



## DROIT ET NON-RECOURS AUX DROITS SOCIAUX

**Esquisses d'une réflexion  
sur une approche juridique  
des droits sociaux  
intégrant les données  
produites par les études  
sociopolitiques du  
non-recours**

12 | 2020  
WORKING  
PAPER  
**#29**

*Delphine Neven*

## Cadre et problématique de la recherche<sup>1</sup>

Comme l'ont récemment écrit Héléna REVIL et Philippe WARIN, « l'analyse du phénomène [de non-recours] peut intéresser de nombreuses disciplines », parmi lesquelles figure le droit, au titre de « l'effectivité et [de] la justiciabilité des droits sociaux »<sup>2</sup>.

Toutefois, force est de constater que si le non-recours est désormais devenu un objet d'étude à part entière pour bon nombre de sciences sociales et économiques, la plupart des juristes n'abordent la question du non-recours que de façon détournée ou indirecte<sup>3</sup>, à l'occasion d'analyses consacrées à des questions juridiques telles que la justiciabilité des droits sociaux<sup>4</sup>, la nature des droits sociaux<sup>5</sup> ou l'appréhension par le droit et à travers le temps des phénomènes sociaux<sup>6</sup>. Ces analyses juridiques ont en commun de « déboucher » sur les mêmes questionnements, portant sur la réalité des droits sociaux et des politiques sociales. On retrouve alors l'idée que l'on atteint là les limites de la sciences juridique<sup>7</sup> : le/la juriste n'est pas outillé.e pour apprécier et évaluer les effets du droit. Il/elle doit alors passer le relai aux sciences sociales.

Notre objectif n'est pas de remettre en cause la frontière entre le droit et non-droit, mais de proposer aux juristes d'expérimenter une autre manière d'appréhender les droits sociaux, avec l'idée que cette approche pourrait *in fine*, en croisant les données produites par les disciplines juridique et sociales, enrichir la théorie des droits sociaux fondamentaux. En particulier, nous suggérons aux juristes de se risquer à l'intégration, dans leur analyse des droits sociaux, des données, tant quantitatives que qualitatives auxquelles aboutissent les analyses réalisées notamment par l'Odenore relativement au non-recours aux droits et services sociaux. Le ton adopté dans le présent document ne se veut nullement péremptoire, mais au contraire, suggestif : il s'agit bien de formuler une proposition que nous soumettons à l'examen du/de la lecteur.rice.

---

<sup>1</sup>Ce document de travail a vocation à présenter une nouvelle approche des droits sociaux de manière théorique. Un second document de travail (n°30 de la collection Odenore) présente certains des résultats auxquels une première mise en œuvre de cette approche à l'égard du droit au logement a abouti.

<sup>2</sup>WARIN Philippe et REVIL Héléna, « Non-recours », in Boussaguet Laurie, Jacquot Sophie et Ravinet Pauline (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Sciences Po, 2019, p. 399.

<sup>3</sup>Dans le même sens, voy. SAYN Isabelle, « Le non-recours, vu du droit » [en ligne], Mars 2007, [consulté le 6 mai 2020]. Selon cette autrice, « le “non-recours” en tant qu'objet d'étude et d'analyse est [...] un objet non identifié, inexistant, chez les juristes ».

<sup>4</sup>On songe évidemment à l'important dossier thématique réalisé sous la direction de Diane ROMAN et consacré à la question de la justiciabilité des droits sociaux. Voy. ROMAN Diane (dir.), « La justiciabilité des droits sociaux » [en ligne], *R.D.H.*, 2012, n°1, [consulté le 30 avril 2019].

<sup>5</sup>Voy. not. ROMAN Diane, « L'universalité des droits sociaux à travers l'exemple du droit à la protection sociale », *CRDF*, 2009, pp. 117-132.

<sup>6</sup>Voy. not. GAXIE Louise, « “Du droit individualiste” au “droit social”. Une histoire de la juridicisation du social (1789-1939) » [en ligne], *raison-publique*, 19 mars 2012, [consulté le 24 avril 2020].

<sup>7</sup>LEROY Yann, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, 2011, n°79, p. 716.

## **Fondements de la proposition : les limites des approches juridiques du phénomène de non-recours**

### ***Etat de l'art***

Sans prétendre à l'exhaustivité, une première recherche a permis de mettre en exergue plusieurs contributions juridiques sur le sujet du non-recours<sup>8</sup>. Il est impératif de préciser que le périmètre de la recherche a été circonscrit à la France et qu'il s'agit là d'une importante limite de la présente étude<sup>9</sup>.

L'analyse de ces contributions permet de tirer plusieurs enseignements :

- Les juristes dont les contributions ont été analysées soutiennent qu'une approche juridique du non-recours est possible et même souhaitable, ce qui témoigne de la volonté de ces auteur.rice.s de privilégier l'interdisciplinarité sur une approche pure ou monodisciplinaire du droit ;
- Il.elle.s présentent le droit comme un facteur de non-recours et comme l'un de ses remèdes ;
- L'ouverture aux sciences sociales à laquelle se risquent ces auteur.rice.s demeure limitée : il.elle.s n'établissent pas de corrélations/interactions entre les données quantitatives et qualitatives produites par les sciences sociales et leur analyse juridique. Ils partent du constat d'une ineffectivité importante des droits sociaux, telle que révélée par les études non-juridiques du non-recours, puis se détournent<sup>10</sup> totalement ou principalement, des sciences sociales pour entrer dans une démarche purement juridique. Il.elle.s cherchent alors dans le droit, les éléments qui seraient (totalement ou partiellement) à l'origine du phénomène sans lier ces éléments aux récits des non-recourant.e.s, et en appellent à des réformes juridiques qui dans l'absolu, seraient de nature à remédier au phénomène de non-recours.

Ce dernier constat dépasse la seule question du non-recours aux droits et services : le/la juriste n'a pas pour habitude d'exploiter les données que produisent les sciences sociales. Cela s'explique en raison de l'approche du droit encore largement majoritaire parmi les juristes en France, à savoir le point de vue interne sur le droit, le cas échéant modérément ouvert.

### ***L'approche majoritaire du phénomène juridique : le point de vue interne et sa variante « modérément ouverte ».***

Selon un point de vue « strictement » interne, le droit se réduit, sinon à des textes, du moins à des argumentations juridiques<sup>11</sup>. L'objet d'étude du/de la juriste – le droit – est présenté comme un « système clos, autoréférentiel et autonome »<sup>12</sup>.

Relève du point de vue strictement interne, le courant positiviste, qui se borne à exposer le contenu des normes et leur application particulière. La démarche est exclusivement descriptive, puisqu'il n'appartient pas aux juristes, selon ce courant, d'évaluer le droit et de déterminer ce que le droit devrait être.

---

<sup>8</sup>LUBIN Bertrand François, « L'effectivité des droits sociaux au prisme du non-recours », *L.P.A.*, 9 janvier 2018, n°131, t8, pp. 5 à 12 ; ROMAN Diane, « Les enjeux juridiques du non-recours aux droits », *RDSS*, juillet et août 2012, n° 4, pp. 603-613 ; BORGETTO Michel, « L'accès aux droits sociaux : quelle effectivité ? », in Du cheyron Patrick et Gélot Didier (dir.), *Droit et pauvreté*, ONPES et DREES-MiRe, 2008, pp. 105-125. Isabelle SAYN dresse le même constat.

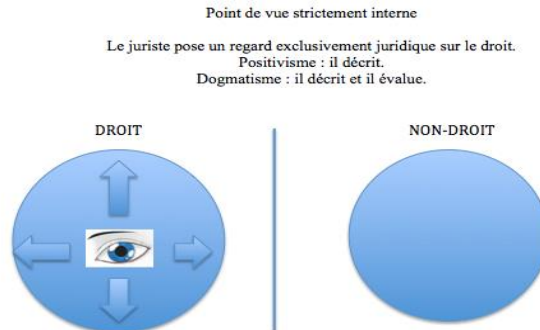
<sup>9</sup>Nous n'ignorons pas la nécessité d'ouvrir l'horizon de la recherche à la littérature étrangère, qui serait, à coup sûr, la source de nouvelles clefs de réflexion et de compréhension pour une approche juridique du non-recours aux droits sociaux.

<sup>10</sup>En l'espèce, ni le taux de non-recourant ni les causes du non-recours tels que relatés par les premiers concernés, à savoir les bénéficiaires potentiel.le.s des dispositifs juridiques, ne sont exploités dans le cadre de ces analyses. Ces analyses se veulent avant tout juridiques.

<sup>11</sup>BRUNET Pierre, « Quand le droit compte comme texte », *RIEJ*, 2013/1, n°70, p. 59.

<sup>12</sup>DELPEUCH Thierry, DUMOULIN Laurence et de GALEBERT Claire, *Sociologie du droit et de la justice*, Armand Colin, 2014, p. 10.

