



Antônio Augusto Cançado Trindade et César Barros Leal
Coordinateurs

**LE DÉFI DES DROITS ÉCONOMIQUES,
SOCIAUX ET CULTURELS**

**Fortaleza-CE
FB Editora
2019**

COMITÉ DE RÉDACTION

Antônio Augusto Cançado Trindade

César Barros Leal

Bleine Queiroz Caúla

Catherine Maria

Juana María Ibañez Rivas

Julieta Morales Sánchez

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Renato Zerbini Ribeiro Leão

Sílvia Maria da Silva Loureiro

Valter Moura do Carmo

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

Le défi des droits économiques, sociaux et culturels / Coordenadores

Antônio Augusto Cançado Trindade e César Barros Leal. – Fortaleza:

FB Editora, 2019.

267 p.

ISBN 978-85-8420-138-9

1. Direitos econômicos. 2. Direitos sociais. 3. Direitos culturais
I. Trindade, Antônio Augusto Cançado. II. Leal, César Barros. III. Título

CDD 323.46

Elaborado por Ana Waleska Ferreira de Lima – CRB3/715

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE.....	5
RÉFLEXIONS SUR LE PRINCIPE D´HUMANITÉ DANS SA VASTE DIMENSION	
Antônio Augusto Cançado Trindade.....	9
LES DROITS SOCIAUX EN MILIEU CARCÉRAL ET SA PRÉCARISATION: MESSAGE DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX POUR LA PROTECTION DES DROITS DE L´HOMME	
César Barros Leal	25
LA JUSTICIABILITE DES DROITS SOCIAUX OU LES ENJEUX DE L´EDIFICATION D´UN ÉTAT DE DROIT SOCIAL	
Diane Roman.....	43
L´UNIVERSALITE DES DROITS SOCIAUX A TRAVERS L´EXEMPLE DU DROIT A LA PROTECTION SOCIALE	
Diane Roman.....	97
L´INDIVISIBILITE DES DROITS DE L´HOMME	
Marie-Joëlle Redor-Fichot.....	133
LA DESTINEE UNIVERSALISTE DES DROITS CULTURELS: LES ARTICLES 22 ET 27 DE LA DECLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L´HOMME.....	161
Olivia Bui-Xuan	161
L´ARTICULATION DU DROIT DE L´OCCUPATION ET DES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS: LES EXEMPLES DE L´ALIMENTATION, DE LA SANTE ET DE LA PROPRIETE	
Sylvain Vité.....	181

ANNEXES

**INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS CIVILS
ET POLITIQUES215**

**LES PRINCIPES DE LIMBURG CONCERNANT
L'APPLICATION DU PACTE INTERNATIONAL RELATIF AUX
DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS.....237**

**PROTOCOLE ADDITIONNEL A LA CONVENTION
AMERICAINE RELATIVE AUX DROITS DE L'HOMME
TRAITANT DES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET
CULTURELS, «PROTOCOLE DE SAN SALVADOR»255**

PRÉFACE

À chaque édition du Cours Brésilien Interdisciplinaire sur les Droits de l'Homme, organisé à Fortaleza, Ceará (Brésil), par l'Institut Brésilien des Droits de l'Homme (IBDH), l'Institut Interaméricain des Droits de l'Homme (IIDH), le Centre d'Études et de Formation du Bureau du Procureur Général de l'État de Ceará et le Centre Universitaire Farias Brito, nous sommes face à une gigantesque tâche : élaborer les différents ouvrages (en quatre langues différentes: portugais, espagnol, anglais et français) qui seront composés par l'ensemble des textes sur le thème de événement, et distribués aux enseignants, étudiants et observateurs de différents pays.

Ce n'est pas une tâche facile que d'assumer, depuis le premier Cours, cette activité qui suscite un énorme intérêt au Brésil et à l'étranger. Avec un réseau de collègues répartis dans de nombreux pays, nous cherchons, à chaque deux ans désormais, à rassembler des articles traitant de questions en relation à une thématique centrale. En 2019, le thème retenu est Le défi des droits économiques, sociaux et culturels.

Le choix du thème de cette année rend hommage à Soledad García Muñoz, enseignante hispano-argentine et responsable du Bureau Régional de l'IIDH pour l'Amérique du Sud à Montevideo de 2009 à 2017, qui a participé pendant cinq ans à l'organisation des Cours. En 2019, Soledad García Muñoz a été nommée Rapporteur Spécial sur les Droits Économiques, Sociaux, Culturels et Environnementaux (DESCA) de la Commission Interaméricaine des droits de l'Homme (CIDH) pour une période de trois ans, renouvelable une fois.

Cette thématique avait déjà fait l'objet d'une analyse dans une publication (en deux volumes) en commémoration du Cinquantième Anniversaire des deux Pactes des Nations Unies relatifs aux Droits de l'Homme, à savoir: le Pacte relatif aux Droits Civils et Politiques et le Pacte relatif aux Droits Économiques, Sociaux et Culturels. La publication en question, qui comprenaient quinze articles (rédigés en portugais, espagnol, français et anglais), abordaient les antécédents historiques des deux Pactes, leur contenu, leur importance et leur portée transcendante dans la construction d'une culture de respect des droits de l'homme, perçus dans leur universalité et leur interdépendance.

Incluant le texte des deux Pactes en quatre langues, cette collection a constitué une étape historique dans les célébrations du Cinquantième Anniversaire des Pactes. Selon Virginia Brás Gomes, membre du Comité des Droits Économiques, Sociaux et Culturels des Nations Unies, dans son article paru dans le deuxième volume, “Célébrer le 50^{ème} anniversaire du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) signifie reconnaître sa validité et sa pertinence en période de contraintes économiques et sociales, pendant laquelle la réalisation des obligations fondamentales est une garantie essentielle pour ceux qui ont le plus besoin de la protection de l’État. Cela implique aussi de reconnaître que la réalisation progressive de tous les droits offre la possibilité d’améliorer les conditions de vie et devient ainsi un antidote efficace contre la violence et l’extrémisme, qui se nourrissent de la pauvreté, de la misère et du désespoir des hommes et des femmes qui ne trouvent donc aucune raison de croire en un monde meilleur pour leurs enfants et pour eux-mêmes. Cela implique également de reconnaître que ce qui compte vraiment c’est l’égalité des droits, des chances et des conditions, afin que tous, sans exception, puissent participer pleinement à la vie économique, sociale et culturelle des sociétés dans lesquelles ils vivent. Enfin, cela signifie ne pas baisser les bras dans des conditions difficiles afin que les aspirations légitimes puissent devenir une réalité vécue.¹

Les livres de cette nouvelle collection viennent s’ajouter à d’autres ouvrages offerts par le Cours, à savoir : le *Guide pour les Participants*, le septième volume de la Série d’Études sur les Sciences Pénales et les Droits de l’Homme (en hommage à Antonio Sánchez Galindo, organisé par César Barros Leal et Julieta Morales Sánchez), l’ouvrage d’Antônio Augusto Cançado Trindade intitulé *Droit à réparation - Origine et évolution du droit international*, et le numéro 19 de la *Revue de l’Institut Brésilien des Droits de l’Homme*. Par ailleurs, il convient de noter que cette précieuse collection se trouve également disponible sur les sites web de l’IBDH et sur le portail de la Revue, vous permettant de télécharger les textes publiés.

1. GOMES, Virginia Brás, “Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: 50º Aniversário entre Aspirações e Realidade, en TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, BARROS LEAL, César et LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro, *O Cinquentenário dos dois Pactos de Direitos da ONU*, vol. 2, V Cours Brésilien Interdisciplinaire sur les Droits de l’Homme, Expressão Gráfica, Fortaleza, 2016, pp. 125-126.

Nous sommes convaincus qu'en organisant ces cours interdisciplinaires (sans doute l'un des plus importants événements en matière de droits de l'homme en Amérique du Sud), nous contribuons à sédimenter une culture vigoureuse des droits de l'homme sur notre continent, qu'il s'agisse de droits civils et politiques ou de droits économiques, sociaux et culturels. Ces derniers bénéficient d'ailleurs d'une attention prioritaire dans le VII Cours lors duquel nous cherchons à souligner la nécessité d'actions positives de la part de l'État (avec l'emploi de ressources et des investissements à divers niveaux) dans le contexte des politiques publiques, ce qui rend parfois leur mise en œuvre complexe (ou même irréalisable), sans pour autant encourager les idées négatives qui s'opposent à son caractère exécutoire et justiciable.

Sur ce point, il convient de citer le Protocole Additionnel à la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels (Protocole de San Salvador), que l'on retrouve dans les annexes (Article I : Les États parties au présent Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme s'engagent à adopter les mesures nécessaires, qu'elles soient de nature interne ou qu'elles relèvent de la coopération entre États, tout particulièrement dans les domaines économique et technique, selon les ressources disponibles et compte tenu de leur degré de développement, pour parvenir progressivement, et conformément à la législation interne, à assurer le plein exercice des droits reconnus dans le présent Protocole), ainsi que les Principes de Limbourg, rédigés à Maastricht du 2 au 6 juin 1986, par un groupe d'experts du droit international réunis par la Commission Internationale de Juristes, Faculté de droit de l'Université du Limbourg (Maastricht, Pays-Bas) et par l'Institut Urban Morgan des Droits de l'Homme, "pour examiner la nature et la portée des obligations des États parties en vertu du Pacte International relatif aux Droits économiques, sociaux et culturels", qui se lit comme suit: (8) Bien que le plein exercice des droits reconnus dans le Pacte doit être assuré progressivement, certains d'entre eux sont immédiatement susceptibles d'être invoqués en justice, tandis que d'autres le seront au fur et à mesure. Et plus encore: (21) L'obligation "d'assurer progressivement le plein exercice des droits" impose aux États parties d'agir aussi rapidement que possible en vue du plein exercice des droits. Cela ne doit être interprété, en aucun cas, dans le

sens où les États auraient le droit de retarder indéfiniment les efforts à déployer pour assurer le plein exercice des droits.

En guise de conclusion, il convient de souligner que les droits économiques, sociaux et culturels sont également nécessaires en tant qu'instruments indispensables au plein respect du principe de dignité (objet d'étude du IV Cours Brésilien Interdisciplinaire sur les Droits de l'Homme, tenu en 2015), inséparable de la perception de la qualité de vie, du bien-être (physique et mental), de l'accès à la justice, y compris la justice sociale.

Antônio Augusto Cançado Trindade

César Barros Leal

RÉFLEXIONS SUR LE PRINCIPE D'HUMANITÉ DANS SA VASTE DIMENSION

Antônio Augusto Cançado Trindade

Juge à la Cour Internationale de Justice (La Haye); Ancien Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme; Professeur Émérite de Droit International de l'Université de Brasília; Docteur *Honoris Causa* de plusieurs Universités en Amérique Latine, Europe et Asie; Membre Titulaire de l'*Institut de Droit International*, et du *Curatorium* de l'Académie de Droit International de La Haye.

INTRODUCTION

1. Dans les brèves réflexions qui vont suivre, le principe d'humanité sera abordé dans sa vaste dimension, englobant l'ensemble du *corpus juris* de la protection internationale de l'individu, en toutes circonstances et particulièrement celles de grande adversité. Le principe d'humanité, conformément à la philosophie traditionnelle du droit naturel, sera alors considéré comme une émanation de la conscience humaine, se répercutant sur le droit international conventionnel et coutumier. L'attention se portera ensuite sur la présence de ce principe dans le cadre du droit des Nations Unies ainsi que sur sa reconnaissance judiciaire dans la jurisprudence des juridictions internationales contemporaines. J'arriverai ainsi à la présentation de mes observations finales en la matière.

II. LE PRINCIPE D'HUMANITE: SA VASTE DIMENSION

2. Lorsque l'on évoque le principe d'humanité, il y a une tendance à le considérer dans le cadre du droit humanitaire international. Il ne fait aucun doute que, dans ce cadre, par exemple, les civils et personnes *hors de combat* doivent être traités avec humanité. Le principe de traitement humain des civils et personnes *hors de combat* est prévu dans les Conventions de Genève de 1949 sur le droit international humanitaire (article 3 commun, et articles 12(1)/12(1)/13/5 et 27(1)), et leurs Protocoles additionnels I (article 75(1)) et II (article 4(1)). De surcroît, ce principe est généralement considéré comme l'un des principes du droit international humanitaire coutumier.

3. Pour ma part, ma compréhension va dans le sens d'un principe d'humanité doté d'une dimension plus vaste encore¹: il trouve à s'appliquer dans les circonstances les plus diverses, à la fois en temps de conflit armé et de paix, dans les relations entre la puissance publique et tous les individus relevant de la juridiction de l'Etat concerné. L'incidence de ce principe est notoire lorsque ces derniers se trouvent en situation de vulnérabilité ou de grande adversité, voire *d'impuissance*, comme en attestent des dispositions pertinentes de différents traités qui intègrent le droit international relatif aux droits de l'homme.

4. Ainsi, au niveau des Nations Unies, la Convention internationale de 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille dispose notamment, en son article 17(1), que "[l]es travailleurs migrants et les membres de leur famille qui sont privés de leur liberté sont traités avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine et de leur identité culturelle". De même, la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant de 1989 stipule que "[l]es Etats parties veillent à ce que [t]out enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. (...)" (article 37(c)). Des dispositions de ce type peuvent également être retrouvées dans des traités relatifs aux droits de l'homme au niveau régional.

5. Pour ne rappeler que quelques exemples, la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969, affirmant le droit à un traitement humain (article 5), dispose notamment que "[t]oute personne privée de sa liberté sera traitée avec le respect dû à la dignité inhérente à la personne humaine" (par. 2). De même, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 dispose notamment que "[t]out individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique" (article 5). Et la Convention [de l'OUA]

1. Il s'agit de la position que je soutiens dans mon opinion individuelle détaillée jointe à la décision récemment rendue par la Cour internationale de Justice en l'affaire *A.S. Diallo* (fond, Guinée c. R.D. Congo, arrêt du 30 novembre 2010). La partie V de mon opinion individuelle est spécifiquement consacrée au principe d'humanité dans sa vaste dimension (par. 93-106), et de plus amples considérations y afférentes en imprègnent la partie VI, concernant la prohibition de *l'arbitraire* dans le droit international relatif aux droits de l'homme (par. 107-142).

régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique qui prévoit, notamment, que “[l’] octroi du droit d’asile aux réfugiés constitue un acte pacifique et humanitaire (...)” (article II(2)). Et les exemples dans le même sens sont multiples.

III. LE PRINCIPE D’HUMANITE DANS L’ENSEMBLE DU *CORPUS JURIS* DE LA PROTECTION INTERNATIONALE DE L’INDIVIDU

6. En toutes circonstances, le traitement accordé aux êtres humains doit respecter le *principe d’humanité*, qui imprègne l’ensemble du *corpus juris* de la protection internationale des droits de l’individu (englobant le droit international humanitaire, le droit international relatif aux droits de l’homme et le droit international des réfugiés), sur le plan conventionnel et coutumier, aux niveaux international (Nations Unies) et régional. Le principe d’humanité sous-tend, en effet, les deux *observations générales*, n° 9 (de 1982, par. 3) et n° 21 (de 1992, par. 4) du Comité des droits de l’homme des Nations Unies, à l’article 10 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques (traitement humain de toutes les personnes privées de leur liberté)². Le principe d’humanité, généralement invoqué dans le domaine du droit international humanitaire, s’étend donc également à celui du droit international relatif aux droits de l’homme. Et comme le Comité des droits de l’homme l’a déclaré à juste titre dans son *observation générale* n° 31 (de 2004), “les deux domaines du droit sont complémentaires et ne s’excluent pas l’un l’autre” (par. 11).

7. Le droit international n’est nullement insensible à la pressante nécessité de voir un traitement humain accordé aux personnes et le principe en question s’applique en toutes circonstances, de manière à proscrire tout traitement inhumain, en référence à l’humanité tout entière, afin d’assurer une protection à toutes les personnes, y

2. Concernant la récente affaire *A.S. Diallo* (Guinée c. R.D. Congo), tranchée par la CIJ, j’ai estimé opportun de préciser dans mon opinion individuelle, notamment, que le principe d’humanité sous-tend, par exemple, l’article 7 du Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, qui protège l’intégrité personnelle de l’individu contre les mauvais traitements, ainsi que l’article 10 dudit Pacte (relatif aux personnes en détention), qui commence par affirmer que “[t]oute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine” (par. 1). Cela comprend non seulement l’obligation négative de s’abstenir de tout mauvais traitement (article 7), mais également l’obligation positive de s’assurer qu’un détenu, sous la garde de l’Etat, est traité avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine (par. 98).

compris celles qui se trouvent en situation de grande vulnérabilité (par. 17-20). *L'humanité* est appelée à conditionner le comportement humain en toutes circonstances, en temps de paix, ainsi qu'en périodes de troubles et de conflit armé. Le principe d'humanité imprègne l'ensemble du *corpus juris* de la protection de l'individu, et fournit l'une des illustrations des ressemblances ou convergences entre ses branches distinctes et complémentaires (droit international humanitaire, droit international relatif aux droits de l'homme et droit international des réfugiés), au niveau herméneutique, qui se manifestent également aux niveaux normatif et opérationnel³.

8. Par loyauté envers ma propre conception, j'ai jugé utile de développer quelques réflexions sur la base du principe d'humanité au sens large, dans de récentes décisions de la Cour internationale de Justice (ainsi que, précédemment, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme). Je l'ai fait récemment, par exemple, dans mon opinion dissidente⁴ concernant l'affaire de *Obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique *c.* Sénégal, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009), et dans mon opinion dissidente⁵ concernant l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (requête et demande reconventionnelle, Allemagne *c.* Italie, ordonnance du 6 juillet 2010), ainsi que dans mon opinion individuelle concernant l'avis consultatif de la Cour sur la *Conformité au droit international de la déclaration d'indépendance relative au Kosovo* (du 22 juillet 2010)⁶.

3. Sur ce point particulier, voir, par exemple, A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario - Aproximaciones y Convergencias*, Genève, ICRC, [2000], pp. 1-66.

4. Paragraphes 24-25 et 61.

5. Paragraphes 116, 118, 125, 136-139 et 179. Dans cette opinion dissidente détaillée, mes réflexions concernant le principe d'humanité sont établies notamment dans leur partie XII, sur les êtres humains en tant que véritables titulaires des droits initialement violés et les pièges du volontarisme étatique (par. 112-123), ainsi que, dans leur partie XIII, sur l'incidence du *jus cogens* (par. 126-146), outre les conclusions (principalement les par. 178-179).

6. Dans le récent avis consultatif de la Cour sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (du 22 juillet 2010), j'ai expressément consacré une section entière (XIII(4)) de mon opinion individuelle détaillée au "principe fondamental d'humanité" (par. 196-211) dans le cadre du droit des gens proprement dit. J'ai estimé opportun de rappeler que les "pères fondateurs" du droit international (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff) proposaient un *jus gentium* inspiré par le principe d'humanité

IV. LE PRINCIPE D'HUMANITE DANS L'HERITAGE DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT NATUREL

9. Il convient de ne pas passer sous silence le fait que le principe d'humanité s'inscrit en droite ligne dans la philosophie du droit naturel. Il sous-tend la pensée classique relative au traitement humain ainsi que le maintien de relations sociables, ce également au niveau international. L'humanité s'est manifestée avec d'autant plus de vigueur dans le traitement des personnes en situation de vulnérabilité, voire d'impuissance, telles que celles qui se voient privées de leur liberté personnelle pour quelque raison que ce soit. Lorsque le *jus gentium* commença à correspondre au droit des gens, il en vint alors à être conçu par ses "pères fondateurs" (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff) comme un droit régissant la communauté internationale composée d'êtres humains organisés socialement en Etats (émergents), existant de concert avec l'espèce humaine, correspondant ainsi au droit *nécessaire* de la *societas gentium*. Cette dernière prévaut sur la volonté individuelle de chaque Etat, dans le respect de l'individu et au bénéfice du bien commun⁷.

10. Le précieux héritage de la philosophie du droit naturel, qui évoque le droit naturel de la raison droite (*recta ratio*), n'a jamais disparu et il importe de le souligner inlassablement, notamment face à l'indifférence et au pragmatisme du *droit d'étatistes* "stratégique", si fréquent de nos jours au sein de la profession juridique. En ce qui concerne le droit international relatif aux droits de l'homme, il convient de rappeler à nouveau qu'au lendemain de la seconde guerre mondiale, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948

au sens large (par. 73-74). Mon opinion individuelle précitée est imprégnée de mes réflexions personnelles portant sur des considérations fondamentales d'humanité dans le traitement des peuples selon le droit des gens (par. 67-74) ; la partie VI, quant à elle, est centrée sur l'actualité du "*droit des gens*" et assortie d'une attention particulière consacrée à la vision humaniste de l'ordre juridique international (par. 75-96); la partie XII met l'accent sur la place centrale des peuples dans le droit international contemporain (par. 169-176), la partie XIV, sur une conception globale de l'incidence du *jus cogens* (par. 212-217); et la partie XIII, sur les principes du droit international, le droit des Nations Unies et les fins humaines de l'Etat (par. 177-211). Dans cette dernière partie, j'aborde spécifiquement le principe fondamental d'humanité dans le cadre du droit des Nations Unies (par. 196-211 - et voir *infra*).

7. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 9-14, 172, 318-319, 393 et 408.

proclamait que “[t]ous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits” (article premier). Dans son avis consultatif n° 18 concernant le *statut juridique et les droits des migrants sans papiers* (du 17 septembre 2003), la Cour interaméricaine des droits de l’homme (CIDH) a considéré que le principe fondamental de l’égalité et de la non-discrimination relevait du *jus cogens*.

11. Dans cet avis qui fait date, la CIDH soulignait, dans le droit fil de l’enseignement humaniste des “pères fondateurs” du *droit des gens* (*jus gentium*), qu’en vertu de ce principe fondamental, l’élément de l’égalité ne saurait guère être séparé de celui de la non-discrimination et que l’égalité devait être garantie sans discrimination d’aucune sorte. Cela est étroitement lié à la dignité inhérente à la personne humaine, découlant de l’unité du genre humain. Le principe fondamental de l’égalité devant la loi et de la non-discrimination imprègne l’ensemble du fonctionnement du pouvoir étatique et relève de nos jours du *jus cogens*⁸.

V. LES LOIS DE L’HUMANITE ET LES EXIGENCES DE LA CONSCIENCE PUBLIQUE: LA CLAUSE DE MARTENS

12. En ce qui concerne le droit international humanitaire, on rappellera qu’en 1907 déjà, le préambule de la quatrième Convention de La Haye contenait la *célèbre clause de Martens*, selon laquelle dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées annexées à ladite Convention, “les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l’empire des principes du droit des

8. CIDH, Avis consultatif n° 18 (du 17 septembre 2003) concernant le *Statut juridique et les droits des migrants sans papiers*, série A, n° 18, par. 83, 97-99 et 100-101. Dans mon opinion concordante, j’ai souligné que le principe fondamental de l’égalité et de la non-discrimination pénétrait l’ensemble du *corpus juris* du droit international relatif aux droits de l’homme, avait des incidences en droit international public, se répercutait sur le droit international général ou coutumier lui-même et faisait désormais partie des normes toujours plus nombreuses relevant du *jus cogens* (par. 59-64 et 65-73). - Depuis quelques années, la Cour interaméricaine des droits de l’homme, ainsi que le Tribunal pénal international pour l’ex Yougoslavie sont les juridictions internationales contemporaines qui ont le plus contribué, dans leur jurisprudence, à l’évolution théorique du *jus cogens* (débordant largement le cadre du droit des traités) et à l’expansion graduelle de son contenu matériel; voir A.A. Cançado Trindade, “*Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of its Material Content in Contemporary International Case Law*”, in *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano – OEA* (2008), p 3 29.

gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique" (par. 8). La *clause de Martens*, insérée dans le préambule de la quatrième Convention de La Haye de 1907 - et avant cela, également dans le préambule de la deuxième Convention de La Haye de 1899 (par. 9)⁹, ces deux Conventions concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre - invoquait les "principes du droit des gens" dérivés des usages "établis", ainsi que les "lois de l'humanité" et les "exigences de la conscience publique".

13. Par la suite, la clause de Martens est réapparue dans la disposition commune, relative à la dénonciation, aux quatre Conventions de Genève sur le droit international humanitaire de 1949 (articles 63/62/142/158), et dans le Protocole additionnel I (de 1977) auxdites Conventions (article 1(2)), - pour ne citer que quelques-unes des principales Conventions sur le droit international humanitaire¹⁰. Le fait que, durant plus d'un siècle, les rédacteurs des Conventions de 1899, 1907 et de 1949 ainsi que du Protocole I de 1977, ont à maintes reprises réaffirmé dans ces instruments internationaux les éléments contenus dans la clause de Martens, identifie cette clause comme étant une émanation de la conscience humaine en tant qu'ultime source matérielle de droit international humanitaire et de droit international en général.

14. En ce sens, elle exerce une influence constante sur la formation spontanée du contenu des nouvelles règles du droit international humanitaire. En conjuguant les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique, la clause de Martens établit, avec sa légitimité, une "interdépendance organique" de la légalité de la protection au bénéfice de tous les êtres humains¹¹. L'héritage de la clause de Martens

9. Elle fut initialement présentée par le délégué russe (Friedrich von Martens) à la première Conférence de la paix de La Haye (de 1899).

10. Depuis plus d'un siècle, la clause de Martens jouit donc d'une validité constante lorsqu'elle évoque la conscience publique et réitère ses mises en garde contre l'hypothèse selon laquelle tout ce qui n'est pas expressément proscrit par les Conventions sur le droit international humanitaire serait permis; bien au contraire, la clause de Martens soutient l'applicabilité constante des principes du droit des gens, les principes d'humanité ainsi que les exigences de la conscience publique, indépendamment de l'émergence de nouveaux contextes. Par conséquent, la clause de Martens évite le *non liquet* et exerce une fonction importante au niveau de l'herméneutique et de l'application des normes humanitaires.

11. C. Swinarski, "Préface", in V.V. Pustogarov, *Fedor Fedorovitch Martens - Jurist i Diplomat*, Moscow, Ed. Mezhdunarodinye Otnoscheniya, 1999, p. XI. Et voir également,

est également lié à la primauté du droit dans le règlement des litiges et la recherche de la paix.

15. La doctrine juridique contemporaine a elle aussi caractérisé la clause de Martens comme une source de droit international général¹²; et personne aujourd'hui n'oserait nier que les "lois d'humanité" et les "exigences de la conscience publique" invoquées par cette clause relèvent du domaine du *jus cogens*¹³. Cette clause, dans son ensemble, a été conçue et réaffirmée maintes fois, en dernier ressort, au bénéfice du genre humain dans son entièreté, ce qui fait qu'elle demeure d'une grande actualité. On peut la considérer comme une expression de la *raison d'humanité* imposant des limites à la *raison d'État*.¹⁴

VI. LE PRINCIPE FONDAMENTAL D'HUMANITE DANS LE CADRE DU DROIT DES NATIONS UNIES

16. Dans mon opinion individuelle détaillée concernant le récent avis consultatif de la CIJ sur la *Conformité au droit international de la déclaration d'indépendance relative au Kosovo* (du 22 juillet 2010), j'ai insisté notamment sur le principe fondamental d'humanité, dans le cadre du droit des organisations internationales et, particulièrement, du droit des Nations Unies (par. 196-211). Dans la présente opinion individuelle, j'ai déjà signalé que les différents mécanismes auxquels se sont essayées les organisations internationales - *mandats*, protection des *minorités*, *territoires sous tutelle* et, de nos jours, *administration internationale* de territoires

par exemple, B. Zimmermann, "Protocole I - Article premier", in *Commentaire des Protocoles additionnels d[û 8 juin]e 1977 aux Conventions de Genève d[û 12 août] e 1949* (eds. Y. Sandoz, Ch. Swinarski et B. Zimmermann), Genève, ICRC/Nijhoff, 1987, p. 39; H. Meyrowitz, "Réflexions sur le fondement du droit de la guerre", in *Études et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (ed. Ch. Swinarski), Genève/La Haye, CICR/Nijhoff, 1984, pp. 423-424; et voir H. Strebelt, "Martens' Clause", in *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), vol. 3, Amsterdam, North-Holland Publ. Co., 1982, pp. 252-253.

12. Münch, "Le rôle du droit spontané", in *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional - Libro-Homenaje al Prof. D. A. Truyol y Serra*, vol. II, Madrid, Univ. Complutense, 1986, p. 836.

13. S. Miyazaki, "The Martens Clause and International Humanitarian Law", in *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de J. Pictet* (ed. C. Swinarski), Genève/La Haye, CICR/ Nijhoff, 1984, pp. 438 et 440.

14. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, Leiden, Nijhoff, 2010, pp. 150-152 et 275-285.

- ont non seulement orienté davantage l'attention sur les "peuples" ou les "populations", sur la satisfaction des besoins et la réalisation pratique des droits, mais ont aussi promu, chacun à sa manière, l'accès de ces peuples ou populations à la justice internationale (par. 90).

17. Un tel accès à la justice s'entend *lato sensu*, c'est-à-dire en ce qu'il englobe la *réalisation de la justice*. Ces diverses tentatives des organisations internationales (rendues possibles par l'élargissement parallèle de la personnalité juridique internationale, qui n'est plus le monopole des Etats) ont contribué à la revendication, par les particuliers, de leurs propres droits, directement issus du *droit des gens* (par. 196). A mon sens, c'est là une des caractéristiques fondamentales du nouveau *jus gentium* contemporain. Après tout, chaque être humain est une fin en soi et, tant individuellement que collectivement, a le droit d'être libre "de croire, libéré de la terreur et de la misère", comme le proclame la Déclaration universelle des droits de l'homme au deuxième alinéa de son préambule.

18. Tout individu a droit, en tant que représentant du genre humain, au respect de sa dignité¹⁵. La reconnaissance de ce *principe d'humanité* fondamental – ai-je ajouté dans mon opinion individuelle précitée – est l'une des grandes réalisations irréversibles du *jus gentium* contemporain (par. 197). A la fin de cette première décennie du XXI^e siècle, il est temps de tirer les conséquences d'une violation manifeste de ce principe fondamental d'humanité¹⁶. Les Etats, créés par des êtres humains réunis en un *milieu* social, doivent protéger et non opprimer tous ceux qui relèvent de leur juridiction (par. 199).

19. C'est là le minimum éthique aujourd'hui universellement requis par la communauté internationale. Les Etats sont tenus de protéger

15. B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, CERIC/Univ. d'Aix-Marseille, 1999, p. 18.

16. J'ai également ajouté que: "Les droits de la personne humaine se caractérisent par leur universalité (corollaire de l'unité du genre humain) et par leur intemporalité, puisque, loin d'être 'concedé' par la puissance publique, ils précèdent en vérité la formation de la société et de l'Etat. Ces droits sont indépendants de toute forme d'organisation sociopolitique, y compris de l'Etat créé par la société. Inhérents à la personne humaine, ils précèdent l'Etat et le transcendent. Tous les êtres humains doivent jouir de leurs droits intrinsèques, parce qu'ils appartiennent à l'humanité. En conséquence, la préservation de ces droits ne se limite pas et ne saurait se limiter à l'action de l'Etat. De la même façon, un Etat ne peut arguer de son droit à l'intégrité territoriale pour violer de manière systématique l'intégrité personnelle des êtres humains relevant de sa juridiction" (par. 198).

l'intégrité de la personne humaine contre la violence systématique et les traitements discriminatoires et arbitraires. La notion de droits fondamentaux et inaliénables est profondément ancrée dans la conscience juridique universelle; malgré des variantes dans sa présentation ou dans sa formulation, cette notion est présente dans toutes les cultures et dans l'histoire de la pensée de tous les peuples¹⁷.

20. Il ne faut pas oublier que la reconnaissance du principe du respect de la dignité humaine est l'œuvre de la Déclaration universelle de 1948 dont elle constitue l'un des fondements. La Déclaration affirme avec fermeté que: - "[t]ous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits" (article premier) et rappelle que "la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité" (deuxième alinéa du préambule). La Déclaration universelle considère qu'" il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression" (troisième alinéa du préambule); et aussi que "la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde" (premier alinéa du préambule).

21. On ne pouvait guère prévoir que l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme, en 1948, allait être à l'origine d'un processus historique de généralisation de la protection internationale des droits de l'homme, à une échelle véritablement universelle¹⁸.

17. Voir, par exemple, [divers auteurs], *Universality of Human Rights in a Pluralistic World* (Proceedings of the 1989 Strasbourg Colloquy), Strasbourg/Kehl, N.P. Engel Verlag, 1990, pp. 45, 57, 103, 138, 143 et 155.

18. Dès les *travaux préparatoires* de la Déclaration universelle (en particulier pendant la période de treize mois allant de mai 1947 à juin 1948), une vision globale de tous les droits à proclamer s'est rapidement dégagée. Cette perspective a été adoptée dans les travaux préparatoires officiels de la Déclaration, c'est-à-dire dans les débats et les projets de texte de l'ancienne Commission des droits de l'homme de l'ONU (*rapporteur* René Cassin) puis à la Troisième Commission de l'Assemblée générale. En outre, en 1947, dans une contribution aux travaux en cours à la Commission des droits de l'homme de l'époque, l'Unesco a examiné les principaux problèmes théoriques posés par l'élaboration de la Déclaration universelle ; elle a adressé à certains des intellectuels les plus influents dans le monde à l'époque un questionnaire sur les relations entre les droits des individus et des groupes dans les sociétés de différents types et dans des situations historiques différentes ainsi que sur les relations entre les libertés individuelles et les responsabilités sociales ou collectives. Pour les réponses fournies, voir "*Los Derechos del Hombre - Estudios y*

Pendant plus de soixante ans d'une projection historique remarquable, la Déclaration a progressivement acquis une autorité que ses auteurs n'auraient pu envisager. Cela s'explique principalement par le fait que des générations successives d'êtres humains, appartenant à diverses cultures et à toutes les régions du monde, l'ont reconnue comme "l'idéal commun à atteindre" (comme cela avait été proclamé à l'origine), correspondant à leurs aspirations les plus profondes et les plus légitimes.

VII. LE PRINCIPE FONDAMENTAL D'HUMANITE DANS LA JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES CONTEMPORAINES

22. Enfin et surtout, le principe fondamental d'humanité a également été affirmé dans la jurisprudence des juridictions internationales contemporaines, où il a reçu une pleine reconnaissance judiciaire¹⁹. Sur la base de mon expérience personnelle, je rappellerai la jurisprudence constante de la Cour interaméricaine des droits de l'homme [CIDH] à cet égard, qui a fait observer, durant la période où j'ai eu l'honneur de présider ladite CIDH, que le principe d'humanité, inspirant le droit d'être traité avec humanité (article 5 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme), s'applique avec d'autant plus de vigueur lorsqu'une personne est illégalement détenue et gardée dans une "situation exacerbée de vulnérabilité"²⁰.

Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal Reunidos por la Unesco, Mexico/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, p. 97 98 (Teilhard de Chardin), p. 181 185 (Aldous Huxley), p. 14 22 et 69 74 (Jacques Maritain), p. 24 27 (E. H. Carr), p. 129 136 (Quincy Wright), p. 160 164 (Levi Carneiro), p. 90 96 (J. Haesaert), p. 75 87 (H. Laski), p. 143 159 (B. Tchechko), p. 169 172 (Chung Shu Lo), p. 23 (M. K. Gandhi), p. 177 180 (S. V. Puntambekar), et 173 176 (H. Kabir). Les deux conférences mondiales des Nations Unies sur les droits de l'homme (Téhéran, 1968 et Vienne, 1993) ont permis d'exprimer concrètement l'interdépendance de tous les droits fondamentaux et leur universalité, enrichies par la diversité culturelle.

19. Voir A.A. Cançado Trindade, "Le déracinement et la protection des migrants dans le droit international des droits de l'homme", 19 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* - Bruxelles (2008) pp. 289-328, esp. pp. 295 et 308-316.

20. Cour interaméricaine des droits de l'homme [CIDH], arrêts concernant les affaires *Maritza Urrutia c. Guatemala*, du 27 novembre 2003, par. 87; *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, du 7 juin 2003, par. 96 *Cantoral Benavides c. Pérou*, du 18 août 2000, par. 90; et voir *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, du 25 novembre 2000, par. 150.

23. Dans mon opinion individuelle concernant l'arrêt de la CIDH dans l'affaire du *Massacre de Plan de Sánchez* (du 29 avril 2004), concernant le Guatemala, j'ai consacré une section entière (III, par. 9-23) à la reconnaissance judiciaire du principe d'humanité dans la jurisprudence récente de cette Cour et de celle du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. De surcroît, j'y ai exprimé l'idée selon laquelle le principe d'humanité, en orientant la manière de traiter autrui (*el trato humano*), "englobe toutes les formes de comportement humain et tous les aspects de la vulnérabilité de l'existence humaine" (par. 9).

24. En l'affaire du *Massacre de Plan de Sánchez* (arrêt du 29 avril 2004), à un certain stade de la procédure devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, l'Etat défendeur a accepté sa responsabilité internationale pour la violation de droits garantis par la convention américaine relative aux droits de l'homme, et en particulier pour "n'avoir pas garanti le droit des parents des (...) victimes et membres de la communauté d'exprimer leurs convictions religieuses, spirituelles et culturelles" (par. 36). Dans mon opinion individuelle en l'affaire, j'ai fait valoir que la primauté du principe d'humanité correspondait à la finalité même, au but ultime du droit, de l'ordre juridique tout entier, national et international, à savoir la reconnaissance du caractère inaliénable de tous les droits inhérents à la personne humaine (par. 17).

25. Ce principe est présent - ai je ajouté - non seulement dans le droit international [relatif aux] droits de l'homme, mais aussi dans le droit international humanitaire, il s'applique en toutes circonstances. Que l'on considère qu'il est à la base de l'interdiction du traitement inhumain (établie à l'article 3, commun aux quatre conventions de Genève de 1949 relatives au droit humanitaire international) ou qu'il est implicite dans la référence à l'humanité tout entière, ou encore qu'il sert à qualifier tel comportement d'"humain", le principe d'humanité est toujours et inéluctablement présent (par. 18 à 20). Ce même principe d'humanité - ai je conclu dans l'opinion individuelle précitée en l'affaire du *Massacre de Plan de Sánchez* - a également des incidences dans le domaine du droit international des réfugiés, comme le montrent les faits de cette espèce, où étaient en cause des massacres et la pratique par l'Etat de la politique de la *tierra arrasada*, consistant à détruire et à brûler les maisons, qui a entraîné des déplacements massifs de populations (par. 23).

26. Des cruautés de cet ordre se produisent sous différentes latitudes et aussi dans [d']autres régions du monde, la nature humaine étant ce qu'elle est. Ce que je voudrais noter ici, et je souhaite insister sur ce point, c'est que l'économie du principe d'humanité vise selon moi à favoriser les convergences entre les trois tendances de la protection internationale des droits fondamentaux de la personne (droit international [relatif aux] droits de l'homme, droit international humanitaire et droit international des réfugiés - voir *supra*).

27. De même, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie [TPIY] a lui aussi porté son attention sur ce principe dans ses arrêts, par exemple dans les affaires *Mucic et consorts* (2001) et *Celebici* (16 novembre 1998). Dans l'affaire *Mucic et consorts* (arrêt du 20 février 2001), le TPIY (chambre d'appel) a fait valoir que le droit international humanitaire et le droit international relatif aux droits de l'homme prennent comme "point de départ" leur préoccupation commune visant à sauvegarder la dignité humaine, qui constitue le fondement de leurs normes minimales d'humanité²¹. En effet, le principe d'humanité peut être perçu de trois manières différentes. Tout d'abord, il peut se concevoir comme un principe qui sous-tend l'interdiction de tout traitement inhumain, établi par l'article 3, commun aux quatre conventions de Genève de 1949. Ensuite, le principe en question peut être invoqué dans la référence à l'humanité toute entière, en relation avec des questions qui représentent pour elle un intérêt commun, général et direct. Et enfin, le même principe peut être utilisé pour qualifier une qualité donnée du comportement d'"humain" (humanité).

28. Précédemment, dans l'affaire *Celebici* (arrêt du 16 novembre 1998), le TPIY (chambre de première instance) a qualifié de *traitement inhumain* un acte ou une omission délibéré ou intentionnel qui cause de grandes souffrances mentales ou physiques ou constitue une atteinte grave à la dignité humaine; ainsi, a ajouté le tribunal, "les traitements inhumains sont des traitements intentionnellement administrés qui contreviennent au principe fondamental d'humanité; ils constituent une catégorie dans laquelle entrent toutes les autres infractions graves énumérées dans les Conventions"²².

21. Paragraphe 149 du présent arrêt.

22. Paragraphe 543 du présent arrêt.

Par la suite, dans l'affaire *T. Blaskic* (arrêt du 3 mars 2000), le même Tribunal (chambre de première instance) a réitéré cette position²³.

29. Pour sa part, le Tribunal pénal international pour le Rwanda [TPIR] a fait valoir à juste titre, dans l'affaire *J.-P. Akayesu* (arrêt du 2 septembre 1998), que le concept de crimes contre l'humanité avait été reconnu bien avant le Tribunal de Nuremberg lui-même (1945-1946). La clause de Martens a contribué à cet effet (voir *supra*); des expressions similaires à celles de ces crimes, évoquant une humanité maltraitée, sont, en effet, apparues bien plus tôt dans l'histoire humaine²⁴. Dans l'affaire *J. Kambanda* (arrêt du 4 septembre 1998), le même TPIR a souligné que le crime de génocide a, tout au long de l'Histoire, infligé de grandes souffrances à l'humanité, les victimes n'étant pas seulement les personnes massacrées, mais l'humanité elle-même (dans les actes de génocide comme dans les crimes contre l'humanité)²⁵.

VIII. OBSERVATIONS FINALES

30. Le droit international (conventionnel et général) contemporain se caractérise dans une large mesure par l'émergence et l'évolution de ses normes impératives (le *jus cogens*) et par une plus grande conscience du principe d'humanité, à une échelle pratiquement universelle. Les violations graves des droits de l'homme, les actes de génocide, les crimes contre l'humanité, entre autres atrocités, contreviennent aux interdictions absolues du *jus cogens*. Le sentiment d'*humanité* - propre à un nouveau *jus gentium* du XXI^e siècle - vient pénétrer l'ensemble du *corpus juris* du droit international contemporain. J'ai appelé ce développement, notamment dans mon opinion concordante concernant l'avis consultatif n° 16 (du 1^{er} octobre 1999) de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur le *Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du droit à une procédure régulière*, un processus historique de véritable *humanisation* du droit international²⁶.

23. Paragraphe 154 du présent arrêt.

24. Paragraphes 565-566 du présent arrêt.

25. Paragraphes 15-16 du présent arrêt. Un raisonnement similaire sous-tend les arrêts du même Tribunal dans l'affaire *J.P. Akayesu* précitée, ainsi que dans l'affaire *O. Serushago* (arrêt du 5 février 1999, par. 15).

26. Paragraphe 35 de l'opinion concordante.

31. La primauté du principe de respect de la dignité de la personne humaine s'est identifiée au but ultime même du droit, de l'ordre juridique, national et international. En vertu de ce principe fondamental, toute personne doit être respectée (dans son honneur et ses convictions) du simple fait de son appartenance au genre humain, indépendamment de toutes circonstances. Le principe d'inaliénabilité des droits inhérents à l'être humain s'est, quant à lui, identifié à une hypothèse fondamentale de la construction de l'ensemble du *corpus juris* du droit international relatif aux droits de l'homme.

32. Dans son application en toutes circonstances (à la fois en temps de conflit armé et de paix), dans les relations entre la puissance publique et les êtres humains relevant de la juridiction de l'Etat concerné, le principe d'humanité imprègne l'ensemble du *corpus juris* de la protection internationale des droits de l'individu (englobant le droit international humanitaire, le droit international relatif aux droits de l'homme et le droit international des réfugiés), sur le plan conventionnel et coutumier. Emanant de la conscience humaine, le principe, inscrit en droite ligne dans la philosophie du droit naturel, s'est plus amplement répercuté sur le droit des organisations internationales (et en particulier sur le droit des Nations Unies) et a obtenu la reconnaissance judiciaire de la part des juridictions internationales contemporaines. Il en a résulté la *raison d'humanité* imposant des limites à la *raison d'État*.



LES DROITS SOCIAUX EN MILIEU CARCÉRAL ET SA PRÉCARISATION : MESSAGE DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX POUR LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME

César Barros Leal

Procureur de l'État du Ceará (Brésil); Professeur retraité de la Faculté de Droit de l'Université Fédérale de l'État du Ceará; Président de l'Institut Brésilien des Droits de l'Homme; Docteur en Droit (Université Nationale Autonome du Mexique); Post-docteur en Études Latino-américaines (Faculté des Sciences Politiques et Sociales de l'UNAM); Post-docteur en Droit (Université Fédérale de Santa Catarina, Brésil).

1. INTRODUCTION

Je dois vous avouer que quand j'ai commencé à rédiger cet article j'avais pensé à faire une analyse des droits de l'homme, de ses premiers pas jusqu'à nos jours, en soulignant, y compris, la différence entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels. Ce serait ainsi une opportunité de réaffirmer ma position sur la nécessité d'avoir sur ce thème une vision universelle, pluraliste et intégrale de ces droits de l'homme, inhérents à notre condition humaine, droits qui précèdent l'État et qui lui sont supérieurs. Seulement après cette introduction j'aurai exposé un tableau sans retouches de l'univers carcéral, tant d'un point de vu normatif que factuel, afin d'établir par la suite le lien entre sa surpopulation et les droits de l'homme, en me concentrant sur les droits sociaux. Néanmoins ce n'est pas la trajectoire que je vais suivre.

Nombreuses sont les violations des droits de l'homme dans les prisons, ces espaces indignes semblables aux cachots de l'époque médiévale. Ces violations ont lieu parce que, sous le regard indifférent et complice de la société, l'État encourage le mépris systématique des droits, en particulier ceux qui ne sont pas affectés par la loi ou par la sentence, tels que la sécurité, la vie privée, l'estime de soi, le droit au travail, à l'éducation et aux soins médicaux adéquats (signalons par

ailleurs que l'incidence des infections respiratoires, dermatologiques, gastriques, urologiques et des maladies vénériennes est courante parmi tant d'autres maladies), faisant tout cela dans une pratique de dénigrement qui s'est développée avec la progression du crime organisé.

2. LES DROITS DES PRISONNIERS

Dans une conquête historique graduelle, les prisonniers ont acquis des droits (réciproques à leurs devoirs), conforme à leur statut juridique. Le parcours des détenus n'est pas facile. En effet, leurs droits continuent, tous les jours, d'être ignorés dans la prison à un degré plus ou moins important, malgré leur composition légale.

Dans la plupart des établissements pénitenciers les prisonniers vivent des situations qui nient les idéaux d'humanité mis en oeuvre par ceux qui se sont battus pour créer des mécanismes de garantie, que l'on retrouve publiés dans d'innombrables documents nationaux et internationaux.

Dans un sens, les prisonniers vivent à la marge des normes comme s'ils cherchaient à légitimer l'illégitime, en essayant de concevoir un projet qui, pour beaucoup, ne s'incarnerait que dans le monde onirique de ses défenseurs.

Bon nombre de personnes s'interrogent sur l'utilité de ces instruments, considérés comme de simples déclarations programmatiques, tenant en compte l'abîme qui les sépare de la réalité des prisons. Mais voici la réponse: ces instruments sont nécessaires, essentiels, puisqu'ils insistent avant tout sur la dignité de ceux qui purgent une peine ou attendent d'être jugés et, pour cette raison, on ne peut pas leur nier la condition d'être humain et le respect de leur intégrité physique, psychologique et morale. Comment pouvons-nous arrêter de poursuivre ces fins? Ce sont des directives et, en tant que telles, il nous appartient de les préserver.

Professeur au Centre d'Études Pénitenciers de l'Université de Londres et ancien directeur de la Prison de Brixton de 1991 à 1997, Andrew Coyle avertit: "La question des droits de l'homme et des prisonniers a un fardeau émotionnel. Pourquoi une personne inculpée ou reconnue coupable d'un délit mérite-t-elle ses droits fondamentaux? L'explication est qu'il est relativement facile pour les être humains de faire preuve de respect et d'humanité envers ceux qui le méritent ou de le montrer aux autres. Mais ce qui nous

différencie en tant qu'êtres humains, c'est notre capacité à distinguer entre la personne en tant que telle et ce qu'elle fait. En conséquence, la capacité de reconnaître qu'il est nécessaire de faire preuve de respect et d'humanité même envers les personnes qui, à notre avis, ne le méritent pas"¹.

La Constitution espagnole, par exemple, prévoit qu'une personne condamnée à une peine privative de liberté jouit de ses droits fondamentaux sauf ceux expressément limités par la teneur de la condamnation, par la peine et par la loi pénitentiaire. De plus, la Loi Organique Générale sur les Pénitenciers en Espagne affirme que le condamné conserve tous les droits reconnus aux citoyens par les normes en vigueur, à l'exception de ceux dont la privation ou la limitation correspondent précisément au contenu de la peine prononcée.

À son tour, la Chambre Constitutionnelle du Costa Rica proclame que les personnes privées de liberté " jouissent de tous les droits et garanties énoncés dans la Constitution, sauf ceux qui sont incompatibles avec leur état ". En d'autres termes, bien que la perte de liberté soit la principale conséquence de la peine infligée, ces personnes conservent les droits inhérents à leur statut d'être humain; pour cette raison, l'administration pénitentiaire a le devoir de respecter et de garantir ces droits, finalité qui ne peut être effective si les conditions nécessaires sont réunies pour que leur jouissance soit adaptée à l'état d'incarcération dans lequel ils se trouvent.²

1. COYLE, Andrew, "La Sobrepoblación en las Prisiones. La Prisión y la Comunidad", in CARRANZA, Elías (coordonador), *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria: Respuestas Posibles*, Naciones Unidas/Ilanud y Siglo Veintiuno, San José, Costa Rica, 2001, p. 119.

2. MORA, Luis Paulino Mora, "Sobrepoblación Penitenciaria y Derechos Humanos: La Experiencia Constitucional", in CARRANZA, Elías (coordinateur), op. cit., p. 70. L'exercice de ces droits fondamentaux "ainsi que la détermination des garanties qui les garantissent, trouvent leur limite dans le contenu de la peine, le sens de la loi et le droit pénal. L'étendue plus ou moins grande de ces restrictions impliquera à son tour une reconnaissance, un exercice et une protection plus ou moins importants des droits fondamentaux des détenus. Analyser et déterminer clairement ce qui constitue cette marge de restriction des droits fondamentaux constituera nécessairement une tâche essentielle que la juridiction accomplira. Sinon, l'interprétation et l'application pratiques du système pénitentiaire - dominé par ses 'besoins disciplinaires' constants - risqueraient à terme d'épuiser les principes de garantie énoncés. " (BEIRAS, Iñaki Rivera, coordinateur, *Cárcel y Derechos Humanos: Un Enfoque Relativo a la Defensa de los Derechos Fundamentales de los Reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 26-27)

3. LES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS DES PRISONNIERS

Au fil des années, l'idée selon laquelle les droits économiques, sociaux et culturels ne seraient pas exigibles a été rejetée par de nombreux auteurs qui soulignent la nécessité de les respecter et de les imputer comme des droits fondamentaux applicables et obligatoires. Et cela affecte tout le monde, indépendamment de leur condition d'incarcération ou non.

Dans l'introduction (du Programme) du XXI^{ème} Congrès International d'Histoire des Droits de l'Homme de l'Université de Salamanque - La Deuxième Génération des Droits de l'Homme, qui s'est tenue du 12 au 14 juillet 2018, à la Faculté de Droit et à l'Archevêque Colégio Maior Fonseca (où j'ai donné une conférence sur le thème de cet article), ses organisateurs ont textuellement déclaré:

En 1948, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme des Nations Unies (DUDH) comprenait une vaste liste de droits individuels (civils et politiques) de la *première génération*, auxquels elle ajoutait, après quelques débats et négociations, des droits individuels qualifiés conventionnellement de *seconde génération* (économiques, sociaux et culturels), souvent qualifiés de *droits sociaux*, qui sont principalement ceux contenus dans le bloc des articles 22 à 27 de la DUDH, parmi lesquels le droit de chacun à l'éducation, au travail et à se reposer, avec un salaire juste et non discriminatoire, de s'affilier à un syndicat, d'avoir un niveau de vie suffisant pour s'assurer, ainsi qu'à leur famille, la santé, le bien-être, l'habillement, le logement, les soins médicaux, les services sociaux nécessaires, la sécurité sociale et le chômage, l'assurance-vieillesse, etc. À eux viennent s'ajouter les droits de chaque personne (mère ou enfant) à la protection spéciale de la maternité et de l'enfance, ainsi que le droit de jouir de la culture, des arts et à la propriété intellectuelle et morale de leur production scientifique littéraire ou artistique. La distinction entre les droits de *deuxième génération*, que nous venons de mentionner brièvement, et les droits dits de *première génération* a donné lieu à de nombreux débats. Aujourd'hui, le présumé, facilitateur de son explication, est remis en question, ou plutôt mis en exergue, et que les premiers droits seraient, par nature, *négatifs*, dans le sens où ils n'exigeraient rien de plus que leur inhibition ou le respect de l'État, alors que

les *droits de deuxième génération*, appelés aussi *droits sociaux*, seraient *positifs*. C'est-à-dire que ces derniers exigeraient une action *positive* de la part de l'État ou de la société internationale organisée, sous la forme de *politiques publiques* nationales ou internationales, avec la possible participation, dans ce cas, de la société civile.

En 1948, *droits civils et politiques* et *droits socio-économiques et culturels* étaient réunis dans un texte unique et s'appliquaient à tous afin d'assurer leur mise en œuvre "par des mesures progressives de caractère national et international"... L'ONU n'a pas tardé à attribué à ces droits, qui étaient simplement *déclarés*, une force juridique et une valeur égale. Dans ce but, l'ONU a chargé la Commission des Droits de l'Homme d'élaborer un accord international aux termes duquel ces principes pourraient être reconnus juridiquement par les États parties de l'Organisation des Nations Unies. Pour ce faire, l'Assemblée des Nations Unies a adopté une résolution le 4 décembre 1950, pour l'élaboration d'un Projet de Pacte International relatif aux Droits de l'Homme unique et indiquant les mesures précises à prendre pour son application, tout en soulignant le caractère indivisible et l'interdépendance des droits qui y sont énoncés; indivisibilité théoriquement maintenue jusqu'à aujourd'hui et réitérée en 1968 dans la Proclamation de Téhéran, et en 1993, dans la Déclaration et le Programme d'Action de Vienne. Malgré toutes les bonnes intentions, le pragmatisme stratégique a finalement abouti à la division des droits de l'homme dans deux pactes adoptés en 1966. L'un d'entre eux immédiatement exécutoire: le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et l'autre, moins contraignant, le Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, lequel a été suivi de plusieurs accords sectoriels sur des droits spécifiques.

Il est vrai que les droits humains, civils et politiques, ainsi que les droits économiques, sociaux et culturels sont universels, indissociables et interdépendants. Peu importe les conditions de celui qui les détient (après tout, tous les hommes naissent libres et égaux en dignité et en droits), les droits doivent être protégés, respectés et garantis, sans aucune discrimination.

Parmi les droits cités ci-dessus, je ne m'attarderai que sur ceux relatifs à la santé (physique et mentale), au travail et à l'éducation, tant en raison de la précarité de leur accès dans le milieu carcéral

que par leur importance, reconnue de façon unanime, au sein de la prison.

Cherchant à faire une analyse comparative, je fais appel à quatre instruments internationaux (il y en a des dizaines, avec des textes identiques ou très similaires; néanmoins je ne les citerai pas tous ici): le Protocole Additionnel à la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels, "Protocole de San Salvador"; le Pacte International Relatif aux Droits Économiques, Sociaux et Culturels, avec ses règles générales applicables, lorsque cela est possible, aux prisonniers; les Principes et Bonnes Pratiques pour la Protection des Personnes Privées de Liberté dans les Amériques; et les Règles de Mandela (Ensemble de règles Minima des Nations Unies pour le Traitement des Détenus), avec leurs normes spécifiques pour les personnes incarcérées dans des conditions différentes.

Pour Antônio Augusto Cançado Trindade, Juge à la Cour Internationale de Justice, l'adoption en 1988 du Protocole de San Salvador "a finalement comblé le vide historique qui persistait dans le système interaméricain en matière de protection de ces droits. Il convient toutefois de noter que la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, dans son rapport de 1978 sur El Salvador, a tenu compte de la situation de certains droits économiques, sociaux et culturels, sur la base des dispositions pertinentes de la Déclaration Américaine de 1948 dans le même esprit. L'année suivante, dans son Rapport sur Haïti, elle a tenu compte des droits à l'éducation, à la santé et au travail. De manière significative, dans son Rapport Annuel de 1979-1980, la Commission Interaméricaine a constaté la "relation organique " entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels. Dans son Rapport Annuel de 1985-1986, la Commission a signalé que le futur Protocole à la Convention Américaine sur les Droits Économiques, Sociaux et Culturels devrait prendre pour point de départ 'le noyau fondamental constitué par le droit au travail, à la santé et à l'éducation', auxquels d'autres droits connexes devraient y être ajoutés ou liés, en tenant compte de sa 'conception pratique'. "³

3. TRINDADE, Antônio A. Cançado, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Éditeur Jurídica de Chile, Santiago, pp. 107-108.

