert*, Recherches sur la gratuité et la non gratuité des services* publics, Thèse Droit Strasbourg, 1972, 741 p.
LAFORE Robert, *Recherche sur les interventions en matière sociale : le secteur de l'enfance handicapée-inadaptée*, Thèse Droit Limoges, 1986, 704 p.
LAVIGNE Pierre, *Le travail dans les constitutions françaises, 1789-1945*, Thèse Droit Paris, 1946, 328 p.
LORAIN Georges, *Les conceptions sociales et politiques des Constituants de 1848 d'après les travaux préparatoires*, Thèse Droit Paris, 1930, 182 p.
LUCIANI Jean, *Le chômage au XIXe siècle*, Thèse de doctorat de 3e cycle, Economie des ressources humaines, Paris I, 1985, 434 p.
MAILLARD Henri, *La théorie du droit au travail en France,* Thèse Droit Paris, 1912, 142 p.
NICINSKI Sophie, *L'usager du service public industriel et commercial*, Thèse Droit Paris I, 2000, 656 p.
ORSONI Gilbert, *L'évolution de la notion d'impôt*, Thèse Droit Aix en Provence, 1975, 673 p.
SALOMON Jean, *L'égalité des individus devant le service public*, Thèse Droit Grenoble, 1954, 388 p.
TOURETTE Florence, *Extrême pauvreté et droits de l'homme. Analyse de l'obligation juridique et des moyens des pouvoirs publics dans la lutte contre la pauvreté*, Thèse Clermont-Ferrand, 1998, 570 p.
VALLEE Jules, *Les dépôts de mendicité, leur utilisation comme moyen d'assistance*, Thèse Droit Paris, 1908, 132 p.
WAGNIART Jean-François, *Le vagabond dans la société française (1871-1914) Recherches sur les procédures de construction d'une identité sociale*, Thèse Histoire Paris I, 1997, 866 p.

Actes de colloques et ouvrages collectifs

AFFICHARD Joelle; DE FOUCAULD Jean-Baptiste, (dir.), *Justice sociale et inégalités*, éd. Esprit, 1992, 270 p.
ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit au logement*, T. 33, Economica, 1982, 724 p.
ATD QUART MONDE, *Démocratie et pauvreté: du quatrième ordre au quart monde,* Editions Quart Monde - Albin Michel, 1991, 691 p.
AUVERGNON Philippe (dir.), *Union Européenne et cohésion sociale*, MSHA, 1998, 218 p.

BORGHI Marco, MEYER-BISCH Patrice (dir.), *Ethique économique et droits de l'homme*, Xe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Fribourg, 9-11 janvier 1997, Ed. universitaires de Fribourg, Suisse, 1998, 441 p.

CASTEL Robert, LAE Jean-François (dir), *Le RMI, une dette sociale*, L'Harmattan, 1992, 232 p.

CAPPELLETTI Mauro (dir.), *Accès à la justice et Etat Providence*, Economica, 1984, 361 p.

COTLER Irvin, MARX Herbert (dir.), « Droit et pauvreté », *Revue juridique Thémis*, Montréal, n° 3, 1975, pp. 385-480.

DECRETON Séverine (dir.), *Service public et lien social,* L'Harmattan, 1999, 425 p.

DIVERS, *Les droits des citoyens les plus démunis*, Actes du colloque de NAMUR, 16 mars 1984, Travaux de la faculté de droit de Namur, n° 15, Larcier, Bruxelles, 1984, 363 p.

FONTAINE Pierre (dir.)**,** *La connaissance des pauvres,* les éditions Travailler le social, Bruxelles, 1996, 528 p.

FRACASSI Alain, MARQUES Marie-France, WALTER Jacques (dir.), *La pauvreté, approche plurielle*, ESF, 1985, 238 p.

GROS Dominique, DION-LOYE Sophie (dir.), *La pauvreté saisie par le droit*, Actes du colloque de Dijon, 2-3 décembre 1999, Le Seuil, coll. Le genre humain, à paraître.

GUESLIN André ; GUILLAUME Pierre (dir.), *De la charité médiévale à la Sécurité Sociale*, Editions Ouvrières, 1992, 337 p.

KOUBI Geneviève ; GUGLIELMI Gilles (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, La Découverte, 2000, 267 p.

KOUCHNER Bernard (dir.), *Les nouvelles solidarités actes des assises internationales de janvier 1989,* PUF, 1989, 382 p.

LION Antoine, MACLOUF Pierre, *L'insécurité sociale, paupérisation et solidarité*, Les Editions ouvrières, 1982, 193 p.

MERRIEN François-Xavier (dir.), *Face à la pauvreté : l'occident et les pauvres, hier et aujourd'hui*, Editions de l'Atelier, coll. Le social en Acte, 1994, 269 p.

MUSÉE DE L'ASSISTANCE PUBLIQUE - HÔPITAUX DE PARIS, *Depuis cent ans, la société, l'hôpital et les pauvres*, éditeur Doin, 1996, 232 p.

OST François (dir.), *Les droits de l'homme dans la crise de l'Etat Providence,* Revue Interdisciplinaire d'Etudes juridiques, 1984, n° 13, 247 pp.

PAUGAM Serge (dir.), *L'exclusion : l'état des savoirs*, La Découverte, coll. "textes à l'appui», 1996, 583 p.

PAVIA Marie-Luce ; REVET Thierry (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, 181 p.

SECRETARIAT GENERAL DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Exclusion, égalité devant la loi et non discrimination, Actes du colloque de Taormina-Mare*, Editions du Conseil de l'Europe, 1995, 208 p.

SECRETARIAT GENERAL DU CONSEIL DE L'EUROPE, *La charte sociale du XXIe siècle, Actes du colloque de Strasbourg*, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, 344 p.

UNIVERSITES FRANCOPHONES, *L'effectivité des droits fondamentaux dans la communauté francophone*, colloque international de Port Louis, 29 septembre-1er octobre 1993, Ed. AUPELF-UREF, Montréal, 1994, 687 p.

Articles et contributions

ALFANDARI Elie, « Aide sociale », *Répertoire de droit social et du travail*, Encycl. Jur. Dalloz, 1960, T. 1, n° 18.

ALFANDARI Elie, « Réflexions sur le droit dit "social" », *RDSS*, 1967, pp. 97-111.

ALFANDARI Elie, « L'aide sociale et l'exclusion : paradoxes et espérances », *Droit social*, n° 11, n° spécial "l'exclusion sociale", 1974, pp. 90-96.

ALFANDARI Elie, « Les nouveaux développements de l'aide sociale : le concept d'aide sociale demeure, son image change », *Administration*, 1990, pp. 14-15.

ALFANDARI Elie, « Les incidences des réformes sur la cohésion des systèmes de protection sociale », *RDSS*, 1996, pp. 881-901.

AUBERT Bernard, « Seuils de pauvreté et montants des minima sociaux: remarques sur les usages et les discours », *Recherches et Prévisions*, 1997, n° 50/51, pp. 59-79.

BADEL Maryse, « La lutte contre les exclusions et la construction de la citoyenneté », *RDSS*, 1999, pp. 431-445.

BARBIER Jean-Luc, « Comparer insertion et workfare ? », *RFAS*, 1996, n° 4, pp. 7-21.

BARKAT Fadila, « Le maintien dans un logement », *RDSS*, 1999, pp. 305-322.

BART Jean, « La révolution française, le manque d'ouvrage et le devoir de travailler » *Les sans emploi et la loi*, Calligrammes, 1988, pp. 15–29.

BART Jean, « Le bourgeois et le mendiant », *Mélanges en hommage à Jean Imbert*, PUF, 1989, pp. 41-48.

BARTHE Marie-Annick, « Pauvretés et Etat Providence : l'approche du Comité de mendicité, 1790-1791 », *RFAS*, 1991, pp. 167-186.

BARTHE Marie-Annick, « La dissociation des qualités de chômeur, de vagabond et d'indigent autour de leur rapport au travail, 1885-1914 », *La revue de l'IRES,* n° 18, 1995, pp. 137-163.

BARTHELEMY Joseph, « L'effort charitable de la IIIème République », *RDP*, 1910, pp. 334-369.

BASCHENIS Agnès, « Le droit à des ressources minimales », *RDSS*, 1999, pp. 375-387.

BASCHENIS Agnès, « Le droit au travail face à la revendication d'une allocation universelle », *Droit Ouvrier*, 1999, pp. 148-154.

BEC Colette, « Classer les assistés: 1880-1914 », *Cahiers de la recherche sur le travail social*, 1990, n° 19, pp. 19-27.

BEC Colette ; LOCHARD Yves, « Les secours de l'histoire », *Vie sociale*, 1989, n° 5, pp. 37-49.

BELAND Daniel, « La fin du Welfare State: de la guerre contre la pauvreté à la guerre contre les pauvres », *Esprit*, 1997, n° 5, pp. 38-58

BELLOUBET-FRIER Nicole, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1998, n° spécial, pp. 152-164.

BELORGEY Jean-Michel, « La généralisation de la Sécurité Sociale est-elle de nature à garantir au "Quart-Monde" un droit à la sécurité sociale? », *Droit social*, 1978, pp. 23-26.

BELORGEY Jean-Michel, « Sécurité sociale et droits de l'homme », *RFAS*, n° 4, 1995, pp. 13-18.

BELORGEY Jean-Michel, « Logique de l'assurance, logique de la solidarité », *Droit social*, 1995, pp. 731-733.

BELORGEY Jean-Michel ; DONZELOT Jacques, « Le RMI , une loi sans qualité ? », *Esprit*, 1988, n° 12, pp. 38-49.

BENAMOUZIG Daniel, « L'exclusion : usage et diffusion d'une catégorie d'action publique », *Actions solidarité SNCF, Analyses et initiatives 1997*, pp. 5-9.

BERGHAM Jos, « La résurgence de la pauvreté et la lutte contre l'exclusion : un nouveau défi pour la sécurité sociale », *Revue inter. de sécurité sociale*, 1997, n° 1, pp. 3-24.

BERNARD Nicolas, « L'efficacité des politiques de lutte contre la pauvreté: tentative épistémologique de solution », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1998, n° 41, pp. 25-65.

BIDOU Alain, « Logement des plus démunis et ordre public, le difficile équilibre », *Administration*, 1996, n° 4, pp. 141-145.

BORDELOUP Jean, « Réflexions sur les conditions d'accès aux soins des personnes en situation de précarité », *Droit social,* 1988, pp. 340-346.

BORDELOUP Jean, « Les idéaux de la Révolution et la Sécurité sociale à l'épreuve d'une société éclatée », *Droit Social*, 1990, pp. 347-351.

BORGETTO Michel, « Principes et violences dans le devenir du social », *Droit et société*, 1994, n° 28, pp. 719-727.

BORGETTO Michel, « Prévenir et protéger: les limites », *Crises*, 1994, n° 1, pp.67-74.

BORGETTO Michel, « Le droit aux secours publics dans les déclarations de l'an I », *Les déclarations de l'an I*, colloque Poitiers 2-3 décembre 1993, PUF, 1995, pp. 145-162.

BORGETTO Michel, « Egalité; solidarité... équité ? », *Le Préambule de la constitution de 1946: antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, pp. 239-280.

BORGETTO Michel, « La réforme de la Sécurité sociale : continuité ou déclin du modèle républicain? », *Droit social*, 1997, pp. 877-884.