La dogmatique juridique est une autre manière d'appréhender le droit selon ce point de vue. Contrairement au positivisme, la dogmatique invite le/la juriste à procéder à une évaluation des normes et de leurs applications. L'approche n'est donc plus seulement descriptive mais aussi prescriptive<sup>13</sup>, tout en demeurant interne puisque les explications et les évaluations auxquelles le/la juriste se prête sont juridiques<sup>14</sup> : elle se font à la lumière des « éléments (acte juridique, comme une loi, ou concept juridique, comme l'absence de lacunes ou de contradictions) qui sont intérieurs au système juridique considéré »<sup>15</sup>.



Face à l'enracinement du droit dans la société, une partie de la doctrine juridique a souhaité ouvrir son explication et sa compréhension du droit aux logiques sociales, politiques et économiques dont il est le produit<sup>16</sup>. Cette volonté est à l'origine d'une approche interdisciplinaire du droit, étant entendu que l'interdisciplinarité à laquelle se prête le/la juriste peut être plus ou moins radicale.

En l'occurrence, lorsque le chercheur/la chercheuse en droit prend pour point de départ une approche interne du droit, l'ouverture aux sciences sociales demeure modeste et modérée<sup>17</sup>. En effet, selon ce point de vue interne modérément ouvert, le/la juriste tient compte des éléments de compréhension et d'explication développés par d'autres disciplines que le droit, de manière à construire des ponts entre ces disciplines, mais sans jamais mêler dans son analyse le droit et le non-droit : l'approche est « d'abord et principalement d'ordre juridique, c'est-à-dire menée du point de vue interne à celui-ci »<sup>18</sup>, et le plus souvent dogmatique, et est complétée par des éléments « extra-juridiques »<sup>19</sup>, tels que des statistiques<sup>20</sup>. Pour le dire autrement, si l'auteur/ l'autrice accepte « de lever la tête de son matériau de prédilection »<sup>21</sup> (le droit positif), il ne s'agit pas pour autant de procéder à une « confusion des genres »<sup>22</sup>. Comme l'écrivent Antoine BAILLEUX et François OST, « le modèle se décroïssonne », mais « aucun dialogue réel ne s'établit entre les disciplines en présence et les objets dont celles-ci entendent parler [le droit, la société] demeurent des objets distincts, nullement affectés par ces analyses »<sup>23</sup>.

<sup>13</sup>DUMONT Hugues et BAILLEUX Antoine, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et société*, 2010, n°75, p. 262.

<sup>14</sup>*Ibid.*, p. 262.

<sup>15</sup>CORTEN Olivier, « Eléments de définition pour une sociologie politique du droit », *Droit et société*, 1998, n°39, p. 353.

<sup>16</sup>DELPEUCH Thierry, DUMOULIN Laurence et de GALEMBERT Claire, *op. cit.*, p. 10.

<sup>17</sup>BAILLEUX Antoine et OST François, « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », *RIEJ*, 2013/1, n°70, p. 35.

<sup>18</sup>DUMONT Hugues et BAILLEUX Antoine, *op. cit.*, p. 286.

<sup>19</sup>Le terme extra-juridique est employé pour viser ce qui n'est pas juridique, en particulier ce qui relève de la sociologie, de la science politique et dans une moindre mesure de l'économie.

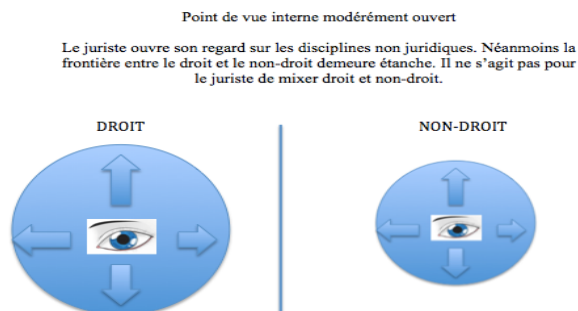
<sup>20</sup>BAILLEUX Antoine et OST François, *op. cit.*, p. 35

<sup>21</sup>*Ibid.*, p. 35.

<sup>22</sup>DUMONT Hugues et BAILLEUX Antoine, *op.cit.*, p. 287.

<sup>23</sup>BAILLEUX Antoine et OST François, *op. cit.*, p. 39.

L'intérêt principal d'une telle approche est de se distancier d'une approche positiviste du droit « caractérisée par la volonté d'isoler celui-ci de tout élément extérieur au droit positif »<sup>24</sup>. Mais au-delà de cela, cette ouverture préserve l'autonomie du droit par rapport aux faits sociaux<sup>25</sup>.



### **Conséquences de l'adoption d'un point de vue interne quant au sort réservé par le/la juriste aux données issues des sciences sociales**

L'adoption d'un point de vue interne est à l'origine, selon nous, des limites que rencontre actuellement la science du droit à participer pleinement au débat interdisciplinaire qui se noue sur la question du non-recours. Pour le comprendre, il faut partir de la conception particulièrement restreinte de l'effectivité qu'induit une approche interne du droit qui amène à exclure de l'analyse juridique les données produites par les sciences sociales.



#### **a) Une conception formaliste de l'effectivité entendue comme la capacité de la norme à produire des effets**

L'effectivité est souvent présentée comme le concept permettant d'envisager les rapports entre le droit et la réalité sociale<sup>26</sup>. Il s'agit d'apprécier et de caractériser les effets concrets produits par la norme, ce qui suppose la prise en considération de données extra-juridiques, notamment sociologiques<sup>27</sup>.

<sup>24</sup>DUMONT Hugues et BAILLEUX Antoine, *op. cit.*, p. 284

<sup>25</sup>*Ibid.*, p. 285.

<sup>26</sup>MINCKE Christophe, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ*, 1998/1, n° 40, p. 116. Cet auteur soutient que l'effectivité ne permet d'envisager « qu'une partie des rapports entre le droit et la réalité » et qu'il convient d'enrichir l'analyse des effets du droit des notions d'efficacité et d'efficience.

<sup>27</sup>LASCOURMES Pierre et SERVERIN Evelyne, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, 1986, n° 2, p. 104. Cela ne signifie pas que ces auteurs/autrices ne définissent pas l'effectivité. Ainsi Hans Kelsen a-t-il précisé qu'une norme est effective « soit lorsqu'elle est appliquée dans les cas concrets par les organes de l'ordre juridique, par les tribunaux, c'est-à-dire lorsque la sanction est ordonnée et exécutée quand la norme le prévoit, soit également lorsqu'elle est suivie par les sujets, c'est-à-dire lorsqu'ils manifestent la conduite qui évite la sanction » (voy. KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 15). Néanmoins, selon le maître autrichien, l'effectivité est une question

Une démarche strictement interne impliquant d'exclure de son champ d'analyse tout « élément extérieur au droit positif [...] »<sup>28</sup> (cfr. *supra*), il paraît *a priori* contradictoire d'inclure à une analyse se revendiquant de ce point de vue, l'examen de l'effectivité du dispositif juridique considéré. Le concept d'effectivité ne serait donc pas susceptible d'être appréhendé par une science pure ou monodisciplinaire du droit<sup>29</sup>. C'est ainsi qu'un grand nombre d'auteurs s'accordent pour dire, que selon cette approche purement interne du droit, l'effectivité est postulée, davantage qu'elle est interrogée ou décrite<sup>30</sup>.

Et pourtant, certain.e.s auteur.ice.s qui appartiennent incontestablement à ce courant monodisciplinaire, mobilisent certains indicateurs juridiques pour postuler l'existence de possibles « écarts entre pratique et droit »<sup>31</sup>. Par exemple, Hans Kelsen, dans la théorie pure du droit, soutient que les contradictions internes à l'ordre juridique sont autant de facteurs d'inapplicabilité du droit<sup>32</sup>. D'autres auteurs ont postulé que les lacunes existant au sein des systèmes juridiques sont autant de moyens pour le juge d'adapter « la règle à l'évolution sociale »<sup>33</sup>. L'évaluation de l'effectivité consiste alors à analyser le contenu et la portée juridique d'un texte (loi, règlement, décision judiciaire) en vue d'en dégager la cohérence ou au contraire d'en souligner les lacunes<sup>34</sup>.

L'effectivité n'est donc pas nécessairement absente d'une analyse purement juridique du droit, mais reçoit, dans ce cadre-là, une signification spécifique. Plutôt que de caractériser la réalité sociale de la norme, l'effectivité s'apparente à « la capacité de la règle à orienter le comportement de ses destinataires dans le sens souhaité par le législateur »<sup>35</sup>. En d'autres termes, « ce qui compte, ce n'est pas que la règle de droit soit respectée, appliquée mais c'est la circonstance qu'elle puisse être utilisée, mobilisée par les sujets de droit ou les autorités étatiques chargées de l'application »<sup>36</sup>. Dans cette perspective, le/la juriste ne se soucie pas des effets que produit réellement la norme, mais de la capacité de celle-ci à produire des effets, qui ne sont que potentiels.