4. LES SERVICES DE SANTÉ

En prison, parmi les services de base, la santé est l'un des plus importants et des plus mal desservis, notamment dans les prisons surpeuplées (où tous les maux sont amplifiés). L'assistance santé, considérée comme un déploiement du droit à la vie, est une garantie individuelle fondamentale pouvant être considérée comme "la condition d'accès à tous les autres droits de l'homme, qui eux, n'auront de sens et de raison d'exister dès lors qu'ils sont affirmés et mis en pratique à partir de l'existence autonome et digne de la personne"). La santé fait l'objet du témoignage indéniable d'Eduardo Galeano, exceptionnel écrivain et journaliste uruguayen, auteur de l'ouvrage "The Open Veins of Latin America", emprisonné pendant la dictature militaire dans les années 70 et exilé en Espagne jusqu'en 1985, décédé en avril 2015:

En 1984, envoyé par une organisation des droits de l'homme, Luis Niño a visité les galeries de la prison de Lurigancho, à Lima (Pérou). Luis s'était lancé alors vers le chemin d'effroyables souffrances et s'est engouffré dans la prostration, la douleur et la stupeur. Dans cette solitude remplie de corps humains, tous les hommes étaient condamnés à la perpétuelle tristesse. Les prisonniers dénudés et fiévreux s'empilaient les uns sur les autres, murmuraient, déliraient, sans rien attendre.

Après cela, Luis a voulu parler au directeur de la prison mais il n'était pas.

Le responsable des médecins l'a reçu. Luis lui a fait la remarque qu'il avait vu beaucoup de prisonniers agonisant, vomissant du sang, dévorés par les blessures, et qu'il n'avait vu aucun médecin. Le responsable lui a expliqué:

J: - Les médecins n'interviennent lorsque l'infirmière les appelle.

L: - Et où est l'infirmière?

J - Nous n'avons pas de budget pour rémunérer une infirmière.

Ce dialogue fait écho à ce que j'ai observé lors de mes déplacements dans les prisons latino-américaines où l'assistance médicale fait souvent défaut, aussi bien à cause du manque d'hygiène et de la pénurie de professionnels que de la précarité des installations et du manque d'équipements de base, engendrant des répercussions

drastiques sur l'incidence des maladies infectieuses et contagieuses courantes dans cet amas d'êtres humains.⁴

Si nous considérons que cette assistance couvre non seulement les soins médicaux mais également les soins psychologiques, pharmaceutiques et dentaires, à caractère préventif et curatif, le problème prend des dimensions encore plus allarmantes, s'éloignant complètement des prisons du premier monde, où ces services, adoptés dans le cadre des politiques publiques, sont apportés au même niveau que ceux proposés à la população en général; la santé y est favorisée, contrairement à notre réalité, où il s'agit d'un bien menacé par la défaillance et l'abandon.

Mirabete et Fabbrini, dans leurs commentaires sur la Loi d'Exécution Pénale du Brésil concernant les soins de santé, ont constaté que le condamné, comme tout le monde, "est susceptible de contracter une maladie. Il est possible que, lorsqu'il rentre en prison, il présente déjà un soucis de santé ou une maladie mentale ou physique. Il est également envisageable qu'une maladie soit latente et se révèle après son emprisonnement, soit par son évolution naturelle, soit parce que l'environnement de la prison a influencé, en tout ou en partie, son déclenchement. Parmi les raisons, il conviendrait de mentionner qu'un éventuel traumatisme psychologique, provoqué par le premier contact avec l'environnement carcéral, serait susceptible de déclencher une maladie latente ou de provoquer des états de perturbation qui, en évoluant, peuvent transformer le détenu en malade mental. L'on observe, en effet, l'apparition d'une psychose pénitentiaire constituée de symptômes, de syndromes et d'états pathologiques provoqués par la nature même de la situation pénitentiaire de laquelle ils font partie: *atmosphère oppressante*, résultante de l'interaction de sentiments et d'états psychologiques négatifs, tels que la vengeance, la rancœur, la tristesse, la méfiance, la détresse, la peur, etc. ; *frustrations de divers ordres*, comme par exemple: frustrations alimentaires, affectives, sexuelles et de travail, qui ne sont pas compensées; *mauvaises conditions d'hygiène, de nourriture et d'habillement*, susceptibles de provoquer ou de déclencher non seulement des maladies somatiques, mais aussi des troubles et/ou des maladies psychiques et/ou psychosomatiques.

4. Le Rapport mondial sur les droits de l'homme dans le monde - Numéro 2016, présenté par *Human Rights Watch*, souligne que : "au Brésil, l'incidence du VIH dans les prisons est 60 fois plus élevée que dans le reste de la population, alors que le même rapport est de 40 cas de tuberculose." (Op. cit., p. 75.)

Certaines maladies peuvent être provoquées par de mauvaises conditions d'hygiène, de nourriture et d'habillement, telles qu'une alimentation inadéquate tant d'un point de vue qualitatif que quantitatif, la malnutrition, le manque d'activité physique, etc. Enfin, il y a également des maladies dont les causes sont indépendantes des conditions carcérales et des blessures causées par des accidents du travail en prison et par les agressions subies par le détenu en prison."⁵

Contracter une maladie en prison n'est pas partie intégrante d'une sentence. C'est donc avec indignation que l'on peut affirmer que cela ressemble plutôt à une double peine. Dans la vision de Schopenhauer, les détenus sont incarcérés (ou plutôt, déposés, emmagasinés) à titre de sanction, et non pas pour châtement, dans un système où la sécurité est la priorité au détriment d'autres services tels que la santé, pour laquelle, tout devrait céder le passage.

Qu'en est-il des handicapés physiques, paralytiques, semi-paralytiques, sourds et aveugles? Quel type d'emprisonnement est-il réservé à ce public vulnérable qui a des besoins spécifiques en termes de traitement et d'accessibilité?

Qu'en est-il de l'assistance aux toxicomanes (utilisateurs de toutes sortes de drogues) qui rentrent en prison, et en particulier les femmes, considérées dans ces circonstances, comme le "niveau le plus bas du plus bas"? J'ai eu l'occasion de visiter des établissements carcéraux où les drogues étaient non seulement consommées mais aussi fabriquées pour être commercialisées à l'intérieur et en dehors de ses murs. On constate de surcroît qu'il existe très peu de cliniques de désintoxication en milieu carcéral.

Et qu'en est-il de la santé mentale? Les asiles psychiatriques judiciaires, simples dépôts des malades mentaux, n'ont pratiquement pas de psychiatres et offrent un traitement fictif, constamment critiqué par la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, dont les décisions soulignent également le fait que les prisons ne sont pas étanches. En effet, elles représentent un problème (un risque, une menace) de santé publique pour toute la population en raison du flux continu de personnes (détenus, employés, visiteurs) entrant et sortant de ces espaces où prolifèrent des maladies.

La situation est encore pire quand les détenus présentent une double pathologie, c'est-à-dire, lorsqu'en plus des maladies mentales,

5. MIRABETE, Julio Fabbrini and FABBRINI, Renato N., *Execução Penal*, 11^a édition, Atlas, São Paulo, 2004, pp. 68-69.

ils ont une addiction ou, dans le meilleur des hypothèses, bénéficient d'un traitement pour toxicomanie.⁶

Quant au droit à la santé, le Protocole de San Salvador stipule que toute personne a droit à la santé, ce qui signifie la jouissance du plus haut niveau de bien-être physique, mental et social. En vue de concrétiser le droit à la santé, les États parties s'engagent à reconnaître la santé comme un bien public et, en particulier, à adopter des mesures garantissant ce droit, à savoir: les soins de santé primaires (assistance médicale essentielle dispensée aux individus et aux membres de la famille; l'extension des avantages des services de santé aux personnes sous la juridiction de l'État; la vaccination contre les principales maladies infectieuses; la prévention et le traitement des maladies endémiques (professionnelles et/ou d'autres natures); l'éducation de la population sur la prévention et le traitement des problèmes de santé; les besoins de santé des groupes les plus exposés au risque qui, en raison de leur pauvreté, sont plus vulnérables.

Les Principes et Bonnes Pratiques des Personnes Privées de Liberté dans les Amériques réitèrent les termes du Protocole de San Salvador et ajoutent l'accès aux traitements médicaux essentiels ainsi que les soins psychiatriques et dentaires adéquats, comme étant indispensables au bien-être; la disponibilité permanente de personnel médical qualifié et impartial; l'accès à un traitement et à des médicaments appropriés sans frais; la mise en œuvre de programmes éducatifs et promotionnels dans les domaines de la santé, de la vaccination, de la prévention et du traitement des maladies infectieuses, endémiques et autres; et les mesures spéciales pour répondre aux besoins sanitaires particuliers des personnes privées de liberté appartenant à des groupes vulnérables ou à haut risque, avec un traitement basé sur des principes scientifiques et tenu d'appliquer les meilleures pratiques.

Les soins médicaux relèvent de la responsabilité de l'État et les détenus doivent pouvoir bénéficier des mêmes standards de qualité des services de santé que ceux offerts à la communauté et avoir libre accès aux services de santé sans discrimination fondée sur leur statut juridique. Les Règles de Mandela soulignent également que les services médicaux devraient être organisés, en général, en étroite

6. À propos de ce thème, nous recommandons: DOMÍNGUEZ, Miriam, "Salud Mental y Prisión: La Perspectiva de los Voluntarios en Prisión", in GARCÍA, Julio Fernández (Dir.), op. cit., pp. 201 *usque* 207.

relation avec l'administration de la santé publique, de manière à assurer la continuité du traitement et de l'assistance médicale des maladies infectieuses et de la toxicomanie. Les prisons devraient disposer d'un service de santé chargé d'évaluer, de promouvoir, de protéger et d'améliorer la santé physique et mentale des détenus, en particulier de ceux qui ont des besoins spéciaux ou des problèmes de santé qui entravent leur réhabilitation. Les services de santé doivent être composés d'une équipe interdisciplinaire, dotée d'un nombre de personnel suffisant et qualifié, exerçant son activité en toute indépendance clinique et possédant des connaissances spécialisées en psychologie et psychiatrie.

5. LE TRAVAIL EN PRISON

Le travail a toujours été considéré comme essentiel, activité fondamentale, qui, selon Charles Baudelaire, est le meilleur remède contre tous les maux, en particulier au sein des prisons. Son caractère, au fil du temps (autrefois pénible, maintenant éducatif), se confond avec l'histoire des pénitenciers et des systèmes et régimes correctionnels.

En ce qui concerne le travail pénitentiaire, Mirabete et Fabbrini ont souligné dans leurs commentaires envers la Loi d'Exécution Pénale du Brésil que le concept de travail pénitentiaire suit " l'évolution de la conceptualisation de la peine privative de liberté. Au début, le travail était attaché à l'idée de vengeance et de punition et maintenait ces caractéristiques comme le moyen le plus grave et pénible de purger sa peine en prison. Même si l'activité du prisonnier est devenue une source de production pour l'État, le travail a été utilisé dans le sens évoqué précédemment, au sein des tendances utilitaires des systèmes pénaux et pénitentiaires. Dans la conception pénitentiaire moderne, le moment de l'exécution de la peine contient un objectif d'aide à la réhabilitation et réinsertion sociale, indiquant le sens pédagogique du travail."⁷

En tant que droit et devoir du prisonnier, le travail est faiblement proposé dans des centaines d'établissements pénitentiaires (son absence est notoire dans les maisons de détention locales et dans les commissariats de police). En termes d'options, l'activité privilégiée reste, au delà des services d'entretien et de manutention, l'artisanat. Cette activité, qui devrait être limitée aux régions touristiques, ne

7. MIRABETE, Julio Fabbrini and FABBRINI, Renato N., op. cit., p. 89.

tient pas compte, contrairement aux lois en vigueur, de la condition personnelle (qualification et capacité de chacun, ce qui arrive d'ailleurs très rarement) et des besoins futurs du détenu, ainsi que les opportunités offertes par le marché. Néanmoins cette affirmation n'est pas valable pour de nombreuses prisons où les activités sont multiples et auxquelles viennent s'ajouter des ateliers (de menuiserie/ébénisterie, de bijouterie et de recyclage) en partenariat avec des initiatives privées."

En qualité de droit humain social, le travail se veut être un instrument fondamental de participation et d'émancipation. Avec un but éducatif et productif, le travail est fondamental pour la santé physique et mentale du détenu ainsi que pour sa réinsertion sociale (pré-requis pour que le détenu puisse faire les meilleurs choix à l'avenir). C'est la condition de sa dignité humaine. Rémunéré convenablement (en règle générale la rémunération est basse et purement symbolique), le travail aide le détenu à subvenir à ses dépenses personnelles et à assister sa famille.

La législation pénitentiaire tend à affecter le produit de la rémunération du travail pénitentiaire à d'autres fins, telles que: le remboursement à l'État des frais occasionnés par son maintien, ce qui évidemment n'a jamais lieu; la réparation des dommages causés par le délit, uniquement s'il existe, bien entendu, une décision judiciaire et qu'aucune réparation n'a été effectuée par d'autres moyens; et enfin, la constitution d'une épargne qui lui sera remise au moment de sa libération.

Il est faux de dire que le prisonnier ne désire pas travailler. La grande majorité est disposée à le faire, même si ce n'est que pour faire passer le temps ou pour une réduction de peine (3 jours travaillés = 1 jour de réduction de peine). L'État devrait s'y intéresser davantage car le travail garantit à l'institution le maintien de la discipline et de l'ordre. D'un autre côté, dans le quotidien de la vie pénitentiaire le travail est plus apprécié par l'administration que l'activité éducative. En effet, l'éducation est perçue comme étant une activité propice où les prisonniers auraient la possibilité d'organiser des évasions et des émeutes.

Je retiens que, selon le Protocole de San Salvador, toute personne a le droit de travailler, ce qui inclut la possibilité d'obtenir les moyens de mener une vie digne et convenable grâce à l'exercice d'une activité légale, librement choisie ou consentie. Des mesures seront prises

pour garantir la pleine efficacité du droit au travail, notamment en ce qui concerne le plein emploi, l'orientation professionnelle et le développement de projets de formation technique professionnelle, en particulier pour les personnes handicapées. De façon identique, des programmes devront être mis en place et se renforcer afin de prendre en charge les soins adaptés à la famille, pour que les femmes puissent bénéficier d'une réelle occasion d'accéder au droit de travailler.

Aux termes du Pacte international relatif aux Droits Économiques, Sociaux et Culturels, le droit au travail est reconnu, c'est-à-dire, le droit de gagner sa vie au travers d'un travail librement choisi ou accepté. Il reconnaît également le droit de jouir de conditions de travail favorables, de garanties d'un salaire équitable et d'une rémunération égale pour un travail de valeur égale, sans distinction aucune; il en va de même pour les conditions d'une existence digne; la sécurité et l'hygiène au travail; l'égalité des chances pour tous dans leur emploi pour bénéficier d'une promotion, sans autres considérations que l'ancienneté et la capacité professionnelle.

Selon les Règles de Mandela, les détenus condamnés auront la possibilité de travailler et/ou de participer activement à leur réhabilitation. Cette activité est soumise à la détermination de leur état physique et mental par un médecin ou un autre professionnel qualifié. Un travail adéquat et utile devrait leur être offert pour les garder occupés pendant une journée de travail normale. Le travail en prison ne devrait pas être de nature stressante et les prisonniers ne devraient pas être maintenus en esclavage ni en servitude. Aucun prisonnier ne doit travailler pour qu'un quelconque membre de l'équipe pénitentiaire en tire profit personnellement. Dès lors qu'il est envisageable, le travail contribuera, de par sa nature même, au maintien ou au renforcement de leur capacité à vivre dans la dignité après leur libération. Les détenus, et en particulier les plus jeunes, devraient pouvoir bénéficier des formations aux métiers utiles.

6. ASSISTANCE PEDAGOGIQUE

Des dizaines de milliers de prisonniers, généralement des jeunes âgés entre 18 et 25 ans, dont beaucoup sont issus des couches les plus défavorisées de la société, illettrés, peu ou pratiquement pas scolarisés (la plupart n'ont même pas terminé leurs études secondaires) n'ont pas accès aux activités éducatives, que ce soit l'éducation ou la formation professionnelle. Cela est contraire aux

objectifs d'une politique pénale intégrée au sein de la politique sociale qui vise à transformer "l'institution pénitentiaire en une école d'alphabétisation et de professionnalisation du détenu, dans le but de l'insérer dans le processus de développement de la nation". Il convient de garder à l'esprit que l'assistance éducative doit être "l'un des services de base les plus importants non seulement pour l'homme libre mais également pour le détenu, constituant, dans ce cas, un élément du traitement pénitentiaire en tant que moyen de réinsertion sociale."⁸

Le discours officiel veut que le détenu apprenne à lire et/ou à écrire, à progresser dans ses études, à développer le sens de sa propre valeur, à acquérir des aptitudes, à se transformer et à (re)construire sa vie, autant que possible, considérant que l'éducation, passeport pour l'avenir, participe à son retour dans la société.

Il est clair que l'absence ou l'insuffisance de l'aide éducative influence l'ordre dans les prisons, puisque l'oisiveté (qui, selon Michel Foucault⁹, multiplie les vices du détenu), contribue à provoquer ou à amplifier les tensions constatées au sein de la prison, conduisant parfois à des émeutes et des évasions.

Ainsi que le travail, les études peuvent favoriser la rémission des peines. Il en va de même pour la lecture, comme nous avons pu l'observer dans plusieurs établissements au Brésil qui encouragent la création des bibliothèques mettant à disposition du détenu une collection de livres, essentielle pour le fonctionnement de cette activité.

Le mandat constitutionnel d'orienter les peines de privation de liberté vers la rééducation et la réinsertion sociale "empêche que de telles peines soit réduites à une simple détention et rétention". Par conséquent, l'administration doit créer les conditions nécessaires pour préparer les détenus à vivre en liberté, et donc, assurer l'application du droit à l'éducation relative à la dimension sociale de l'être humain.¹⁰

J'attire votre attention sur certaines particularités qui doivent être prises en compte dans ce contexte. Une considération pertinente

8. MIRABETE, Julio Fabbrini and FABBRINI, Renato N., op. cit., pp. 75-76.

9. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión*, Siglo Veintiuno Éditore, México, 1976, p. 118.

10. ALAMEDA, Cristina Ventura, "El Derecho a la Educación en el Medio Penitenciario", in GARCÍA, Julio Fernández (Dir.), *La Cárcel: Una Institución a Debate*, Colección Estudios Ciencias de la Seguridad, Salamanca, 2014, p. 113.

est que "... les spécificités de chaque prison coexistent, c'est-à-dire, sa gestion et le sens commun autour du mépris envers l'éducation en tant que droit à être mis en oeuvre dans les établissements de détention. À cet égard, il en ressort des recherches menées par l'Organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture (UNESCO) les considérations suivantes: 'La situation juridique des détenus exerce une influence sur l'organisation des cours. Les personnes accusées d'un crime, mais qui n'ont pas encore été condamnées, ont plus de difficulté (ou moins de motivation) à intégrer des classes permanentes... Dans certains pays, la fréquence aux cours est obligatoire. Ceux-ci sont organisés par l'État et par des enseignants qualifiés et formés pour adapter leurs méthodes pédagogiques au contexte particulier de l'environnement carcéral. Cependant, dans la plupart des pays, l'éducation est une option et rivalise avec la possibilité de travailler.. "'²⁰ La création de programmes d'enseignement technique conduit à l'organisation d'activités productives qui, d'une part, permettent le développement d'aptitudes techniques pour le marché du travail, mais, d'autre part, entravent les activités éducatives ou modifient la dimension sociale des programmes éducatifs. [...] Le surpeuplement en prison est une réalité défavorable à l'organisation de sessions éducatives ... "'¹¹

Pour ce qui est du droit à l'éducation, le Protocole de San Salvador affirme que toute personne a droit à l'enseignement primaire, secondaire et supérieur. L'enseignement de premier cycle doit être obligatoire et accessible à tous gratuitement. L'enseignement secondaire sous ses diverses formes, y compris l'enseignement technique et professionnel, doit être généralisé et étendu à tous, par des moyens appropriés, et notamment par l'introduction progressive de la gratuité; l'enseignement supérieur doit également devenir accessible à tous les individus, selon leurs capacités, par des moyens appropriés et notamment par l'introduction progressive de la gratuité; enfin, des programmes d'éducation différenciés pour les handicapés devraient être mis en place pour fournir une éducation et une formation spécifiques aux personnes ayant un handicap physique ou mental.

11. OLIVEIRA, Carolina Bessa Ferreira de, *A Educação Escolar nas Prisões: Uma Análise a Partir das Representações dos Presos da Penitenciária de Uberlândia (MG)*, Educ. Pesqui., São Paulo, v. 39, n° 4, 2013, pp. 955-967.

Les États parties, sous le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, reconnaissent le droit de toute personne à l'éducation, déclarant qu'il devrait tendre au plein développement de la personnalité humaine et de sa bienséance, et au renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'éducation, à différents niveaux, doit être accessible à tous les individus, dans le respect des capacités de chacun....

Selon les Règles de Mandela, l'éducation est, à l'instar du travail, un outil qui assure, dans la mesure du possible, la réinsertion des détenus dans la société, de sorte qu'ils puissent mener une vie autonome et respectueuse de la loi. À cette fin, les administrations pénitentiaires et les autres autorités compétentes doivent dispenser un enseignement adapté aux besoins individuels des détenus et fournir les moyens pour promouvoir l'éducation de tous, y compris l'enseignement religieux, dans les pays où cela est possible. L'éducation des analphabètes et des jeunes détenus devra être obligatoire et une attention particulière devra leur être accordée.

7. CONSIDÉRATIONS FINALES

Les droits sociaux des détenus abordés dans cet article sont évidemment soumis aux conditions et disponibilités des institutions qui leur correspondent. En matière de santé, de travail et d'éducation, le rôle des professionnels qui interviennent dans ces domaines est déterminant: la qualité des services qu'ils fourniront dépendra de leur intérêt, de leur motivation, de leurs capacités ainsi que du soutien qu'ils recevront.

Les prisons qui garantissent tous les droits énoncés selon les normes pertinentes (ordinaires, constitutionnelles et internationales) n'existent pas, en particulier sur le continent latino-américain, notamment parce que les centres pénitentiaires souffrent du fléau de la saturation, ce qui engendre des effets dévastateurs.

C'est précisément parce que ces droits ne sont pas respectés dans leur littéralité et leur plénitude que l'on parle de citoyens de deuxième, troisième catégorie ou même de catégorie nulle²², expression qui s'adapte aux conditions d'abandon dans lesquelles ils sont généralement relégués, nous permettant de nous poser la question: jusqu'à quel point est-il possible de garantir aux détenus la reconnaissance et l'exercice de leurs droits fondamentaux? Comment les droits sociaux peuvent-ils être garantis à des niveaux

adéquats, conformément aux normes applicables, si les prisons ne disposent pas des ressources nécessaires ou du minimum de personnel pour le faire?

Les questionnements que j'ai soulevés dans le paragraphe précédent et ailleurs traitent des problèmes qui semblent vouloir se perpétuer dans un domaine complexe où peu ou rien ne fonctionne. Le discours officiel tente d'y répondre affirmativement, dans un effort vain de légitimation de la prison. Toutefois, ces questions deviennent de plus en plus résonnantes, alertant du gouffre qui sépare la réalité pénitentiaire, avec toute sa cruauté, des principes sur lesquels reposent leurs propositions centenaires.



LA JUSTICIABILITE DES DROITS SOCIAUX OU LES ENJEUX DE L'EDIFICATION D'UN ÉTAT DE DROIT SOCIAL

Diane Roman

Professeure de droit public à l'Université François Rabelais de Tours
Chercheuse au CREDOF, Université Paris Ouest Nanterre La Défense.¹

Combattre la pauvreté par le droit²? Éradiquer la faim par les droits de l'Homme³? Lutter grâce au droit contre la marginalisation des pauvres⁴? Les travaux se succèdent pour affirmer que la lutte contre la misère est une question de Droit et de Droits. Droit à l'alimentation, droit à un revenu minimum, droit à la sécurité sociale, droit au logement, droit au travail... "La notion de droits

1. Le présent article s'inscrit dans le cadre d'un projet de recherche lancé avec le Centre de recherche sur les droits fondamentaux, l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, en partenariat avec HEC, l'Université de Franche-Comté et l'Institut universitaire européen de Florence pour les années 2009-2010, sur la question de la justiciabilité des droits sociaux en droit français et comparé. Cette recherche, financée par la Mission Recherche Droit et Justice et l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale, permettra une analyse plus complète et exhaustive. D'ores et déjà, une première contribution, constituant un développement et un prolongement des analyses portées par cet article, est parue à la *Revue internationale de droit comparé*, n° 2, 2009, sous le titre: "Les droits sociaux, entre "injusticiabilité" et "conditionnalité": éléments pour une comparaison." Les lecteurs désireux de plus d'informations sur ce projet sont invités à consulter le site Internet www.droitsocial-paris10.fr.

2. "Poverty as a human rights violation: grassroots perspectives", *International Social Science Journal*, n° 197/198, Wiley-Blackwell/UNESCO, 2009, pp. 315-519; Thomas POGGE (ed.), *Freedom from Poverty as Human Right, Who owes what to the very poor?*, Oxford University Press, 2007.

3. Olivier DE SCHUTTER, Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, *Countries tackling hunger with a right to food approach. Significant progress in implementing the right to food at national scale in Africa, Latin America and South Asia*, Mai 2010.

4. Commission pour la démarginalisation par le droit, "Pour une application équitale et universelle de la loi", Rapport final, 2006.

sociaux connaît aujourd'hui un grand succès"⁵, qu'atteste l'abondante littérature anglo-saxonne consacrée, depuis quelques années, au régime juridique des droits sociaux et à la possibilité de garantir en justice leur effectivité⁶.

Vu de France, le constat peut surprendre, tant a longtemps été soutenue l'idée que la pauvreté a une cause sociale et une solution économique, bien étrangère à l'approche juridique.. Plus généralement, l'idée même que le social puisse se penser en termes de droits de l'Homme a longtemps été contestée. Le refus partagé en leur temps, quoique pour des raisons diverses, par Léon Duguit ou Maurice Hauriou de formuler en termes de droits ce qui relevait de la solidarité a marqué durablement la doctrine juridique française⁷. Avant cela, l'hésitation des différents constituants français à qualifier de droits l'assistance sociale et les secours publics, le travail ou la

5. Carlos-Miguel Herrera, *Les droits sociaux*, PUF, *Que sais-je?*, 2009, p. 3; v. aussi Marc PICHARD, *Le droit à*; étude de législation française, *Economica* 2006.

6. Une première recension, non exhaustive, montre l'intérêt croissant du sujet dans la littérature juridique anglophone: Philip ALSTON (éd.), *Labour Rights as Human Rights*, Oxford University Press, 2006; Kitty ARAMBULO, *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Theoretical and Procedural Aspects*, Antwerpen, Intersentia, 1999; Daniel M BRINKS, Varun GAURI, *Courting social justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge Univ. Press, 2008; Fons COOMANS (ed.), *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systemes*, Antwerp-Oxford, Intersentia, 2006; Christian COURTIS, *International Commission of Jurists (ICJ), Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative Experiences of Justiciability*, 2008, *Human Rights and Rule of Law Series No. 2*; Grainne DE BURCA, Bruno DE WITTE (ed.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, Goldewijk Berma KLEIN, Baspineiro Adalid CONTRERAS, Paulo César CARBONARI (éd.), *Dignity and Human Rights, The implementation of economic, social and cultural rights*, Antwerpen, Intersentia, 2002; Malcolm LANGFORD (éd.), *Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge Press University, 2009; Ellie PALMER, *Human Rights Law in Perspective, Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2007; Magdalena SEPULVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2003; Mark TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights, Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2008; v. également la recension effectuée sur le site du projet www.droits-sociaux.u-paris10.fr et par l'ESCR-NET, http://www.escrnet.org/resources/resources_show.htm?doc_id=1052983

7. Louise GAXIE, " Du "droit individualiste" au " droit social": l'histoire d'une juridicisation du social", article à paraître.

protection de la santé a contribué à laisser le social hors du champ des droits de l'Homme⁸. Pensé davantage en termes de conquêtes sociales des travailleurs, de renforcement de l'État Providence ou de " législation ouvrière", le social est en France, par tradition, plus une question politique que juridique. La tendance se perpétue: Alors même que les auteurs spécialistes de droit social (droit du travail et droit de la sécurité et de l'aide sociales) présentent leur discipline comme une branche du droit destinée à protéger les droits des plus faibles et à garantir la justice sociale⁹ ou comme une mise en oeuvre du principe de solidarité¹⁰, le discours doctrinal français s'inscrit assez peu dans le registre des droits de l'Homme en général et des droits sociaux en particulier, à quelques notables exceptions¹¹.