BORGETTO Michel, « Sécurité sociale et Démocratie sociale: état des lieux », *RFFP*, 1998, pp. 7-37.

BORGETTO Michel, « Equité, égalité des chances et politique des luttes contre les exclusions », *Droit social*, 1999, pp. 221-229.

BORGETTO Michel, « Brèves réflexions sur les apports et les limites de la loi créant la CMU », *Droit Social*, 2000, pp. 30-38.

BORGETTO Michel, « L'irrésistible ascension des "droits à…" », *Informations sociales*, n° 81, 2000, pp. 4-19.

BORGETTO Michel, « Minima sociaux et revenus d'activité : éléments d'une problématique générale », *Droit Social*, n° spécial juillet-août 2000, pp. 693-698.

BORLA Emmanuelle, « Le revenu minimum d'insertion entre "assistance" et "nouvelles solidarités" », *La solidarité, un sentiment républicain ? ,* CURAPP, PUF, 1992, pp. 136-146.

BOUCHET Paul, « Implications juridiques de l'égale dignité », *Revue Quart Monde*, 1996, n° 158, « La dignité, référence pour une loi », pp. 6-11.

BRANE André ; BRANE Olivier J. ; KERLANN Martine, « Squat et droit au logement », *Gaz. Pal.*, 1995, doctrine, pp. 1060-1065.

BRESSON Maryse, « Sans adresse-fixe. Sans domicile fixe. Réflexion sur une sociologie des assistés », *RFAS*, n° 3, 1995, pp. 79-95.

BRILLAT Régis., « La charte sociale européenne du Conseil de l'Europe, développements récents », *Droit en Quart Monde*, 1996, n° 12, pp. 3-13.

CASTEL Robert, « La question sociale commence en 1349 », *Vie sociale*, 1989, n° 5, pp. 9-25.

CAYLA Jean-Simon, « La santé et le droit », *RDSS*, 1996, pp. 278-287.

CHABANOL Daniel, « Le chômage, un bien? », *Droit social*, 1974, n° 4, pp. 75-77.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Services d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et territoriale », *AJDA*, 1999, pp. 959-964.

CHAUCHARD Jean-Pierre, « La sécurité sociale et les droits de l'homme », *Droit Social*, 1997, pp. 48-55.

CHAUVET Elisabeth, « Justice et pauvreté », *Informations sociales*, n° 79, 1999, p. 21.

CHEVALLIER Jacques, « L'Etat de droit », *RDP*, 1988, pp. 313-380.

CHEVALLIER Jacques, *«* La résurgence du thème de la solidarité », *La solidarité, un sentiment républicain?*, CURAPP, PUF, 1992, pp. 111-135.

CLAPIE Michel, « Le Conseil d'Etat et le préambule de 1946 », *Revue administrative*, 1997, pp. 278-289.

CLERC Denis, « La dynamique économique de l'exclusion et de l'insertion », *RDSS*, 1989, pp. 623-632.

COCHART Dominique; HAROCHE Claudine, « Démocratie politique, démocratie sociale », *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, PUF, 1989, pp. 187-193.

COUTARD Olivier, « Préserver l'accès aux services de première nécessité », *Informations sociales*, n° 76, 1999, p. 18-27.

COUTROT Thomas, « Après le rapport Join-Lambert, le débat continue... », *Droit social*, 1998, pp. 388-394.

COUVRAT Pierre, « Le vagabondage », *RDSS,* 1967, pp. 1-8.

CRISTOL Danièle, « Le service public hospitalier français », *RDP*, 1997, pp. 801-839.

DE BEYS Xavier, « La vie privée et les lois d'assistance sociale », *Annales de droit de Louvain*, 1984, T. 44, 1-2, pp. 257-271.

DE SCHUTTER Olivier, « La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire », *RUDH*, 2000, vol. 12, n° 1-2, pp. 33-47.

DE FOUCAULT Jean Baptiste, « Une citoyenneté pour les chômeurs », *Panoramiques & Hommes et Libertés*, 1994, n° 13, n° spécial « Le spectre de la déchirure sociale et politique », pp. 81-90.

DE SOOS Henri, « Approche théorique sur la violation des droits de l'homme au bas de l'échelle sociale », *Les droits de l'homme dans la ville*, Presse de l'UNESCO, 1981, pp. 62-81.

DEBENE Marc, « Le Conseil Constitutionnel et les principes particulièrement nécessaires à notre temps », *AJDA*, 1978, pp. 531-542.

DEBORDEAUX Danièle, « Désaffiliation, disqualification, désinsertion », *Recherches et prévisions*, 1994, n° 38, pp. 93-100.

DECAUX Emmanuel, « La réforme du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *Droit et justice, Mélanges Vlaticos*, Pédone 1999, pp. 405-415.

DELEECK Herman, « Pauvreté et efficacité de la Sécurité sociale », *Droit social*, 1992, pp. 719-728.

DEPAUW Jacques, « Pauvres, pauvres mendiants, mendiants valides ou vagabonds ? Les hésitations de la législation royale », *Revue d'histoire moderne contemporaine*, 1974, Tome XXI, pp. 401-418.

DESCHAMPS Emmanuelle, « Le contentieux des arrêtés anti-mendicité », *RDSS*, 2000, pp. 495-507.

DESWARTE Marie-Pauline, « Droits sociaux et Etat de droit », *RDP*, 1995, pp. 951-985.

DEVES Claude, « Le Conseil constitutionnel et la République sociale », *Le Quotidien juridique*, 1988, n° 120, pp. 3-11.

DHOMMEAUX Jean, « La contribution du comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations-Unies à la protection des droits économiques, sociaux et culturels », *Annuaire français de droit international*, 1994, pp. 633-653.

DIJON Xavier, « La Convention européenne et les droits de l'homme le plus démuni », *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, 10 décembre 1988, pp. 716-722.

DION-LOYE Sophie, « Le pauvre appréhendé par le droit », *Revue de la recherche juridique- droit prospectif*, 1995, n° 1, pp. 433-472.

DIRECTION JURIDIQUE DE LA SNCF, « Sûreté et solidarité », *Actions solidarité SNCF Analyse et initiatives 1996,* pp. 24 à 28,

DOLLE Michel, « Minima sociaux: plus de cohérence pour plus de justice? », *Droit social*, 1998, pp. 255-260.

DONZELOT Jacques ; JALLET Marie-Christine, « Europe - Etats Unis: convergences et divergences des politiques d'insertion », *Esprit*, 1997, n° 5, pp. 70-88.

DRAGO Guillaume, « La conciliation entre principes constitutionnels », *D.*, 1991, I, pp. 275-269.

DUPEYROUX Jean-Jacques, « Quelques réflexions sur le droit à la sécurité sociale », *Droit social*, 1960, pp. 288-307.

DUPEYROUX Jean-Jacques, « Le droit à la sécurité sociale dans les déclarations et pactes internationaux », *Droit social*, 1960, pp. 364-378.

DUPEYROUX Jean-Jacques, « 1945-1995 : quelle solidarité? », *Droit social*, 1995, pp. 713-717.

DUPEYROUX Jean-Jacques, « La fin et les moyens », *Droit Social*, 2000, pp. 4-6.

DURAND Paul, « Les équivoques de la redistribution du revenu par la sécurité sociale », *Droit social*, 1953, pp. 292-298.

ELLICKSON Robert C., « Controlling chronic misconduct in city spaces: of panhandlers, skids rows and public-space zoning », *The Yale law journal*, 1996, vol. 105, pp. 1165-1248.

EME Bernard ; LAVILLE Jean-Louis, « L'intégration sociale entre conditionnalité et inconditionnalité », *RFAS*, 1996, n° 3, pp. 27-53.

ENRICH i MAS Montserrat, « Les droits sociaux dans la jurisprudence de la cour et de la commission européennes des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1992, pp. 147-180.

EUVRARD Françoise; PRELIS Alain, « La lutte contre la pauvreté dans la construction européenne », *Recherches et prévisions*, 1994, n° 38, pp. 113-124.

EWALD François, « Droits de l'homme, dons des hommes », *Informations sociales*, 1987, n° 3, pp. 67-75.

FAURE Bertrand, « Les objectifs de valeur constitutionnelle, une nouvelle catégorie juridique? », *RFDC*, 1995, n° 21, pp. 47-77.

FERRAND Jean-Pierre, « Les différenciations tarifaires dans les services publics », *AEAP*, 1994, pp. 335-366.

FIERENS Jacques, « Droit à l'aide sociale et droits de l'homme », *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, 10 mars1984, pp. 169-176.

FLAUSS Jean-François, « Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Droit social*, 1982, pp. 645-656.

GABEL Marceline, « De la pauvreté à la maltraitance : où placer la prévention ? », *Informations sociales*, n° 79, 1999, p. 34-43.

GABOLDE Christian, « Hygiène publique », *Jurisclasseur administratif*, fasc. 220, 2000.

GEREMECK Bronislaw, « La marginalité à l'aube des temps modernes », *Revue d'Histoire moderne contemporaine*, 1974, tome XXI, pp. 337-375.

GORZ André, « Revenu minimum et citoyenneté ; droit au travail vs. droit au revenu », *Futuribles*, 1994, n°184, pp. 49-60.

GRAVEN Jean, « Le délit de fainéantise, une solution de défense sociale », *Revue de criminologie et de police technique*, 1951, n° 3, pp. 163-174.

GREVISSE Suzanne, « Le renouveau de la Charte sociale européenne », *Droit social*, 2000, pp. 884-887.

GREWE Constance, « La prise en compte des droits économiques et sociaux par les constitutions européennes », *RFAS*, 1996, pp. 139-144.

GUISELIN Emmanuel-Pie, « L'accès à un logement décent et le droit de propriété : ni vainqueur ni vaincu », *LPA*, 2000, n° 51, pp. 6-12.

GUITTON Christophe, « Travail et ordre social, une étude historique et juridique des politiques d'insertion par le travail », *Travail et emploi*, 1998, n° 77, pp. 15-39.

HARICHAUX Michèle, « Réformes de l'assurance maladie et protection des assurés », *RDSS*, 1996, pp. 843-852.

HASSENTEUFEL Patrick, « L'Etat Providence ou les métamorphoses de la citoyenneté », *L'année sociologique*, 1996, n° 1, pp. 129-149.

HASSENTEUFEL Patrick, « Exclusion sociale et citoyenneté », *Cahiers français*, La D.F., 1997, n° 281, pp. 52-57.

HAURIOU Maurice, « Des services d'assistance », *Revue d'économie politique*, 1891, pp. 615-623.

HERSHKOFF Helen ; COHEN Adam S., « Begging to differ : the first amendment and the right to beg », *Harvard law review*, 1991, vol. 104, n° 5, pp. 896-916.

HUBRECHT Hubert-Gerald, « Quarante ans après, un Etat garant de la cohésion nationale », *RDP*, 1998, pp. 1361-1378.

IMBERT Pierre-Henri, « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? Réflexions sur les droits économiques et sociaux », *RDP*, 1989, pp. 739-754.

JOBERT Bruno, « Les politiques sociales et sanitaires », *Traité de science politique*, PUF, 1985, pp. 301-342.

JORION Benoît, « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RDP*, 1999, pp. 197-233.

KLEBANER Patrick, MARTIN Gérard, OFFREDI Claudine, « Au delà du revenu minimum », *Futuribles*, n° 126, 1988, pp. 3-14.