L'ouverture aux sciences sociales qu'implique l'adoption d'un point de vue interne modérément ouvert sur le droit (cfr. *supra*) ne change pas fondamentalement les choses. Il est vrai, et c'est une différence notable, que pour les auteurs privilégiant cette approche du droit, il s'agit de tenir compte du constat d'une plus ou moins grande effectivité du droit que posent les sciences sociales. Néanmoins, au-delà du constat, ces auteurs se retrancheront derrière une analyse strictement juridique s'appuyant sur la même conception de l'effectivité que celle privilégiée dans le cadre d'un point de vue strictement interne. Dans cette approche, le plus souvent, la seule information non-juridique que le juriste reprendra à son compte est celle d'une plus ou moins grande (in)effectivité du droit, telle que révélée par l'étude du non-recours à celui-ci.

---

« métajuridique ou transcendante : elle porte sur des faits qui se déroulent effectivement », et doit rester étrangère à l'appréciation de la validité de la norme.

<sup>28</sup>DUMONT Hugues et BAILLEUX Antoine, *op. cit.*, p. 284.

<sup>29</sup>*Ibid.*, p. 284.

<sup>30</sup>CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, Armand Colin, 1971, p. 271 ; FRANÇOIS Lucien, *Le problème de la définition du droit*, Collection scientifique de la Faculté de droit, 1978, pp. 192 et 193 ; PERRIN Jean-François, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz, 1979, p. 100.

<sup>31</sup>LASCOUMES Pierre et SERVERIN Evelyne, *op. cit.*, p. 101.

<sup>32</sup>*Ibid.*, p. 108.

<sup>33</sup>GENY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ., 1954, p. 143.

<sup>34</sup>RANGEON François, « Réflexions sur l'effectivité du droit » [en ligne], *Les usages sociaux du droit*, 1989, [consulté en avril 2020].

<sup>35</sup>LEROY Yann, *op. cit.*, p. 724 citant OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, 2002, p. 329.

<sup>36</sup>LEROY Yann, *op. cit.*, p. 724 citant OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *op. cit.*, p. 329.

Point de vue du juriste vis-à-vis de son objet d'étude, le droit	Place des sciences sociales dans l'analyse	Conception de l'effectivité
Strictement interne	Néant. Le/la juriste ne s'intéresse pas aux résultats concrets produits par la norme.	L'effectivité est la capacité de la norme à produire des effets.
Interne modérément ouvert	Point de départ de la réflexion juridique : le constat de l'ineffectivité du dispositif tel que posé par les sciences sociales.	Dans le cadre de l'analyse juridique, l'effectivité demeure la capacité de la norme à produire des effets.

**b) L'absence de prise en considération de la réalité telle que révélée par les sciences sociales : une analyse juridique fondée sur des suppositions**

La frontière entre le droit et le non-droit devant demeurer étanche, le rôle du/de la juriste, selon le point de vue interne sur le droit, va consister à exposer ce qui, dans le droit, peut expliquer l'incapacité de la norme à produire des effets, en l'occurrence à déterminer le comportement de ses destinataires. A aucun moment, il ne s'agira de corrélérer cette analyse juridique avec les données quantitatives et qualitatives mises en lumière par l'étude sociologique, politique, économique ou encore psychologique du dispositif.

Dans le domaine de la protection sociale, le/la juriste va donc se demander quels sont les obstacles de nature juridique susceptibles d'expliquer le non-usage de la prestation ou du service par ses bénéficiaires potentiels, sans jamais intégrer à son analyse juridique le taux de non-recours, le profil de ceux-ci/celles-ci ou encore les difficultés concrètes auxquelles ils/elles auraient été confrontés dans l'accès à la prestation en cause.

Au-delà du diagnostic juridique, le/la juriste va également s'intéresser aux remèdes que le droit peut apporter au phénomène de non-recours. Le/la juriste va alors suggérer des réformes législatives ou des infléchissements jurisprudentiels, qui, *in abstracto*, seraient de nature à accroître la capacité de la norme à produire les résultats souhaités.

*In fine*, l'analyse que fera le/la juriste, aussi bien sur les causes que sur les remèdes, sera bâtie sur des suppositions, qui, d'une certaine manière, permettent de contrebalancer l'absence de prise en compte de la réalité telle qu'elle est reflétée par les sciences sociales. Cette manière de fonder l'analyse juridique sur « l'image du social que [la science juridique] se fait », comme « projection ou ombre de ses propres catégories, et notamment de la manière dont elle a configuré son objet privilégié [le droit] » est symptomatique d'une approche interne du droit<sup>37</sup>. Le/la juriste formule alors des propositions juridiques, mais il/elle n'est pas en mesure de postuler que les éléments juridiques qu'il/elle met en exergue sont effectivement à l'origine du phénomène de non-recours ou que les remèdes préconisés produiront effectivement les effets recherchés, à savoir la réduction du nombre de non-recourants.e.s. Les causes et les remèdes analysés restent donc hypothétiques.

L'intérêt des juristes pour la justiciabilité des droits sociaux est particulièrement symptomatique de cette manière d'appréhender juridiquement l'effectivité de ces droits<sup>38</sup>. Le point de départ de cette réflexion est bien le constat posé par les sciences sociales d'une ineffectivité des droits sociaux, et son objectif est donc d'apporter un remède juridique au problème ainsi identifié. C'est ainsi que les travaux doctrinaux se succèdent pour affirmer la possibilité d'évoquer devant les tribunaux la violation des droits sociaux, mettant définitivement un terme à la présomption d'injusticiabilité dont ils ont longtemps pâti. D'importants développements juridiques viennent appuyer cette assertion. Ces travaux, parfaitement convaincants d'un

<sup>37</sup>Antoine BAILLEUX et François OST, *op. cit.*, p. 39.

<sup>38</sup>Voy. l'intervention de Diane Roman lors d'une conférence sur l'effectivité des droits sociaux [en ligne], *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, Grenoble, 19 décembre 2011, 07:00, [consulté en avril 2020].

point de vue juridique, sont néanmoins construits sur une supposition<sup>39</sup>, à savoir que la justiciabilité d'un droit est de nature à en assurer l'effectivité, où, à tout le moins, qu'elle peut être l'un des moyens d'en assurer l'effectivité. Néanmoins, l'examen de la réalité peut amener à relativiser, voir même à remettre en cause ce postulat de départ<sup>40</sup>. Le nombre particulièrement important de non-recourant au droit à un logement social en France, alors même que la justiciabilité de ce droit a été organisée et proclamée dès 2007 permet de l'illustrer<sup>41</sup>.

L'analyse juridique des motifs institutionnels à l'origine de l'ineffectivité des dispositifs juridiques procède également de ce point de vue. Dans ce cadre, les juristes s'attachent à exposer ce qui dans l'organisation juridique de l'Etat (droit institutionnel), de l'administration (droit administratif) ou de l'appareil judiciaire (droit procédural) est de nature à complexifier l'accès à la prestation. Une fois encore, il s'agit là de suppositions, essentiellement basées sur la conception que se fait l'auteur/l'autrice des difficultés procédurales. Même si certaines de ces difficultés semblent révéler de l'évidence et être communément admises, il n'en demeure pas moins, que d'un point de vue méthodologique, il s'agit d'hypothèses dès lors qu'elles ne sont pas construites sur la base du récit des non-recourant.e.s.



---

<sup>39</sup> Il convient de souligner que certain.e.s aut.eurs.rices qui se rattachent à ce courant juridique, reconnaissent néanmoins que la justiciabilité « n'est pas toujours synonyme d'effectivité ». Voy. not. Diane ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux [...] », *op. cit.*, p. 20. Cette autrice expose deux raisons pour lesquelles, dans les faits, la justiciabilité et l'effectivité des droits sociaux ne vont pas nécessairement de pair. Néanmoins, cette autrice soutient, que dans l'absolu, « le juge est un acteur efficace pour garantir l'effectivité de droits universellement proclamés mais inégalement respectés ».

<sup>40</sup> LOCHAK Danièle, « Dissimuler la violence, canaliser la contestation » [en ligne], in Darcy Gilles, Labrot Véronique et Doat Mathieu (dir.), *L'office du juge. Actes du colloque des 29 et 30 septembre 2006*, avril 2018, pp. 246 à 260, [consulté en mai 2020].

<sup>41</sup> Nous vous renvoyons à cet égard au document de travail qui propose une mise en oeuvre de l'approche des droits sociaux proposée à l'égard du droit au logement (cfr. nbp n°1).