Plus encore, une consultation des bases de données juridiques électroniques¹² révèle la polysémie de la notion de droits sociaux, qui prête à des usages distincts:

Une étude par mots clés des bases de données Doctrinal ou Jurisclasseur permet de constater une invocation du terme " droits sociaux" dans 3 types de registres:

1) Dans la grande majorité des cas, les " droits sociaux" renvoient aux prérogatives des actionnaires dans une perspective de droits des actionnaires fort éloignée de celle de la présente étude.

2) Dans une thématique de droits fondamentaux: quantitativement marginale, si ce n'est dans le cadre du droit international ou européen, où elle est concurrencée par l'expression " droits sociaux fondamentaux". Dans ce

8. Diane ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, LGDJ 2002, pp. 249 et s.

9. Jean RIVERO et Jean SAVATIER (*Droit du travail*, PUF, 13e éd. 1993, pp. 33-34): les auteurs justifient le droit du travail par " la prise de conscience des abus criants" de l'égalité formelle des cocontractants, voulue par le droit des contrats, confrontée à l'inégalité de fait entre employeurs et salariés, placés dans une situation de subordination juridique et économique; les auteurs assignent ainsi au droit du travail une "finalité sociale et humaine (...) essentielle" qui protège le faible contre le fort.

10. Michel BORGETTO et Robert LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 7e éd., 2009, pp. 28 et s.

11. V. Tatiana GRUNDLER, "La doctrine des libertés fondamentales à la recherche des droits sociaux", *infra*.

12. V. Diane ROMAN, "Doctrines de droit social et droits sociaux", *Rapport de recherche préliminaire*, <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=143>, annexe 1.

cadre, l'expression " droits sociaux fondamentaux" se fait par opposition aux " droits civils et politiques" ou par référence au sens que lui confère le droit de l'Union européenne. Elle renvoie principalement aux droits des travailleurs, dans un contexte d'édification d'une liberté de circulation intracommunautaire, sous-tendue par le projet de citoyenneté sociale européenne.

3) L'expression " droits sociaux" peut aussi être utilisée par référence au droit de l'aide et de la sécurité sociales dans le sens de " droit à des prestations sociales" pour désigner les bénéfices résultant de la législation sociale, le plus souvent nationale. C'est ainsi la définition retenue par N. Aliprantis selon qui les droits sociaux " ne supposent pas une relation de travail et (...) ont pour sujet passif non pas un employeur, mais l'État ou une autre autorité publique (...) Ces droits sont ceux qui concernent le bien-être des membres de la société, c'est-à-dire qui visent à assurer des conditions de vie conformes à la dignité humaine: droit au travail, à l'éducation, à la santé, à la sécurité sociale, au logement, à la protection de l'environnement, à la protection de groupes spéciaux tels la famille, les enfants et adolescents, les immigrés, les handicapés, les personnes âgées"¹³. A titre d'exemple, on trouve une telle acception, dans le cadre d'une étude sur les " droits professionnels" , dans le sens de " droits à des prestations sociales" et par opposition aux " droits civils" (héritage, filiation etc) issus de la reconnaissance de la personnalité juridique à l'enfant mort né; dans le sens de droits à des prestations sociales et par assimilation aux obligations alimentaires dans un cadre familial...

De cette polysémie naît une difficulté à saisir une notion homogène des droits sociaux. Si d'emblée la signification que lui alloue le droit des sociétés peut être exclue, plusieurs catégories s'entremêlent. Droits issus de la relation professionnelle (droits des salariés par rapport à leurs employeurs) contre droits à des prestations sociales désignant les bénéfices résultant de la législation sociale (aide sociale et droits contributifs), droits fondamentaux très généraux proclamés par les textes constitutionnels et internationaux (Déclaration universelle de 1948, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels – PIDESC-, Charte sociale européenne – CSE-) contre droits précisément définis ouverts par des dispositifs législatifs et réglementaires souvent techniques (revenu

13. Nikitas ALIPRANTIS, "Les droits sociaux sont justiciables", *Dr. Soc.*, 2006, p. 158

de solidarité active, droit à pension de retraite, allocation d'aide au retour à l'emploi, etc.), droits individuels (droit au logement, droit à la sécurité sociale) contre droits collectifs (action syndicale et droit de grève, protection de la famille), droits libertés (droits des travailleurs) contre droits créances (droits à des prestations), le contenu des droits sociaux est hétérogène et rend difficile une approche globale.

Un point commun les caractérise toutefois: le sort doctrinal qui leur est historiquement réservé. Présentés comme des droits de la deuxième génération, les droits sociaux sont généralement opposés, dans la doctrine française spécialiste de droit des libertés, aux droits "historiques" de la Déclaration française de 1789. Une conceptualisation doctrinale a érigé les droits sociaux en catégorie spécifique, frappée d'une certaine vulnérabilité normative (les droits sociaux seraient davantage des programmes, des objectifs, des guides d'action des pouvoirs publics que des droits des individus) et contentieuse (faiblement déterminés et sans titulaires précis, les droits sociaux ne pourraient bénéficier d'une protection juridictionnelle). Le ressort d'une telle systématisation intellectuelle tient la plupart du temps en une opposition entre droits civils et politiques, souvent qualifiés de "droits libertés" et droits sociaux, "droits créances", les uns s'épuisant dans une abstention des pouvoirs publics, les autres exigeant une prestation de ceux-ci. Aussi discutable qu'ait été cette distinction dès son origine¹⁴, et quelque discutée qu'elle ait pu être par la suite¹⁵, la division duale des droits de l'Homme a été reprise par la plupart des auteurs, s'appuyant pour ce faire sur les partitions du droit international des droits de l'Homme - les traités adoptés dans les années cinquante et soixante ayant entériné le clivage entre droits civils et droits sociaux -. En somme, "si l'on retrouve des énoncés normatifs sur les "droits sociaux" dans la plupart des constitutions occidentales rédigées ces trente dernières années, la doctrine dominante est toujours prête à avancer qu'ils ne seraient pas de véritables droits exigibles au sens juridique du terme, mais plutôt des objectifs, des buts puisque non justiciables devant et

14. Michel BORGETTO, *La fraternité en droit public français*, LGDJ, 1993

15. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, "Normativité et effectivité des droits économiques et sociaux dans les débats constitutifs de 1946", in Commission nationale consultative des droits de l'Homme, acte du colloque *La Déclaration des droits de l'homme (1948-2008)- Réalité d'un idéal commun?*, Paris, 2009, La Documentation Française, pp. 31-40.

(par) les tribunaux¹⁶. L'unité des droits sociaux viendrait ainsi de leur régime, davantage que de leur contenu et de la relation que le juge entretiendrait avec leur mise en oeuvre. D'où l'intérêt d'une recherche consacrée moins au contenu des droits sociaux qu'à leur justiciabilité et orientée vers une confrontation du discours doctrinal aux pratiques et politiques judiciaires.

A cette fin, deux choix théoriques porteurs d'une certaine radicalité ont été faits. Tout d'abord, celui d'une large ouverture au droit comparé et d'une attention spéciale portée aux systèmes juridiques des pays émergents. L'hypothèse de départ était en effet que les pays du Sud pouvaient constituer des références importantes, en raison des particularités de leur système juridique: démocraties constitutionnelles innovantes, des nations telles que l'Inde, l'Afrique du Sud, l'Argentine ou le Brésil sont confrontées de longue date à la réalité sociale de la misère et des inégalités. Le traitement juridique de la pauvreté est ancré dans les usages sociaux du droit. Il semblait dès lors que les modes de raisonnement juridictionnels construits à l'échelle nationale ou régionale, en Afrique par la Commission Africaine des droits de l'Homme et des peuples ou en Amérique du Sud par la Cour interaméricaine, offrent autant d'enseignements dont le droit français a à apprendre.

Celui ensuite d'une définition large des droits étudiés. Les droits sociaux, dans le cadre de cette recherche, regroupent un ensemble de droits, tels que le droit au logement, les droits des travailleurs, le droit à la protection de la santé, le droit à la scolarisation ou encore le droit à des moyens convenables d'existence. Ces droits se caractérisent par la réunion de trois critères à la fois d'ordre formel (sources et textes proclamatoires), matériel (champ d'application) et téléologique (objet et finalités de leurs proclamation). Les droits sociaux, dans l'acception qui en est retenue ici, sont des droits garantis par les textes constitutionnels et internationaux dans le champ social (droits des travailleurs, droit à des prestations, droit aux services publics), afin de réduire les inégalités d'ordre économique¹⁷ et dans une perspective de justice sociale: "droits des victimes de l'ordre existant"¹⁸, les droits

16. Carlos Miguel HERRERA, "Sur le statut des droits sociaux - La constitutionnalisation du social", *Revue Universelle des droits de l'Homme*, 2004, vol. 16, n° 1-4, p32.

17. Jean-Jacques DUPEYROUX, "Quelques réflexions sur le droit à la sécurité sociale", *Dr. soc.*, 1960, n° 5, pp. 288 et s.

18. Georges BURDEAU, *Traité de science politique*, T. VI, pp. 466, note 3.

sociaux se veulent instruments de transformation sociale, par les correctifs qu'ils apportent au libéralisme économique et par l'objectif de fraternité¹⁹ qui les guide. Étudier le régime juridique des droits sociaux, revient à analyser les voies de droit permettant de garantir leur effectivité²⁰, voies parmi lesquelles figure leur justiciabilité.

Ce terme, d'un usage encore incertain²¹, a une origine anglo-saxonne. Il désigne la qualité de ce qui est propre à être examiné par des juges²². La justiciabilité des droits renvoie ainsi à une soumission potentielle à l'examen et au contrôle d'une juridiction. Ainsi définie, la justiciabilité est la conséquence du droit au recours et recouperait deux caractéristiques, la capacité intrinsèque du droit à être garanti par un juge et la possibilité formelle qu'il existe un juge pour en connaître. Selon Carole Nivard, "ces deux volets sont en fait pleinement liés puisque le juge peut refuser sa compétence limitée vis-à-vis d'un droit sur le fondement de son caractère impropre au contrôle juridictionnel. L'absence de possibilité formelle est alors fondée sur la capacité intrinsèque du droit. A l'inverse, l'affirmation de leur incapacité est souvent étayée par le refus du juge de définir une obligation juridique sur le fondement de la disposition contenant le droit. L'incapacité est alors fondée sur le rejet formel de compétence du juge"²³. Il convient donc, avec cette auteure, de confondre ces acceptions. Un droit justiciable est un droit susceptible d'être contrôlé par un juge et la justiciabilité des droits se définit comme la capacité des tribunaux de connaître de l'allégation de leur violation par des victimes²⁴.

19. Marie-Pauline DESWARTE, "Droits sociaux et État de droit", RDP, 1995, p. 979.

20. Sur la question de l'effectivité, v. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, "Effectivité et droits de l'homme: Approche théorique", in Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Danièle LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Paris, PU de Paris 10, 2008 pp. 11-26; François RANGEON, "Réflexions sur l'effectivité du droit", in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, 1989, pp. 126-149.

21. Les définitions suivantes doivent beaucoup au travail de recherche préliminaire effectué, dans le cadre du projet, par Cédric ROULHAC, "Effectivité, justiciabilité, opposabilité, exigibilité", rapport non publié.

22. Christian ATIAS, "Justiciabilité", in Loïc CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 798.

23. Carole NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, thèse de doctorat en droit public de l'Université de Montpellier 1, dir. F. Sudre, 2009, pp. 18 et s.

24. Carole Nivard, précit.

La question de la justiciabilité des droits sociaux, longtemps ignorée, a été récemment relancée dans les débats doctrinaux français sous l'influence de Guy Braibant, viceprésident de la Convention chargée de la rédaction de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'éminent conseiller, soulignant la diversité des points de vues européens sur la question du régime juridique des droits sociaux, relevait que, pour certains représentants nationaux "les droits sociaux qui sont généralement des droits créances, comme le droit au travail, ne sont pas justiciables au sens traditionnel du terme"²⁵. Et l'auteur de distinguer deux formes de justiciabilité, l'une objective, inscrite dans un contentieux de normes et ne permettant au juge que d'examiner la conformité d'une règle de droit à des énoncés juridiques prééminents afin de sanctionner les normes inférieures contraires ou incompatibles; l'autre subjective, permettant d'obtenir du juge la satisfaction individuelle d'un droit, soit en nature, soit par compensation. La justiciabilité normative, permet *a minima* d'invoquer en justice un droit ou un "principe" pour s'opposer à des mesures générales visant à diminuer le niveau de la protection en cause. Cette "clause de non régression"²⁶, selon les mots de Guy Braibant, est typiquement illustrée, en droit français, par le contentieux administratif de l'excès de pouvoir ou le contentieux constitutionnel prévu à l'article 61 de la Constitution. Toutefois, la justiciabilité objective n'a pas qu'une simple portée conservatoire. Plus largement, elle constitue un moyen d'encadrement et, le cas échéant, de réorientation des politiques publiques menées, afin d'en garantir la conformité aux droits constitutionnellement et

25. Guy BRAIBANT, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Éd. Du Seuil, 2001, pp. 45-46 (souligné par nous). V. aussi le compte rendu fait in "L'environnement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne", Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 15, 2003, pp. 264: "Il est apparu, à propos de ces droits, que la Convention était partagée entre deux écoles. L'une était représentée principalement par les Allemands et les Espagnols, qui se fondaient sur une conception étroite de la notion de droits, limitée aux droits individuellement justiciables. Le président Herzog nous a indiqué notamment que, dans son pays, on réserve le terme de droits à ce qui peut être invoqué devant un tribunal; par exemple le "droit au travail" ne signifie pas qu'un chômeur peut demander au juge un emploi, de même que le "droit au logement" ne permet pas à un sans logis de demander en justice un logement. M. Mendez de Vigo, président du groupe des représentants du Parlement européen, a évoqué de façon spectaculaire les millions de requérants allant demander des logements en justice"

26. Art. précité, Cahiers du Conseil Constitutionnel, p. 264.

conventionnellement garantis²⁷. La justiciabilité subjective suppose, en revanche, l'existence d'un droit subjectif dont un individu puisse obtenir le respect en justice en raison de son exigibilité²⁸. Le contentieux subjectif peut s'illustrer par le contentieux européen des droits de l'homme ou le plein contentieux en droit interne français, où les juges interviennent pour garantir ou rétablir la jouissance d'un droit, à défaut pour réparer les conséquences de l'atteinte²⁹. Ainsi définie, alors que la justiciabilité renvoie à une procédure, l'exigibilité renvoie à la propriété d'un droit, la qualité d'une chose susceptible d'être réclamée³⁰ que seuls certains contentieux peuvent garantir. En d'autres termes, l'exigibilité correspondrait à l'"invocabilité directe du droit dans le cadre d'un contentieux subjectif"³¹.

Ajoutant à la confusion notionnelle, les notions de justiciabilité et d'exigibilité ont été de surcroît éclipsées, depuis quelques années en France, par celle d'opposabilité, qui a bénéficié, spécialement à propos du droit au logement³², d'une certaine médiatisation. Ont depuis été tour à tour évoquées la possibilité de mettre en place un droit

27. Le meilleur exemple en est offert, en dehors du champ des droits sociaux, par la décision relative au régime de la garde à vue (décision n° 2010-30/34/35/47/48/49/50 QPC du 06 août 2010, Miloud K.). A titre d'illustration de la protection des droits sociaux, v. la décision du Conseil Constitutionnel de l'institution d'un droit d'accueil au profit des élèves des écoles maternelles et élémentaires publiques pendant le temps scolaire impliquait la création d'un service public, n° 2008-569 DC, JO 21 août 2008.

28. Sur la définition des droits subjectifs, v. Marc PICHARD, "Les droits sociaux et la doxa des civilistes", Rapport de recherche préliminaire, <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=143>

29. Des contentieux mettant en cause des droits individuels subjectifs peuvent toutefois avoir une portée bien plus large que celle relative au cas de l'affaire et faire des tribunaux des acteurs majeurs de l'élaboration de politiques publiques. L'exemple le plus connu étant celui des États-Unis, où un maillage de décisions de principe rendues par la Cour suprême a redéfini des pans entiers de l'action publique, de la fin de la ségrégation notamment scolaire à l'environnement ou aux droits des femmes.

30. Benoit GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, LGDJ, 2006, p. 4

31. Laurence GAY, *Les "droits-créances" constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 195.

32. Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, publiée au J.O. n° 55 du 6 mars 2007, page 4190.

opposable à la solidarité locale³³, à la garde d'enfants en bas âge³⁴ ou au travail³⁵... L'emballage politique pour ce terme, procédant à un détournement d'une notion classique en droit pour lui conférer une signification nouvelle, a pu irriter la doctrine³⁶. Loin de sa signification technique première³⁷, l'opposabilité des droits sociaux renvoie, dans ce nouveau contexte, à un mécanisme permettant de les garantir³⁸. En ce sens, il prétend assurer l'effectivité d'un droit. Or, comme le notent E. Serverin et Th. Grumbach, il importe de ne pas confondre "opposabilité d'un droit" et "judiciarisation des rapports sociaux"³⁹:

33. Caroline CAYEUX, *L'expérience beauvaisienne du Plan d'Harmonie sociale au service du renforcement de l'efficacité de l'action sociale locale*, Rapport remis au Premier Ministre, avril 2009.

34. Lettre de mission adressée le 1er août 2007 au ministre en charge de la famille par le président de la République, souhaitant que soient prises: "toutes les dispositions nécessaires pour que les parents soient en mesure de concilier plus facilement leurs vies professionnelle et familiale, notamment en développant et en diversifiant l'offre de garde d'enfants. Notre objectif est la mise en place d'un droit de garde opposable effectif à la fin de la présente législature".

35. Alain BOCQUEL et alii, Proposition de loi tendant à instaurer un droit au travail opposable, AN, Doc. Parlementaire, n° 472, 5 décembre 2007.

36. Evelyne SERVERIN, Tiennot GRUMBACH, "La campagne présidentielle, les juges et le droit social: opposabilité, vous avez dit opposable?", *Revue de droit du travail*, Juin 2007, p. 406.

37. V. la définition classiquement donnée: "Aptitude d'un droit, d'un acte (convention, jugement, etc.), d'une situation à faire sentir ses effets à l'égard des tiers (c'est-à-dire ici de personnes qui ne sont ni titulaires du droit ni parties à l'acte ni ayants cause ou créanciers de ces parties ni concernées en premier par la situation) non en soumettant directement ces tiers aux obligations directement nées de ces éléments (ce qui constitue, dans les cas spécifiés ou cela se produit, une extension de l'effet obligatoire d'un acte par exception au principe de l'effet relatif de celui-ci), mais en les forçant à reconnaître l'existence des faits, droits et actes dits opposables (s'ils sont par ailleurs légalement prouvés), à les respecter comme des éléments de l'ordre juridique et à en subir les effets, sous réserve de leur opposition lorsque la loi leur en ouvre le droit (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Ed. PUF, Coll. Quadrige, 2005, p. 625. Add., Camille KOUCHNER, *De l'opposabilité en droit privé*, thèse, Université Paris X, 2004.

38. Cécile RAPOPORT, "L'opposabilité des "droits-créances" constitutionnels en droit public français", communication présentée aux journées de l'association française de droit constitutionnel, www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC8/RapportTXT.pdf

39. Voir en sens identique le propos du secrétaire général du Conseil constitutionnel qui, au sujet de l'article 5 du Préambule – mais le propos pourrait être généralisé –, écrivait que cette disposition "constitue non un droit subjectif directement justiciable, mais un intérêt collectif opposable au législateur car protégé par le Préambule de 1946" (Jean-Eric SCHOETTL, note sous CC, 2005-523 DC, du 29 juillet 2005, LPA n° 200, 7 octobre 2005, p. 11).

“L’opposabilité d’un droit, c’est la règle applicable à tous. La saisine du juge c’est la potentialité pour ce citoyen de faire appel à cette règle pour convaincre son contradicteur qu’il convient de l’appliquer. Ce n’est que devant la résistance à la reconnaissance d’un droit que naît la nécessité du procès”⁴⁰. Le rappel est utile, même si sa portée est cantonnée aux cercles savants: la justiciabilité des droits, spécialement des droits sociaux, n’est qu’une technique parmi d’autres permettant la réalisation des droits. Technique “ parmi d’autres”, mais aucunement technique “ comme les autres”, tant il s’agit de la plus sujette à discussion et hésitations. Ce sont ces interrogations (I), dans leurs formulations traditionnelles comme dans leur actualisation et leur remise en question (II), qui sont en jeu ici.

I. La justiciabilité des droits sociaux en questions

La présomption d’injusticiabilité des droits sociaux s’est construite devant la tendance du juge à nier tout caractère opératoire et invocatoire aux droits sociaux, en mettant l’accent sur leur particularité, quitte à minorer son propre rôle (A); cette position, variable selon les juges (internationaux comme nationaux) et selon la valeur juridique de la norme proclamatoire (traité, constitution, loi), semble toutefois se fissurer et des évolutions, liées au processus de consolidation de l’État de droit, se constatent (B)...

A. Le *self restraint* juridictionnel

Le caractère non justiciable, ou faiblement justiciable, des droits sociaux est un dogme volontiers repris en canon par la doctrine et le juge. Les raisons généralement invoquées sont diverses. L’absence de juge ou de procédure contentieuse permettant de garantir le droit est souvent mise en avant. Ainsi, les traités internationaux proclamant des droits sociaux (PIDESC, Charte sociale européenne, OIT) n’ont longtemps pas été dotés d’organes contentieux ou quasi contentieux pouvant être saisis par des victimes individuelles. Cette carence contribuait ainsi à justifier l’idée d’une particularité intrinsèque des droits sociaux, dont l’effectivité était mieux susceptible d’être évaluée par voie de rapports étatiques que de plaintes individuelles. Le même argument se retrouvait dans les ordres internes, du fait de la fréquente absence de procédures permettant de saisir de façon

40. Evelyne SERVERIN et Tiennot GRUMBACH, précit.

satisfaisante un juge pour constater la violation d'un droit social et ordonner son respect. En Espagne, par exemple, bon nombre des dispositions sociales garanties par la Constitution sont écartées du mécanisme d'*amparo* et de la protection constitutionnelle⁴¹. En Inde ou en Irlande, la même exclusion prévaut⁴². Mais, alors même que les conditions de leur saisine sont aménagées, d'autres juges peuvent manifester une réserve ostensible à l'égard des droits sociaux, déclinant ou minimisant leur compétence pour juger du respect des droits sociaux. L'autolimitation est justifiée alors par un double argument, démocratique et technique, dont les ressorts sont souvent mêlés.

1) L'argument démocratique

Le premier argument repose sur l'idée que c'est au Parlement d'effectuer des choix budgétaires et que le juge n'a pas la légitimité pour trancher des questions générales d'ordre économique ou social. Le refus prétorien, fondé sur une certaine interprétation de la séparation des pouvoirs, révèle la crainte du juge de se faire "super législateur" et établit une distinction entre le domaine du Politique et celui du Droit. Ainsi, les implications budgétaires sont ainsi présentées comme un frein à la justiciabilité des droits sociaux et des juges rappellent que la question de savoir quelle part du budget de la Nation doit être affectée aux services publics de l'éducation ou de la santé, par exemple, est une question politique et non juridique. " Puisque l'allocation des moyens de l'État dépend des contraintes autres que constitutionnelles, notamment financières ou d'opportunité, ces " droits ne se réalisent que dans la discrétionnalité du législateur, sous la "réserve du possible" selon une formule de la Cour constitutionnelle allemande. Autrement dit, d'un point de vue technique, ils ne seraient pas des droits fondamentaux mais plutôt des directives, des mandats constitutionnels"⁴³

Certaines décisions de justice étrangères invoquent encore l'argument de la séparation des pouvoirs, soulignant que seule l'élection confère la légitimité pour décider de l'affectation des finances

41. María Esther BLAS LÓPEZ, "Les droits sociaux en Espagne", article à paraître.

42. Diane ROMAN, "Les droits civils au renfort des droits sociaux: l'interchangeabilité des droits fondamentaux dans le discours judiciaire", *infra*.

43. Carlos-Miguel Herrera, "État social et droits sociaux fondamentaux", Communication au colloque État et régulation sociale, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2006, <http://matisse.univ-paris1.fr/colloque-es/pdf/articles/herrera.pdf> .

publiques. C'est notamment le cas de la Cour suprême irlandaise⁴⁴, qui a pu voir dans cette exclusion des juges non pas la preuve d'une volonté de minimiser les questions sociales mais au contraire une tentative pour valoriser la dimension politique de leur réalisation⁴⁵. Aux États-Unis tout particulièrement, la jurisprudence rappelle que c'est le Congrès qui détient les cordons de la bourse: le principe du *power of the purse*⁴⁶ conduit ainsi la Cour suprême à affirmer que les "problèmes insolubles posés par les aspects économiques, sociaux voire philosophiques de l'État Providence ne sont pas l'affaire de la Cour. Si la Constitution peut imposer certaines garanties procédurales en matière de programmes sociaux, (...) elle ne confère pas aux tribunaux le pouvoir de suppléer les autorités publiques investies de la lourde responsabilité de répartir des ressources publiques

44. Irlande, Cour suprême, O'Reilly v Limerick Corporation [1989] ILRM 181, confirmé par Sinnott v Minister for Education SC [2001] 2 IR 545 (Hardiman J.): "Costello J. invoked both of the classic reasons for deferring to the local authority's housing policy; (i) the constitutional principle that only the elected branches of government could legitimately decide on the allocation of public funds, and (ii) the fact that the courts did not have the institutional capacity to assess the competing claims on resources and their wider implications. Costello J's reasoning was subsequently reflected in the views of the Constitution Review Group³⁶ set up in 1996 to consider afresh whether enforceable socioeconomic rights should be entrenched in the Irish Constitution. The Group concluded that: '...The main reason ...why the Constitution should not confer personal rights to freedom from poverty, or to other specific economic or social entitlements, is that these are essentially political which, in a democracy, it should be [for] the representatives of the elected representatives of the people to address and determine'.

45. Irlande, Cour suprême, T.D. -v- The Minister for Education & ors, 17 décembre 2001, [2001] IESC 101: "The reluctance to elevate social welfare legislation to a higher plane may reflect a moral or political opposition to such change or it may be a recognition of the difficulty of regulating rights of such complexity by fundamental legislation which cannot be altered readily to meet changing social needs. Alternatively, it may have been anticipated that the existence of a constitutional right enforceable by the courts would involve - as the present case so clearly demonstrates - a radical departure from the principle requiring the separation of the powers of the courts from those of the legislature and the executive. The inclusion in the Constitution of Article 45 setting out directive principles of social policy for the general guidance of the Oireachtas - and then subject to the express provision that they should not be cognisable by any Court - might be regarded as an ingenious method of ensuring that social justice should be achieved while excluding the judiciary from any role in the attainment of that objective".

46. Gerold FRUG, "The judicial power of the purse", Penn. Law Rev., 126, 1978, p. 715; Cathy ALBISA et Jessica SCHULTZ, "The United States", in Martin LANGFORD (dir.), Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law, Cambridge, 2008, pp. 102 et s

limitées parmi une multitude de bénéficiaires potentiels⁴⁷. Si la Cour suprême n'a pas toujours fait preuve de cette retenue⁴⁸, elle a désormais, selon ses propres termes, "renoué avec la conception originelle de la constitution selon laquelle les cours ne doivent pas substituer leur convictions socio-économiques à l'appréciation du corps législatif (...) C'est au législateur, pas aux juridictions, de décider de la sagesse et de la pertinence d'une législation. Les juges ne doivent pas substituer leur conception économique et sociale au jugement du corps législatif, qui est élu pour adopter des lois"⁴⁹.