LABORDE Jean-Pierre, « Le revenu social est-il un droit? », *Projet*, 1987, n° 208, pp. 28-30.

LABORDE Jean-Pierre, « Le droit au revenu minimum d'insertion dans la loi du 1er décembre 1988 », *Droit social*, 1988, pp. 589-596.

LABORDE Jean-Pierre, « RMI et liberté, éléments pour une première approche », *Droit social*, 1990, pp. 33-36.

LABORDE Jean-Pierre, « La fraternité comme deuil de l'égalité et au risque de la liberté : l'exemple du RMI », *Liberté, égalité, fraternité: actualités en droit social*, 1990, pp. 170-182.

LAFORE Robert, « Les trois défis du RMI ; à propos de la loi du 1er décembre 1988 », *AJDA*, 1989, pp. 563-585.

LAFORE Robert, « La pauvreté saisie par le droit », *Le RMI, une dette sociale*, R. CASTEL, J-F. LAE (dir.), L'Harmattan, 1992, pp. 67-91.

LAFORE Robert, « Droit au logement et mutations sociales à la recherche des concepts », *Vie sociale*, 1993, n° 5-6, pp. 9-23.

LAFORE Robert, « L'ordre consensuel: le droit des politiques sociales », *Revue interrégionale des CREAHI*, 1995, n° 31, pp. 3-34.

LAFORE Robert, « Réflexions sur la construction juridique de la contrepartie », *RFAS*, 1996, n° 3, pp. 11-26

LAFORE Robert, « Exclusion, insertion, intégration, fracture sociale, cohésion sociale : le poids des maux », *RDSS*, 1996, pp. 803-822.

LAFORE Robert, « Le droit social et la marginalité », *Informations sociales*, n° 68, 1998, pp. 24-35.

LAFORE Robert, « L'accès à un logement », *RDSS*, 1999, pp. 283-304.
LAFORE Robert, « Le droit aux droits », *Informations sociales*, 2000, n° 81, pp. 80-87.
LAFORE Robert, « L'allocation universelle : une fausse bonne idée », *Droit Social*, n° spécial juillet-août 2000, pp. 686-692.
LAMBERT Pierre, « Le droit de l'homme à un niveau de vie suffisant », *RTDH*, 2000, pp.683-694.
LARIDAN Sylvie ; ROLL Emmanuelle, « Les conditions de légalité des arrêtés municipaux interdisant la mendicité », *La gazette des communes*, n° 29/1367, 22 juillet 1996, pp. 35-36.
LAROQUE Michel, « Le revenu minimum d'insertion, droit révolutionnaire et prestation sociale d'un nouveau type », *Droit social*, 1988, pp. 597-600.
LAROQUE Pierre, « Droits de l'homme, travail social et politique sociale », *RFAS*, 1968, n° 3, pp. 3-16.
LAROQUE Pierre, « La charte sociale européenne », *Droit social*, 1979, pp. 100-128.
LAUSSINOTTE Sylvia, « Droit au logement et état de nécessité », *Droit ouvrier*, 1994, pp. 66-73.
LE POURHIET Anne-Marie, « Discriminations positives ou injustice ? », *RFDA*, 1998, pp. 519-525.
LEBIGRE Arlette, « Inégalités sociales et droit pénal », *Mélanges en hommage à Jean Imbert*, PUF, 1989, pp. 357-363.
LEFORT Claude, « Les droits de l'homme et l'Etat Providence », *Essais sur le politique*, Le Seuil, coll. Esprit, 1986, pp. 31-58.
LE GUNEHEC Francis, « Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne », *Jurisclasseur pénal*, Articles 226-13 à 225-16, 1996.
LEROSIER Jean-Jacques, BASLE Maurice, « Les premières lois sociales », *RFAS*, 1981, pp. 223-241.
LEROY Jacques, « Aide juridique, aide sociale et action sociale », *RDSS*, 1992, pp. 223-242.
LEVINET Michel, « Recherche sur les fondements du "droit au développement de l'être humain" à partir de l'exemple de la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'Institut européen des droits de l'homme*, 1996, vol. 5, pp. 99-138.
LEVY Catherine, MONY Patrick, VOLOVITCH Pierre, « La CMU : ce qui doit changer », *Droit Social*, 2000, pp. 57-60.
LOCHAK Danièle, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, 1987, pp. 778-790.
LOCHAK Danièle, « Le droit : du normatif à la normalisation », *Le sujet et la loi*, Ed. Erès, 1988, pp. 23-32.
LOCHAK Danièle, « La citoyenneté, un concept juridique flou », *Citoyenneté et nationalité en France et au Québec*, D. COLAS et al. (dir.), PUF, 1991, pp. 179-207.
LOSCHAK Danièle, « Mutation des droits de l'homme et mutation du droit », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes juridiques*, 1984, n° 13, pp. 49-89.
LUCHAIRE François, « La sûreté, droit de l'homme ou sabre de Monsieur Prud'homme? », *RDP*, 1989, pp. 609-634.
MAC CARTHY Bill, HAGAN John, "Homelessness : a criminologic situation?" *British Journal of criminology*, Londres, 1991, vol. 31, n° 4, pp. 393-410.
MACLOUF Pierre, « Etat et cohésion sociale », *Recherches et prévisions*, 1994, n° 38, pp. 31-49.
MARIE Romain, « La couverture maladie universelle », *Droit Social*, 2000, pp. 1-7.
MARTIN Philippe ; POUCHADON Marie-Laure, « Les chômeurs et leurs droits, itinéraire d'une mobilisation collective », *Droit social*, juillet 2000, n° spécial, pp. 744-752.
MATHIEU Bertrand, « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, I, pp. 211-212.
MATHIEU Bertrand, « La République sociale », *La République en droit français*, Economica, 1996, pp. 175-186.
MATHIEU Bertrand, « La dignité de la personne humaine : quel droit? Quel titulaire? », *D.*, 1996, I, pp. 282-286.
MAUREL Elisabeth, « De l'insertion sociale », *RDSS*, 1989, pp. 701-720.
MAUREL Elisabeth, « L'aide sociale à l'hébergement : origine et évolution » *Hébergement et réadaptation sociale*, E. ALFANDARI ; E. MAUREL (dir.), Sirey, 1995, pp. 3-20.
MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *D.*, 1997, pp. 906-925.

MESSU Michel, « Les finalités des prestations sociales », *RDSS*, 1994, pp. 575-594.
MICHALLET Isabelle, « Le contentieux administratif des arrêtés municipaux d'interdiction de la mendicité », *AJDA*, 2001, pp. 320-328.
MONEGER Françoise, « La notion d'inadaptation en droit positif », *RDSS*, 1975, pp. 441-457.
MONEGER Françoise, « La mise en oeuvre du droit au logement », *RDSS*, 1990, pp. 768-776.
MONEGER Françoise, « Le respect de la vie familiale pour lutter contre l'exclusion », *RDSS*, 1999, pp. 446-457.
MOREL Sylvie, « La contrepartie dans la protection sociale américaine », *RFAS*, 1996, n° 4, pp. 61-87.
MOUTOUH Hugues, « La dignité de l'homme en droit », *RDP*, 1999, pp. 159-196
MOUTOUH Hugues, « La notion de besoin et le droit », *Informations sociales*, 2000, n°86, pp. 40-47.
MOZAS Philippe, « La lutte contre les exclusions et l'endettement », *RDSS*, 1999, pp. 388-406.
NEGRIN Jean-Paul, « Aide sociale ; caractères généraux et décentralisation des compétences », *Jurisclasseur administratif*, 1990, fasc. 225.
OLINGA Alain Didier, « Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Convention Européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'Institut européen des droits de l'homme*, 1995, pp. 53-78.
OLINGA Alain Didier, « Le droit à des conditions matérielles d'existence en tant qu'élément de la dignité humaine et les articles 2 et 3 de la CEDH », *Cahiers de l'Institut européen des droits de l'homme*, 1996, vol. 5, pp. 139-156.
OLIVE Agnès, « Le droit de mendier », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1998, pp. 69-81.
OPPETIT Bruno, « L'aide judiciaire », *D.*, 1972, I, pp. 41-46.
ORIANNE Paul, « Mythe ou réalité des droits économiques, sociaux et culturels », *Mélanges Jacques Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, T. 3, pp. 1871-1887.
OST François, « Théorie de la justice et droit à l'aide sociale » *Individu et justice sociale: autour de John Rawls*, Le Seuil, coll. *point politique,* 1988, pp. 245-275.
OUTIN Jean-Luc, « Minima sociaux, salaires minima et protection sociale : vers un modèle français de workfare? », *RFAS*, 1996, n° 4, pp. 27-43.
PALIER Bruno; BONOLI Guliano, « Entre Bismarck et Beveridge, "crises" de la Sécurité Sociale et politique(s) », *Revue française de science politique*, 1995, pp. 668-699.
PAPAEFTHYMIOU Sophie, « De l'inégalité devant le toit. La décision du Conseil Constitutionnel relative au logement décent au prisme de la théorie du droit », *RFAS*, 1998, p. 57-67.
PARDINI Jean-Jacques, « Droit et mendicité », *Cahiers du centre de droit et politique comparés Jean-Claude Escarras*, 1997, vol. 7, pp. 37-63.
PASCHOUD Anne-Marie, « Vagabondage – mendicité », *Encyclopédie juridique Dalloz,* 1994.
PAUGAM Serge, « Assistance et insertion : à propos du droit des pauvres », *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, pp. 205-223.
PAUGAM Serge, « Les statuts de la pauvreté assistée », *Revue française de sociologie*, 1991, n° 1, pp. 75-101.
PAULIAT Hélène, « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », *D.*, 1995, I, pp. 283-287.
PEDROT Philippe, « L'accès aux soins des personnes les plus démunies », *RDSS*, 1995, pp. 394-397.
PELLOUX Robert, «Le Préambule de la Constitution de 1946 », *RDP*, 1947, pp. 347-398.
PELLOUX Robert, « Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires de vagabondage », *AFDI*, 1972, pp. 438-454.
PELLOUX Robert, « Vrais et faux droits de l'homme : problème de définition et de classification », *RDP*, 1981, pp. 53-68.
PERRIN Guy, « Pour une théorie sociologique de la Sécurité Sociale dans les sociétés industrielles », *Revue française de sociologie*, 1969, pp. 299-324.
PERRIN Guy, « La Sécurité Sociale au passé et au présent », *RFAS*, 1979, pp. 87-131.
PERRIN Guy, « La reconnaissance du droit à la protection sociale comme droit de l'homme », *Travail et société*, 1985, n° 2, vol. 10, pp. 255-274.
PETTITI Louis, « Pauvreté et Convention européenne des droits de l'homme », *Droit social*, 1991, pp. 84-87.

PETTITI Louis, « Pauvreté et CEDH », *Grande pauvreté et droits de l'homme*, Rapport de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme pour 1992, La D.F., 1993, pp. 568-574.

PEYROT Bénédicte, « Le droit de vivre dans des conditions décentes d'existence protégé par l'article 8 de la CEDH, le respect de la vie familiale », *Cahiers de l'IDEDH*, 1996, n° 5, pp. 177-192.

PICARD Etienne, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° spécial, pp. 6-42.

PONTIER Jean-Marie, « De la solidarité nationale », *RDP*, 1983, pp. 899-928.

POVIE Lydia, « Le défi communautaire de la lutte contre l'exclusion sociale: la voie des droits sociaux fondamentaux », *RDSS*, 1997, pp. 715-735.