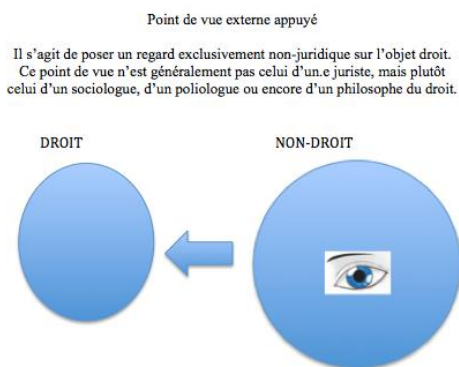


## Exposé de la proposition : l'intégration dans l'analyse juridique des droits sociaux des données produites par les études du non-recours à ceux-ci

Il s'agit de présenter les premiers éléments d'une réflexion, susceptible de donner lieu à une approche nouvelle, ou à tout le moins encore insuffisamment théorisée en France, des droits sociaux. Concrètement, nous invitons les juristes à expérimenter la prise en compte des données produites par les études du non-recours, afin de rendre possible l'institution d'un dialogue « par-delà les frontières disciplinaires »<sup>42</sup> dont nous pensons, qu'il pourrait enrichir la théorie des droits sociaux fondamentaux.

### **Le préalable : l'adoption d'un point de vue externe<sup>43</sup> sur le droit**

A l'exact opposé du point de vue (strictement) interne, on retrouve l'approche externe « appuyée ou radicale » du droit. L'objectif de cette approche n'est plus d'exposer le droit, mais de poser un regard non-juridique sur l'objet droit, en le passant au filtre des « méthodes et grilles d'analyses propres à d'autres champs disciplinaire »<sup>44</sup>. Il s'agit notamment d'analyses philosophique, économique, littéraire, sociologique ou encore psychologique du droit. La relation entre le droit et les autres disciplines est alors asymétrique : il ne s'agit pas d'un échange, mais plutôt de « l'objectivation d'une discipline [le droit] par les autres »<sup>45</sup>. Tel est le point de vue actuel des chercheurs. de l'Odenore, qui étudie le droit au travers d'un prisme qui est essentiellement « sociopolitique »<sup>46</sup>.



Séduits par l'idée d'un apport substantiel des sciences sociales à la science juridique, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE ont proposé une variante à cette approche exclusivement externe du droit. Ils proposent une véritable mutualisation des connaissances produites par les disciplines juridique et extra-juridiques. Contrairement au point de vue interne modérément ouvert (cfr. *supra*), ce point de vue « externe modéré » implique une rupture épistémologique : l'approche n'est plus principalement interne, mais entraîne une articulation entre les points de vue interne et externe, « sans exclure ni l'un ni l'autre »<sup>47</sup>. Il s'agit ici de faire

<sup>42</sup>BAILLEUX Antoine et OST François, *op. cit.*, p. 34.

<sup>43</sup>L'approche externe du droit est minoritaire parmi les juristes. Elle a été théorisée par François OST et Michel VAN DE KERCHOVE. Voy not.: *De la pyramide au réseau ? [...]*, *op. cit.* ; « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », in Chazel François et Comaille Jacques (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, p. 67-80. Bien qu'encore largement minoritaire au sein de la doctrine juridique (du moins académique) en France, il convient de citer quelques contributions (parfois co-écrites par des juristes et des non-juristes) qui s'inscrivent dans ce courant. Voy. not. MATH Antoine, SLAMA Serge, SPIRE Alexis et VIPREY Mouna, « La fabrique d'une immigration choisie. De la carte d'étudiant au statut de travailleur étranger (Lille et Bobigny, 2001-2004) », *La Revue de l'Ires*, 2006/1, n°50, pp. 27 à 62 ; LACHARME Bernard, « Le non-recours dans le domaine du droit au logement », *RDSS*, 2012, pp. 646 à 656. Pour une contribution belge, voy. BERNARD Nicolas, « Femmes, précarité et mal-logement : un lien fatal à dénouer », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2007/25, n° 1970, pp. 5 à 36. Parmi les sociologues, plusieurs auteurs prônent l'interdisciplinarité. Voy. not. l'important dossier suivant : COMMAILLE Jacques et LACOUR Stéphanie (dir.), « *After Legal Consciousness Studies : dialogues transatlantiques et transdisciplinaires* », *Droit et société*, 2018/3, n° 100, pp. 543 à 788. Voy. ég. COMMAILLE Jacques, *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, 2015, 522 p.

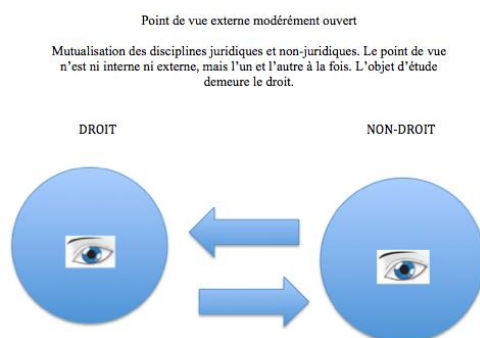
<sup>44</sup>BAILLEUX Antoine et OST François, *op. cit.*, p. 36.

<sup>45</sup>*Ibid.*, p. 37.

<sup>46</sup>WARIN Philippe et REVIL Helena, *op. cit.*, p. 399.

<sup>47</sup>OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? [...]*, *op. cit.*, p. 459.

rentre dans l'analyse juridique des éléments externes de manière à progresser dans la compréhension et l'explication du phénomène juridique<sup>48</sup>.



La difficulté de l'exercice réside en ceci qu'il convient de mobiliser les exigences de plusieurs disciplines, dans le respect de chacune<sup>49</sup>. Hugues DUMONT et Antoine BAILLEUX doutent de ce qu'un.e juriste, non doté.e d'une seconde formation en sociologie, en science politique ou en philosophie, serait « capable de faire lui-même en première ligne un travail relevant de ces disciplines »<sup>50</sup>. Et il est vrai que le risque de « céder à la facilité d'une mode superficielle 'du tout au contexte', qui se contenterait d'enfoncer des portes ouvertes sans grande rigueur » existe<sup>51</sup>. Néanmoins, ce risque nous paraît pour le moins limité dès lors que le/la juriste travaille à partir des données collectées et analysées par des chercheurs.euses issu.e.s des sciences sociales et, surtout, avec l'aide de ceux-ci/celles-ci. Or, les centres de recherches interdisciplinaires, de plus en plus en vogue, place cette coopération entre chercheurs.euses au cœur de leur projet.

Surtout, nous sommes d'avis que l'analyse juridique des droits sociaux ne peut faire l'économie de leur réalité sociale. En effet, nombre d'études non-juridiques ont démontré à suffisance que « la reconnaissance formelle d'un droit ne garantit cependant en aucune manière sa mise en œuvre, d'autant moins que l'ayant droit potentiel vit dans des conditions socioéconomiques défavorables »<sup>52</sup>. Dans la mesure où les droits sociaux visent à garantir à tout un chacun.e le minimum de dignité humaine que requiert la condition humaine, il convient de s'assurer de leur réalisation.

L'indispensable enracinement des droits sociaux dans la réalité résulte également de la manière même dont ils ont été conçus. Comme le souligne Isabelle SAYN, contrairement aux droits civils et politiques, les droits dits de la seconde génération dont font partie les droits sociaux, sont traversés par une conception concrète de l'humain, vivant au sein d'une société marquée par les inégalités sociales, économiques et culturelles<sup>53</sup>. Pour le droit, il s'agit désormais de tenir compte de la réalité de ces inégalités<sup>54</sup>, et de les résorber à travers la mise en œuvre des droits sociaux<sup>55</sup>. Les droits sociaux se présentant comme un « instrument de transformation sociale »<sup>56</sup>, il paraît indispensable d'analyser leur mise en œuvre et de les évaluer à l'aune des avancées réelles qu'ils permettent. En d'autres termes, la validité des droits sociaux ne peut pas uniquement se poser dans les termes formels de la légalité (respect des normes hiérarchiquement supérieures), mais doit également se poser en termes de réalisation concrète, ce que permet l'adoption d'un point de vue externe modéré<sup>57</sup>.

<sup>48</sup> NEVEN Jean-François, « La référence à la vulnérabilité dans le droit de la protection sociale. Des sciences humaines et sociales au droit positif », Thèse, droit, Université de Namur, décembre 2018, p. 33, [consultée en avril 2020].

<sup>49</sup> DUMONT Hugues et BAILLEUX Antoine, *op. cit.*, p. 286.

<sup>50</sup> *Ibid.*, pp. 276 et 277.

<sup>51</sup> BAILLEUX Antoine et OST François, *op. cit.*, p. 33.

<sup>52</sup> VAN HOOTEGEM Henk et DE BOE Françoise, « Introduction », in Valérie FLOHIMONT (dir.), *Pauvreté et ineffectivité des droits. Non-recours aux droits*, La charte, 2017, p. 1.