D'autres juges peuvent, contrairement aux juges américain ou irlandais, ne pas décliner totalement leur compétence mais justifier, par le même argument, un contrôle restreint. Ainsi, la Cour européenne, dans le droit fil de sa jurisprudence sur la marge nationale d'appréciation a particulièrement relevé cet argument budgétaire⁵⁰. Si la Convention ne garantit pas en tant que tel un droit à des aides sociales, la Cour a estimé dans un certain nombre d'affaires que l'article 8 entre en ligne de compte s'agissant de griefs sur le financement public devant

47. États-Unis, Cour suprême, *Dandridge v Williams*, 397 US 471 (1970): "We do not decide today that the Maryland regulation is wise, that it best fulfills the relevant social and economic objectives that Maryland might ideally espouse, or that a more just and humane system could not be devised. Conflicting claims of morality and intelligence are raised by opponents and proponents of almost every measure, certainly including the one before us. But the intractable economic, social, and even philosophical problems presented by public welfare assistance programs are not the business of this Court. The Constitution may impose certain procedural safeguards upon systems of welfare administration (...). But the Constitution does not empower this Court to second-guess state officials charged with the difficult responsibility of allocating limited public welfare funds among the myriad of potential recipients".

48. V. la fameuse décision de la Cour suprême américaine, *Lochner v. New York* (198 US 45 [1905]) censurant une loi de New York qui limitait la durée quotidienne de travail des ouvriers boulangers, au motif que de telles lois sociales constituent une "ingérence fâcheuse" dans les droits des particuliers. Ce type d'activisme judiciaire a généré un conflit ouvert avec l'administration Roosevelt lors de la mise en oeuvre du New Deal; sur ce point, v. Roger PINTO, *La Cour Suprême et le new Deal: jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis (1933-1936) et réforme du pouvoir judiciaire (1936-1937)*, Bibl. d'histoire politique et constitutionnelle, 1938.

49. États-Unis, Cour suprême, *Ferguson v. Skrupa*, 372 US 730-731-732 [1963].

50. Cour EDH, GC, 18 janv. 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, Rec. 2001-I, § 99: " la question de savoir si l'État accorde des fonds pour que tout le monde ait un toit relève du domaine politique et non judiciaire".

faciliter la mobilité et la qualité de vie de requérants handicapés⁵¹, une protection contre la misère⁵² ou un accès aux soins⁵³. Mais la Cour souligne l'importante marge nationale d'appréciation " lorsque, comme en l'espèce, les questions en litige impliquent de fixer des priorités pour ce qui est de l'affectation des ressources limitées de l'État. Au fait des sollicitations dont est l'objet le régime de santé ainsi que des fonds disponibles pour répondre à ces demandes, les autorités nationales sont mieux placées qu'une juridiction internationale pour procéder à cette évaluation"⁵⁴.

La marge nationale d'appréciation en matière économique et sociale se retrouve sous des énoncés comparables dans les jurisprudences nationales internes. Ainsi, au Canada, la Cour suprême a eu à apprécier le montant de certaines aides sociales par rapport aux droits sociaux proclamés par la Charte québécoise des droits et libertés de la personne, et notamment au droit à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales susceptibles d'assurer un niveau de vie décent. Selon les juges majoritaires, bien que la Charte oblige le gouvernement à établir des mesures d'aide sociale, elle soustrait au pouvoir de contrôle des tribunaux la question de savoir si ces mesures sont adéquates. Le libellé de la Charte exige seulement que le gouvernement puisse établir l'existence de mesures susceptibles d'assurer un niveau de vie décent, sans l'obliger à défendre la sagesse de ces mesures. Selon la Cour suprême canadienne, "cette interprétation est aussi compatible avec la compétence institutionnelle respective des tribunaux et des législatures en ce qui concerne l'établissement de politiques sociales fondamentales et leur ajustement dans les moindres détails"⁵⁵. De même, en Israël ou en Allemagne, les juridictions constitutionnelles ont justifié le caractère restrictif de leur contrôle par la souveraineté

51. Cour EDH, déc., 14 mai 2002, *Zehnalová et Zehnal c. République tchèque*, Rec. 2002-V; 14 sept. 2010, *Farcaș c. Roumanie*, 32596/04.

52. Cour EDH, déc., 23 avril 2002, *Larioshina c. Russie*, req. 56869/00.

53. Cour EDH, déc., 4 janvier 2005, *Pentiacova et 48 al. c. Moldova*, Rec. 2005-I.

54. *Ibid.*

55. Canada, Cour suprême, *Gosselin c. Québec*, 19 décembre 2002, 4 R.C.S. 429; David ROBITAILLE, " Les droits économiques et sociaux dans les relations État particuliers après trente ans d'interprétation: normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques?", *Revue du Barreau du Québec*, n° thématique hors série, 2006, p. 455 et s., spé. p. 472.

politique du Parlement pour décider des mesures sociales que les droits constitutionnels exigent⁵⁶.

En France également, la marge d'appréciation du législateur est soulignée. Si le Conseil constitutionnel a pleinement admis la valeur constitutionnelle de l'ensemble du préambule de 1946, et donc des droits sociaux qu'il proclame (droit au travail, droit à la protection sociale, droit à la protection de la famille, droits des travailleurs etc), ce ne fut que pour leur conférer une portée contraignante assez restreinte⁵⁷. 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 formule parfois utilisée⁵⁸. Le principe, si nouveau 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, insistant sur la liberté d'appréciation du législateur. L'article 61 de la Constitution, selon la formule connue, ne confère pas au Conseil un pouvoir d'appréciation et de décision identique au Parlement, surtout à l'égard de droits dont la mise en oeuvre suppose un effort financier considérable de la part de la Nation⁵⁹... 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 et des auteurs ont pu mettre en exergue la différence de contrôle exercée par le Conseil selon que sont en cause des droits civils et politiques ou des droits sociaux, que

56. Diane ROMAN, "Les droits civils au renfort des droits sociaux: l'interchangeabilité des droits fondamentaux dans le discours judiciaire", *infra*.

57. Une remarque identique peut être formulée s'agissant de la jurisprudence administrative. Sur la question, v. V. Donier, "Le droit d'accès aux services publics dans la jurisprudence: une consécration en demi-teinte", RDSS 2010, à paraître; "Le droit au service public, reflet des obligations pesant sur les personnes publiques", *infra*.

58. Décision n° 96-387 DC du 21 janvier 1997, Prestation spécifique dépendance, cons. 10 et 11. V. aussi décision n° 2003-483 du 14 août 2003, Loi portant réforme des retraites, cons. 7: "L'exigence constitutionnelle résultant (de l'alinéa 11 du Préambule) implique la mise en oeuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités" ou encore Décision n° 2007-553 DC, 3 mars 2007 Loi relative à la prévention de la délinquance; référence aux "exigences de solidarité découlant des dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946".

59. Marie-Pauline DESWARTE, précit., p. 977: "Le juge constitutionnel est obligé de tenir compte de l'environnement social. Il doit, pour être efficace, en apprécier les capacités sociales. La protection inégale qu'il accorde aux droits sociaux manifeste bien le poids des nécessités".

ce soit pour l'approuver⁶⁰ ou pour la déplorer⁶¹. La latitude conférée au législateur a pu être expliquée par l'"orientation foncièrement libérale"⁶² du Conseil, qui conditionnerait une interprétation restrictive des droits sociaux⁶³. Le constat n'est pas isolé: Ran Hirschl a démontré, dans des analyses percutantes, que les Cours, par leur composition et leurs stratégies, représentaient les intérêts des élites conservatrices et qu'elles prônaient, dans leur interprétation des textes constitutionnels, "une conception néolibérale des droits qui reflète et promeut les prémisses idéologiques de l'ordre économique mondial: atomisation sociale, anti-syndicalisme, égalité formelle et politiques étatiques minimalistes"⁶⁴.

Cet argument démocratique, fondé sur une interprétation rigide de la séparation des pouvoirs et dont le caractère lui-même politique peut être relevé, est fréquemment complété par un argument technique, justifié par le caractère "programmatique" des droits sociaux.

2) L'argument technique

L'argument technique se veut neutre axiologiquement. Loin de s'adosser à une conception politique de la fonction judiciaire dans un État de droit, il se présente comme une conséquence nécessaire de ce qui serait une caractéristique des droits sociaux: leur imprécision et le caractère progressif de leur réalisation leur donneraient un caractère

60. Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 428: "les droits sociaux dits de créance ne sont pas pour l'essentiel soumis au régime juridique des droits et libertés classiques. Ce ne sont pas des droits subjectifs, mais des objectifs dont la prise en compte s'impose à l'État et qui jouent en quelque sorte un rôle correcteur au regard des principes d'essence libérale. Il s'agit, pour l'essentiel, de principes directeurs qui doivent guider le législateur".

61. Michel BORGETTO, "Le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité et les droits sociaux", in *Frontières du droit, critique des droits: billets d'humeur en l'honneur de D. Lochak*, LGDJ, coll. *Droit et société*, 2007, pp. 239 et s.

62. Xavier PRETOT, *Les grands arrêts de la sécurité sociale*, LGDJ, 1998, n° 1, p. 14.

63. V. en ce sens Diane ROMAN, "Constitution et solidarité", *Les petites affiches*, 2009, n° 16, p. 68.

64. Ran HIRSCHL, "The political origins of judicial empowerment through constitutionalization: Lessons from four constitutional revolutions", *Law and Social Enquiry, Journal of the American Bar Foundation*, 2000, 25 (1), 91-149, § 1063, nous traduisons). Dans le même sens, v. du même auteur, *Towards Juristocracy: the origins and consequences of new constitutionalism*, Harvard univ. press, 2004.

programmatique excluant toute justiciabilité, le juge ne disposant pas de la capacité technique pour évaluer le contenu et sanctionner les atteintes aux droits sociaux⁶⁵. Le juge ne pouvant se faire l'expert du Social, il ne peut être le gardien des droits sociaux. L'argument s'appuie notamment sur l'idée que le raisonnement judiciaire est incapable, par nature, de saisir les problèmes "polycentriques", ces situations dans lesquelles les implications de la décision de justice ont des répercussions non seulement sur les parties, mais au-delà. Cet argument, bien connu de la doctrine anglo-saxonne⁶⁶ a une portée générale. Il s'est développé notamment dans le débat nord-américain, devant le constat d'une "transformation du régime de la légalité"⁶⁷ due à l'émergence du juge dans le processus de décision politique. Le *judicial policy-making* traduit la métamorphose du jugement, non plus seulement adjudication d'un cas individuel mais instrument vers la réalisation d'objectifs socialement et collectivement utiles. Or, l'évolution de l'activité judiciaire, et son instrumentalisation éventuelle par les requérants, "pose la question de sa légitimité – puisque celle-ci reposait jusque là sur la fidélité aux textes et sur la séparation des pouvoirs – mais plus encore celle de sa désirabilité, de la capacité et des conditions dans lesquelles les tribunaux peuvent et doivent assumer les sollicitations qui leur sont adressées"⁶⁸. Cette question des "capacities and incapacities of Courts as social policy-makers"⁶⁹ est particulièrement cruciale en matière de droits sociaux, non seulement en raison de l'inversion de la démarche à laquelle elle procède (extrapolation générale à partir d'un cas individuel soumis aux tribunaux, alors que le processus traditionnel veut que des catégories d'ayant-droits soient définies de façon générale, avant de faire l'objet d'une adjudication individuelle) mais également en raison des conséquences auxquelles elle aboutit; comme le soulignait un juge sud africain, résoudre un litige ayant des implications

65. V. en ce sens, David HOROWITZ, *The Courts and Social Policy*, Washington DC: The Brookings Institute, 1977, pp. 25-32.

66. Lon FULLER, "The Forms and Limits of Adjudication", *Harvard. Law Review*, Vol. 92, 1978, p. 353; Aoife NOLAN, Bruce PORTER, Malcolm LANGFORD, "The justiciability of social and economic rights: an updated appraisal", *CHRGJ Working Paper* no. 15, 2007, p. 14-18.

67. Jacques COMMAILLE, Laurence DUMOULIN, "Heurts et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la "judiciarisation"", *L'Année sociologique*, 2009, 59, n° 1, p. 81.

68. *Id.*, p. 82

69. David HOROWITZ, *précit.*, p. 67

budgétaires est un problème polycentrique typique: " chaque décision d'attribuer une somme d'argent à une fonction particulière entraîne une diminution des sommes disponibles pour les autres postes budgétaires. Toute modification appliquée à une allocation a un impact, plus ou moins important, sur les autres décisions budgétaires"⁷⁰. Cette considération a été relevée mais néanmoins sèchement balayée par la Haute Cour d'Afrique du Sud dans une décision de 2003⁷¹: "le problème de la polycentricité joue clairement comme une contrainte importante dans le procès, notamment quand le litige a des conséquences distributives. Mais la polycentricité ne peut pas être élevée au rang de mantra doctrinal, impliquant, sans plus d'analyse, l'incompétence des cours à sanctionner les obligations légales qui ont des conséquences imprévisibles".

Cet argument technique se présente, sous des formes comparables, dans d'autres discours. Ainsi de l'idée qu'en s'immisçant dans les questions politiques, sociales, les cours viseraient l'impossible et s'exposeraient à des effets pervers⁷². L'argument a été développé à partir de l'activisme judiciaire indien⁷³: la justiciabilité des droits sociaux ne serait possible que dans certaines hypothèses, lorsqu'il ne s'agirait que de sanctionner des obstacles bureaucratiques ou

70. Kate O'REGAN, "Introducing Social and economic Rights", introduction in Giving Effect to Social and economic Rights: The Role of the Judiciary and other Institutions Workshop, Cape Town (6 and 7 October 1998), cite par A. Nolan et al., précit.

71. Afrique du Sud, Haute cour de Justice, 6 fév. 2003, Rail Commuter Action Group & Ors. v. Transnet Limited & Ors aff. n° 10968/2001, § 112: "The problems of polycentricity must clearly act as important constraints upon the adjudication process, particularly when the dispute has distributional consequences. But polycentricity cannot be elevated to a jurisprudential mantra, the articulation of which serves, without further analysis, to render courts impotent to enforce legal duties which have unpredictable consequences".

72. Jean-François RENUCCI exprime ainsi sa crainte d'une justiciabilité de la charte par la cour: " On peut cependant espérer que la Cour fera preuve de sagesse et qu'elle n'ira pas aussi loin. Assurément, une approche aussi extensive serait fâcheuse car elle aboutirait à une dénaturation et à une ineffectivité des droits de l'homme. Il est évident que le refus d'une telle approche n'est pas guidé par une volonté "antisociale" mais par un souci de responsabilité: la plupart des droits économiques et sociaux sont trop imprécis, ce qui entraînerait mécaniquement une hausse importante du nombre des condamnations des États et, corrélativement, une banalisation des atteintes aux droits de l'homme" (in "Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens", JCP ed. G, 2007, act. 120)

73. Jamie CASSELS, "Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?", Am J Comp. Law, (1989) 37 L 495, 515

l'aboulie administrative. En dehors de ces hypothèses extrêmes, la mise en oeuvre de politiques sociales suppose nécessairement une contribution du pouvoir exécutif afin de préciser le contenu des droits sociaux. Pour le reste, le flou de leurs dispositions obligerait le juge à une grande prudence. Les droits sociaux apparaissent moins comme des impératifs normatifs immédiatement sanctionnables que comme des objectifs souhaitables et programmatiques.

L'argument est ancien, et bien connu des débats français. La doctrine la plus éminente l'a utilisé à l'encontre des dispositions du préambule de 1946⁷⁴. Elle a été confortée par la rédaction même des conventions internationales: le libellé des pactes de 1966, transposant en instruments conventionnels les droits proclamés par la DUDH, conforte cette impression que les engagements des États ne sont pas du même ordre⁷⁵. Alors que l'article 2 du PIDCP dispose que les États " s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence des droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune...", son pendant du PIDESC prévoit que chacun des États " s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés ...". Plus récemment, le Conseil constitutionnel en a souligné la trace dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁷⁶. Constatant que la Charte des droits fondamentaux

74. Ainsi, Jean RIVERO et Georges VEDEL estimaient qu'" 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" (in "Les principes économiques et sociaux de la Constitution, le préambule", Droit social, 1947, rééd. Pages de Doctrine, LGDJ, 1980, pp.139-140). Dans une perspective identique M. WALINE considérait que "les dispositions du préambule ont une valeur de droit positif, pourvu seulement qu'elles aient une précision suffisante pour pouvoir être appliquées sans intervention préalable d'une disposition législative ou réglementaire d'application. En cas contraire, elles n'auraient plus immédiatement et directement valeur de droit positif mais seulement celle, purement morale ou politique, d'un conseil donné à l'autorité législative" (note sous CE, 7 juillet 1950, Dehaene, RDP, 1950, p. 696).

75. Marie-Joelle REDOR-FICHOT, "L'indivisibilité des droits de l'homme", Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux, 2009, n° 7, p. 81.

76. Conseil Constitutionnel, décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une constitution pour l'Europe.

“ comporte, à côté de “ droits” directement invocables devant les juridictions, des “ principes” qui constituent des objectifs ne pouvant être invoqués qu’à l’encontre des actes de portée générale relatifs à leur mise en oeuvre”⁷⁷, le Conseil Constitutionnel entérine la distinction entre droits à part entière et les “ principes”, insusceptibles d’une invocation devant un juge. Comme l’explique Véronique Champeil-Desplats, “ certainement par crainte compréhensible de protéger les juges contre des revendications exigeant des politiques sociales d’envergure qui dépassent les compétences juridictionnelles, le Conseil a, en décidant de la sorte, fermé les ressorts argumentatifs de certains de “ droits”⁷⁸. Une telle position de principe serait justifiée, à en croire l’ancien président du Conseil, Pierre Mazeaud, par un souci de réalisme. La jurisprudence du Conseil, selon ses termes, “ a servi à tempérer (la) portée (des droits sociaux), malgré l’affirmation de leur niveau constitutionnel. Ils doivent être considérés comme n’ayant pas un caractère absolu, n’étant pas d’application directe et s’adressant non aux particuliers mais au législateur pour lequel ils constituent des obligations de moyens et non de résultat. En particulier, ils ne sont pas des droits subjectifs, dotés d’une justiciabilité directe. C’est évidemment le réalisme qui a dicté cette solution: le niveau des prestations servies par l’“ État Providence” étant conditionné par la situation économique, il ne serait pas raisonnable de le fixer de façon rigide au niveau constitutionnel”⁷⁹.

Cet argument tiré du caractère vague du contenu des droits sociaux est également régulièrement mobilisé par le juge administratif, non sans quelques fluctuations dans sa jurisprudence⁸⁰. Ainsi, par ex., le Conseil d’État a pu considérer que les droits sociaux constitutionnels, tels que l’alinéa 11 (droit à la santé) ou de l’alinéa 5 (droit à l’emploi), “ ne s’impose(nt) à l’autorité administrative, en

77. “ Au nombre de tels “principes” figurent notamment le “ droit d’accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux”, le “droit de travailler”, le “droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle”, le “principe du développement durable” et le “niveau élevé de protection des consommateurs””.

78. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, note sous CC, 2004-505 DC, Rev. Trim. Dr. européen, 2005 (2), pp. 557-580.

79. Pierre MAZEAUD, “La place des considérations extra-juridiques dans l’exercice du contrôle de constitutionnalité”, conférence prononcée à Erevan, 2005, consultable <http://www.conseil-constitutionnel.fr/divers/documents/20051001erevan.pdf>.

80. Particulièrement mise en exergue par Marie-Joelle REDOR-FICHOT, art. précité.

l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et limites définies dans les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français"⁸¹. Or, le

81. La jurisprudence du Conseil d'État à l'égard du préambule de 1946 ne paraît pas parfaitement univoque. De nombreuses décisions refusent d'admettre l'invocabilité directe des dispositions du Préambule à l'appui de recours pour excès de pouvoir contre des décisions individuelles (v. par ex., dans le cadre de contentieux de l'annulation d'arrêtes de reconduite à la frontière: CE, 28 juillet 2004, Préfet de police, req. 253927; CE, 28 décembre 2005, Mme AB, 275516 et M. Kabir A, req. 275453; 28 septembre 2005, Préfet du Gard, 260485 (al. 11 du préambule); v. de même, à propos de la décision de mutation d'un fonctionnaire, CE, 13 mars 2009, req. 319916: " le principe posé par les dispositions du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958, aux termes desquelles: "Chacun à le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances" ne s'impose à l'administration, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français; que, par suite, M. A ne saurait, en tout état de cause, pour critiquer la légalité de la décision de mutation dont il a fait l'objet, invoquer ce principe indépendamment desdites dispositions". Toutefois, différentes décisions étendent cette exclusion au bénéficiaire au pouvoir réglementaire (V. par ex., CE, 28 septembre 2005, Préfet du Gard, req. 260485; CE, 28 décembre 2005, Préfet de Haute Savoie, req. 274204. Le principe posé par les dispositions du cinquième deuxième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958, aux termes desquelles: "Chacun à le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances" ne s'impose au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français; que, par suite, M. Burkan ne saurait, en tout état de cause, pour critiquer la légalité de l'arrêté de reconduite à la frontière attaqué, invoquer ce principe indépendamment desdites dispositions" (souligné par nous) alors même que d'autres arrêts ont admis l'invocabilité des droits sociaux constitutionnels dans le contentieux de l'annulation dirigé contre des actes réglementaires (v. par ex. CE, 9 décembre 1996, GISTI, req n°163044; CE, 30 juin 2003, Mme Inaya X., n° 246590; pour une présentation de la jurisprudence administrative, v. Laure CAMAJI, "La justiciabilité du droit à la sécurité sociale. Éléments de droit français", RDSS 2010, à paraître). Cette contradiction a été soulevée par Yann AGUILA (Concl. sur CE, ass., 3 octobre 2008, Commune d'Annecy, RFDA 2008 p. 1147) selon qui "le caractère général ou imprécis d'un principe constitutionnel n'est pas un obstacle à son application par le juge (...) En revanche, il est vrai que la portée concrète d'un principe peut varier selon son degré de précision, selon son objet, ou selon la nature du contentieux. Certains principes, par leur caractère imprécis, ne peuvent guère avoir d'effets pratiques en l'absence d'une médiation législative. Beaucoup estiment par exemple que le "droit à l'emploi" ou le principe de "solidarité nationale" constituent de

renvoi aux précisions conventionnelles ou législatives est de faible portée. En effet, s'agissant des premières, le juge administratif est enclin à considérer que les stipulations conventionnelles énonçant des droits sociaux ne sont pas dotées d'effet direct et ne sont pas invocables devant lui. Le juge administratif refuse ainsi toujours de reconnaître l'applicabilité de la Charte sociale européenne⁸² ou du PIDESC⁸³. Si le Conseil d'État ne motive pas les raisons de sa qualification, la doctrine considère en général que c'est en raison de leur imprécision que ces stipulations sont écartées des prétoires⁸⁴.

simples "déclarations d'intention" - encore que ce terme est ambigu - et qu'ils ne peuvent être directement appliqués par le juge tant que le législateur n'en a pas au préalable fixé les conditions d'application et les limites. La portée d'un principe dépend aussi de son objet, lequel peut être plus ou moins réalisable, voire plus ou moins raisonnable. Pour reprendre le critère de l'ordre raisonnable proposé par le roi du Petit Prince, si la Constitution ordonnait au soleil de se coucher, ou à un général de voler de fleur en fleur, à la façon d'un papillon, ou de se changer en oiseau de mer, une telle disposition n'aurait sans doute qu'un faible effet pratique... Enfin, la portée d'un principe varie selon la nature du contentieux ou de la question posée au juge. (...) Un principe constitutionnel trop général peut difficilement servir de base directe à la reconnaissance d'un droit subjectif au profit d'un particulier. En revanche, il peut normalement toujours être invoqué dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte réglementaire. Le juge des normes doit veiller au respect de la Constitution par les pouvoirs publics - législateur et gouvernement - dans le cadre de leur activité normative".

82. CE, 20 avril 1984, *Ministre du budget c. Valton*, Rec. 1984, p. 148; CE, 15 mai 1995, *Raut*, n° 152417; CE, 7 juin 2006, *Association Aides et autres*, AJDA 2006.2233, note Hervé RIHAL; RDSS 2006 p. 1047, note Laurence GAY.

83. CE, 5 mars 1999, *Rouquette et Lipietz*, n° 194658, Rec. CE p. 37, RFDA. 1999, p. 357, concl. Christine MAUGÜÉ.

84. V. par ex. Hélène TIGROUDJA, (" Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux", RFDA 2003 p. 156: "La norme juridique incomplète ou non exécutoire est donc celle qui, par sa nature (imprécise et générale) et/ou son objet (aménager l'exercice d'un droit par exemple), nécessite l'intervention ultérieure des pouvoirs publics et en particulier le plus souvent du législateur", l'auteur soulignant que " l'avenir de cette théorie dépendra de l'évolution de l'exercice par le Conseil d'État de la plénitude de ses compétences face à l'exécutif"; Martine LOMBARD, Gilles DUMONT, *Droit administratif*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2003, n° 52: " les principales conditions de l'applicabilité directe tiennent non seulement à l'objet de la disposition invoquées, mais aussi à sa précision et au fait qu'elle n'appelle pas de mesures nationales complémentaires pour son application". V. a contrario les arrêts isolés dans lesquels le CE a pu admettre l'invocabilité de telles stipulations, au motif expressément admis de leur " clarté": CE 21 oct. 1983, *SA GI Motors France*, n° 23120; Rec. tables p. 582: " cons. Que l'article 20 de l'ordonnance du 21 aout 1967 n'édicte aucune règle incompatible avec les stipulations d'actes internationaux incorporés dans l'ordre juridique interne par des actes postérieurs,

Outre le fait qu'elle méconnaît l'interprétation du texte par son organe authentique⁸⁵, la position du Conseil d'État a pu être critiquée, aussi bien en doctrine⁸⁶ qu'en interne⁸⁷. Elle a pour effet de priver les droits sociaux conventionnels de mécanismes de garantie judiciaire et d'obliger le juge à des palliatifs qui relèvent de la contorsion sémantique⁸⁸. Quant à la mise en oeuvre des sources législatives par le pouvoir réglementaire, là encore, force est de constater la marge d'appréciation importante conférée au pouvoir réglementaire. En effet, la jurisprudence administrative montre les réticences à sanctionner les atteintes à un droit constitutionnel quand bien même celui-ci ferait l'objet des précisions législatives adéquates. Les

tels que l'article 9 de la CEDH et les articles 12 et 31 de la charte sociale européenne dont les dispositions sont claires" (souligné par nous).

85. CoDESC, Observations générales, n° 9, 3 déc. 1998, E/C.12/1998/24, § 13 et 14: " Le Comité note que certains tribunaux appliquent les dispositions du Pacte, soit directement soit en tant que normes d'interprétation. D'autres tribunaux sont disposés à reconnaître, sur le plan des principes, l'utilité du Pacte pour interpréter le droit national, mais, dans la pratique, l'effet de ses dispositions sur leur argumentation et l'issue de leurs délibérations est extrêmement limité. D'autres encore ont refusé de faire le moindre cas des dispositions du Pacte lorsque des personnes ont essayé de s'en prévaloir. Dans la plupart des pays, les tribunaux sont encore loin de s'appuyer suffisamment sur le Pacte 14. Dans les limites de l'exercice de leurs fonctions de contrôle judiciaire, les tribunaux doivent tenir compte des droits énoncés dans le Pacte lorsque cela est nécessaire pour veiller à ce que le comportement de l'État soit conforme aux obligations qui lui incombent en vertu du Pacte. Le déni de cette responsabilité est incompatible avec le principe de la primauté du droit, qui doit toujours être perçu comme englobant le respect des obligations internationales relatives aux droits de l'homme".

86. Marie GAUTIER et Fabrice MELLERAY, "Applicabilité des normes internationales", *Jurisclasser adm.*, fasc. 20, 20 Novembre 2003; Claudia SCOTTI, " L'applicabilité de la charte sociale européenne dans l'ordre juridique des États contractants", in Jean-François FLAUSS, *Droits sociaux et droit européen: bilan et prospective de la protection normative*, Bruylant, 2002, p. 189: " La solution de l'arrêt Valton est regrettable, non seulement parce que cette disposition n'a pas été appliquée dans une situation particulièrement propice à son applicabilité directe, mais aussi parce que le rejet de l'applicabilité directe n'est pas motivé, ce qui rend toute contestation difficile".