PRETOT Xavier, « Le droit à l'insertion », *RDSS*, 1989, pp. 633-644.

PRETOT Xavier, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Droit social*, 1991, pp. 187-199.

PRETOT Xavier, « Droit constitutionnel social », *Jurisclasseur administratif*, 1995, fasc. 1443.

PRETOT Xavier, « La protection sociale est-elle soluble dans le droit de propriété ? », *Mélanges Elie Alfandari*, Dalloz, 2000, pp. 163-179.

PRISO Samuel-Jacques, « La dignité par le logement: l'article 1 du protocole n° 1 de la CEDH et la lutte contre la précarité », *Cahiers de l'Institut européen des droits de l'homme*, 1996, vol. 5, pp. 157-176.

PRUVOST Fabrice, « Le droit de la consommation, vecteur de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale ? », *Droit Ouvrier*, 1997, pp. 1-20.

PUJOLAR Olivier, « Présentation générale de la loi relative à la lutte contre les exclusions », *RDSS*, 1999, n° 2, pp. 255-279.

QUELOZ Nicolas, « Pauvreté sous tutelle: le traitement social des situations de pauvreté », Site Internet de l'Université de Fribourg, 1994, *www.unifr.ch/spc/UF/94avril/queloz.html.*

RANGEON François, « Droits libertés et droits créances: les contradictions du Préambule de la constitution de 1946 », *Le Préambule de la constitution de 1946: antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, pp. 169-186.

RASSE Paul, PARISOT Denis, « Les pauvres face à leur administration : communication et accès au droit familial », *RFAS*, 1992, n° 2, pp. 9-18.

RENARD Didier, « Assistance publique et bienfaisance privée », *Politique et management public*, 1987, vol.2, pp. 107-114.

RIBS Jacques, « L'accès au droit », *Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, pp. 415-430.

RIVERO Jean ; VEDEL Georges, « Les principes économiques et sociaux de la constitution: le préambule », (1947), rééd. *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, pp. 93-145.

RIVERO Jean, « Risques et libertés », *Informations sociales*, 1978, n° 5, pp. 79-86.

RIVERO Jean, « Sécurité sociale et droits de l'homme », *RFAS*, 1985, n° spécial, pp. 37-44.

RIVERO Jean, « Insertion, droits de l'homme, libertés », *RDSS*, 1989, pp. 617-619.

ROBIN OLIVIER Sophie, « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le Traité d'Amsterdam », *Droit social*, 1999, pp. 609-620.

ROUSSEAU Dominique, « Le Conseil Constitutionnel et le préambule de la constitution de 1946 », *Revue administrative*, 1997, pp. 160-169.

ROUX J.A., « La fainéantise jointe à l'absence de moyens d'existence : un délit à réprimer », *Revue de criminologie et de police technique*, 1951, pp. 83-85.

SAINT-JAMES Virginie, « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.*, 1997, chr. pp. 61-66.

SAVY Robert, « Sécurité sociale et droit public », *Droit social*, 1966, pp. 363-378.

SAYAH Jamil, « Le vagabondage et la mendicité : un délit périmé », *Revue de science criminelle et de droit comparé*, 1997, n° 1, pp. 45-49.

SAYAH Jamil, « Le mendiant, un citoyen exclu », *Droit et Société*, n° 39, 1998, pp. 401-413.

SCHNAPPER Bernard, « De la charité à la solidarité : l'assistance judiciaire française, 1851-1972 », *Revue d'histoire du droit*, T. 52, 1984, pp. 105-150.

SCHNAPPER Bernard, « La répression du vagabondage et sa signification historique du XIVè au XVIIIè siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, 1985, n° 2, pp. 143-157.

SCHNAPPER Dominique, « L'assistance est un droit de l'homme », *Pouvoirs Locaux*, n° 14, 1992, pp. 68-72.

SINAY-CYTERMANN Anne, « La réforme du surendettement. Les innovations de la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre les exclusions », *JCP* 1999 I-106.

STOFFAES Christian, « Vers un revenu minimum garanti généralisé ? », *Droit social*, 1974, n° 11, n° spécial "L'exclusion sociale", pp. 101-126.

STROBEL Pierre, « Services publics et cohésion sociale », *Analyses et initiatives SNCF, action solidarité SNCF*, 1997, pp. 10-25.

STROHL Hélène, « Le mythe de l'accès aux soins », *Droit social*, 1995, pp. 789-791.

SUDRE Frédéric, « Misère et Convention européenne des droits de l'homme », *Droit en Quart Monde*, 1994, n° 4, pp. 2-10.

SUDRE Frédéric, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, pp. 363-384.

SUDRE Frédéric, « Le protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives », *RGDIP*, 1996, n° 3, pp. 715-739.

SUDRE Frédéric, « La ''perméabilité'' de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux » *Mélanges J. Mourgeon*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 467-478.

SUDRE Frédéric, « Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme », *RUDH*, 2000, vol. 12, n° 1-2, pp. 28-32.

SUEUR Jean-Jacques, « Les conceptions économiques des membres de la Constituante, 1789-1791 », RDP, 1989, pp. 785-812

SUEUR Jean-Jacques, « Régénérations des droits de l'homme et/ou consécration de droits nouveaux », *Le Préambule de la constitution de 1946: antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, pp. 129-146.

SUPIOT Alain, « La fraternité et la loi », *Droit social*, 1990, pp. 118-126.

TERNEYRE Philippe, « Droit constitutionnel social : inventaire en guise d'ouverture », *RFDC*, 1990, pp. 339-347.

TERNEYRE Philippe, « Le Conseil d'Etat et la valeur juridique des droits sociaux proclamés dans le Préambule de la constitution du 27 octobre 1946 », *RFDC*, 1990, pp. 317-330.

TERNEYRE Philippe, « La Constitution devant le progrès économique et social », *LPA*, 1991, n° 155, pp. 4-14.

THOMAS Hélène, « Vers un renversement de la dialectique égalité et équité dans les politiques sociales », *Egalité et équité, antagonisme ou complémentarité*, Th. LAMBERT (dir.), Economica, 1999, pp. 93-112.

TIFINE Pierre, « L'exécution des peines contre les SDF », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1994, n° 4, pp. 291-329.

TRUCHET Didier, « L'argent et la liberté », *Archives de philosophie du droit*, 1997, T.42, pp. 55-60.

TRUCHET Didier, « La dualité égalité-équité dans le service public », *Egalité et équité, antagonisme ou complémentarité*, Th. LAMBERT (dir.), Economica, 1999, pp. 83-91.

TURPIN Dominique, « Le traitement des droits de l'homme par le Conseil Constitutionnel », *Droits*, 1985, n° 2, pp. 84-97.

VAN PARIJS Philippe, « Au-delà de la solidarité : les fondements éthiques de l'Etat Providence et de son dépassement », *Futuribles*, 1994, n° 184, pp. 5-29.

VERDIER Jean-Maurice, « Les droits économiques et sociaux : relance au Conseil de l'Europe », *Droit social*, 1992, pp. 415-419.

VERKINDT Pierre-Yves, « Un autre regard sur l'exclusion, à propos de la loi du 29 juillet 1998 », *Droit Social*, 1999, pp. 211-214.

VERKINDT Pierre-Yves, « La santé des personnes les plus démunies et le rôle des organismes sociaux », *RDSS*, 1999, pp. 416-428.

VIENNE Roger, « Vagabondage et défense sociale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1958, pp. 460-469.

VISSOL Thierry, « Pauvreté et lois sociales sous la Révolution française 1789-1794. Analyse d'un échec », *Idées économiques sous la Révolution 1789-1794*, P.U. de Lyon, 1989, pp. 257-305.

VOLOVITCH Pierre, « Faut-il cibler la protection sociale sur "ceux-qui-en-ont-réellement-besoin" ? », *Droit Social*, 1995, pp. 739-743.

WACQUANT Loïc, « Les pauvres en pâture : la nouvelle politique de la misère en Amérique », *Hérodote*, 1997, n° 85, pp. 21-33.

WILLEMIN Monique ; POTHET Jean-Luc, « La gratuité du service public à l'égard des usagers », *Sur les services publics*, dir. M.-J. GUEDON, Economica 1982, p. 15-37.

WRESINSKI Joseph, « Le difficile droit des pauvres », *Droit social*, 1987, pp. 629-631.

Notes et conclusions

ABRAHAM Ronny, concl. sur CE, 23 avril 1997, GISTI, *D.*, 1998, II, pp. 15-20.

BERNARD Nicolas, note sous TGI Saintes, M./S., référé, 28 mars 1995, *Droit en Quart Monde*, 1996, n° 12, pp. 23-32.

BORGETTO Michel, note sous CE, Sect., 29 décembre 1997, Commune de Gennevilliers, Commune de Nanterre, *RDP*, 1998, pp. 899-923.

DALMBERT O., note sous CA Rouen, 19 janvier 1903, *S.*, 1905, II, pp. 273-276.

DUPEYROUX Jean-Jacques, PRETOT Xavier, « Le droit de l'étranger à la protection sociale », note sous C. Const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration…, *Droit social*, 1994, pp. 69-76.

GAIA Patrick, note sous C.Cons.; n° 94-359 DC 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat, *RFDC*, 1995, pp. 582-584.

GIRARDOT Thierry-Xavier et RAYNAUD Fabien, CE, Sect., 29 décembre 1997, Commune de Gennevilliers, Commune de Nanterre, chr. *AJDA*, 1998, pp. 102-106.

GOUBEAU D., note sous Tribunal des droits de la personne (Montréal), 21 décembre 1993, Commission des droits de la personne du Québec/L.W. et J.L., *Droit en Quart Monde*, 1994, n° 4, pp. 20-28.

HAURIOU Maurice, note sous CE, 19 février 1909, Election d'Ille sur Tête, *S.*, 1909, III, p. 33.

HAURIOU Maurice, note sous CE, 26 décembre 1908, Commune de Labastide Saint Pierre et Commune de Rémoray, *S.*, 1909, III., pp. 81-83.

HUYETTE Michel, note sous CA Montpellier, ch. sp. mineurs, 12 février 1999, *D.* 1999, II, pp. 298-301.

JAGERSCHMIDT, concl. sur CE, 10 mars 1899, Hospices du Havre (2 arrêts), *S.* 1900, III, pp. 33-37

JORION Benoît, note sous C. Cons., n° 94 359 DC, 19 janvier 1995, Diversité de l'habitat, *AJDA*, 1995, pp. 465-462.

MADEC Jean-Yves, concl. sur TA Pau, 22 novembre 1995, Association "sortir du fond", *RFDA*, 1996, pp. 373–378.

MATHIEU Bertrand, note sous C. Cons., n° 93-330 DC, 25 décembre 1993, Loi de finances pour 1994, *LPA*, 1994, n° 68, pp. 12-13.

MATHIEU Bertrand, note sous C. Cons., n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat, *LPA*, 1995, n° 68, pp. 9-10.

MATHIEU Bertrand, VERPEUX Michel, note sous C. Cons., n° 96-387 DC, 21 janvier 1997, Prestation spécifique dépendance, *LPA*, 1997, n° 125, pp. 10-13.

MAUGÜE Christine, concl. sur CE, Ass., 5 mars 1999, M. Rouquette, Mme Lipietz et autres, *RFDA*, 1999, pp. 357-371.