<sup>53</sup> ROMAN Diane, « Les enjeux juridiques [...] », *op. cit.*, pp. 123 et 124.

<sup>54</sup> HERRERA Carlos Miguel, *Les droits sociaux*, PUF, 2009, p. 24.

<sup>55</sup> ROMAN Diane, « La justiciabilité des droits sociaux [...] », *op. cit.*, p. 3.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>57</sup> PHILIPPE Clara-Maud, « Entre effectivité et validité du droit : l'exemple du droit du public à l'information » [en ligne], in Champeil-Desplats Véronique et Lochak Danièle (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, [consulté en avril 2020].

## **Conséquences de l'adoption d'un point de vue externe quant au sort réservé par le/la juriste aux données issues des sciences sociales**

### **a) Une conception réaliste de l'effectivité entendue comme la production d'effets déterminés par la norme**

Selon un point de vue externe, l'effectivité est définie sur la base des effets réellement produits par la norme. L'effectivité n'est donc plus envisagée sous l'angle de la capacité de la norme à produire des effets (cfr. *supra* point de vue interne), mais plutôt sous l'angle de la production d'effets (déterminés) par la norme. Ce sont les sciences sociales qui nous permettent de connaître les effets du droit, que l'on peut définir comme « l'ensemble des répercussions du droit dans la réalité »<sup>58</sup>. Une fois les effets de la norme connus, pour pouvoir caractériser la norme du point de vue de son effectivité, il convient de procéder à une « véritable évaluation de [ses] effets »<sup>59</sup>. Les critères mobilisés dans le cadre de cette évaluation ne sont pas unanimement définis en doctrine.

Selon une partie de la doctrine, l'effectivité s'apparente au « degré de réalisation dans les pratiques sociales »<sup>60</sup> des règles. Telle est la position de Luzius MADER, largement partagée en doctrine<sup>61</sup>, pour qui le critère de l'effectivité est le respect de la règle. Dès lors, il va se demander si les effets produits par la norme traduisent une plus ou moins grande conformité des comportements des destinataires de la norme aux prescriptions qu'elle pose<sup>62</sup>. Cette approche de l'effectivité a néanmoins été critiquée au motif qu'elle s'appuie sur une conception exclusivement impérative du droit, comme commandant systématiquement des comportements précis aux individus<sup>63</sup>.

Afin de tenir compte de l'existence de règles supplétives et de l'idée selon laquelle une règle peut engendrer de multiples usages sociaux, dès lors qu'elle est susceptible de plusieurs interprétations<sup>64</sup>, certains auteurs ont proposé de définir l'effectivité sur la base d'autres critères que le respect de la norme. Pour François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, qui s'appuient sur une vision du droit comme un modèle d'action, « est effective la règle utilisée par ses destinataires comme modèle pour orienter leur pratique »<sup>65</sup>. Dès lors, selon ces auteurs, le critère de l'effectivité est l'utilisation ou la « mobilisation – de quelque manière que ce soit – de la règle par les acteurs »<sup>66</sup>. Finalement, selon ces auteurs, l'examen de l'effectivité d'une norme ne consiste pas à déterminer si le comportement des destinataires de la norme est conforme à son prescrit, mais consiste à exposer « la manière dont les sujets de droit agissent et se déterminent vis-à-vis des [règles de droit] »<sup>67</sup>. Christophe MINCKE retient une définition de l'effectivité qui s'inscrit dans la même vision du droit, mais qui est plus restrictive, puisqu'elle suppose, selon lui, outre « l'utilisation du droit », l'adéquation de cette utilisation à « la volonté du législateur »<sup>68</sup>.

### **b) La prise en considération de la réalité des droits sociaux et de son évaluation : une analyse juridique fondée sur les données quantitatives et qualitatives produites par les études non juridiques du non-recours**

Comme nous venons de l'exposer, la conception de l'effectivité qu'induit l'adoption d'un point de vue externe implique la prise en considération par le/la juriste des données issues des sciences sociales. Eu égard à la méthodologie et aux objectifs des études menées relativement au non-recours aux prestations et services sociaux au sein de l'Odenore, nous pensons qu'il pourrait être pertinent d'intégrer à l'analyse des droits sociaux

<sup>58</sup>MINCKE Christophe, *op. cit.*, p. 118.

<sup>59</sup>RANGEON François, *op. cit.*, p. 135.

<sup>60</sup>LASCOUMES Pierre, « Effectivité », in Arnaud André-Jacques (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologique du droit*, LGDJ, 1993, p. 217.

<sup>61</sup>MINCKE Christophe, *op. cit.*, p. 126.

<sup>62</sup>MADER Luzius, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot, 1985, p. 89.

<sup>63</sup>MINCKE Christophe, *op. cit.*, p. 126 ; LEROY Yann, *op. cit.*, p. 719.

<sup>64</sup>LEROY Yann, *op. cit.*, p. 727.

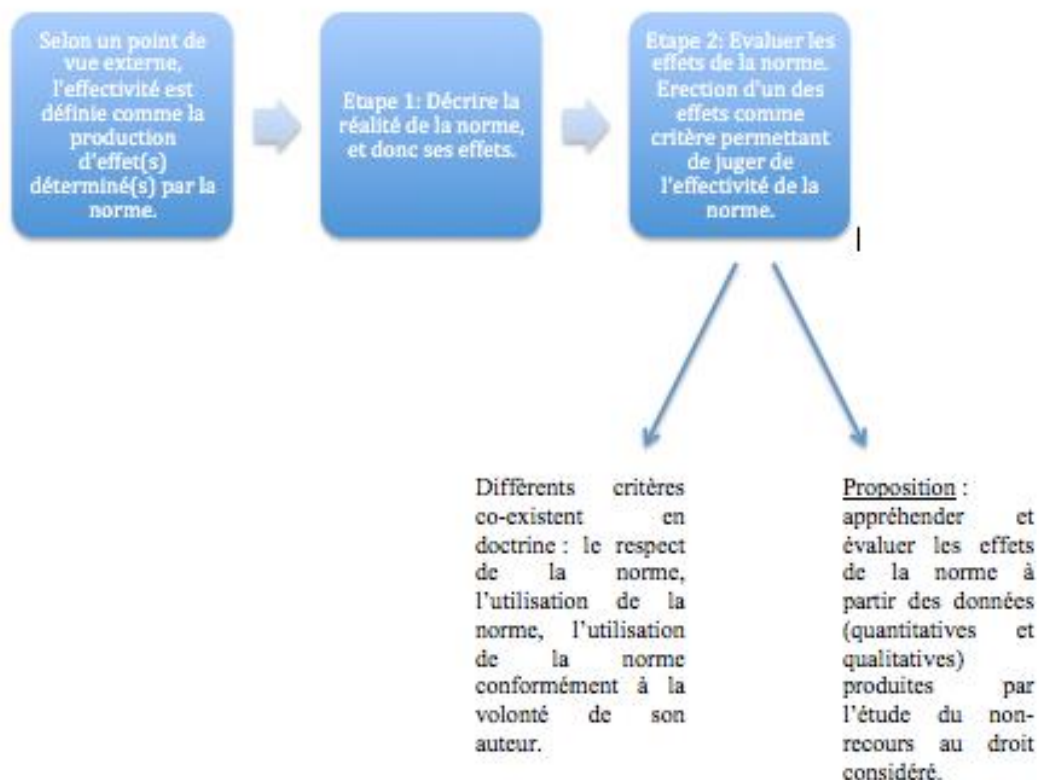
<sup>65</sup>OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide [...]*, *op. cit.*, p.330.

<sup>66</sup>LEROY Yann, *op. cit.*, p. 725

<sup>67</sup>OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide [...]*, *op. cit.*, p.330

<sup>68</sup>MINCKE Christophe, *op. cit.*, p. 130.

à laquelle se prête le/la juriste les données tant quantitatives que qualitatives produites par une telle étude, aussi bien pour connaître<sup>69</sup> la réalité des droits sociaux que pour l'évaluer. La démarche se présenterait donc comme suit :



Le non-recours est défini par les chercheurs de l'Odenore comme la situation dans laquelle « les ressortissants des politiques publiques n'utilisent pas les prestations ou les services auxquels ils ont droit »<sup>70</sup>. Plus que le qualificatif absolu d'une situation, le non-recours est avant tout un phénomène plus ou moins répandu. Le taux de non-recours qui correspond au rapport entre population potentielle et population effectivement bénéficiaire d'un dispositif juridique, permet d'en mesurer l'ampleur<sup>71</sup>. Néanmoins, les chercheuses de l'Odenore ont fait le choix d'élargir l'étude du non-recours aux offres publiques pour lesquelles le taux de non-recours ne pouvait pas être calculé, de manière à ne pas limiter le phénomène aux seules hypothèses où « une population potentiellement éligible est identifiée »<sup>72</sup>.