87. Ronny ABRAHAM, " " Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 23 avril 1997, GISTI, RFDA 1997 p. 585.

88. V. CE, Aides et autres, précit., dans lequel le Conseil d'État admet l'effet direct de la CIDE qui vise l'intérêt supérieur de l'enfant et refuse celle de la Charte sociale européenne alors même que le Comité européen des droits sociaux, deux ans auparavant, avait considéré que le dispositif français litigieux portait atteinte aux stipulations de la charte (n° 14/2003 FIDH c. France, 3 novembre 2004).

exemples relatifs aux droits des personnes handicapées suffisent à s'en convaincre, tant le décalage entre l'affirmation législative de droits⁸⁹ et la garantie judiciaire est important. On pourrait ainsi insister sur le droit à l'éducation⁹⁰, qui, bien que garanti par le service public de l'éducation nationale et protégé par l'existence de voies de droit permettant d'obtenir, sous la contrainte judiciaire, une inscription⁹¹, a fait l'objet d'une interprétation très restrictive du juge administratif, lequel a attendu 2009 pour admettre qu'une obligation de résultat pesait sur l'État en matière de scolarisation des enfants handicapés⁹². Une évolution similaire peut être trouvée dans l'obligation d'aménager les bâtiments publics pour les rendre accessibles aux personnes en situation de handicap. Alors même qu'il s'agit d'une obligation législative⁹³ et correspondant à des engagements internationaux de la France⁹⁴, ce n'est qu'en 2010 que l'État a vu sa responsabilité

89. Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

90. Loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées, art. 1 prévoyait que l'éducation et l'intégration sociale du mineur et de l'adulte handicapés physiques, sensoriels ou mentaux constituent une obligation nationale. L'article L. 112-1 du code de l'éducation, dans sa rédaction issue de la loi du 11 février 2005, rappelle que " Pour satisfaire aux obligations qui lui incombent en application des articles L. 111-1 et L. 111-2 [lesquelles garantissent le droit à l'éducation] le service public de l'éducation assure une formation scolaire, professionnelle ou supérieure aux enfants, aux adolescents et aux adultes présentant un handicap ou un trouble de la santé invalidant. Dans ses domaines de compétence, l'État met en place les moyens financiers et humains nécessaires à la scolarisation en milieu ordinaire des enfants, adolescents ou adultes handicapés".

91. Yann BUTTNER, " Le contentieux de la scolarisation des élèves de l'enseignement public", *Actualité Juridique Famille* 2004 p. 55; François CHOUVEL, " Les conditions d'inscription des élèves dans les écoles publiques: compétence du maire et liberté de choix des parents", *AJDA* 2003 p. 147

92. CE, 8 avril 2009, Laruelle, n° 311434,; RDP 2010, p. 197, note Thomas BOMPARD; RDSS 2009, p. 556, note Hervé RIHAL, D., p. 1508, note Philippe RAIMBAULT; mais cette obligation est cantonnée à l'âge de la scolarisation obligatoire selon un arrêt récent (CAA Versailles, 4 juin 2010, n° 09VE01323).

93. Art. L 114-2 CASF: " Toute personne handicapée a droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale, qui lui garantit, en vertu de cette obligation, l'accès aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens ainsi que le plein exercice de sa citoyenneté. L'État est garant de l'égalité de traitement des personnes handicapées sur l'ensemble du territoire et définit des objectifs pluriannuels d'actions".

94. La Convention et son protocole facultatif ont été signés et désormais ratifiés par la France; sur le texte, v. Augustin BOUJEKA, " La Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées et son protocole facultatif", *RDSS*, 2007 p. 799.

engagée du fait de l'inadaptation de ses locaux, et encore sur le seul fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, lequel suppose nécessairement un dommage anormal et spécial⁹⁵. Les exemples pourraient être multipliés: ainsi de la jurisprudence sur les expulsions locatives et le concours de la force publique, que le juge autorise en refusant de qualifier l'atteinte à la dignité sociale de trouble à l'ordre public⁹⁶ ou encore de la jurisprudence relative aux arrêtés anti-coupures d'électricité ou d'eau⁹⁷, alors même que la loi fait du logement un " droit fondamental"⁹⁸ et de la lutte contre la précarité énergétique et l'accès à l'eau des priorités⁹⁹... La prudence du juge administratif, pour employer un euphémisme, témoigne bien d'une conviction ancrée chez les juges français: celle selon laquelle la réalisation progressive des droits sociaux s'oppose à l'application immédiate des droits civils et implique une compétence exclusive du pouvoir législatif et réglementaire pour préciser le contenu du droit.

Cette conviction, longtemps partagée, semble néanmoins se fissurer sous l'effet de différentes initiatives en faveur d'une meilleure protection juridictionnelle des droits sociaux.

B. Les initiatives en faveur d'une meilleure protection juridictionnelle

A la fin du 20^e siècle, le juge Albie Sachs faisait le constat d'une diffusion généralisée de principes fondamentaux, de nature à orienter les programmes gouvernementaux et soulignait sa conviction que la doctrine du nouveau siècle porterait une attention grandissante aux droits sociaux¹⁰⁰. La prémonition est avérée et la diffusion du modèle

95. CE, Ass., 22 octobre 2010, Mme B., n° 301572.

96. " Il y aurait ainsi, d'une part, la dignité relevant de l'ordre public et, d'autre part, celle des droits sociaux", peut ainsi en déduire Xavier BIOY (" La dignité justifie-t-elle le refus de concours de la force publique pour expulser un locataire?", AJDA 2010 p. 451); v. aussi Diane ROMAN, " Le juge et les droits sociaux: vers une meilleure justiciabilité des droits sociaux?", RDSS, 5/2010.

97. V. Virginie DONIER, articles précités.

98. Selon la formule initiale de la loi "Mermaz" n° 89 - 462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

99. CASF, art. L. 115-1 et 115-3; art. 1 Loi n° 90-449 du 31 mai 1990.

100. Albie SACHS, Social and economic rights: can they be made justiciable?, Southern Methodist University School of Law, 1999, p. 18: " There is growing acceptance all over the world that certain core fundamental values of a universal character should penetrate and suffuse all governmental activity, including the

et des valeurs de l'État de droit a contribué à inscrire la justiciabilité des droits sociaux dans un agenda judiciaire et politique globalisé.

1) Usages sociaux du droit et judiciarisation des questions sociales

La fin de la guerre froide a contribué à la transformation du discours sur les droits sociaux. Ce "renouveau des droits sociaux" s'inscrit dans une tendance générale, insistant, depuis la chute du mur de Berlin, sur le caractère impératif des valeurs de l'État de droit et des libertés fondamentales. Les droits de l'Homme fournissent désormais un cadre de pensée commun et le juge a désormais acquis, de façon indiscutée, une fonction centrale de gardien sourcilieux des droits dans le paradigme de l'État de droit¹⁰¹. La "Rights Revolution", décrite par des auteurs¹⁰², fait du recours au juge un instrument de protection des droits individuels et de pacification sociale. Cette nouvelle configuration de l'action politique, orientée vers les prétoires et reposant sur une "vision enchantée"¹⁰³ du recours au juge, a rapidement conquis le champ social.

A l'échelle internationale, d'abord, où la question sociale est devenue une question mondiale: l'effroi devant la situation sociale économique, sanitaire, environnementale d'une grande partie de l'humanité a entraîné un déplacement de l'action humanitaire sur le terrain juridique. Le mouvement altermondialiste s'est ainsi structuré sur le plan théorique en avançant une réflexion collective sur l'effectivité des droits sociaux grâce aux forums de Porto Allegre, conçus comme une réponse alternative aux rencontres de tonalité libérale de Davos. "Bouée de sauvetage pour temps déprimé, le "droit à" est le signe d'une époque dominée par la figure d'un individu triomphant mais malheureux", note Marc Pichard¹⁰⁴. D'Amérique du sud au sous-continent indien, les luttes pour l'accès à l'eau potable et contre la privatisation des services sociaux de base, pour la distribution de médicaments génériques aux séropositifs, contre la

furnishing of the basic conditions for a dignified life for all. I believe that 21st-century jurisprudence will focus increasingly on socio-economic rights".

101. Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien, Point Clé, 5e édition, 2010.

102. Charles R. EPP, *The Rights Revolution. Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, Londres, University of Chicago Press, 1998.

103. Jacques COMMAILLE, Laurence DUMOULIN, précit., p. 87.

104. Marc Pichard, ouvrage précit., § 80.

marchandisation du vivant, pour la résorption de l'habitat insalubre ou la fin de l'exploitation au travail, le servage et la traite humaine se sont dotées d'une coloration juridique. Qu'elles aient été reformulées en terme de droits de l'homme (cas des mouvements de "sans", qui invoquent désormais le droit au travail, à l'instruction ou à la santé) ou qu'elles aient donné lieu à la formulation de nouveaux droits ("droits à l'eau", "droit à la terre", "droit à l'assainissement"), les luttes sociales empruntent le langage du droit. Les communautés indigènes, les habitants des bidonvilles, incités par les organisations internationales¹⁰⁵ et puissamment épaulés par des associations, assignent les multinationales¹⁰⁶ ou les autorités locales. En somme, le droit devient une arme, la justice une arène, les "cause lawyers" des acteurs médiatisés¹⁰⁷. Les ONG n'hésitent plus à saisir les tribunaux nationaux ou les organes internationaux pour se plaindre d'une violation de droits fondamentaux résultant de la misère et des inégalités sociales. "C'est la multitude des revendications portées par les mouvements sociaux et singulièrement par le mouvement altermondialiste qui a donné aux (droits sociaux) une importance et

105. A cet égard, la réflexion et le souci de formation des acteurs locaux et de la société civile qui se pratiquent au sein d'organisations internationales telles que l'UNESCO ou la FAO doivent être soulignés. Peuvent être mentionnés le développement, par l'UNESCO, de partenariats de recherche-action sur les droits économiques, sociaux et culturels, comme celui ARADESC, créé à Rabat en 2006 et regroupant institutions nationales de droits de l'Homme, associations non gouvernementales universités et les centres de recherche, de l'Algérie, de l'Égypte, de la Libye, du Maroc, de la Mauritanie et de la Tunisie. Selon la présentation qui en est faite, son propos est de mettre les connaissances produites par les sciences sociales à la portée de l'action publique et de promouvoir la création de liens étroits entre les chercheurs et les décideurs politiques (www.unesco.org/new/fr/socialand-human-sciences/themes/human-rights/advancement/networks/aradesc/).

106. Deux exemples, étudiées dans les contributions qui suivent, symbolisent ce mouvement: l'affaire Social and economic Rights Action Center, Centre for Economic and social Rights c. Nigeria contre Nigéria, jugée par la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples en 200, mettant en cause, à l'initiative d'une ONG nigériane, le gouvernement nigérian et le consortium pétrolier NNPC-Shell pour les graves atteintes environnementales, la destruction des habitations et les exactions policières contre la communauté Ogoni; les actions en justices menées par TAC Campaign Treatment, Ong sud africaine, pour l'accès aux trithérapies des séropositifs sud-africains. Mais la liste des actions en justice est loin de se résumer à ces illustrations: v. à cet égard le récent manuel édité par la Fédération internationale des droits de l'Homme, Entreprises et violation des droits de l'homme, juillet 2010, <http://www.fidh.org/Corporate-Accountability-for-Human-Rights-Abuses>.

107. Liora ISRAËL, *L'arme du droit*, Les presses de Sciences Po, 2009.

une visibilité inédite. (...) Ce sont en effet les mobilisations politiques et sociales autour de ces questions qui ont contribué à faire évoluer les pratiques et les représentations et montré avec force que promouvoir les (droits sociaux) constitue désormais une modalité essentielle dans la lutte pour la dignité humaine et la justice sociale¹⁰⁸.

Cette nouvelle fonction de l'action en justice, moins tournée vers la résolution d'un cas individuel que vers la promotion d'une cause politique et sociale, se retrouve également dans les pays développés. Partis politiques de gauche, associations militantes et syndicats ouvriers ont connu un aggiornamento politique important, dans lequel leur rapport au Droit a été bouleversé. Le "retour du droit" - selon le terme employé par Alain Renaut et Lukas Sosoe, pour décrire le renversement qui a fait que les progressistes, abandonnant le logiciel intellectuel marxiste, cessent de voir le droit comme la superstructure de la domination du prolétariat par la bourgeoisie¹⁰⁹ -, s'illustre dans de nombreux exemples. L'ouvrage célèbre Michael McCann, *Rights at work*, a analysé et popularisé les actions collectives menées en justice par les syndicats américains pour faire défendre les salariés (femmes et minorités) victimes de discriminations et faire reconnaître l'égalité de rémunération¹¹⁰. En France également, le social se judiciarise: "l'affaire des recalculés", la contestation en justice du Contrat nouvelle embauche, les recours formulés par le GISTI et d'autres associations pour la protection des droits des étrangers en ont offert des illustrations médiatiques. Et encore ces affaires symboliques ne doivent-elle pas masquer un phénomène de fond: le juge est devenu familier des questions sociales. Ainsi, selon le Conseil d'État dans son rapport pour 2010, 4% du contentieux global des tribunaux administratifs concerne le droit du travail, plus de 6% le contentieux du logement, sans compter l'impact prévisible du transfert aux TA du contentieux du RSA. Plus encore, ces chiffres ne reflètent qu'imparfaitement l'intervention du juge en matière sociale: surendettement, contentieux des étrangers, majeurs protégés, contrats de travail précaires, expulsion locative et droit au bail, contentieux des accidents du travail ou de l'invalidité...

108. CEDIPÉL-IPAM, groupe de travail sur les droits fondamentaux, Les droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux: instrument de lutte pour la dignité humaine et la justice sociale, 2005, p. 14 .

109. Alain RENAULT et Lukas SOSOE, Philosophie du Droit, Paris, PUF, 1991.

110. Michael MCCANN, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago University Press, 1994.

les exemples fournis par le rapport de la Cour de Cassation en 2009 témoignent de l'importance de l'activité judiciaire à l'égard des personnes vulnérables¹¹¹.

Cette appropriation de la thématique des droits sociaux comme instrument militant a différentes répercussions. D'une part, le débat sur la justiciabilité des droits sociaux et économiques est désormais investi avec force, y compris au sein de l'entreprise, et bouleverse ainsi certaines certitudes juridiques sur la répartition des rôles entre l'État et le secteur privé, en entraînant l'identification de nouveaux débiteurs. L'exemple de la responsabilité sociale des entreprises, qui a surgi récemment et tend à opposer aux entreprises privées le respect de normes sociales coulées dans le moule des droits sociaux, l'atteste¹¹². La contribution de Claire Marzo¹¹³ montre bien les conditions – mais aussi les limites – de cette invocation de droits sociaux par les entreprises elles-mêmes. D'autre part, la généralisation de l'invocation de droits sociaux se manifeste jusqu'au sein d'associations classiquement attachées à la défense des droits civils: Amnesty International ou les Ligues des droits de l'homme ont ainsi inclus dans leurs plate-forme la protection des droits sociaux, sans d'ailleurs que cette "politique des droits sociaux" puisse se réduire à une invocation rhétorique uniforme¹¹⁴. A l'inverse, des associations dont l'objet initial était davantage le développement et la solidarité ont procédé à une reformulation de leurs revendications en termes de droits sociaux¹¹⁵. Comme le remarquent des acteurs militants, "l'universalité des droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux (DESCE) n'est pas un postulat théorique, mais elle est un constat pratique, à travers les luttes qui l'ont affirmée dans le monde entier et à différentes époques. Parler des DESCSE et de leur universalité en tant que droits humains, c'est s'inscrire dans

111. C. Cassation, rapport pour 2009, Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de Cassation.

112. V. les travaux du Représentant spécial de l'Onu: <http://www.businesshumanrights.org/Home>.

113. Claire MARZO, "La responsabilité sociale des entreprises. A mi-chemin entre la soft law et le jus cogens: la question de l'effectivité de la protection des droits sociaux par les entreprises multinationales", infra.

114. J. CANTEGREIL et H. ORTIZ, " Les Forums sociaux, nouvel Eldorado des droits de l'homme?", La République des idées, février 2004, <http://www.repid.com/spip.php?article176>.

115. V. par exemple l'association Terre des Hommes, qui a mis la revendication des "DESC" au centre de son action <http://www.terredeshommes.fr/spip.php?rubrique4>.

une histoire concrètement universelle, qui touche souvent de très près les préoccupations de la grande majorité des habitants de la planète¹¹⁶”.

Le discours politique des ONG a contribué à influencer la perception, par les organes internationaux, des obligations étatiques. Ainsi, dans ses observations générales, le CoDESC a analysé la nature des obligations générales pesant sur les États au titre du PIDESC¹¹⁷ et souligné, à rebours des idées reçues tendant à ne voir dans ce pacte qu’un énoncé programmatique, l’existence d’obligations de résultat: parmi elles figurent un engagement conventionnel en faveur de la justiciabilité des droits sociaux. L’énoncé de cette obligation contraste singulièrement avec la vulgate intellectuelle posant une présomption d’injusticiabilité des droits sociaux. Certes, l’attribution d’une compétence juridictionnelle pour la protection des droits sociaux ne conduit pas à méconnaître les spécificités des questions posées par leur contentieux. Comme le souligne le CoDESC, “il faut bien sûr respecter les compétences respectives des différentes branches de l’État mais il y a lieu de reconnaître que, généralement, les tribunaux s’occupent déjà d’un vaste éventail de questions qui ont d’importantes incidences financières. L’adoption d’une classification rigide des droits économiques, sociaux et culturels qui les placerait, par définition, en dehors de la juridiction des tribunaux serait, par conséquent, arbitraire et incompatible avec le principe de l’indivisibilité et de l’interdépendance des deux types de droits de l’homme. Elle aurait en outre pour effet de réduire considérablement la capacité des tribunaux de protéger les droits des groupes les plus vulnérables et les plus défavorisés de la société”¹¹⁸.

Ce changement de grille d’analyse, désormais inscrit dans le langage des droits de l’Homme, a contribué à une évolution remarquable du contexte normatif international.

116. CEDIPEL-IPAM, id.

117. CODESC, Observations générales n° 3, Nature des obligations des États parties, 14 décembre 1990.

118. CODESC, Questions de fond au regard de la mise en oeuvre du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 28 décembre 1998, p. 5.

2) L'évolution du contexte normatif

Dans les années 50, le droit international des droits de l'Homme s'est en grande partie construit autour de la distinction entre droits civils et politiques d'une part, droits économiques et sociaux d'autre part, en réservant à ces derniers une place seconde, et ce au mépris de l'esprit de 1948. En effet, alors que la Déclaration universelle des droits de l'Homme promouvait une mise en oeuvre de droits de l'Homme conçus comme interdépendants et indivisibles, la rédaction des pactes de 1966 a abouti à une nette séparation entre droits civils dotés d'une protection renforcée (PIDCP et Comité des droits de l'Homme) et droits sociaux, soumis à une unique procédure de contrôle sur rapport étatique¹¹⁹. La même partition était effectuée en Europe, de façon plus nette encore: aux droits civils, un texte solennel (la Convention européenne) et un juge pouvant être saisi par requête individuelle (la Cour EDH), aux droits sociaux, une charte (la CSE) confiée à des experts indépendants pour un contrôle sur rapport étatique...

La différence de traitement ainsi institutionnalisée a duré un temps, avant d'être progressivement remise en question. Plusieurs faits attestent cette évolution: au sein du Conseil de l'Europe, notamment, la modernisation de la Charte (1996) et l'adoption d'un protocole ouvrant un droit de réclamation collective devant le Comité Européen des droits sociaux a favorisé l'émergence d'un processus "quasi-judiciaire"¹²⁰. Plus récemment, un tournant majeur a été pris, avec l'adoption du protocole additionnel au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966. A la date symbolique du 10 décembre 2008, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté un Protocole facultatif se rapportant au PIDESC qui habilite le CoDESC à recevoir et examiner des communications présentées par des particuliers victimes d'une violation par un État Partie d'un des droits dans le Pacte¹²¹. Résultat de plus de 10 années

119. V. Sophie GROSBON, "Les ruptures du droit international", *infra*.

120. Béatrice BOISSARD, "La contribution du comité européen à l'effectivité des droits sociaux", RDP 2010, n° 4, p. 1083.

121. Pour une première analyse du régime procédural mis en oeuvre par le pacte, v. Christophe GOLAY, " Le protocole facultatif se rapportant au PIDESC", Cahiers critiques du CETIM, n° 2, pp. 1-14; Claire MAHON, " Progress at the front: the draft optional protocol to the International Covenant on economic, social and cultural rights", Human Rights Law Review 8:4 (2008), pp. 617-646; Barbara WILSON, " Quelques réflexions sur l'adoption du Protocole facultatif se rapportant

de négociations, ce Protocole tendra à atténuer le déséquilibre entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels, en renforçant la justiciabilité de ces derniers. Autre phénomène marquant, les conventions internationales adoptées depuis proclament indifféremment droits civils et droits sociaux, leur garantissant ainsi un même régime juridique: qu'il s'agisse, par exemple, de la Convention pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, de la Convention pour les droits de l'enfant ou de la récente Convention relative aux droits des personnes handicapées, ou encore, dans un cadre régional, la Convention interaméricaine¹²² ou la Charte africaine des droits des peuples¹²³, les instruments internationaux reflètent une vision commune de l'indivisibilité et de l'interdépendance des droits de l'Homme.

Par ailleurs, la jurisprudence des différents organes internationaux de protection des droits de l'homme se caractérise par une volonté de rapprochement de textes, en dépit de la différence de leurs champs d'application. La Cour européenne n'hésite plus à élargir son contrôle aux implications sociales des droits conventionnels¹²⁴, tout comme elle a promu la Charte sociale européenne parmi ses sources d'interprétation¹²⁵. De son côté, le Comité européen des droits sociaux met en avant l'interdépendance entre Charte sociale européenne et Convention européenne, affirmant que " la Charte a été élaborée comme un instrument de droits de l'homme destiné à compléter la Convention européenne des Droits de l'Homme. Elle est un instrument vivant, voué à certaines valeurs qui l'inspirent:

au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies", RTDH, 2009, pp. 295-317.

122. Le protocole de San Salvador, adopté en 1988, a introduit les droits économiques, sociaux et culturels dans le système interaméricain de protection des droits de l'Homme a ouvert; Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et al., " La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du sud", *infra*.

123. V. Emmanuel GUEMATCHA, "La justiciabilité des droits sociaux en Afrique: L'exemple de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples", *infra*.

124. V. Diane ROMAN, "Les droits civils au renfort des droits sociaux: l'interchangeabilité des droits fondamentaux dans le discours judiciaire", *infra*.

125. Cour EDH, GC, 12 nov. 2008, Demir et Baykara, req. 34503/97, § 84, § 65-85; sur la question v. Jean-François FLAUSS, " Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux", LPA, 26 juil. 2001, n° 148, pp. 9-17; Carole NIVARD, thèse précit., § 226 et s, Frédéric SUDRE, " La "perméabilité" de la Convention européenne des droits de l'Homme aux droits sociaux", in Pouvoirs et liberté, Etudes offertes à Jacques Mourgeon, Bruylant, 1998, pp. 467-478.

la dignité, l'autonomie, l'égalité et la solidarité. Les droits qu'elle garantit ne constituent pas une fin en soi mais complètent les droits de la Convention européenne des Droits de l'Homme. D'ailleurs, selon la Déclaration de Vienne de 1993, tous les droits de l'homme sont " universels, indissociables, interdépendants et intimement liés" (...). Le Comité est par conséquent attentif à l'interaction complexe entre les deux catégories de droits¹²⁶. Parallèlement, les juges internationaux font une place croissante aux stipulations du PIDESC: ainsi, la Cour Internationale de Justice s'est référée directement au pacte dans son avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé¹²⁷; de même, la CJUE a admis l'applicabilité du PIDESC dans un litige mettant en cause le droit d'accès à l'enseignement supérieur des étudiants européens¹²⁸, sans que ni l'une ni l'autre de ces juridictions ne semble hésiter devant une éventuelle particularité de ces traités internationaux.

L'humanisation du droit international¹²⁹ reflète la conception désormais diffuse des valeurs sur lesquelles se fonde le modèle de l'État de droit. Or, celui-ci laisse une place centrale au juge, dans un contexte de dépolitisation de nombreuses questions. La frontière entre Politique et Droit se déplace en faveur du second. Le retour du droit, déjà évoqué, crée une demande de droits¹³⁰. Et progressivement s'instille dans le champ des droits sociaux les principes bicentennaires relatifs à l'office du juge, synthétisés de longue date par la Cour suprême américaine dans l'affaire *Marbury vs. Madison*: le rôle du juge est de rappeler le respect des textes suprêmes, y compris au

126. CEDS, Fédération des ligues des DH c. France, précit., § 27-28.

127. Cour Internationale de Justice, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé, avis consultatif, 9 juillet 2004, CIJ Recueil 2004, p. 136.

128. CJUE, 13 avril 2010, Nicolas Bressol et a; aff. C-73/08, note Sophie GROSBON, Revue des aff. européennes, 2010 (à paraître).

129. CIJ, Avis consultatif, Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, 22 juillet 2010, opinion dissidente du juge SKOTNIKOV, § 170.

130. Marie-Pauline DESWARTE, précit., p. 985: "Droits sociaux et État de droit sont dès l'origine deux notions étrangères l'une à l'autre, les premiers parce qu'ils s'inscrivent dans une vision subjectiviste et volontariste du droit qui nécessite que l'État prenne en charge le statut de l'individu, le second parce qu'il suppose au contraire une vision objective d'un droit qui s'impose à un État protecteur de ce même statut. Or, l'État libéral, auquel furent arrachés les droits sociaux, veut l'État de droit; il doit pour cela le transformer et a donné naissance à l'État de droit social".

législateur et à l'exécutif. Pour ce faire, il doit nécessairement et peut légitimement effectuer un travail d'interprétation desdits textes et en préciser l'application, tâche d'autant plus féconde que ces textes suprêmes sont souvent rédigés de façon vague ou incomplète. La transformation de l'État de droit en État de droit social a des conséquences importantes: elle rend possible, voire souhaitable, un renforcement de la justiciabilité des droits sociaux. Ce qui implique d'en étudier les contours.

II. La justiciabilité des droits sociaux en action

La mise sur agenda du thème de la justiciabilité des droits sociaux se manifeste à travers une double évolution, à la fois de la définition des obligations étatiques en matière de droits fondamentaux (A) mais aussi de la conception du rôle du juge à l'égard de ces mêmes obligations étatiques (B).

A. D'une division binaire à une distinction ternaire: l'évolution de la conception doctrinale des obligations étatiques

Sous l'influence de la doctrine internationaliste, les catégories traditionnelles sur lesquelles s'était construite la théorie de libertés publiques sont remises en cause. En opposition à la typologie bien connue consistant à distinguer, parmi les obligations mises à la charge des autorités publiques, entre une obligation d'abstention et une obligation d'intervention, s'est élaborée une distinction ternaire, insistant sur d'autres catégorisations et notamment entre une obligation de protéger, de respecter et de réaliser.

1) La relativisation de l'opposition liberté/créance

La clé de voute de la suspicion à l'égard du caractère "authentiquement juridique" des droits sociaux est l'opposition entre les libertés individuelles et les droits-créances, terme souvent utilisé comme un synonyme plus ou moins parfait de droits sociaux. L'ironie de l'histoire est qu'une telle opposition trouve une de ses origines dans la pensée marxiste qui, pour sa part, déqualifiait les droits individuels et abstraits de l'homme bourgeois de la révolution française pour revendiquer des droits réels qui recouvrait peu ou prou ce qui est conventionnellement appelé "droits sociaux". Autre temps, autre idéologie, par un tour de passe-passe libéral, les libertés individuelles

sont devenues de “vrais” droits, tandis que les droits sociaux peinent à une telle reconnaissance. Les soubassements idéologiques de l’État de droit libéral expliquent cette inversion axiologique: le juge, acteur central de l’État de droit, est un bouclier contre l’ingérence étatique et ne saurait, à peine de contradiction intrinsèque, se faire l’épée d’une intervention étatique en matière sociale. Le discours néolibéral, fondé sur une valorisation de l’individualisme a prospéré aux États-Unis, dans le sillage d’Hayek¹³¹ a des émules dans les milieux académiques¹³². Mais, indépendamment de cette critique la

131. “ Les anciens droits civils et les nouveaux droits sociaux et économiques ne peuvent pas être assurés en même temps et sont en fait incompatibles: les nouveaux droits ne pourraient être traduits dans les lois contraignantes sans du même coup détruire l’ordre de liberté auquel tendent les droits civils traditionnels. [...] tous ces “ droits” sont fondés sur une interprétation de la société comme une organisation délibérément constituée dans laquelle tout le monde a son emploi. Ils ne pourraient être rendus universels au sein d’un système de règles de juste conduite basé sur la conception de la responsabilité individuelle, et donc ils requièrent que la société tout entière soit transformée en une organisation unique, c’est-à-dire devenue totalitaire au sens le plus complet du mot”. (Friedrich HAYEK, *Droit, législation et liberté*, PUF, 1976, tome II, pp. 124-125).