MAYER Danièle, note sous C.A Rennes ; 29 février 1988, Procureur de la République de Lorient c./ de K., *D.*, 1989, II, 29-32.

MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, note sous C. Cons., n° 94-358 DC, 26 janvier 1995, Malvy et autres, *D.*, 1997, pp. 139-140.

OLIVE Agnès, note sous CA Poitiers, Mme X., 11 avril 1997, *D.*, 1997, II, 22933

PETTITI Christophe, note sous Commission Européenne des droits de l'homme, 9 mai 1990, Van Volsem, *Droit social*, 1991, pp. 87-88.

PONTIER Jean-Marie, « Les modulations tarifaires des services publics locaux et le principe d'égalité. A propos des décisions Commune de Gennevilliers et commune de Nanterre », *Revue administrative*, 1998, pp. 406-414.

PRETOT Xavier, note sous C. Cons., n° 90-274 DC, 29 mai 1990, Loi visant à la mise en oeuvre du droit au logement, *RDSS*, 1990, pp. 711-720.

PRETOT Xavier, note sous C. Cons., n° 96-387 DC, 21 janvier 1997, Prestation spécifique dépendance, *RDSS*, 1997, pp. 681-689.

PRETOT Xavier, note sous C. Cons., n° 97-393 DC, 18 décembre 1997, Loi de financement de la Sécurité sociale pour 1998, *Droit social*, 1998, pp. 164-171.

SABETE Wagdi, note sous C. Cons., n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, Loi relative à la lutte cotre les exclusions, *D.*, 1999, II, pp. 269-274.

SCHOETTL Jean-Eric, note sous C. Cons., n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, Loi relative à la lutte cotre les exclusions, *AJDA*, 1998, pp. 705-715.

SUDRE Frédéric, « La première décision "quart-monde" de la commission européenne des droits de l'homme : une "bavure" dans une jurisprudence dynamique », *RUDH*, 1990, pp. 349-353.

SUDRE Frédéric, « Le droit à l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité et la Convention EDH », *JCP* 1999, II, 10082.

VERON Michel, note sous C. Cass., Crim., 11 février 1998, *Droit pénal*, 1998, comm. n° 65.

VISEE Jean-Marc, note sous Tribunal Fédéral Suisse de Lausanne, 27 octobre 1995, aff . *P.V. ; P.V. et M.V. c/ Ostermundigen et Berne*; *Droit en Quart Monde*, Bruxelles, n° 13, 1996, pp. 24-25.

WAXIN Anaîs, note sous CA Poitiers, Mme X., 11 avril 1997, *D.*, 1997, II, pp. 512-514.

ZITOUNI Françoise, « Le Conseil constitutionnel et le logement des plus démunis, note sous C. Const., 19 janvier 1995 », *LPA*, 1996, n° 6, pp. 14-20.

Rapports

COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Avis du Comité Economique et social sur les droits fondamentaux communautaires*, JOCE 89/C 126/04, 22 février 1989

COMITE INTERMINISTERIEL DE L'EVALUATION DES POLITIQUES PUBLIQUES, COMMISSARIAT GENERAL AU PLAN, *Les services publics et les populations défavorisées. Evaluation de la politique d'accueil,* La D.F., 1993, 331 p.

COMMISSARIAT GENERAL AU PLAN, *Exclus et exclusion*, rapport du groupe technique présidé par Philippe NAISSE, La D.F., 1992, 224 p.

COMMISSARIAT GENERAL AU PLAN, *Cohésion sociale et prévention de l'exclusion*, rapport de la commission présidée par Bertrand FRAGONARD, La D.F., 1993, 266 p.

COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU PLAN, *Cohésion sociale et territoire*, La D.F., 1997, 218 p.

COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU PLAN ; MINC Alain, *La France de l'an 2000*, La D.F. & Odile Jacob, 1994, 320 p.

COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU PLAN, *Minima sociaux, revenus d'actualité, précarité*, rapport de la commission présidée Jean-Michel BELORGEY, La D.F., 2000, 464 p.

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Rapport final du second programme de lutte contre la pauvreté*, COM (91) 29 fin., 13 février 1991.

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, Communication du 23 décembre 1992, *Vers une Europe des solidarités. Intensifier la lutte contre l'exclusion sociale, promouvoir l'intégration*, COM (92) 542 final, Bruxelles, 52 p.

COMMISSION NATIONALE CONSULATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Grande pauvreté et droits de l'homme in Rapport pour 1992*, La D.F., 1993, pp. 461-473

COMMISSION NATIONALE D'EVALUATION DU RMI, P. VANDERENBERGE (dir.), *RMI, le pari de l'insertion,* La D.F., 1992, 835 p., 2 vol.

CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 1996 "Sur le principe d'égalité"*, La D.F., 1996, 509 p.

CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 1997 "L'intérêt général"*, La D.F., 1999, 449 p.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Dignité humaine et cohésion sociale*, Rapport Final, 1998, site Internet du Conseil de l'Europe http:// www.coe.fr/dase/cohesion/strategie/debintro/htm

CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'EMPLOI, DES REVENUS ET DES COÛTS, *Minima sociaux, entre protection et insertion,* La D.F., 1997, 221 p.

DENOIX DE SAINT MARC Renaud, *Le service public ; rapport au Premier ministre*, La D.F., 1996, 87 p.

DESPOUY Léandro, *Rapport sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, Commission des droits de l'homme du Conseil économique et social des Nations Unies.,* E/CN.4/Sub.2/1996/13, 1996, 50 p.

GAULLE-ANTHONIOZ (de) Geneviève, *Evaluation des politiques publiques de lutte contre la grande pauvreté, avis présenté au nom du Conseil Economique et Social*, JO, avis et rapports du CES, séances des 11 et 12 juillet 1995, 27 juillet 1995.

GAULLE-ANTHONIOZ (de) Geneviève, *Avant-projet de loi d'orientation relatif au renforcement de la cohésion sociale, avis présenté au nom du Conseil Economique et Social*, JO, avis et rapports du CES, séances des 10 et 11 décembre 1996, 17 décembre 1996, 1996.

GIRARD Claude, *Le RMI, bilan, perspectives et propositions*, Rapport pour la commission des finances de l' Assemblée Nationale, 1996, rapport d'information n° 2657.

JOIN-LAMBERT Marie-Thérèse, *Chômage : mesures d'urgence et minima sociaux*, La D.F, 1998, 112 p.

MAYOUD Jean, *Allocation aux économiquement faibles Rapport présenté au nom du Conseil Economique et Social*, JO, avis et rapports du CES, séance du 9 juin 1948, JO du 10 juin 1948, 1948.

MEDIATEUR DE LA REPUBLIQUE, *Rapport au Président de la République et au Parlement pour 1995*, Imprimerie Nationale, 1995, 300 p.

MEDIATEUR DE LA REPUBLIQUE, *Rapport au Président de la République et au Parlement pour 1996*, Imprimerie Nationale, 1996, 296 p.

MONOD Henri, *Rapport au Conseil supérieur de l'Assistance publique sur les dépôts de mendicité et projet de résolution*, 1889, BN 4 R 978 (19), 42 p.

OHEIX Maurice, *Contre la précarité et la pauvreté, soixante propositions*, rapport remis au Premier Ministre, dact., février 1981.

PARLEMENT EUROPEEN, *Rapport sur la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale dans la Communauté Européenne,* rapport, PE 204.646./ def / A, 2 juillet 1993, Strasbourg.

PARLEMENT EUROPÉEN, *Le respect des droits de l'homme dans la communauté européenne*, *RUDH*, 1994, pp. 317-318.

PEQUIGNOT Henri, *La lutte contre la pauvreté, étude présentée par la section des actions éducatives, sanitaires et sociales du Conseil Economique et Social*, JO, avis et rapports du CES, séance du 20 septembre 1978, JO 6 mars 1979.

PETREQUIN Daniel, *Le logement des personnes à faibles ressources, rapport présenté au nom du Conseil Economique et Social*, JO, avis et rapports du CES, séances des 27 et 28 mai 1986, JO 24 juin 1986.

VIVERET Patrick, *L'évaluation des politiques et des actions publiques, propositions en vue de l'évaluation du RMI*, La D.F., 1989, 193 p.

WRESINSKI Joseph, *Grande pauvreté et précarité économique et sociale, rapport présenté au nom du Conseil Economique et Social*, JO, avis et rapports du CES, séances des 10 et 11 février 1987, JO 28 février 1987.

INDEX THÉMATIQUE

(les numéros renvoient aux paragraphes)

- A -

Aide judiciaire/juridique
histoire : 64
dispositif : 95, 267
Aide sociale
subsidiarité et spécialité de l'(-) : 154, 285
V. aussi Assistance ; Besoin ; Insuffisance de ressources
Allemagne : 298
Allocation universelle : 139
Allocations familiales
(-) et redistribution sociale : 90
mise sous condition de ressources des (-) : 109, 206
Arrêtés municipaux anti-mendicité
V. Liberté d'aller et venir ; Mendicité ; Ordre ; Salubrité ; Tranquillité
Assistance
devoir d'(-)
histoire : 21-76
(-) et dette sociale : 39-40, 190
(-) et obligation juridique : 75, 285
droit à l'(-) : 183-222
comme droit de l'homme : 185, 188-191, 193, 195, 222
comme droit subjectif : 190, 192, 218-219, 222
et obligation d'assistance : 184, 190, 192-195
histoire : 184-195
finalités de l'(-) : 73, 262
fondements de l'(-) : 265
V. aussi Charité ; Fraternité, Ordre, Solidarité
institutions d'(-) : 25-28, 31-33, 40-42, 45-46, 61, 74
V. aussi Hôpital
(-) et insuffisance de ressources : 155-157, 285
non (-) à personne en danger : 235
sélectivité des bénéficiaires de l'(-): 25, 29, 38, 57, 74-75, 114, 146, 285
V. aussi Aide sociale
Ateliers de charité, de secours ou nationaux : 56, 121, 132-135
V. aussi Travail

- B -

Bienfaisance : 35, 45, 48-49
Belgique : 140, 226, 234, 245, 299
Besoin
définition : 142, 178
droit à la satisfaction du (-) : 293, 302-307
(-) et aide sociale : 153-154
(-) et droit civil : 145-147
(-) et droit fiscal : 169-173
(-) et état de nécessité : 168
(-) et « reste à vivre » : 177
(-) et risque social : 149-150
Bourses d'enseignement : 99

- C -

Canada : 246
Charité : 10, 23-24, 48-50, 61
critique de la (-) : 35
critique de la (-) légale : 48
comme fondement historique de l'assistance : 4, 15, 76
V. aussi Christianisme
Charte sociale européenne (et (-) révisée) : 203, 210, 211, 214, 220, 260
Chômage : 75, 138, 262, 289
Christianisme : 2-5, 24, 29, 115, 185, 237, 316
V. aussi Charité
Citoyenneté : 268-273
(-) politique et pauvreté : 269-272
V. aussi Incapacités électorales
(-) sociale : 273, 278