En toute hypothèse, s'il est connu, le taux de non-recours demeure un « indicateur relativement aveugle », qu'il convient ensuite d'éclairer en mettant en lumière les raisons pour lesquelles les non-recourant.e.s ne bénéficient pas effectivement de ce à quoi il.elle.s ont droit<sup>73</sup>.

Techniquement, au sein de l'Odenore, l'étude d'une situation de non-recours se fait en trois étapes: après avoir repéré le non-recours, il convient, si cela est possible, de mesurer l'ampleur du phénomène, et finalement de l'analyser. Dans le cadre de l'analyse, la typologie explicative du non-recours proposée par l'Odenore qui

<sup>69</sup>Il va de soi que les données produites par une étude du non-recours ne sauraient suffire à épuiser la réalité, nécessairement bien plus complexe, de la vie du droit.

<sup>70</sup>WARIN Philippe et REVIL Héléna, *op. cit.*, p. 398.

<sup>71</sup>MAZET Pierre, « Analyse du non-recours aux droits : un outil d'évaluation des politiques publiques », in Flohimont Valérie (dir.), *Pauvreté et ineffectivité des droits. Non-recours aux droits*, La charte/ die Keure, 2017, p. 38.

<sup>72</sup>WARIN Philippe, « Le non-recours: définition et typologies » [en ligne], *Working Papers* de l'Odenore, juin 2010, actualisé en décembre 2016, p. 1, [consulté en avril 2020].

<sup>73</sup>MAZET Pierre, *op. cit.*, p. 38.

« vise [...] à sérier et distinguer des registres d'explications »<sup>74</sup> est d'une grande utilité puisqu'elle offre une véritable grille de lecture du phénomène<sup>75</sup>.

### Typologie explicative du non-recours Observatoire des non-recours aux droits et services

---

La *non-connaissance*, lorsque l'offre n'est pas connue.

---

La *non-orientation*, lorsque les ressortissants potentiels - qu'ils connaissent ou pas l'offre - ne sont pas sollicités ou accompagnés pour demander l'ouverture ou le renouvellement d'un droit, sinon pour en vérifier la possibilité.

---

La *non-proposition*, quand l'offre n'est pas activée malgré l'éligibilité du demandeur, qu'il connaisse ou pas l'offre.

---

La *non-réception*, lorsque l'offre est connue, demandée mais pas obtenue ou utilisée.

---

La *non-demande*, quand l'offre est connue mais pas demandée, ou bien un droit ouvert mais la prestation ou le service non utilisé.

---

Source : WARIN Philippe et REVIL Héléna, « Non-recours », in BOUSSAGUET Laurie, JACQUOT Sophie et RAVINET Pauline (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Sciences Po, 5<sup>e</sup> éd., 2019, p. 399.

Dès lors que les études du non-recours permettent de pointer l'existence d'un écart entre la norme et la réalité et de comprendre les « circonstances [...] qui séparent la garantie des [droits] de l'individu de sa capacité effective d'en jouir »<sup>76</sup>, elles nous apparaissent comme une manière pertinente d'appréhender la réalité du droit de nature social considéré. Nous pensons qu'elles pourraient également permettre de l'évaluer, les études du non-recours étant conçus au sein de l'observatoire, comme des outils d'évaluation des politiques publiques<sup>77</sup>, ou des « grilles d'analyse politique des politiques publiques »<sup>78</sup>.

Nous insistons sur un point qui nous paraît fondamental dans la proposition que nous formulons : le/la juriste ne saurait s'arrêter au seul taux de non-recours. Il/elle doit investir les explications à l'origine du non-recours au dispositif juridique étudié. Nous en tenons pour preuve le choix terminologique opéré au sein de l'Odenore d'appréhender le non-recours nous pas sous l'angle d'un problème, mais plutôt sous l'angle d'un phénomène, dès lors que « le non-recours [n'] est [pas] forcément un problème »<sup>79</sup>, « chacun [étant] parfaitement libre de recourir ou pas » et les acteurs institutionnels pouvant ne « pas s'inquiéter du non-recours »<sup>80</sup>. En d'autres termes, déduire l'ineffectivité d'un dispositif du seul taux de non-recourants à celui-ci nous semble fait fi des multiples réalités susceptibles de se cacher derrière ce taux<sup>81</sup>.

---

<sup>74</sup>*Ibid.*, p. 39.

<sup>75</sup>Voy. WARIN Philippe et REVIL Héléna, *op. cit.*, p. 399.

<sup>76</sup>DE SCHUTTER Olivier, « L'interdépendance des droits et l'interaction des systèmes de protection: les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », *L'Europe des libertés*, numéro spécial (actes de la journée d'étude du 10 novembre 2000: Le mécanisme de contrôle de l'application de la Charte sociale européenne), p.5.

<sup>77</sup>Il s'agit d'une partie du titre de la contribution de Pierre MAZET à l'ouvrage collectif « Pauvreté et ineffectivité des droits. Non-recours aux droits ». Voy. MAZET Pierre, *op. cit.*, p. 37.

<sup>78</sup>WARIN Philippe et REVIL Héléna, *op. cit.*, p. 402.

<sup>79</sup>A propos de la non-demande intentionnelle résultant d'une appréciation morale ou éthique de l'offre : « Que des citoyens ne trouvent pas l'offre publique pertinente et s'abstiennent de l'utiliser pour des raisons qui leur semblent bonnes pour eux [appréciation éthique de l'offre] n'a en soi rien de problématique [...]. Personne ne peut être contraint dans son libre arbitre et en conséquence obligé de recourir ». Selon Philippe WARIN, il en va différemment lorsque la non-demande résulte d'une appréciation morale de l'offre, c'est-à-dire lorsqu'elle « engage un point de vue normatif sur la valeur d'échange d'un droit ou d'un service ». Dans ce cas, « la légitimité sociale de l'offre publique peut être mise en cause ». Voy. WARIN Philippe, « Chapitre 17. Non-recours et non-demande, symptômes des défauts de l'offre publique? », in Lafore Robert (dir.), *Refonder les solidarités. Les associations au cœur de la protection sociale*, Dunod, 2016, p. 262.

<sup>80</sup>WARIN Philippe, à paraître. Voy. le chapitre consacré aux éléments de grammaire.

<sup>81</sup>Il peut notamment s'agir d'un problème de légitimité de la politique publique. Voy. l'intervention de Philippe WARIN lors d'une conférence sur l'effectivité des droits sociaux [en ligne], *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, Grenoble, 19 décembre 2011, 13:00, [consulté en avril 2020].

## **Perspectives de la proposition : la mise en œuvre concrète de l'approche des droits sociaux proposée**

### ***Méthodologie du/de la juriste pour la mise en œuvre de l'approche des droits sociaux proposée***

Le point de vue externe modéré sur le droit invite à l'exploitation juridique des données extra-juridiques. Il s'agit pour le juriste de corréliser la réalité sociale et la réalité juridique (formelle donc) du droit envisagé. Ce travail doit, selon nous, se faire en trois temps.

Dans un premier temps, le/la juriste expose le droit selon un point de vue interne. Il pose l'environnement juridique du droit en cause<sup>82</sup>, notamment le contexte de son adoption que l'analyse des travaux préparatoires permet généralement de connaître, et résume le contenu normatif du dispositif juridique.

Dans un second temps, le/la juriste s'attache à la réalité du droit social considéré et à son évaluation non-juridique. Soit, des études relatives au (non)-recours à ce droit ont déjà été réalisées et sont toujours d'actualité, dans quel cas, il « suffit » d'en reprendre les enseignements. Soit, le/la juriste, supervisé.e par un/une chercheur.euse issu.e des sciences sociales et coutumière à la démarche, produit lui-même/elle-même une telle analyse selon la méthodologie de l'Odenore brièvement présentée ci-dessus.

Finalement, et c'est là tout l'intérêt de l'approche des droits sociaux proposée, il s'agit de corréliser les enseignements qui se dégagent de ces deux premières analyses, pour en déduire une seule analyse du droit social en cause, qui tout en demeurant juridique, s'appuie néanmoins sur des faits réels avérés. Cette « résultante » permet de faire une étude critique du dispositif juridique, en phase avec les besoins exprimés par les non-recourants au droit étudié. Selon nous, il s'agit alors de conférer aux causes de nature sociopolitiques du phénomène de non-recours, une coloration juridique en se demandant qu'est ce qui dans le contenu normatif du dispositif se traduit matériellement comme facteur de non-recours. Nous pensons que l'analyse proposée pourrait déboucher sur le constat d'une impossibilité à corréliser l'un avec l'autre. En effet, il convient de garder à l'esprit la possibilité que le non-recours ne soit pas imputable à la manière dont le dispositif juridique est conçu.