132. Jean-Philippe FELDMAN, “Le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution et la philosophie des droits de l’homme”, *Rec. Dalloz* 2009 pp. 1036 et s.: “Il faut donc rappeler qu’il existe deux catégories de droits de l’homme et seulement deux: les vrais et les faux. Les vrais droits de l’homme sont effectivement ceux qui ont été proclamés, i.e. les droits que possède chaque individu, qu’il peut opposer au Pouvoir et que les gouvernants ont pour mission, et pour unique mission, de faire respecter. La liste des droits se ramène essentiellement à la trilogie lockienne incluse dans le concept de *property*: la vie, la liberté et la propriété. Les faux droits de l’homme, ce sont des droits qui ne sont plus proclamés comme faisant partie de la nature éternelle de l’homme, mais des droits inventés de toutes pièces. Il ne s’agit plus alors de s’opposer à l’intervention de l’État au sens large, mais de recourir à lui pour les mettre en oeuvre, il ne s’agit plus de droits-libertés, mais de droits-créances. L’État aurait le devoir, idéalement l’obligation, de tout mettre en oeuvre pour assurer à chaque individu ou à chaque groupe telle ou telle créance: il ne n’agit plus de “ droits de”, mais de “ droits à”. Or, le mécanisme a été démontré par Frédéric Bastiat dès le milieu du XIX siècle: l’État ne peut rendre que ce qu’il a d’abord pris et, par surcroît, il n’en peut rendre qu’une partie. Il prend aux uns pour donner aux autres; il viole les vrais droits de l’homme pour tenter d’assurer les faux. Tenter, car les faux droits sont un puits sans fond, et pour deux raisons. D’abord, l’État est incapable de les fournir. Ensuite, les faux droits appellent les faux droits. A partir du moment où l’État tend à assurer un droit-créance, par définition arbitraire, il n’y a plus de limite à l’extension de l’État. Perpétuellement insatisfaits en raison de l’incapacité de l’État et du fait que certains individus ou certaines catégories socioprofessionnelles bénéficient de ses largesses, d’autres personnes ne manquent pas de venir clamer leur part de spoliation légale. Les faux droits de l’homme entraînent ainsi des conséquences perverses. Ils minent l’autorité de l’État qui, à force d’étendre ses

plus radicale de l'État Providence, d'autres auteurs ont insisté sur la difficulté de concilier droits civils et droits sociaux.

L'exemple le plus autorisé est offert par l'analyse conduite par Jean Rivero. L'éminent auteur affirmait ainsi que "la satisfaction des droits de créance laisse (...) à l'État un pouvoir d'appréciation discrétionnaire extrêmement large, de telle sorte que l'objet du droit reste pratiquement indéfini jusqu'à ce que le législateur ait procédé aux choix nécessaires. Rien de tel lorsqu'il s'agit des libertés, à l'égard desquelles les obligations de l'État sont simples et définies, puisqu'elles se ramènent à une abstention. Enfin, la satisfaction des pouvoirs d'exiger suppose, de fait, un certain niveau de développement. Beaucoup plus que la mise en oeuvre des libertés, elle est étroitement dépendante des ressources dont l'État peut disposer, ce qui accuse encore le caractère virtuel et relatif de ces droits. Ainsi libertés et créances ne relèvent pas, en ce qui concernent leur mise en oeuvre, des mêmes techniques juridiques"¹³³. La conditionnalité qui affecterait ces droits serait maximale: droits relatifs, car subordonnés à un niveau de développement, droits imprécis, supposant une compétence exclusive du législateur pour les mettre en oeuvre, ils diffèreraient profondément des droits civils et ne sauraient relever d'une identique protection juridictionnelle. Exit donc le recours au juge... Si celui-ci peut protéger la liberté d'expression ou le droit à la vie privée, il ne saurait accorder un logement ou procurer un emploi, dont le bénéficiaire relève du jeu du marché...

L'affirmation a pu être contestée, à la fois dans ses postulats et ses conséquences. Dans ses postulats, tout d'abord: bon nombre d'auteurs¹³⁴ admettent désormais que tout droit, toute liberté peut justifier à la fois une abstention (dimension négative) de l'État ou des personnes privées ou une prestation (dimension positive) de l'État ou des personnes privées. La liberté d'aller et venir suppose

limites, n'arrive plus à assumer ses fonctions originelles. N'étant plus respectable, l'État en vient à ne plus être respecté. Surtout, les faux droits de l'homme chassent les bons, à l'image de la fausse monnaie qui fait disparaître la bonne. En effet, on ne peut impunément mêler des droits contre l'État, qui permettent de sauvegarder la sphère de la société civile, et des droits réclamés à l'État, qui dès lors serait obligé d'empiéter sur cette sphère ! (...) Bref, il s'agit d'une machine à faire exploser le Droit"; v. aussi, du même auteur, " Le président, le Préambule et les droits de l'homme", JCP G, 2008, act. 50, D. 2009.

133. Jean RIVERO, *Libertés publiques*, PUF, 9e éd., 2003; pp. 90-91 -première éd: 1973- (Nous soulignons)

134. V. Tatiana GRUNDLER, précit.

un domaine public routier et a fondé la reconnaissance d'un droit aux transports; le droit au juge exige l'existence d'un service public de la justice et une aide judiciaire pour les plus démunis; la libre communication des idées un financement de la presse, le droit de vote une organisation d'élections et le financement de partis politiques... Il apparaît désormais impossible de séparer les droits de l'Homme qui imposent une protection de ceux qui exigent une distribution: il n'existe qu'une catégorie unique rassemblant l'ensemble des droits fondamentaux au sein de laquelle chaque droit se voit reconnaître une double signification protection/attribution. L'obligation étatique d'abstention ou d'intervention peut néanmoins garder une signification. Ainsi, comme l'écrit Emmanuel Dockès, " dans leur face protectrice, les libertés peuvent intégrer cette variabilité des intensités et affirmer la protection de toutes les intensités possibles (...) en revanche dans leur face distributive, les libertés doivent se contenter d'ordonner la distribution d'un minimum (...) Il sera toujours possible de débattre du seuil d'exigence souhaitable ou réalisable de telle ou telle liberté dans son aspect distributeur, mais il apparaît évident que toute distribution est bornée alors que la liberté protégée n'a pas de limites nécessaires a priori. Protection et distribution n'ont donc pas le même objet, même si elles sont les deux conséquences nécessaires de la reconnaissance d'une seule valeur. Mieux, il apparaît parfois que la face protectrice des libertés vient limiter la face attributive de ces mêmes libertés et viceversa"¹³⁵.

Dans ses conséquences, ensuite. La distinction entre droits civils et droits sociaux et la clause de conditionnalité (précision normative, mise en oeuvre par les pouvoirs publics) qui affecterait ces derniers, ont eu pour effet direct de justifier l'incompétence des cours. Sans reprendre ici les arguments déjà exposés, on remarquera que le niveau de précision d'un texte dépend précisément de l'intervention du juge pour l'interpréter et le préciser. Et que la mise en oeuvre d'un droit par les pouvoirs publics dépend quant à elle de la conviction que ces mêmes pouvoirs publics ont du caractère obligatoire de leur intervention, ce qui suppose un aiguillon: l'action politique ou la sanction judiciaire... Faute de quoi, le raisonnement circulaire bien connu peut s'enclencher: les droits sociaux ne sont pas justiciables car le juge ne peut en connaître; le juge ne peut connaître des droits sociaux car ils ne sont pas justiciables... Même si l'assertion de la

135. Emmanuel DOCKES, Valeurs de la démocratie, Dalloz, 2005, pp. 23-24.

particularité des droits sociaux relève davantage du poncif¹³⁶ que de l'argument scientifique, elle n'en présente pas moins une part d'exactitude: la difficulté des droits sociaux à trouver leurs juges a entraîné un relâchement du contrôle de la réalisation des droits sociaux et renforcé la conviction de leur relativité. Or, comme le souligne le CoDESC, " il est particulièrement important d'éviter toute présomption de non-application directe des normes du Pacte. En fait, bon nombre de ces normes sont libellées en des termes qui sont au moins aussi clairs et précis que ceux des autres instruments relatifs aux droits de l'homme, dont les tribunaux considèrent généralement les dispositions comme directement applicables"¹³⁷. D'où la formulation, dans le cadre des travaux du CoDESC, d'une nouvelle typologie.

2) La formulation d'une nouvelle typologie: *protect, promote and fulfill*

La doctrine internationaliste, qu'elle soit académique¹³⁸ ou institutionnelle¹³⁹, a proposé de dépasser la distinction entre la réalisation des droits civils, qui nécessiterait une abstention des pouvoirs publics, et celles des droits sociaux, qui supposerait une intervention active de ces derniers. En réalité, tous les droits, quels

136. Constance GREEWE et Florence BENOIT-ROHMER, Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs, PU Strasbourg, 2003.

137. CODESC, Observation générale n° 9, précit., § 11.

138. V. par exemple, G.J.H. VAN HOOFF, " The legal nature of economic, social and cultural rights: A rebuttal of some traditional views", in Philip ALSTON & Katarina TOMAŠEVSKI (dir.), The right to food, Utrecht, SIM, 1984, p. 97; Olivier DE SCHUTTER, " Les générations des droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection: les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux", in OMIJ (dir.), Juger les droits sociaux, Limoges, PULIM, p. 13, 2004.

139. V. par exemple, Asbjørn EIDE, Rapporteur spécial, Rapport sur la sécurité alimentaire, E/CN.4/Sub2/1987/23; CoDESC, Observation générale n° 12, Droit à une alimentation suffisante, 12 mai 1999, E/C.12/1999/5, page 5, § 15; la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples fait sienne également cette distinction. V. ComADHP, Communication 155/96, Social and economic Rights Action Center, Center for Economic and social Rights / Nigeria, 30^{ème} session ordinaire, 13-27 octobre 2001, §44 et s.; ComIADH, 20 mars 2009, rapport sur le fond, n°. 27/09, affaire 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros, c. El Salvador (prise en charge par la sécurité sociale d'un traitement par trithérapie au profit de personnes séropositives).

qu'ils soient, imposent aux États une triple obligation d'abord de respecter, de protéger ensuite, de réaliser, enfin.

Tout d'abord, une obligation de respecter les droits s'impose aux États, sous la forme d'une obligation d'abstention leur interdisant de porter atteinte aux droits des individus. Cette obligation permet au Comité des droits sociaux, dans le cadre de son contrôle sur rapport, de condamner toute discrimination dans l'application des droits sociaux, notamment lorsqu'elle est fondée sur le sexe, le handicap ou l'extranéité de l'individu, tout comme elle lui permet de relever une interdiction générale de porter atteinte activement aux droits énoncés dans le Pacte. Ces obligations négatives sont d'application immédiate, loin de l'affirmation programmatique dont sont souvent affublés les droits sociaux. Mais ces obligations négatives ne suffisent pas à elles-mêmes pour assurer le respect des droits sociaux: tout l'enjeu réside dans la définition d'obligations positives, immédiatement applicables, afin d'éviter que les États ne s'abritent derrière le caractère programmatique des droits sociaux ou leur insuffisance de moyens disponibles.

Ce souci a permis de dégager, ensuite, une obligation positive de protéger les bénéficiaires de ces droits contre toute violation perpétrée par des tiers, notamment grâce à l'édiction d'une législation protectrice et l'instauration de recours juridictionnels adéquats. Cette obligation positive impose une protection contre les discriminations de fait, une protection de la liberté syndicale et du droit de grève. Elle engendre, par exemple, l'obligation de protéger les personnes contre toute atteinte au droit à un logement suffisant perpétrée par des tiers ou encore l'obligation de mise en place d'une législation protectrice en matière de travail des enfants ou de mutilations génitales... Tout l'intérêt de la doctrine du Comité est de démontrer que la mise en oeuvre de lois reconnaissant et protégeant les droits économiques et sociaux est une obligation d'application immédiate en ce que son effectivité réside davantage dans la volonté des gouvernants de prendre en compte ces droits que dans la disponibilité de ressources suffisantes. En somme, le Comité établit que le Pacte ne contient pas de vagues objectifs, intraduisibles en droit interne et insusceptibles de recours, mais bien de véritables droits subjectifs dont les individus doivent pouvoir se prévaloir à l'égard des tiers.

Enfin, un souci identique se retrouve dans l'obligation de réaliser ces droits, qui correspond à une obligation d'intervention de l'État.

Cette dernière obligation, loin de caractériser par nature la protection des droits sociaux, vaut aussi pour les droits civils et politiques, dont la réalisation peut avoir un coût pour les finances publiques... Elle constitue toutefois un aspect essentiel de la réalisation des droits sociaux. Cet aspect économique étant indéniable, il serait irréaliste de demander à chaque État partie d'assurer immédiatement la réalisation de l'ensemble des droits garantis. Ceci n'empêche toutefois pas le Comité de contrôler la nature adéquate des mesures adoptées. Sans fixer de "marche à suivre" générale, le Comité adopte une démarche toute pragmatique, exempte de dogmatisme, en dégagant une double ligne directrice: d'une part, il interdit toute mesure régressive, notamment lorsqu'elle n'est pas justifiée par des considérations économiques. Ceci conduit le Comité à suivre de près les conséquences sociales des plans d'ajustements structurels mis en place par les États à la demande du FMI ou de la Banque Mondiale et son adéquation aux objectifs de développement pour le Millénaire supposés devoir être réalisés à l'horizon 2015¹⁴⁰; d'autre part, le Comité affirme que chaque État a une "obligation fondamentale minimum" de réaliser l'ensemble des droits contenus dans le Pacte, dépassant de la sorte très nettement le postulat initial de droits "virtuels", de pseudo droits, dont le degré de réalisation est insusceptible de vérification, voire de sanction...

Or, c'est sur ce dernier point seulement que différencierait l'étendue des obligations au regard de la nature des droits en cause, la mise en oeuvre des droits sociaux étant conditionnée par une "clause du possible"¹⁴¹. L'État doit tout mettre en oeuvre, notamment "au maximum des ressources disponibles" pour garantir le plus tôt possible l'intégralité des droits sociaux. Et encore, la contingence dans la mise en oeuvre des droits sociaux résultant de cette progressivité n'est-elle pas absolue. En effet, selon le Comité onusien, le Pacte de 1966 garantit le respect d'un noyau dur (core content¹⁴²) de chaque

140. Parmi ces objectifs se trouvent la réduction de l'extrême pauvreté et la faim, accès à l'éducation primaire pour tous, la promotion de l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes, la réduction de la mortalité infantile, l'amélioration de la santé maternelle, la lutte contre le VIH/sida, le paludisme et d'autres maladies, <http://www.un.org/french/millenniumgoals>.

141. Sur cette notion, v. C. FERCOT, "La justiciabilité des droits sociaux en Allemagne et en Suisse: des réticences progressivement surmontées", article à paraître.

142. Katherine YOUNG, "The minimum core of economic and social rights: a concept in search of content", Yale J. Int'l Law, 2008, vol. 33, pp. 113-175.

droit qui doit être garanti quelles que soient les ressources financières des États. “ Chaque État partie a l’obligation fondamentale minimum d’assurer, au moins, la satisfaction de l’essentiel de chacun des droits. Ainsi, un État partie dans lequel, par exemple, nombreuses sont les personnes qui manquent de l’essentiel, qu’il s’agisse de nourriture, de soins de santé primaires, de logement ou d’enseignement, est un État qui, à première vue, néglige les obligations qui lui incombent en vertu du Pacte. Le Pacte serait largement dépourvu de sa raison d’être si de sa lecture ne ressortait pas cette obligation fondamentale minimum. De la même façon, il convient de noter que, pour déterminer si un État s’acquitte de ses obligations fondamentales minimum, il faut tenir compte des contraintes qui pèsent sur le pays considéré en matière de ressources (...). Pour qu’un État 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”¹⁴³. La clause de progressivité a une portée d’autant plus limitée que le CoDESC a dégagé différents critères pour examiner les efforts fournis par les États pour s’acquitter de leurs obligations. Quatre caractéristiques notamment sont utilisées: examen de la *dotation*, c’est-à-dire la mise à disposition de ressources suffisantes; de l’*acceptabilité* par les usagers; de l’*adaptabilité*, au sens où la mise à disposition des ressources doit s’effectuer de telle sorte qu’elle s’adapte aux changements sociaux et, enfin, examen de l’*accessibilité*, ce qui implique l’absence de discrimination, qu’elle soit physique, culturelle ou économique.

L’apport intellectuel majeur de cette nouvelle classification des obligations étatiques se vérifie dans l’examen empirique de la jurisprudence, qu’elle soit internationale ou nationale.

B. Justiciabilité et effectivité des droits sociaux

Les politiques jurisprudentielles menées en matière de droit à la protection de la santé, droit à des conditions minimales d’existence, droit à l’alimentation ou de droits des travailleurs, droit au logement ou à la sécurité sociale, analysées *infra*, jettent un doute sérieux sur la pseudo caractéristique des droits sociaux: leur nature de “droit créance” et la difficulté qui en résulterait de les protéger en justice.

143. CoDESC, Observation générale n° 2, précité, § 10.

Demeure une question, centrale, dont la difficulté ne peut être éludée: le contrôle juridictionnel permet-il d'assurer l'effectivité des droits sociaux?

A en croire l'étymologie, l'effectivité renvoie à l'achèvement, la finition. Ainsi, selon Pierre Sargos, " le rôle du juge dans le concept d'effectivité des droits sociaux doit être d'en garantir l'accomplissement"¹⁴⁴, au point qu'il existerait " un nouveau droit fondamental à vocation transversale (...), un droit à l'effectivité des droits fondamentaux devant gouverner toutes les normes, fussent-elles de nature " technique"¹⁴⁵. Or, un constat s'impose: si les cours disposent potentiellement des outils nécessaires pour assurer la réalisation des droits sociaux (1), en revanche, ce recours aux tribunaux n'est pas toujours une garantie absolue de leur effectivité (2).

1) L'existence de contrôles juridictionnels

L'étude pragmatique des solutions jurisprudentielles permet indiscutablement de relativiser la spécificité du contrôle des droits sociaux. Le panorama dressé par les contributions des auteurs à ce rapport ainsi que dans les autres publications rattachées à la recherche conduite le montre à l'envisager: la justiciabilité des droits sociaux prend différentes formes. Annulation de normes portant atteinte aux droits sociaux dans le cadre d'un contentieux objectif, indemnisation du préjudice ou réparation en nature dans le cadre d'un contentieux subjectif, injonctions¹⁴⁶, procédures en référé¹⁴⁷, recours d'*amparo* ou de tutelle¹⁴⁸, mesures de précaution¹⁴⁹ saisine de juridictions internationales ou d'organismes quasi-judiciaires (CEDS, CoDESC)... Les voies de la justiciabilité des droits sociaux sont nombreuses¹⁵⁰. De

144. Pierre SARGOS, " Approche juridictionnelle de l'effectivité des droits sociaux", Justice et Cassation, 2006, p. 423

145. Id., p. 430.

146. Aoife NOLAN, Bruce PORTER, Malcolm LANGFORD, précit.

147. Olivier LE BOT, " La justiciabilité des droits sociaux dans le cadre des procédures d'urgence", RDSS, 2010 n° 5, à paraître; " L'effectivité des droits sociaux dans le cadre des procédures d'urgence", infra.

148. Véronique CHAMPEIL DESPLATS, " La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du Sud", infra.

149. Ibid.

150. V., pour un panorama complet, Christian COURTIS, "Standards to make ESC Rights justiciable: a summary exploration, Erasmus law review, vol. 2, n°4, 2009, pp. 379 et s., Malcolm LANGFORD, Social rights jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2008.

nombreuses analyses doctrinales ont tenté d'en tirer des typologies. Ainsi, selon M. Tushnet, il convient de dépasser l'opposition entre deux modèles idéal-typiques de cours: aux juridictions puissantes (*strong courts*) une interprétation exigeante des droits sociaux qui permettrait, au terme d'un contrôle intensif, d'imposer des décisions contraignantes, aux juridictions faibles (*weak courts*) une position plus souple, fondée sur une interprétation minimaliste des droits laissant aux autorités publiques une marge de manoeuvre de manoeuvre importante pour leur mise en oeuvre. Or, l'auteur montre que des *continuums* existent: certaines juridictions développent une interprétation des textes constitutionnels et internationaux qui est plus incitative qu'impérative, instaurant de la sorte les conditions d'un dialogue avec les autorités politiques et administratives. Ces dernières ne se voient pas assigner un résultat défini par le juge mais sont astreintes à une obligation de diligence, sous le contrôle plus ou moins sourcilieux du juge¹⁵¹. L'approche comparatiste met ainsi en exergue l'émergence de standards d'évaluation comparables, entre marge d'appréciation laissée au politique et contrôle du caractère raisonnable des mesures adoptées pour la protection des droits sociaux. Tout en soulignant la marge d'appréciation qui revient aux pouvoirs publics, les Cours s'engagent dans un contrôle du caractère "raisonnable" et adéquat des mesures adoptées. Se forment ainsi procédés de contrôle juridictionnels proches, si ce n'est commun, dans des systèmes juridiques aussi différents que ceux italien, français, canadien, indien ou sud-africain¹⁵².

Car le raisonnement judiciaire suivi pour la protection des droits sociaux n'est pas fondamentalement différent de celui utilisé pour les droits civils. L'étude de quelques exemples issus de contentieux français révèle qu'il n'existe pas une différence de nature dans l'intensité du contrôle exercé sur certains droits civils et certains droits sociaux. Ainsi, l'analyse de Johann Morri, comparant la protection du droit au respect de la vie privée et du droit aux soins dans le contentieux du séjour des étrangers démontre que, quel que soit le droit en cause, le juge oscille entre "audace" et "

151. Mark TUSHNET, *Weak courts, strong rights, Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2008.

152. Isabelle BOUCOBZA et David ROBITAILLE, "Standards jurisprudentiels et contrôle de l'obligation étatique en droit comparé: des contrôles à géométrie variable", *infra*.

frilosité” et qu’il est, dans tous les cas, particulièrement attentif à l’impact économique des décisions qu’il est amené à rendre. L’étude menée parallèlement par Thomas Bompard comparant les garanties juridiques dont bénéficient droit au respect de la vie privée et droit de retrait des salariés, en arrive à la conclusion – surprenante au regard des présupposés traditionnels- que le droit de retrait est mieux protégé que le droit au respect de la vie personnelle dans les relations de travail, ce qui souligne le volontarisme du juge.

Au terme d’une comparaison de grande ampleur, Christian Courtis relève que, indépendamment de leurs traditions juridiques respectives, l’examen du caractère “raisonnable”, “adéquat” ou “proportionnel” de l’atteinte aux droits est une caractéristique commune du contrôle de constitutionnalité exercé par les cours suprêmes. En utilisant ces standards, le contrôle juridictionnel se fonde toujours sur un examen des moyens retenus par l’autorité publique par rapport aux buts poursuivis. Seule diffère l’étendue du contrôle exercé: certains contrôles sont stricts tandis que d’autres peuvent être plus soucieux de la marge d’appréciation des pouvoirs publics¹⁵³. A cet égard, une auteure a pu dresser une typologie des modes de contrôle exercés par les Cours constitutionnelles, à partir de l’exemple sud africain, entre contrôle déférent et contrôle péremptoire¹⁵⁴. En tout état de cause, la perspective comparatiste conduit à nuancer fortement l’idée d’une “injusticiabilité par nature” des droits sociaux.

Néanmoins, si l’injusticiabilité des droits sociaux est une théorie fautive, la justiciabilité de ces droits ne garantit pas toujours leur effectivité.

2) L’insuffisance des contrôles juridictionnels

La justiciabilité des droits n’est pas toujours synonyme d’effectivité, pour au moins deux raisons.

153. Christian COURTIS, art. précit., *Erasmus law review*, p. 391.

154. Katherine G. YOUNG, “A Typology of Economic and Social Rights Adjudication”, *Int. Journal of Constitutional Law*, 2010, n° 3, à paraître: L’auteur distingue ainsi, à partir de l’exemple sud-africain et parmi les différentes techniques de contrôle utilisées par les Cours, le “deferential review”, le “conversational review”, l’ “experimentalist review”, le “managerial review” et le “peremptory review”. Ces différentes techniques permettent à la Cour sud-africaine de se faire le catalyseur d’une transformation constitutionnelle.

D'une part, car les décisions des juges, encadrées certes par les règles de droit applicables, le sont tout autant par le contexte politique de la décision. Le contexte politique et social contribue largement à influencer et façonner la décision de justice. Des travaux ont souligné le lien existant entre l'activisme de la société civile à un moment donné et l'orientation du contrôle juridictionnel des droits sociaux¹⁵⁵. En Afrique du Sud spécialement, ou en Inde également, c'est la pression politique qui a autorisé les juges à prendre les décisions marquantes. En d'autres termes, la protection des droits sociaux n'est garantie que dans un contexte de mobilisation militante ou de configuration politique exceptionnelle. Car quand bien même le juge accepterait d'intégrer la protection des droits sociaux à son raisonnement, les résultats ne conduisent pas pour autant à un nécessaire renforcement des droits sociaux. Ce constat explique la tonalité nuancée, voire pessimiste, du dossier consacré, dans le cadre du projet de recherches, à la situation française et paru à la *Revue de droit sanitaire et social*¹⁵⁶. Deux exemples illustrent le propos. La jurisprudence de la Cour de Cassation traduit un net infléchissement, depuis deux ans, en faveur de la justiciabilité des droits sociaux. La Cour admet désormais que soit invoquée la violation du PIDESC ou de conventions de l'OIT. Or, ce renforcement de l'invocabilité des droits sociaux n'aboutit pas toujours à un renforcement effectif de ces mêmes droits. Ainsi, par exemple, alors qu'elle était saisie de la question de savoir si un salarié injustement licencié devait bénéficier, sur le fondement du PIDESC, d'un droit à réintégration, la Cour a considéré que, si le droit d'obtenir un emploi est invocable, il doit être concilié avec la liberté d'entreprendre de l'employeur, la conciliation opérée par le juge jouant en faveur du dernier et laissant peu de place au premier¹⁵⁷. Autre exemple, il est désormais commun de constater le développement d'une jurisprudence consacrée aux droits sociaux des étrangers. La plupart des auteurs soulignent que c'est par application du principe d'égalité que les discriminations dans l'accès aux prestations sociales ont été progressivement supprimées du droit français. Or, une étude plus fine suscite un " malaise (...) grandissant lorsqu'on prête attention aux moyens employés pour

155. Siri GLOPPEN, "Legal enforcement of social rights: enabling conditions and impact assessment", *Erasmus Law Review*, vol. 2, n° 4, 2009, pp. 466 et s.

156. Dossier "Le juge français et les droits sociaux", *RDSS*, 2010, n° 5.

157. C.Cass., soc., Mme X. c. Société Dreyfus déballage; *Dr. soc.*, 2010 p. 815, note (critique) Jean MOULY.

contrôler la réglementation de l'accès des étrangers à la protection sociale. Le jeu du principe d'égalité est d'emblée mis en doute au motif que les étrangers et les nationaux sont dans des situations différentes au regard de la réglementation sur l'accès et le séjour sur le territoire national¹⁵⁸. L'élasticité de la définition du principe d'égalité est alors pleinement utilisée pour justifier des différences de traitement dans la protection sociale, telles que la condition de régularité du séjour et la limitation de la liste des titres de séjour pour accéder aux prestations sociales¹⁵⁹.

D'autre part, si la justiciabilité des droits sociaux permet, en théorie, d'en améliorer l'effectivité ("le problème de l'efficacité des droits proclamés par les déclarations est entièrement lié aux techniques et aux procédures de leur défense" affirmait Gurvitch¹⁶⁰), l'appréciation de l'impact du recours aux tribunaux est malaisée, pour au moins deux raisons: d'abord, la question du recours à la justice pour garantir les droits sociaux est une question en soi, qui mobilise davantage les sociologues que les juristes¹⁶¹, mais dont les caractéristiques sont globalement tenues pour acquises: les violations les plus graves des droits sociaux ne donnent pas lieu à des actions en justice, la saisine du juge étant statistiquement l'apanage des classes moyennes et supérieures. Il a fallu l'invention des *Public Interest litigations* indiennes ou des *ação civil publica* brésiliennes pour que la voix des plus pauvres soit portée en justice. Ensuite, l'appréciation de l'impact concret de l'intervention judiciaire est épistémologiquement complexe. Il est frappant de constater que la plupart des études portant

158. Laure CAMAJI, "La justiciabilité du droit à la sécurité sociale. Éléments de droit français", précit.

159. V. par exemple: condition de régularité du séjour (CE 6 nov. 2000, Gisti, n° 204784; Cass. soc. 19 déc. 2002, n° 00-22085, JCP G 2003, IV, 1340; CE 7 juin 2006, Aides et Gisti, préc.; cass. civ. 2^e 4 juil. 2007, n° 06-16857; cass. civ. 2^e 10 avril 2008, n° 07-12202), liste des titres de séjour (CE Sect., 23 avril 1997, Gisti, préc.; CE, 12 déc. 2003, Ammouche, no 235234; cass. civ. 2^e, 11 mars 2010, n° 09-12754, JCP S 2010, n° 24 p.44, note A. DEVERS).