Cohésion sociale : 20-112, 107, 180, 316
approche historique : 33, 50, 54, 72-73, 76
conception actuelle : 77, 79, 82 et s.
définition juridique : 79
(-) et services publics : 81, 85, 102
(-) et pauvreté : 79, 104, 110
(-) et Union européenne : 80
Comité de Mendicité : 1, 37-38, 116, 132, 136, 185
Conciliation (des droits de l'homme) : 216
Considération sociale : 247-248
V. aussi Dignité ; Stigmatisation
Constitution ; *V. aussi Déclarations*
(-) du 3 septembre 1791 : 41, 132, 187
(-) du 24 juin 1793 : 42, 133, 190
(-) du 5 fructidor an III : 45
(-) du 4 novembre 1848 : 57, 134, 192
(-) du 27 octobre 1946 : 78, 137, 154, 201, 297
(-) du 4 octobre 1958 : 78
projet de (-) du 19 avril 1946 : 199, 200, 295
Contradictoire (principe du (-)) : 249
Contrainte morale : 166
Contrepartie : 140
V. aussi Workfare ; *Devoir de travailler*
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) : 203, 215, 219 ; 226, 230, 233-236, 238, 245-246, 249-250
V. aussi Dignité ; Non-discrimination, Obligations positives ; Traitement inhumain et dégradant, Vie
Coupures *V. Interruption des fournitures d'électricité, eau et téléphone*

- D -

Déclarations de droits
(-) de 1789 : 41
(-) montagnarde : 42
déclaration universelle des droits de l'homme : 198, 294
projets de (-) de 1789 : 185-186
projets de (-) de 1793 : 42, 189
projets de (-) de 1848 : 191
projet de (-) d'avril 1946 : 200
V. aussi Constitution ; Pacte international de 1966 ; Principes particulièrement nécessaires à notre temps
Dégradation : 9, 240, 307
Détention provisoire : 229
Dettes (effacement des (-)) : 176
V. aussi Surendettement
Dignité
(-) et assistance : 296, 298, 299
(-) et interdiction de la mendicité : 125
(-) et pauvreté : 237-251, 316
distinction entre (-) fondamentale et (-) sociale : 237, 251
comme matrice des droits sociaux : 294-300
V. aussi Allemagne, Belgique, Canada, CEDH, Dégradation ; Discrédit, Logement, Non-discrimination, Santé ; Stigmatisation, Traitement inhumain et dégradant, Vulnérabilité
Discriminations positives : 107-111
V. aussi Allocations familiales ; Equité ; ZEP
Don : 316
Droit à la protection de la santé *V. Santé*
Droit à la sécurité sociale *V. Sécurité sociale*
Droit au logement *V. Logement*
Droit au travail *V. Travail*
Droit civil
exécution du contrat et protection du pauvre : 175
V. aussi Besoin ; Dettes ; Obligations alimentaires ; Saisies, Surendettement
Droit fiscal
(-) et pauvreté : 173
V. aussi Besoin ; Exonération ; Impôt ; Indigence fiscale ; Redistribution
Droit pénal
V. Assistance (non (-) à personne en danger) ; Contrainte morale ; Détention provisoire ; Etat de nécessité ; Mendicité ; Vagabondage
Droit subjectif
définition : 183
V. Assistance (droit à l'(-))
Droits de l'homme
V. Assistance (droit à l'(-)), *Besoin* (droit à la satisfaction du (-)) ; *CEDH ; Conciliation ; Constitution ; Déclarations de droits ; Dignité, Droits fondamentaux, Droits sociaux, Droits libertés et droits créance ; Famille ; Indivisibilité ; Instruction ; Logement, Objectifs à valeur*

constitutionnelle, Santé ; Sécurité sociale ; Travail ; Vie, Vie privée
Droits fondamentaux
comme fondement de la lutte contre l'exclusion : 264-266, 312, 315
dans la loi de 1998 : 266-267
V. aussi Insertion
Droits libertés et droits créances : 186, 197, 213-216, 293
V. aussi Conciliation ; *Indivisibilité*
Droits sociaux et Conseil Constitutionnel : 109, 205-207, 209, 216
mécanisme du cliquet anti-retour : 206
V. aussi Objectifs à valeur constitutionnelle ; Principes particulièrement nécessaires à notre temps
Droits sociaux et Conseil d'Etat : 208-211

- E -

Effet Mathieu : 104
Egalité : 77-78, 82 et s.
(-) en droit et de (-) fait : 77, 91
(-) des chances : 92-103 ; 106
V. aussi Inégalités sociales
Enquête sociale : 231, 244, 249
Enseignement
fonction d'intégration de l'(-) : 73
fonction de moralisation de l'(-) : 53
gratuité de l'(-) : 84
V. aussi Instruction (droit à l'(-))
Equité : 105-111
Etat de nécessité : 159-168, 302, 306
critères de l'(-) : 167-168
fondements : 160, 306
V. aussi Besoin ; Contrainte ; Logement ; Mendicité ; Vols d'aliments
Etat Providence : 78
V. aussi République sociale
Exclusion sociale
comme notion juridique : 258-260
définition juridique : 260, 281
droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale : 203
(-) et absence de travail : 289
genèse du concept d'(-) : 13, 256-257
Exonérations financières : 170-171
Expulsion locative : 305, 310
V. aussi Etat de nécessité ; Logement

- F -

Famille
droit au respect de la (-) : 205, 230-233, 267
placement d'enfants : 233, 244
V. aussi Enquêtes sociales ; Tutelle
Fracture sociale : 6, 20
V. aussi Cohésion sociale, Exclusion sociale, Question sociale
Fraternité : 15, 38, 55, 57-58, 60, 64, 76, 279

- G -

Gratuité : *V. Services publics*

- H -

Hôpital
Histoire : 25, 31, 33-34, 40, 62, 115
Obligation d'accueil des malades : 101
V. aussi Santé, Sécurité sociale
Hygiénisme : 63, 69
V. aussi Salubrité publique

- I -

Impôt
comme moyen de redistribution fiscale : 86-88
impôt sur le revenu : 87, 170
impôt de solidarité sur la fortune : 87
V. aussi Exonération ; Péréquation
Inadaptation sociale : 15, 256
Incapacités électorales : 271
V. aussi Citoyenneté ; Indigent
Indigence fiscale : 172-173
Indigent (statut de l'(-)) : 194, 262, 271
Indivisibilité (des droits de l'homme) : 214-216, 293
Inégalités sociales : 77-78, 83-111
Informatique et fichiers sociaux : 244
Insertion
droit à l'(-) : 255, 274, 276-281, 302-307
politiques d'(-) : 275
Instruction (droit à l'(-)) : 198, 200, 267
Insuffisance de ressources et pauvreté : 155-157, 283, 285, 287, 288
Intégration
(-) par l'assistance : 73, 78, 114, 273

(-) par l'éducation : 73
(-) par l'enfermement : 115
(-) par le travail : 114, 115, 131, 135-136, 141
V. aussi Marginalité
Intérêt général : 70, 78, 97-98
Interruption des fournitures d'eau, d'électricité, de téléphone : 102-103, 238
fonds de solidarité : 102
jurisprudence judiciaire relative aux (-) : 103
V. aussi Egalité ; CEDH, Cohésion sociale ; Services publics

- J -

Justice sociale : 15, 106, 316
Justice pénale : 229

- L -

Libération conditionnelle : 229
Liberté individuelle et pauvreté : 224-236
Liberté d'aller et venir
(-) et interdiction de la mendicité : 128
(-) et pauvreté : 225-230
Liberté de mendier : 116, 128
Livret ouvrier : 53
Logement
aide à l'accès au (-) : 99, 157
droit au (-) : 203, 205, 215-216, 240, 246, 267, 305
V. aussi Charte sociale européenne, Droits fondamentaux ; Etat de nécessité ; Expulsion locative ; Objectif à valeur constitutionnelle
décence du (-) : 240-241
(-) insalubre : 240-242
V. aussi Dégradation ; Hygiénisme ; Salubrité publique, Santé
squattage locatif : 162, 165-166, 305-306

- M -

Marginalité : 114, 117
Mendicité
arrêtés municipaux anti (-) : 120-129 ; 227
délit de vagabondage et de (–) : 117-119
délit de (-) et état de nécessité : 163
dépôts de (–) : 34, 46, 115, 118, 131
éléments constitutifs de l'incrimination pénale : 118
fondements de l'incrimination pénale : 117
répression historique de la (-) : 34, 115-119
rétention administrative : 226
Morale libérale : 48-49, 53, 60, 64, 119
Minima sociaux : 156, 288, 303
V. aussi Revenu minimum d'insertion

- N -

Nomades : 228
Non-discrimination : 246

- O -

Objectif à valeur constitutionnelle : 205, 216, 259
V. aussi Logement, Exclusion sociale
Obligations alimentaires : 144-147, 303
Obligations positives : 215, 235, 239
V. aussi CEDH
Ordre (maintien de l'(-))
comme fondement des mesures d'assistance : 30-33, 38-39, 44-46, 52-54, 59-60, 63, 68-69, 71, 76
comme fondement de la répression de la mendicité et du vagabondage : 115-117
comme justification des arrêtés municipaux anti-mendicité : 121-127
V. aussi Salubrité, Sécurité, Tranquillité

- P -

Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturel de 1966 : 202, 210-211, 220, 294
V. aussi Déclarations de droits
Patronage : 53, 65, 66
Paupérisme : 8, 47, 52, 55
Pauvreté absolue/relative : 12, 287, 313
Pauvreté laborieuse : 290
Péréquation intercommunale
comme moyen de redistribution fiscale : 88
Précarité : 309-310
Prestations familiales *V. Allocations familiales*
Prévoyance : 284

(-) et moralisation : 53, 64-65
Principes particulièrement nécessaires à notre temps : 78, 137, 154, 201, 204-209, 220, 267, 297
V. aussi Constitution 27 octobre 1946 ; Droits sociaux et Conseil Constitutionnel
Prolétariat : 8, 66
V. aussi Paupérisme
Protection sociale
V. Assistance, Sécurité sociale

- Q -

Question sociale : 17, 19, 43, 180

- R -

Redistribution
(-) fiscale : 86-88
(-) sociale : 89-90
République sociale : 77-78
Ressources *V. Allocations familiales ; Assistance ; Discriminations positives ; Equité ; Insuffisance de ressources*
Revenu minimum d'insertion (RMI) : 140, 152, 154, 156, 280, 288
V. aussi Minima sociaux
Risque social
(-) et besoin : 149
(-) et pauvreté : 151-152
V. aussi Sécurité Sociale

- S -

Salaire minimum : 200, 287, 303
Saisies (voies d'exécution) : 303, 305
V. aussi Besoin
Salubrité publique
(-) et assistance : 31, 63, 69
(-) et interdiction de la mendicité : 123
V. aussi Dégradation, Hygiénisme, Santé, Ordre
Santé
accès aux soins : 94
aide médicale : 94, 157, 304
couverture maladie universelle : 94, 304
droit à la protection de la (-) : 198, 201, 205, 267, 304
pathologies sociales : 242
SDF *V. Mendicité, Vagabondage*
Secours *V.* Assistance
Sécurité matérielle : 310
droit à la (-) : 196 et s., 201, 205, 293
Sécurité publique
(-) et interdiction de la mendicité : 115-117, 122
Sécurité sociale
conception universelle ou professionnelle : 150, 218, 278
droit à la (-) : 196 et s., 198-200, 205
droit à la (-) comme droit subjectif : 217-219
(-) et pauvreté : 148, 151-152, 158
V. aussi Risque social
(-) comme instrument de redistribution sociale : 89-90
(-) comme facteur de cohésion sociale : 89
Services publics
(-) et cohésion sociale : 81, 85
fonds de solidarité pour l'accès aux prestations des (-) : 102, 306
gratuité des (-) : 83-84, 93-95
modulations tarifaires : 96-97, 306
obligations spécifiques en faveur des usagers en situation de précarité : 100-103, 306
unification tarifaire : 85
V. aussi Interruption des fournitures
Seuils de pauvreté : 12, 288
Solidarisme : 66
Solidarité
comme principe éthique : 67
comme fait d'interdépendance : 72
comme voie de cohésion sociale : 73
histoire : 66-67, 71-73
principe constitutionnel : 76, 205
(-) sociale et (-) familiale : 143-144
Squattage locatif *V. Logement, Etat de nécessité*
Stigmatisation : 245-246, 248-249, 261-263
V. aussi Considération sociale, Dignité
Surendettement : 176-177