Si le diagnostic fait apparaître que le phénomène de non-recours peut, au moins en partie, être imputé au droit, il s'agit alors de proposer des voies d'amélioration de nature juridique, tels que des infléchissements législatifs et jurisprudentiels, qui soient en adéquation avec les besoins des non-recourant.e.s.

Nous pensons que l'approche des droits sociaux proposée pourrait notamment venir alimenter les revendications portées par le monde associatif et militant dans le cadre son activité de plaidoyer politique, ainsi que l'examen des droits sociaux auquel se prête le Comité européen des Droits sociaux.

### ***Lieux d'expérimentation privilégiés de l'approche des droits sociaux proposée***

Il s'agit d'exposer ce que nous identifions comme étant les sources d'inspiration de la proposition dont ce document est porteur, qui pourraient également être les lieux privilégiés de son expérimentation.

L'approche des droits sociaux que nous proposons d'expérimenter est largement inspirée de la manière dont les mondes associatif et militant se comportent vis-à-vis de ces droits. En effet, ces acteurs.rices en prise avec la réalité quotidienne des destinataires des droits sociaux, prennent appui sur celle-ci pour formuler les revendications qu'il.elle.s adressent au monde politique. Ces interpellations politiques mettent parfois en lumière la nécessité de modifier le contenu du droit, de manière à le faire évoluer en adéquation avec les

---

<sup>82</sup>Ce faisant, nous nous rallions à l'opinion de Olivier CORTEN pour qui « le “droit en contexte” non seulement, est compatible mais même, implique une certaine dose de formalisme ». Pour cet auteur, la distinction entre le droit et son environnement existe, et il importe de ne pas la nier ou la négliger mais bien de l'étudier de manière dynamique. Voy. CORTEN Olivier, « Le “droit en contexte” est-il incompatible avec le formalisme juridique ? », *RIEJ*, 2013/1, vol. 70, pp. 75 et 76.

besoins de ceux et celles dont il.elle.s sont les portes paroles ou à améliorer leur accès aux droits. A titre d'exemple, on peut citer le récent rapport inter-associatif sur la question « des difficultés d'accès au parc social des ménages à faibles ressources »<sup>83</sup>, une réalité – qui, en l'occurrence, n'est pas analysée spécifiquement au prisme du non-recours, mais qui aurait pu l'être - bien connue des six associations à l'origine du rapport. Au delà du diagnostic, ces associations formulent 15 propositions pour lutter contre le phénomène identifié, dont la mise en œuvre devrait pour la majorité d'entre elles, prendre appui sur des réformes législatives ou jurisprudentielles. Dans le chef des associations et mouvements militants, nous pensons que la démarche est plus souvent de l'ordre « du naturel » et de l'implicite, que théorisée.

On retrouve également ce souhait d'examiner les droits sociaux sous l'angle de leur réalité dans le chef du Comité européen des Droits sociaux (ci-après, « le comité »), qui plus que d'autres organes de contrôle des législations, rejette fermement une approche exclusivement formelle des droits sociaux dans le cadre de son contrôle. Une politique sociale qui n'est pas en phase avec la réalité sociale est susceptible d'être critiquée par le comité. C'est ainsi, qu'à plusieurs reprises, cet organe de contrôle a eu l'occasion de rappeler que « l'objet et le but de la Charte, instrument de protection des Droits de l'Homme, consiste à protéger des droits non pas théoriques mais effectifs », et que « l'application conforme de la Charte ne peut être atteinte par le seul effet de la législation si l'application de celle-ci n'est pas effective et rigoureusement contrôlée »<sup>84</sup>. Les États se doivent d'assurer le « plein exercice des droits reconnus par la Charte »<sup>85</sup>.

A ce jour, les mondes associatif et militant comme le comité appréhendent la réalité des droits sociaux à travers diverses données (statistiques, sociologiques, psychologiques,...), qui, le plus souvent, ne sont ni présentées ni analysées en termes de non-recours. Nous pensons qu'il pourrait être intéressant pour les uns comme pour l'autre d'étoffer l'analyse des droits sociaux à laquelle il.elle.s se prêtent, en y adjoignant un volet tendant spécifiquement à appréhender et à évaluer la réalité des droits sociaux à partir des données produites par une étude du non-recours à l'offre sociale contestée.

Au-delà, nous pensons qu'à terme, le lieu de déploiement « par excellence » de l'approche des droits sociaux proposée, devrait être les hémicycles parlementaires : la prise en considération, par les autorités en charge de l'élaboration du droit, de la réalité des droits sociaux telle que reflétée par les études du non-recours, et évaluée par elles, pourrait permettre de réformer le droit de la protection sociale de manière adéquate par rapports aux besoins et aux possibilités réels de ses destinataires. Cela suppose évidemment que la volonté politique soit celle-là et qu'elle se dote de moyens suffisants que pour la réaliser notamment en auditionnant des act.eurs.rices de terrain et des cherch.eurs.euses issu.e.s des sciences sociales<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> « Les difficultés d'accès au parc social des ménages à faibles ressources » [en ligne], Rapport inter-associatif, Juin 2020, [consulté le 27 juillet 2020].

<sup>84</sup> ComEDS, décision du 9 septembre 1999 sur le bien-fondé de la réclamation n° 1/1998, *Commission Internationale de Juristes (CIJ) c. Portugal*, §. 28 ; ComEDS, décision sur le bien-fondé de la réclamation n° 53/2008, *Fédération européenne des Associations nationales travaillant avec les Sans-abri (FEANTSA) c. Slovénie*, §28.

<sup>85</sup> ComEDS, décision du 4 novembre 2003 sur le bien-fondé de la réclamation n° 13/2002, *Association internationale Autisme-Europe c. France*, § 53.

<sup>86</sup> On songe notamment aux études d'impact des projets de lois, qui sont obligatoires en vertu de la loi organique du 15 avril 2009 (Loi organique n° 2009-403 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, *JORF*, 16 avril 2009, p. 6528), adoptée en application de l'alinéa 3 de l'article 39 de la Constitution (inséré par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, *JORF*, 24 juillet 2008, p. 11890). Le Conseil constitutionnel peut être amené à exercer un contrôle sur le respect de cette exigence constitutionnelle à deux stades du processus législatif. Sur le fondement de l'article 61 de la Constitution (contrôle *a priori*), Bertrand-Léo COMBRADE constate que « le Conseil constitutionnel exerce un contrôle empreint de retenue ». Voy. la thèse de cet auteur : « L'obligation d'étude d'impact des projets de loi » [en ligne], Thèse, Droit, Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, 2015, pp. 150 à 160. Il conviendrait de déterminer dans quelle mesure il s'agit d'un dispositif effectivement appliqué, et quelle est son influence sur le contenu des lois.

## **Conclusion / mise en discussion**

La présentation de l'état de la sciences juridique sur la question du non-recours nous a permis, d'une part, de constater le faible attrait des juristes pour cette question et, d'autre part, d'observer que lorsque le/la juriste s'y intéresse selon un point de vue interne sur le droit, il/elle ne prend que faiblement – voire pas du tout lorsque le point de vue est strictement interne - en compte les données produites par les études non-juridiques, notamment celles réalisées dans le champ de la recherche sociopolitique par l'Odenore ou d'autres centres de recherche comparables.

Or, nous pensons qu'il est souhaitable pour le/la juriste d'analyser et d'évaluer le droit à l'aune des effets qu'il produit concrètement plutôt que sur la base de la capacité formelle de la norme à produire des effets, et donc sur la base de suppositions. Cela nous paraît particulièrement fondamental pour les droits sociaux dès lors qu'ils tendent à assurer à tou.te.s un minimum de dignité humaine.

Dans la mesure où les données produites par les études sociopolitiques du phénomène de non-recours nous sont apparues comme une manière particulièrement pertinente d'approcher la réalité des droits sociaux, ce document de travail entend proposer aux juristes de prendre davantage en compte ces données. Plus exactement, la proposition d'ouverture que nous formulons invite le/la juriste à inclure dans le champ de l'analyse juridique du droit social qu'il/elle entend aborder, les données produites par les études sociopolitiques portant sur le non-recours à ce droit social.

Dans le cadre d'un second document de travail (n°30), nous présentons certains des résultats auxquels une première mise en oeuvre de l'approche des droits sociaux proposée a abouti.



## Bibliographie

### Doctrine

BAILLEUX Antoine et OST François, « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », *RIEJ*, 2013/1, n°70, pp. 25 à 44.

BERNARD Nicolas, « Femmes, précarité et mal-logement : un lien fatal à dénouer », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2007/25, n° 1970, pp. 5 à 36.

BORGETTO Michel, « L'accès aux droits sociaux : quelle effectivité ? », in Du cheyron Patrick et Gélot Didier (dir.), *Droit et pauvreté*, ONPES et DREES-MiRe, 2008, pp. 105-125.

BRUNET Pierre, « Quand le droit compte comme texte », *RIEJ*, 2013/1, n°70, pp. 54 à 59.

CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, Armand Colin, 1971, 320 p.

COMBRADE Bertrand-Léo, « L'obligation d'étude d'impact des projets de loi » [en ligne], Thèse, Droit, Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, 2015, 629 p.

COMMAILLE Jacques, *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, 2015, 522 p.

COMMAILLE Jacques et LACOUR Stéphanie (dir.), « *After Legal Consciousness Studies* : dialogues transatlantiques et transdisciplinaires », *Droit et société*, 2018/3, n° 100, pp. 543 à 788.

CORTEN Olivier, « Eléments de définition pour une sociologie politique du droit », *Droit et société*, 1998, n°39, pp. 347 à 370.

CORTEN Olivier, « Le "droit en contexte" est-il incompatible avec le formalisme juridique ? », *RIEJ*, 2013/1, vol. 70, pp. 70 à 76.

DELPEUCH Thierry, DUMOULIN Laurence et de GALEBERT Claire, *Sociologie du droit et de la justice*, Armand Colin, 2014, 320 p.

DE SCHUTTER Olivier, « L'interdépendance des droits et l'interaction des systèmes de protection: les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », *L'Europe des libertés*, numéro spécial (actes de la journée d'étude du 10 novembre 2000: Le mécanisme de contrôle de l'application de la Charte sociale européenne).

DUMONT Hugues et BAILLEUX Antoine, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et société*, 2010, n°75, pp. 275 à 293.

FRANÇOIS Lucien, *Le problème de la définition du droit*, Collection scientifique de la Faculté de droit, 1978, 221 p.

GAXIE Louise, « "Du droit individualiste" au "droit social". Une histoire de la juridicisation du social (1789-1939) » [en ligne], *raison-publique*, 19 mars 2012, [consulté le 24 avril 2020].

GENY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ., 1954, 324 p.

HERRERA Carlos Miguel, *Les droits sociaux*, PUF, 2009, 128 p.

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, 496 p.

- LASCOUMES Pierre et SERVERIN Evelyne, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, 1986, n° 2, pp. 101 à 124.
- LASCOUMES Pierre, « Effectivité », in Arnaud André-Jacques (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 217.
- LEROY Yann, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, 2011, n°79, pp. 715 à 732.
- LOCHAK Danièle, « Dissimuler la violence, canaliser la contestation » [en ligne], in Darcy Gilles, Labrot Véronique et Doat Mathieu (dir.), *L'office du juge. Actes du colloque des 29 et 30 septembre 2006*, avril 2018, pp. 246 à 260, [consulté en mai 2020].
- LACHARME Bernard, « Le non-recours dans le domaine du droit au logement », *RDSS*, 2012, pp. 646 à 656.
- LUBIN Bertrand François, « L'effectivité des droits sociaux au prisme du non-recours », *L.P.A.*, 9 janvier 2018, n°131, t8, pp. 5 à 12.
- MADER Luzius, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot, 1985, 194 p.
- MATH Antoine, SLAMA Serge, SPIRE Alexis et VIPREY Mouna, « La fabrique d'une immigration choisie. De la carte d'étudiant au statut de travailleur étranger (Lille et Bobigny, 2001-2004) », *La Revue de l'Ires*, 2006/1, n°50, pp. 27 à 62.
- MAZET Pierre, « Analyse du non-recours aux droits : un outil d'évaluation des politiques publiques », in Flohimont Valérie (dir.), *Pauvreté et ineffectivité des droits. Non-recours aux droits*, La charte/ die Keure, 2017, pp. 37 à 52.
- MINCKE Christophe, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ*, 1998/1, n° 40, pp. 115 à 151.
- NEVEN Jean-François, « La référence à la vulnérabilité dans le droit de la protection sociale. Des sciences humaines et sociales au droit positif », Thèse, droit, Université de Namur, décembre 2018, p. 33, [consultée en avril 2020], 465 p.
- OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, 2002, 598 p.
- OST François et VAN DE KERCHKOVE Michel, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », in Chazel François et Comaille Jacques (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, p. 67-80.
- PERRIN Jean-François, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz, 1979, 177 p.
- PHILIPPE Clara-Maud, « Entre effectivité et validité du droit : l'exemple du droit du public à l'information » [en ligne], in Champeil-Desplats Véronique et Lochak Danièle (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, [consulté en avril 2020] .
- RANGEON François, « Réflexions sur l'effectivité du droit » [en ligne], *Les usages sociaux du droit*, 1989, [consulté en avril 2020].
- ROMAN Diane, « L'universalité des droits sociaux à travers l'exemple du droit à la protection sociale », *CRDF*, 2009, pp. 117-132.
- ROMAN Diane, intervention lors d'une conférence sur l'effectivité des droits sociaux [en ligne], *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, Grenoble, 19 décembre 2011, 07:00, [consulté en avril 2020].

ROMAN Diane (dir.), « La justiciabilité des droits sociaux » [en ligne], *R.D.H.*, 2012, n°1, [consulté le 30 avril 2019].

ROMAN Diane, « Les enjeux juridiques du non-recours aux droits », *RDSS*, juillet et août 2012, n° 4, pp. 603-613.

SAYN Isabelle, « Le non-recours, vu du droit » [en ligne], Mars 2007, [consulté le 6 mai 2020].

VAN HOOTEGEM Henk et DE BOE Françoise, « Introduction », in Valérie FLOHIMONT (dir.), *Pauvreté et ineffectivité des droits. Non-recours aux droits*, La charte, 2017, pp. 1 à 4.

WARIN philippe, intervention lors d'une conférence sur l'effectivité des droits sociaux [en ligne], *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, Grenoble, 19 décembre 2011, 13:00, [consulté en avril 2020].

WARIN Philippe, « Le non-recours: définition et typologies » [en ligne], *Working Papers* de l'Odenore, juin 2010, actualisé en décembre 2016, [consulté en avril 2020].

WARIN Philippe, « Chapitre 17. Non-recours et non-demande, symptômes des défauts de l'offre publique? », in Lafore Robert (dir.), *Refonder les solidarités. Les associations au cœur de la protection sociale*, Dunod, 2016, pp. 255 à 267.

WARIN Philippe et REVIL Hélène, « Non-recours », in Boussaguet Laurie, Jacquot Sophie et Ravinet Pauline (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Sciences Po, 2019, pp. 398 à 404.

X, « Les difficultés d'accès au parc social des ménages à faibles ressources » [en ligne], Rapport inter-associatif, Juin 2020, [consulté le 27 juillet 2020].

### Décisions

ComEDS, décision du 9 septembre 1999 sur le bien-fondé de la réclamation n° 1/1998, *Commission Internationale de Juristes (CIJ) c. Portugal*, §. 28 ; ComEDS, décision sur le bien-fondé de la réclamation n° 53/2008, *Fédération européenne des Associations nationales travaillant avec les Sans-abri (FEANTSA) c. Slovénie*, §28.

ComEDS, décision du 4 novembre 2003 sur le bien-fondé de la réclamation n° 13/2002, *Association internationale Autisme-Europe c. France*, § 53.

**A propos de l'auteur :**

Delphine Neven est juriste. Elle a réalisé en 2020, dans le cadre de son Master 2 "Contentieux des droits fondamentaux", un stage au sein de l'Odenore. Depuis décembre 2020, elle travaille sur un projet de recherche, associant l'Odenore et le Centre de recherches juridiques (CRJ), relatif aux discriminations fondées sur "la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique" des personnes.

*Cette collection a pour but de rendre disponible un ensemble de documents de travail issus de recherches menées à l'ODENORE.*

Tous les droits afférant aux textes diffusés dans cette collection appartiennent aux auteurs. Des versions ultérieures des documents diffusés dans cette collection sont susceptibles de faire l'objet d'une publication. Veuillez consulter le site internet de l'ODENORE pour obtenir la référence exacte d'une éventuelle version publiée.

Cette collection est accessible par :

**<http://odenore.msh-alpes.fr/>**

**<http://www.pacte.cnrs.fr/>**

**<http://halshs.archives-ouvertes.fr/>**

**<http://rt6-afs.org/>**

*The aim of this collection is to make available a set of working papers produced at the ODENORE.*

The copyright of the work made available within this collection remains with the authors. Further versions of these working papers may have been submitted for publication. Please check the ODENORE website to obtain exact references of possible published versions.

Possibilities to have access to the collection:

**<http://odenore.msh-alpes.fr/>**

**<http://www.pacte.cnrs.fr/>**

**<http://halshs.archives-ouvertes.fr/>**

**<http://rt6-afs.org/>**

**ODENORE**  
**Maison des Sciences de l'Homme - Alpes**

**Adresse postale :** MSH-Alpes - BP 47 - 38040 Grenoble Cedex 9

**Adresse géographique :** 1221 avenue Centrale - Domaine Universitaire - Saint Martin-d'Hères