- T -

Travail
assistance par le (-) : 56-57, 131-135
droit au (-) : 56-57, 133-134, 137, 200-201, 205
devoir de travailler : 137
histoire : 109, 113, 117, 130-135
et octroi d'allocation chômage : 138
V. aussi Contrepartie, Workfare
et solidarité familiale : 146
V. aussi Aide sociale, Chômage
Traitement inhumain et dégradant : 238-239
V. aussi Dignité, CEDH
Tranquillité publique
(-) et interdiction de la mendicité : 124
Tutelle morale : 45, 53, 55, 60
V. aussi Patronage
Tutelles aux prestations familiales : 232

- U -

Union européenne
charte communautaire des droits sociaux fondamentaux : 221
charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne : 80, 215, 221, 294, 301
(-) et cohésion économique et sociale : 80
(-) et exclusion sociale : 260, 301
(-) et lutte contre la pauvreté : 80, 301, 311, 312
Utilitarisme : 15, 70, 316

- V -

Vagabondage
(-) et liberté individuelle : 226-227
(-) et répression : *V. Mendicité*
Vie droit à la (-) et pauvreté : 234-236, 302
Vie privée (droit au respect de la (-)) : 244-245*V. aussi Dignité, Enquêtes sociales, Famille, Informatique*
Vol d'aliments : 161, 164, 306
V. aussi Besoin, Etat de nécessité
Vulnérabilité : 241

- WXYZ -

Workfare : 140
Zones d'éducation prioritaire (ZEP) : 108

TABLE DES MATIERES

Introduction générale 1
§ 1- La pauvreté est un thème 2
Le message évangélique de l'humiliation et de la gloire 2
Le thème politique de l'ordre social 3
Le propos littéraire de la dégradation et des stigmates de la misère 6
§ 2- La pauvreté est devenue un objet d'étude 7
L'histoire et le récit de la pauvreté 8
L'économie et la mesure de la pauvreté 9
La sociologie et le vécu de la pauvreté 11
§ 3- La pauvreté peut être un objet d'étude juridique 13
L'existence d'un champ d'étude 14
La possibilité d'une étude 17

PREMIÈRE PARTIE
LA SOCIÉTÉ FACE AU PAUVRE

TITRE 1. L'IMPÉRATIF DE COHÉSION SOCIALE **25**

CHAPITRE 1- L'AFFIRMATION HISTORIQUE D'UN DEVOIR D'ASSISTANCE AUX PAUVRES **27**
SECTION 1- DE LA FOI À LA LOI 27
§ 1- L'assistance charitable sous l'Ancien Régime, entre ordre divin et ordre public 28
I- L'organisation des secours charitables au Moyen âge 28
A- L'héritage de la patristique 28
B- L'institutionnalisation des secours charitables 30
II- Le tournant de la bureaucratisation de la charité 31
A- Les secours communaux 31
B- L'intervention du pouvoir royal 32
§ 2- L'assistance aux pauvres sous la Révolution, une dette sacrée 35
I- Les idées nouvelles 35
A- Les sources d'inspiration révolutionnaires 35
1- L'échec de la politique royale d'assistance 36
2- La critique des Philosophes 36
a- Le refus de la charité 37
b- La condamnation de la répression 38
B- Les principes révolutionnaires d'assistance aux pauvres 39
1- L'esprit scientifique et rationnel 39
2- L'assistance aux pauvres dans la théorie du contrat social 41
a- L'affirmation d'une responsabilité sociale 41
b- La redéfinition du rôle de l'Etat 43

II- Les réalisations révolutionnaires 43
A- La discrétion des assemblées Constituante et Législative 44
B- L'emphase de la Convention 45
SECTION 2- DE LA MORALE AU DROIT SOCIAL....47
§ 1- L'assistance au XIXe siècle, une réponse morale à la question sociale 47
I- La période réactionnaire, de l'an III à 1848 47
A- Le Directoire et l'époque napoléonienne : le souci d'ordre 48
1- Le Directoire, ou l'actualisation des notions d'Ancien régime....48
2- Napoléon, ou le souci d'ordre 49
B- La Restauration monarchique : le souci de morale....50
1- La bienfaisance, une charité morale 51
2- Tutelles et patronage, une politique sociale sans Etat 54
a- Le constat libéral des désordres induits par le paupérisme 54
b- La moralisation par la tutelle....55
II- La force de la question sociale 58
A- Le souvenir et la crainte de l'esprit de 1848....58
1- Les idées révolutionnaires 58
2- Le traumatisme inaugural de 1848 59
a- Les revendications ouvrières 60
b- Le texte de la Constitution du 4 novembre 1848....60
B- Les propositions législatives républicaines et impériales....62
1- La législation d'assistance de la IIème République,
entre fraternité et ordre public 63
a- Le double fondement de la législation assistancielle....63
b- Des réalisations limitées....65
2- La faible législation du Second Empire 68
§ 2- L'assistance sous la IIIème République, la naissance du droit social 69
I- La solidarité, figure républicaine de la cohésion sociale....70
A- Le solidarisme, une réponse radicale à la lutte des classes 70
B- La solidarité, fondement des lois sociales 72
1- La reconnaissance d'un devoir éthique de solidarité....72
2- Le caractère non exclusif d'un tel fondement 73
3- La solidarité comme voie de cohésion sociale 78
II- La stricte délimitation des conditions d'accès à l'assistance....80
Conclusion du chapitre 1 83

CHAPITRE 2- EGALITÉ ET SOLIDARITÉ, LES VOIES ACTUELLES DE LA COHÉSION SOCIALE....85
SECTION 1- LA COHÉSION SOCIALE ASSURÉE 86
§ 1- Les fondements théoriques....86
I- L'intérêt général, ou l'impératif démocratique de réduction des inégalités 86
II- La formulation explicite de la cohésion sociale 89
A- La naissance d'un thème politique 89
B- La cristallisation d'une notion juridique....92
1- Cohésion sociale et action communautaire de lutte contre la pauvreté....92
2- Cohésion sociale et action du service public :
le nouveau visage de l'intérêt général 94
§ 2- Les techniques juridiques 96

I- La solidarité par l'égalité 96
A- La gratuité des services, technique de réalisation de l'égalité réelle ? 96
B- L'unification tarifaire, nouveau moyen de réduction des inégalités de fait 99
II- L'égalité par la solidarité : la redistribution 100
A- La redistribution fiscale 101
1- L'impôt sur le revenu, exemple traditionnel de redistribution fiscale 102
2- La péréquation intercommunale, exemple récent de redistribution fiscale 103
B- La redistribution sociale 104
SECTION 2- LA COHÉSION SOCIALE MENACÉE 107
§ 1- Les politiques traditionnelles d'égalité des chances 108
I- La gratuité sélective 109
A- La gratuité sélective, conséquence d'une loi 109
B- La jurisprudence administrative relative aux modulations tarifaires 111
II- L'assistance sélective 116
A- Les politiques transversales d'assistance 116
B- Les obligations spécifiques des services publics à l'égard des usagers en situation de pauvreté 117
§ 2- De nouvelles interrogations 122
I- Le contexte social et doctrinal 122
A- L'aggravation des inégalités et l'échec des politiques traditionnelles 123
B- Le contexte doctrinal 124
1- Egalité, priorité ou équité ? Le renouveau doctrinal 124
2- Justice et cohésion sociales, fondement des discriminations positives 126
II- Les applications pratiques 129
A- La médiation communautaire 129
B- Le ciblage des prestations sociales 131
1- La mise sous condition de ressources, une pratique continue des prestations familiales 132
2- Vers une extension des prestations sous condition de ressources ? 133
Conclusion du chapitre 2 135
Conclusion du titre 1 136

TITRE 2. L'APPRÉHENSION JURIDIQUE TRADITIONNELLE DE LA PAUVRETE 137

CHAPITRE 1- LE DEVOIR D'INTÉGRATION DU PAUVRE 139
SECTION 1- LE REJET DU MENDIANT 140
§ 1- Le mendiant, ou le pauvre historiquement dangereux 140
I- Une répression séculaire 140
A- L'Ancien Régime ou la chasse aux gueux 140
B- La Révolution française ou la condamnation d'un délit social 144
1- Un renouveau de l'analyse 145
2- Les mesures coercitives adoptées 147
II- Une longue incrimination pénale 148
A- Les fondements de l'incrimination 148
1- Mendiants et vagabonds, des individus dangereux 148
2- Mendiants et vagabonds, des individus marginaux 150

B- Les applications jurisprudentielles 152
1- Les éléments constitutifs de l'incrimination 152
2- De la sévérité initiale à la dépénalisation progressive.....155
§ 2- Les arrêtés municipaux anti-mendicité, une résurgence contemporaine.....158
I- La censure municipale de la mendicité.....159
A- Le comportement des mendiants attentatoire à l'ordre public 159
1- Des interdictions rattachées à la trilogie traditionnelle 159
2- Des fondements plus douteux.....163
B- La mendicité attentatoire à l'ordre public.....165
II- La censure juridictionnelle des arrêtés anti-mendicité 166
A- Les libertés en cause.....166
B- Le contrôle de proportionnalité effectué par le juge.....168
SECTION 2- L'INTÉGRATION DU PAUVRE.....170
§ 1- L'intégration par le travail, un principe historique.....170
I- La confusion permanente entre assistance par le travail et répression 171
II- L'affirmation historique du devoir de travailler 174
§ 2- La permanence du principe 181
I- Un devoir moral de travailler ? 181
II- Le maintien d'une efficience juridique du devoir de travailler 182
A- Devoir de travailler et octroi d'allocation chômage 182
B- Les débats contemporains sur la notion de contrepartie.....184
1- Le rejet d'une allocation inconditionnelle.....184
2- La tentation de la contrepartie 186
Conclusion du chapitre 1 188

CHAPITRE 2- PAUVRETÉ ET BESOIN,
OU LA CONSTRUCTION JURIDIQUE D'UNE NOTION SUBSTITUTIVE 189
SECTION 1- LE BESOIN, JUSTIFICATION DE L'INTERVENTION DE LA NORME 190
§ 1- Le droit civil et la protection familiale du pauvre 190
I- La famille, foyer de l'assistance aux pauvres 190
A- Le fondement de l'obligation, la solidarité familiale 191
B- Le critère de l'obligation, l'état de besoin 192
II- L'irréductibilité du besoin à la pauvreté 193
A- La subjectivité de l'appréciation des besoins du créancier 194
B- La relativité de la détermination du montant des aliments 195
§ 2- Le droit social et la protection sociale du pauvre 196
I- La Sécurité sociale et le défi de la pauvreté 196
A- Le besoin et le droit de la Sécurité sociale 197
1- Le risque, un besoin potentiel.....197
a- L'influence conceptuelle du plan Beveridge 197
b- Le risque, indicateur du besoin.....198
2- La nature relative et variable du besoin pris en compte 199
B- Vers la reconnaissance d'un risque de pauvreté ? 200
1- Le refus traditionnel de reconnaître un risque de pauvreté 200
a- La notion de risque est théoriquement indifférente à la pauvreté.....201
b- Le risque ne recouvre plus dans les faits des situations de pauvreté.....201
2- Les prémices de l'évolution ?.....202
II- L'aide sociale et la pauvreté.....204

A- Le besoin, objet direct de l'aide sociale 204
1- La définition de l'aide sociale par le besoin.....204
2- La définition du besoin par l'aide sociale 205
B- La pauvreté, objet indirect de l'aide sociale 208
1- L'insuffisance de ressources, élément nécessaire mais insuffisant de l'aide sociale 208
2- L'insuffisance de ressources, notion affectée d'une grande plasticité 210
SECTION 2- LE BESOIN, JUSTIFICATION DE LA MODULATION DE LA NORME 213
§ 1- Le besoin, justification d'une inflexion de la règle pénale.....213
I- La reconnaissance de la nécessité du "nécessiteux" 214
A- Des fondements religieux et moraux traditionnels.....214
B- Des applications limitées 216
1- Pauvreté et vol d'aliments 216
2- Pauvreté, squattage et logement 217
3- Pauvreté, mendicité et vagabondage 219
II- Le juge pénal et le besoin du pauvre 219
A- Les ambiguïtés jurisprudentielles 220
1- Le fréquent recours à des considérations humanitaires.....220
a- L'humanité contre les poursuites à l'encontre du pauvre.....220
b- L'humanité contre la condamnation du pauvre.....221
2- La misère comme contrainte ?.....223
B- Le caractère impérieux des besoins 225
1- La difficile définition de l'infraction socialement utile.....226
2- La satisfaction minimale des besoins vitaux 227
§ 2- Le besoin, justification d'une exonération financière 228
I- Le droit fiscal face à la pauvreté 229
A- Les exonérations prévues 229
1- Une exonération dans la détermination de l'assiette de l'impôt 229
2- Une exonération dans le domaine de la procédure gracieuse.....231
B- L'indigence, définition fiscale de la pauvreté ?.....231
1- Le flou de la notion d'indigence fiscale 231
2- L'inaptitude du droit fiscal à définir la pauvreté.....233
II- Le droit de la consommation face à la pauvreté.....235
A- Le renouvellement de la théorie générale des contrats au nom de la protection du pauvre.....235
1- La pauvreté, notion traditionnellement inconnue du droit des contrats 235
2- Le pauvre et le surendettement, la protection apportée par le droit de la consommation.....237
B- La prise en compte des besoins essentiels : le « reste à vivre ».....239
Conclusion du chapitre 2 241
Conclusion du titre 2.....243
Conclusion de la première partie 243

SECONDE PARTIE
LE PAUVRE FACE À LA SOCIÉTÉ

TITRE 1. PAUVRETÉ ET DROITS DE L'HOMME 247

CHAPITRE 1- ASSISTANCE ET DROITS DE L'HOMME : L'HISTOIRE D'UN PARADOXE 249
SECTION 1- LES HÉSITATIONS CONSTITUTIONNELLES 250
§ 1- La difficile proclamation du droit aux secours sous la Révolution 250
I- 1789-1792 : le paradoxe révolutionnaire 251
A- Le consensus doctrinal : l'existence d'un droit naturel de l'homme à la garantie de l'existence et l'affirmation corrélative d'un droit de l'individu aux secours.....251
B- Une consécration textuelle marginale.....252
II- 1792-1795 : la consécration d'un droit aux secours 255
§ 2- Les palinodies républicaines 257
I- La IIème République, ou l'affirmation d'un devoir d'assistance sans contrepartie d'un droit 257
A- Le débat politique et doctrinal.....258
B- La prudence des principes consacrés.....259
II- La IIIème République, ou la difficile reconnaissance d'un droit subjectif.....260
SECTION 2- LA TRANSFORMATION DU DROIT DE L'INDIGENT AUX SECOURS EN DROIT DE L'HOMME À LA PROTECTION SOCIALE ET À LA SÉCURITÉ MATÉRIELLE.265
§ 1- La particularité des droits reconnus.....266
I- Des droits proclamés mais minorés 266
A- Une marginalisation non prévisible.....266
B- Une marginalisation entérinée 271
1- A l'échelle française 271
2- A l'échelle internationale 273
II- Des droits à la juridicité atténuée 275
A- La moindre juridicité des droits sociaux garantis par le Préambule.....275
1- L'encadrement jurisprudentiel des dispositions sociales du Préambule 275
2- L'encadrement jurisprudentiel de la portée des droits sociaux 278
3- La nécessaire médiation textuelle.....281
B- La juridicité atténuée des instruments internationaux relatifs aux droits sociaux ..283
§ 2- La banalisation des droits reconnus.....287
I- Vers la reconnaissance de droits de l'homme à part entière.....287
A- La critique doctrinale de la distinction entre « vrais » et « faux » droits de l'homme 288
1- Une différence de nature ?.....289
2- Une différence de valeur ?.....290
3- Une différence de régime ? 291
4- Une différence de sanction ? 292
B- Le principe d'indivisibilité des droits de l'homme et leur conciliation.....294
1- L'indivisibilité résultant d'une unité de nature 294
2- L'indivisibilité résultant d'une identité de valeur : la conciliation 297

II- Vers la reconnaissance de droits subjectifs 299
A- La reconnaissance d'un droit subjectif et patrimonial aux prestations sociales 300
B- Les perspectives de juridictionnalisation des droits sociaux 304
Conclusion du chapitre 1 307

CHAPITRE 2- PAUVRETÉ ET VIOLATION DES DROITS FONDAMENTAUX .. 309
SECTION 1- L'ATTEINTE À DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES 310
§ 1- La pauvreté, situation de fait entraînant l'application de règles juridiques attentatoires à la liberté individuelle 310
I- Liberté de déplacement et sûreté 311
A- Enfermement et rétention administrative des vagabonds 311
B- Liberté de déplacement et de stationnement des sans-domicile-fixe 316
C- Procédure pénale et pauvreté 319
II- Liberté et respect de la vie familiale 321
A- L'enquête sociale et la tutelle aux prestations sociales 321
B- La protection de l'enfance en danger 323
§ 2- La pauvreté, situation de fait susceptible de porter atteinte au droit à la vie 327
I- Droit à la vie et droit de ne pas mourir de la pauvreté 328
II- Vers une approche qualitative du droit à la vie ? 330
SECTION 2- L'ATTEINTE À LA DIGNITÉ 333
§ 1- Pauvreté et dignité fondamentale 334
I- Pauvreté et notion de « traitement inhumain et dégradant » dans la jurisprudence européenne 335
II- Pauvreté et dignité en droit interne : l'exemple de la réglementation du logement .. 340
§ 2- Pauvreté et dignité sociale 345
I- Le pauvre dans ses relations privées : dignité et épanouissement personnel et familial 346
A- Pauvreté, dignité et liberté 346
B- Pauvreté, dignité et égalité 350
II- Le pauvre dans ses relations sociales : dignité et considération sociale 354
Conclusion du chapitre 2 359
Conclusion du titre 1 360

TITRE 2. L'EXCLUSION SOCIALE, OU LE RENOUVEAU DE L'APPROCHE JURIDIQUE DE LA PAUVRETÉ 361

CHAPITRE 1- L'IDÉE NOUVELLE D'UN DROIT À L'INSERTION 363
SECTION 1- EXCLUSION SOCIALE ET DROITS FONDAMENTAUX 363
§ 1- La genèse du concept d'exclusion sociale 364
I- La formation du concept 364
A- La naissance d'un thème politique 364
B- L'ancrage d'un objet d'étude sociologique 366
II- La cristallisation d'une notion juridique 368
A- L'exclusion sociale comme phénomène juridique 368
B- L'exclusion sociale comme notion juridique 371

§ 2- La sauvegarde des droits fondamentaux, nouveau fondement des mesures de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale 374
I- Le constat de l'archaïsme des politiques traditionnelles d'assistance 374
II- La thématique des droits fondamentaux dans la lutte contre l'exclusion et la pauvreté 378
A- La sauvegarde des droits fondamentaux, fondement explicite de la lutte contre l'exclusion sociale 378
B- Le caractère non exhaustif des droits fondamentaux invoqués 383
SECTION 2- DROIT À L'INSERTION ET RENOUVEAU DU CONTRAT SOCIAL 386
§ 1- Représentation et participation des pauvres : l'extension de la citoyenneté 387
I- Citoyenneté politique et pauvreté 387
A- La pauvreté exclusive de la citoyenneté politique 387
1- La justification du régime censitaire : le pauvre, un individu incapable et dangereux 388
2- La justification des incapacités attachées au statut d'indigent 392
B- L'extension de la citoyenneté politique 395
II- Citoyenneté sociale et pauvreté : la représentation sociale du pauvre 396
§ 2- Le droit à l'insertion comme droit fondamental, vecteur de la citoyenneté sociale 399
I- Un droit finalisé 399
A- L'insertion, nouveau principe des politiques sociales 399
B- Le droit à l'insertion, droit à la reconnaissance et à l'utilité sociales 401
II- Un droit fondamental 404
A- Un droit essentiel 404
1- Une conception nouvelle de la citoyenneté 404
2- Un renouveau du contrat social 406
B- Un droit au fondement d'autres droits 407
Conclusion du chapitre 1 408

CHAPITRE 2- VERS UNE DÉFINITION JURIDIQUE DE LA PAUVRETÉ 411
SECTION 1- L'INADAPTATION DES APPROCHES CLASSIQUES 411
§ 1- La pauvreté entendue comme insuffisance de ressources 411
I- Le refus historique d'inscrire la pauvreté dans le champ juridique 412
A- La prévoyance, ou la protection de l'ouvrier 412
B- L'assistance, ou la prise en charge de certaines formes d'absence de ressources ..414
II- Les garanties actuelles de ressources minimales face à la pauvreté 417
A- La garantie des revenus salariaux, critère de délimitation juridique de la pauvreté ? 417
B- La question des minima sociaux, ou l'impossible critère juridique de la pauvreté 419
§ 2- La pauvreté entendue comme absence de travail 422
SECTION 2- L'APPORT DE L'ÉTUDE JURIDIQUE 425
§ 1- Le droit saisi par la pauvreté 425
I- Dignité de la personne et droit à la satisfaction du besoin 425
A- L'existence d'un droit à la satisfaction du besoin 425
B- La dignité de la personne humaine, nécessaire fondement du droit à la satisfaction du besoin 428
1- La dignité sociale, matrice conceptuelle des droits sociaux 428
2- La redécouverte du principe de dignité, dynamique présidant à l'émergence de nouveaux droits sociaux 432

II- La délimitation juridique de la satisfaction du besoin par le droit à l'insertion 436
§ 2- La pauvreté saisie par le droit.....442
I- La précarité, ou la pauvreté comme absence de sécurité 442
II- L'absence de ressources, ou la pauvreté comme absence de droits.....445
Conclusion du chapitre 2 447
Conclusion du titre 2.....448
Conclusion de la seconde partie 448
Conclusion générale 451

Bibliographie.....455
Index thématique.....473
Table des matières.....479