160. Georges GURVITCH, *La déclaration des droits sociaux*, 1946, rééd. Dalloz 2009, p. 42.

161. V. la recherche menée par Philippe WARIN, Catherine CHAUVEAUD et Pierre MAZET, *Accéder au droit pour recourir aux droits*, Appel à projet ONPES MiRe Droit et pauvreté 2008; sur la thématique de l'accès aux droits: Michel BORGETTO, Michel CHAUVIÈRE, *Les débats sur l'accès aux droits sociaux. Entre lutte contre les exclusions et modernisation administrative*, Rapport CERSA/CNAF, Coll. Dossiers d'études, CNAF, n° 60; "L'accès aux roits", *Informations sociales*, CNAF, n° 120, 2004.

sur la justiciabilité des droits sociaux se terminent avec celle-ci, sans chercher à mesurer l'impact effectif du recours au juge sur la mise en oeuvre des droits¹⁶². S'il est fréquent que le juriste relève l'audace du juge sud-africain pour exiger la distribution de rétroviraux aux mères et jeunes enfants séropositifs (aff. *TAC Campaign*), du juge sud américain pour ordonner la protection des enfants des rues (aff. *Villagran Morales c. Guatemala*), ou du juge français pour invalider le Contrat nouvel embauche, il est plus rare de trouver des analyses sur les effets concrets des jugements (à l'égard des requérants individuellement comme à l'égard des tiers aux procès), sur leur impact sur la législation et les programmes politiques mis en oeuvre et, plus difficilement quantifiable encore, sur la force persuasive de la rhétorique judiciaire à l'égard d'autres litiges (phénomène boule de neige qui permet une protection en cascade de nouveaux droits). Or, ces impacts peuvent être nuancés: soit que la décision soit restée lettre morte, soit qu'elle n'ait que peu de répercussion hormis le cercle des requérants, soit qu'elle ait un effet négatif pour d'autres groupes, restés en dehors du prétoire en raison d'un processus de réaffectation des ressources, soit enfin qu'elle ne suscite une contre-réaction du législateur¹⁶³. Il importerait dès lors que des outils précis soient élaborés pour évaluer la portée du recours au juge en matière sociale¹⁶⁴. Lorsqu'elles sont menées, ces études insistent, là encore, sur l'importance du contexte politique et social dans lequel s'exerce l'action en justice: une décision individuelle négative peut en effet avoir, paradoxalement; des répercussions sociales très favorables à une amélioration de la protection des droits sociaux, en ce qu'elle aura révélé une faille dans le système juridique et souligné, par son impuissance, l'urgence d'une modification normative. L'attention

162. D'où l'importance du programme international de recherche mené par Sirri GLOPPEN, Christian Michelsen Institute, *Right to health through litigation? Can court enforced health?*, Research Council of Norway (GLOBVAC), 2008-2010 <http://www.cmi.no/file/?325>

163. Phénomène bien connu du droit au séjour des étrangers, cette contre-réaction se rencontre aussi en matière de droits sociaux: v. par exemple le projet de loi immigration, intégration et nationalité, en cours d'examen parlementaire, qui a intégré le 16 septembre 2010 un amendement présenté par M. Mariani visant à supprimer le droit effectif au séjour des étrangers malades (CESEDA, art L313-11 1), dont l'objet est expressément de revenir sur la jurisprudence du Conseil d'État du 7 avril 2010, Jabnoun et Bialy, JCP A 2010, p. 2238 note Benjamin DEMAGNY et Serge SLAMA.

164. Sirri GLOPPEN, précit., p. 473.

des médias au sort des laissés-pour-compte d'un procès peut susciter la mobilisation politique et aboutir à des résultats bien supérieurs à ceux auxquels serait parvenus une cour¹⁶⁵.

Or, cette discussion sur les effets de la judiciarisation des mouvements sociaux, bien connue des débats nord-américains¹⁶⁶, n'a pas encore pris en Europe continentale, où prédomine une "vision enchantée"¹⁶⁷ du rôle judiciaire. L'enthousiasme avec lequel fut accueillie la mécanique de la loi DALO l'atteste. Mais ici et là des voix viennent troubler l'harmonie. Elles peuvent émaner de militants, qui constatent que le juge n'est pas le seul moyen de garantie, ni toujours le meilleur en fonction des droits considérés¹⁶⁸. Ainsi, par exemple, une certaine désillusion quant au rôle du juge en matière de droits au séjour des étrangers peut apparaître parmi les associations d'aide aux étrangers et les travailleurs sociaux, qui redécouvrent les vertus d'un échange direct avec l'administration¹⁶⁹. Ainsi également du recours accru aux Autorités administratives indépendantes¹⁷⁰ (Halde, Défenseur des enfants), à des modalités para-juridictionnelles, à des associations de proximité, à des procédés

165. Daniel M. BRINKS, Varun GAURI, Introduction, in *Courting social justice*, précit., p. 24.

166. Gerald N. ROSENBERG, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, University Of Chicago Press, 2e éd., 2008.

167. Jacques COMMAILLE et Laurence DUMOULIN, précit., p. 87.

168. V. par ex. cette narration de mobilisations sociales par les collectifs d'intermittents et précaires, affirmant la nécessité de rapports de force politiques et le caractère vain des actions juridiques dans certaines situations http://www.cip-idf.org/article.php3?id_article=4570

169. V. les propos de la présidente du GISTI, association orientée dès sa naissance vers l'action juridique qui remarque que " sans être la panacée, le droit est une arme parmi d'autres. Sans illusion sur la portée des armes juridiques (...) L'objectif assigné aux actions contentieuses rencontre pour autant des écueils. Outre qu'une grande partie des recours n'aboutit pas, les solutions jurisprudentielles sont trop souvent impuissantes à réformer les pratiques ou donnent lieu à une parade du législateur, qui les réduit à néant" (Nathalie Ferré, " Agir au soutien des étrangers": l'exemple du Groupe d'information et de soutien des immigrés", in Emmanuel DOCKES, dir., *Au coeur des combats juridiques - Pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz 2007, p.100).

170. Le Comité des droits sociaux souligne le rôle capital des institutions nationales (commissions nationales des droits de l'homme, les bureaux des médiateurs, militants des droits de l'homme ainsi que les défenseurs du peuple) en matière de droits sociaux et les exhorte à intensifier leurs interventions (CoDESC, *Le rôle des institutions nationales des droits de l'homme dans la protection des droits économiques, sociaux et culturels*, Observation générale n°10, 1998, E/C.12/1998/25).

“ mous” (rapport, campagne d’information – regain d’importance de “l’information” dans l’effectivité des droits, dans l’accès au droit). Elles peuvent émaner de la doctrine, qui souligne qu’ “ en matière de droits de l’Homme, non seulement la proclamation ne suffit pas, mais (...) la mise en place de mode juridictionnels de protection et de garantie non plus; ou pour le dire autrement, il n’y a pas de magie du juge constitutionnel qui permettrait que soudain soit levées les difficultés politiques auxquelles sont confrontées les sociétés”¹⁷¹. On peut ainsi, avec Stéphanie Hennette-Vauchez, regretter qu’ ” à tout vouloir couler dans les formes du droit, c’est bien l’imaginaire nécessaire à l’avancement de la machine que l’on risque fort de gripper”¹⁷².

Pourtant, ladite machine a bien besoin d’avancer: les objectifs chiffrés et mesurables de développement pour le Millénaire prévoyaient des résultats chiffrés et mesurables en terme de réduction de la pauvreté, de la faim, de la maladie, de l’analphabétisme, de la dégradation de l’environnement et de la discrimination à l’égard des femmes à l’horizon 2015¹⁷³. En dépit de cela, plus d’un milliard de personnes, soit un sixième de la population mondiale, continuent de vivre dans une pauvreté extrême, sont mal nourries et manquent d’accès à l’eau potable, aux services sociaux et soins de santé nécessaires à une vie saine dans sa définition la plus simple. Dans de nombreux pays comptant parmi les plus pauvres, l’espérance de vie est la moitié de celle des nations les plus riches, 40 ans au lieu de 80. Le changement climatique, les prix élevés des produits alimentaires et du pétrole produisent déjà de graves conséquences économiques et sanitaires¹⁷⁴. Les projections sont pires encore et donnent, à l’horizon 2050, plus de 3,5 milliards d’humains habitant des cités insalubres, privés de logement en dur, d’électricité et d’égout¹⁷⁵. Au

171. Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, “Conclusion”, La Convention européenne des droits de l’Homme vue d’ailleurs; acteurs du dedans” et du “dehors” dans la promotion d’une norme de référence, Rapport de recherche pour la mission droit et justice, dact., 2010, p. 216

172. Ibid.

173. <http://www.un.org/french/millenniumgoals>

174. http://siteresources.worldbank.org/INTGLOMONREP2008/Resources/4737994-1207342962709/8944_Web_PDF.pdf

175. Nations Unies, Comité des droits de l’homme, Droits de l’homme et extrême pauvreté, 23 février 2004, §7, E/CN.4/2004/43.

rythme actuel des progrès, comme vient de l'admettre le PNUD¹⁷⁶, il est peu probable que la proportion de personnes vivant avec moins de un dollar par jour ne réduise de moitié en Afrique sub-saharienne d'ici 2015; dans les pays en voie de développement, un quart des enfants continuent d'être sous-alimentés, et 100 pays manqueront d'atteindre la parité entre les sexes dans le domaine de l'inscription dans l'éducation primaire et secondaire. En Europe aussi, l'effectivité des droits sociaux demeure peu de chose: comme le rappelle l'ONPES, "la pauvreté n'est pas un phénomène lointain pour les Européens"¹⁷⁷: augmentation du nombre de chômeurs non indemnisés, nombre croissant de travailleurs pauvres, seuils importants d'illettrisme (9% de la population active). Certes, "on ne meurt plus de faim (ou presque) en France aujourd'hui, même si 2,9 % des Français indiquent ne pas avoir fait de repas complet pendant au moins une journée au cours des deux dernières semaines. La situation du logement n'a rien à voir avec celle des pays pauvres: moins de 1 % de ménages n'ont pas d'eau chaude. Mais la pauvreté est relative au niveau de vie d'ensemble de la société. Les catégories sociales défavorisées vivent loin de la norme de la société de consommation française de ce début de XXI^e siècle. Dans l'un des pays les plus riches au monde, 32,3 % des ménages ne peuvent se payer une semaine de vacances une fois par an, 32,6 % n'ont pas les moyens de remplacer des meubles, 10 % de recevoir des amis ou de la famille"¹⁷⁸. Il semble dès lors moins incongru, au regard de ces chiffres effarants, de mener une analyse juridique de la pauvreté: celle-ci est indispensable, pour au moins deux raisons.

D'abord, parce que "la pauvreté ne se traduit pas seulement par l'absence de biens matériels et de possibilités telles que l'emploi, la propriété des biens de production ou encore par l'absence d'épargne. Elle signifie aussi l'absence de biens incorporels ou sociaux, tels que l'identité juridique, la santé, l'intégrité physique, la sécurité, la capacité de s'organiser, celle d'exercer une influence politique ou de revendiquer des droits et de vivre dans le respect et

176. PNUD, *Beyond the Midpoint: Achieving the Millennium Development Goals*, 27 janvier 2010, <http://content.undp.org/newsroom/publications/poverty-reduction/poverty-website/mdgs/beyond-the-midpoint.en>

177. ONPES, *Rapport de l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale, 2007-2008*, La documentation française, p. 19.

178. Source: Observatoire des inégalités, http://www.inegalites.fr/spip.php?article509&id_mot=76

la dignité¹⁷⁹. La pauvreté, qui est une atteinte brutale aux droits fondamentaux¹⁸⁰ est la nouvelle frontière de la lutte pour les droits de l'Homme¹⁸¹. Comme le souligne l'ONU, les collectivités victimes de la pauvreté sont souvent dans l'impossibilité de faire entendre leurs préoccupations, d'obtenir réparation lorsqu'elles subissent une injustice, de participer à la vie publique ou encore d'influencer des politiques qui, en définitive, conditionnent leur vie. Victimes de ces exclusions, non seulement elles ne disposent pas de la protection ou des droits garantis par la loi mais qui plus est, elles ne peuvent protéger ou faire fructifier les quelques ressources dont elles disposent à cause de l'effet cumulé de l'exclusion et de la discrimination. La difficulté d'obtenir justice renforce incontestablement l'exclusion et la pauvreté¹⁸². Seul le langage du droit, et l'action des juristes, peut transformer ce constat.

D'autre part, si l'urgence est à l'action politique et à l'économie, le droit est un aiguillon puissant pour garantir l'efficacité de celles-ci et le juge un acteur efficace pour garantir l'effectivité de droits universellement proclamés mais inégalement respectés. Dans un contexte de transfert des compétences étatiques à des institutions régionales et de mondialisation des échanges ouvrant libre champ aux entreprises multinationales, les juges sont un puissant agent de sollicitation de l'action étatique¹⁸³. D'où l'insistance mise sur leur intervention. Ainsi, par exemple, lorsque le Conseil de l'Europe adopte une recommandation sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité, l'accent est mis non seulement sur la reconnaissance d'un tel droit mais également sur le fait que "le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires devrait être justiciable, toute personne en

179. Rapport du Secrétaire général de l'ONU, "Démarginalisation des pauvres par le droit et élimination de la pauvreté", 13 juillet 2009, A/64/133, §7.

180. Geneviève KOUBI, "La pauvreté comme violation des droits humains", Rev. Int. Des sciences sociales, 2004/2, n° 180, pp. 361 et s. , v. supra note 2.

181. Pierre SANÉ, "La pauvreté, nouvelle frontière de la lutte pour les droits de l'Homme", Rev. Int. de Sciences sociales, 2004/2, n° 180, p. 303.

182. Rapport du Secrétaire général de l'ONU, "Démarginalisation des pauvres par le droit et élimination de la pauvreté", précit., § 8.

183. V. en ce sens Carlos-Miguel HERRERA, "L'autre combat pour l'universel, les droits sociaux", in Gilles MANCERON et Emmanuel NAQUET, Être Dreyfusard aujourd'hui, PU Rennes, 2009, p. 506.

situation d'extrême précarité devant pouvoir l'invoquer directement devant les autorités et le cas échéant devant les tribunaux"¹⁸⁴.

Le constat est ancien, et le XXI^e siècle offrira peut être une réponse à l'interrogation désespérée de Jean Jaurès: " Mais quand donc la République s'occupera-t-elle de faire pénétrer dans sa magistrature le sens du progrès social? A la Cour de cassation, au Conseil d'État, les hommes mêmes qui sont le plus nettement républicains et qui sont capables du plus haut courage pour la défense du droit individuel sont dans l'ordre des questions sociales des réactionnaires inconscients ou forcenés. C'est un des plus grands malheurs qui puissent affliger la démocratie. C'est un des plus grands périls qui puissent la menacer. Sa " justice" travaille contre la justice, contre le droit nouveau"¹⁸⁵. Car il se pourrait que le droit et les juristes soient en partie responsables de cet état.

184. Conseil de l'Europe, Comité des ministres, recommandation n° R (2000) 3, adoptée le 19 janvier 2000, principe 3. Pierre LAMBERT, commentant cette résolution, souligne qu' "il peut dépendre en dernière analyse des cours et tribunaux, que ce soit au niveau international ou national, de contribuer au moins à réduire, sinon à éradiquer, le dénuement des plus démunis et à ne pas réserver la garantie des droits de l'homme aux seuls détenteurs de la richesse et de l'aisance matérielle" (in "Le droit de l'Homme à un niveau de vie suffisant", RTDH, 2000, p. 694).

185. Jean JAURES, "Réaction sociale et magistrature", *L'Humanité*, 13 mai 1904.



L'UNIVERSALITE DES DROITS SOCIAUX A TRAVERS L'EXEMPLE DU DROIT A LA PROTECTION SOCIALE

Diane Roman

Professeure de droit public à l'Université François Rabelais de Tours
Chercheuse au CREDOF, Université Paris Ouest Nanterre La Défense.¹

The right to life is guaranteed in any civilized society. That would take within its sweep the right to food, the right to clothing, the right to decent environment and a reasonable accommodation to live in [...] For a human being [the right to shelter] has to be a suitable accommodation which would allow him to grow in every aspect—physical, mental and intellectual.

Cour Suprême d'Inde, *Shakti Star Builders v. Naryan Khimali Tatome et al.* (1) SC 106,
Civil Appeal No. 2598 of 1989 (JT 1990).

L'une des caractéristiques majeures de la Déclaration universelle des Droits de l'homme, maintes fois soulignée, est d'avoir réconcilié en un texte différentes générations de droits, en proclamant des droits économiques et sociaux à égalité avec les droits civils et politiques. L'article 22 affirme ainsi de façon emblématique que "toute personne, en tant 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

1. Le présent article s'inscrit dans le cadre d'un projet de recherche lancé avec le Centre de recherche sur les droits fondamentaux, l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, en partenariat avec HEC, l'Université de Franche-Comté et l'Institut universitaire européen de Florence pour les années 2009-2010, sur la question de la justiciabilité des droits sociaux en droit français et comparé. Cette recherche, financée par la Mission Recherche Droit et Justice et l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale, permettra une analyse plus complète et exhaustive. D'ores et déjà, une première contribution, constituant un développement et un prolongement des analyses portées par cet article, est parue à la *Revue internationale de droit comparé*, n° 2, 2009, sous le titre: "Les droits sociaux, entre "injusticiabilité" et "conditionnalité": éléments pour une comparaison". Les lecteurs désireux de plus d'informations sur ce projet sont invités à consulter le site Internet www.droitsocial-paris10.fr.

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". La portée générale de la disposition est renforcée par l'article 25, lequel énonce 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. La maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciales. Tous les enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, jouissent de la même protection sociale"²

Ces différentes dispositions sont considérées comme ayant fondé un droit à la protection sociale entendue, de façon globale, au sens de bouclier matériel, sanitaire et monétaire contre la pauvreté et la maladie. Dans cette acception, le droit à la protection sociale recouvre le droit d'accès aux services sociaux et biens indispensables (logement, nourriture, eau), à une aide à l'accès aux soins (matérielle par l'organisation de services publics sanitaires ou financière par un remboursement des frais de santé), le droit à la participation à des procédés de type assurantiels ou assistanciels permettant la garantie d'un revenu de remplacement en cas de suppression des revenus personnels³. L'ambition du texte de 1948 était ainsi de garantir une protection globale contre la pauvreté, dans la continuité

2. Ces deux dispositions sont complétées, au sein du volet "social" de la Déclaration, par la reconnaissance d'un droit au travail (art. 23), d'un droit au repos et aux loisirs (art. 24) et d'un droit à l'éducation (art. 26).

3. Cette définition, qui sera nôtre ici, inclut en la dépassant celle de portée plus étroite de droit à la "Sécurité sociale". Selon la définition du CODESC (39^e session, 5-23 novembre 2007, E/C.12/GC/19, 4 février 2008): "Le droit à la Sécurité sociale englobe le droit d'avoir accès à des prestations, en espèces ou en nature, et de continuer à en bénéficier, sans discrimination, afin de garantir une protection, entre autres, contre: a) la perte du revenu lié à l'emploi, pour cause de maladie, de maternité, d'accident du travail, de chômage, de vieillesse ou de décès d'un membre de la famille; b) le coût démesuré de l'accès aux soins de santé; c) l'insuffisance des prestations familiales, en particulier au titre des enfants et des adultes à charge." Toutefois, pour éviter les répétitions de nature à alourdir le propos, l'expression "droits sociaux" sera également employée comme synonyme de "droit à la protection sociale"; pour une analyse de la proclamation internationale du droit à la Sécurité sociale, voir J.-J. Dupeyroux, "Le droit à la Sécurité sociale dans les déclarations et pactes internationaux", *Dr. social*, 1960, p. 365; F. Petit, *Le concept français*

du discours prononcé par Roosevelt le 6 janvier 1941 qui classait parmi les quatre libertés essentielles celle consistant “à être libéré du besoin”, le préambule de la Déclaration faisant de cette aspiration “la plus haute aspiration de l’homme”. Le texte de 1948 balayait ainsi les distinctions entre droits civils et droits sociaux, témoignant de l’indivisibilité des droits et faisant des droits sociaux le bouclier indispensable à la protection de la vie humaine.

Le rappel historique de tant d’espoirs contraste douloureusement avec l’actualité, tant le décalage entre la prétention à l’universalité du texte et son effectivité concrète donne le vertige. Les rapports internationaux, dans la froideur de leurs chiffres, semblent en effet ne cesser de sonner le glas de l’universalité des droits sociaux.

En 2008, un rapport de la Banque mondiale et du FMI a prévenu que la plupart des pays n’atteindront pas les objectifs de développement pour le Millénaire, qui sont supposés devoir être réalisés à l’horizon 2015⁴. Si certains progrès sont relevés, les perspectives sont des plus sombres pour les objectifs de réduction de la mortalité infantile et maternelle, et probablement encore plus dans le cas des objectifs liés à l’achèvement de l’enseignement primaire, à la nutrition et à l’assainissement. Le changement climatique joint à la crise financière et économique produisent déjà de graves conséquences économiques et sanitaires⁵. Les chiffres parlent d’eux-mêmes: 40 % de la population mondiale vivent avec moins de 2 dollars par jour et 1,1 milliard avec moins de 1 dollar par jour. 75 millions d’enfants demeurent totalement déscolarisés. Chaque semaine, 10000 femmes meurent des complications de la grossesse et de l’accouchement et plus de 190 000 enfants de moins de 5 ans sont emportés par la maladie. Selon l’Unicef⁶, un enfant au monde sur deux est privé des ressources les plus élémentaires, et plus d’un milliard d’enfants subissent au moins une forme de privation grave (alimentation, éducation, soins). Un enfant meurt de paludisme toutes les 30 secondes. Plus de 33 millions d’êtres humains sont infectés par le VIH: chaque jour, plus de 6800 nouvelles personnes sont infectées et plus de 5700 personnes meurent du sida, essentiellement parce

de Sécurité sociale à la lumière du droit international et du droit communautaire, Thèse Bordeaux IV, 2001.

4. www.un.org/french/millenniumgoals.

5. http://siteresources.worldbank.org/INTGLOMONREP2008/Resources/4737994-1207342962709/8944_Web_PDF.pdf.

6. www.unicef.org/french/sowc05/povertyissue2.html.

qu'elles n'ont pas un accès correct aux services de prévention et de traitement de l'infection⁷. Dans le monde, les facteurs de risque liés à l'environnement jouent un rôle dans 80% des maladies, notamment le paludisme, la diarrhée et les infections respiratoires. Un milliard de personnes manquent d'un accès raisonnable à l'eau potable et 2,6 milliards de personnes (40% de la population mondiale) survivent sans bénéficier des services d'assainissement de base. Les projections sont pires encore et donnent, à l'horizon 2050, plus de 3,5 milliards d'humains habitant des cités insalubres, privés de logement en dur, d'électricité et d'égout⁸. Quant à la Sécurité sociale, elle constitue encore l'apanage d'une minorité de la population: seulement 20 % de la population mondiale bénéficient d'une couverture sociale et, sur les 80% de personnes dépourvues de toute protection sociale, plus de 20% vivent dans l'extrême pauvreté⁹. Ces personnes sont exposées à des dangers au travail et bénéficient de prestations de maladie et de retraite insuffisantes ou inexistantes, ce qui accroît leur vulnérabilité¹⁰. La répartition géographique reflète les niveaux de développement économique: moins de 10 % des travailleurs des pays les moins avancés bénéficient d'une Sécurité sociale, pourcentage qui varie entre 20 et 60 % dans les pays à revenu intermédiaire, pour avoisiner les 100 % dans la plupart des pays industriels.

Il peut dès lors sembler incongru, au regard de ces statistiques effarantes, de prétendre réfléchir à l'universalité des dispositions sociales de la Déclaration universelle. Pourtant, cet écart vertigineux entre la proclamation des droits sociaux et leur réalisation ne fait pas que choquer les consciences et interpeler les citoyens; il questionne aussi les juristes soucieux d'étudier la question de l'universalité des droits.

7. Source: ONUSIDA, Point sur l'épidémie en 2007, http://data.unaids.org/pub/EPISlides/2007/2007_epiupdate_fr.pdf.

8. Nations unies, Comité des Droits de l'homme, Droits de l'homme et extrême pauvreté, 23 février 2004, § 7, E/CN.4/2004/43.

9. M. Cichon et K. Hagemeyer, "La Sécurité sociale pour tous: un investissement dans le développement social et économique mondial. Document de nature consultative", *Questions de protection sociale*, document de réflexion no 16, Genève, Département de la Sécurité sociale de l'OIT, 2006.

10. Voir en ce sens les récents travaux sur la démarginalisation des pauvres par le droit d'une commission coprésidée par Madeleine Albright, ancienne secrétaire d'État des États-Unis, et Hernando de Soto, économiste péruvien, Commission on Legal Empowerment of the Poor, *Making the Law Work for Everyone*, 3 juin 2008: www.undp.org/legalempowerment/reports/concept2action.html.

Celle-ci diffère sensiblement selon que l'on évoque leur universalité axiologique (existence d'une communauté de valeurs), l'universalité juridique (existence d'une proclamation univoque de ces droits) et l'universalité de la mise en oeuvre (existence de mécanismes tendant à rendre justiciables ces droits et à garantir leur effectivité). Un lien évident existe entre ces différentes strates, mais la superposition de ces différents niveaux d'universalité se présente de façon singulière lorsque les droits sociaux sont en cause. En effet, la question de l'universalité des droits sociaux ne prend pas la forme, désormais connue, de l'affrontement entre universalisme des droits et relativisme culturel. Point de tenants de la spécificité des traditions culturelles qui refuseraient le principe des droits sociaux. Point d'adversaires de "l'impérialisme occidental" prêt à fustiger des droits qui seraient le nouvel avatar d'un messianisme colonial. Au contraire, un réel consensus existe autour de l'objectif auquel tendent les droits sociaux: protéger l'individu du besoin. En somme, l'universalité de la norme proclamatoire et de ses fondements n'est plus guère contestée et contestable (I): au prix d'un certain nombre d'évolutions, d'avancées en palinodies, les droits sociaux ont été universellement reconnus et proclamés et sont passés en un siècle du stade de pieux espoirs (ou d'impossibles idéaux) à celui de droits jugés indispensables et consubstantiels à l'épanouissement humain et au développement social. Mais cette universalité de leur proclamation ne s'est pas (à ce jour?) transformée en universalité de leur concrétisation: la question des moyens et des voies de réalisation de ces droits divise encore, et les juges hésitent toujours à sanctionner et contrôler pleinement le respect du droit à la protection sociale (II): en d'autres termes, si le droit à la protection sociale fait désormais l'objet d'une proclamation textuelle universelle, il n'est pas encore, loin s'en faut, universellement sanctionné.

I. L'universalité normative du droit à la protection sociale: entre idéal et indispensable

Si l'on s'en réfère à la définition académique de l'universalité telle que proposée par Gregorio Peces Barba Martinez¹¹, la portée universelle des dispositions sociales de la Déclaration ne fait guère de doute. Pour le juriste espagnol, affirmer l'universalité des droits emprunte

11. G. Peces-Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ (Droit et société), 2004, p. 271.

un triple degré d'analyse. Sur le plan rationnel, l'universalité désigne l'attribution des droits à tous les êtres vivants; sur le plan temporel, la validité de ces droits à tout moment de l'histoire et sur le plan spatial, l'applicabilité à toutes les sociétés. La Déclaration universelle insiste, tant dans son préambule que dans le corps de son texte, sur le caractère d'"idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations". Appliquée au champ de la protection sociale, cette notion d'idéal commun prend une signification toute particulière: en effet, les droits sociaux, en ce qu'ils traduisent un souci de justice sociale et de réfection de l'ordre économique, visent à garantir à tous les hommes la satisfaction de leurs plus indispensables besoins: foyer, santé, revenu, instruction. Cette tension entre idéal et indispensable explique pour partie l'histoire singulière des droits sociaux, entre prise en charge collective des nécessités sociales et consécration de droits individuels à la satisfaction du besoin. La reconnaissance de droits sociaux à caractère universel s'est ainsi faite en deux temps, l'un consistant à les reconnaître comme droits (A), l'autre à en assumer l'universalité (B).

A. L'universalisation de la proclamation

La consécration des droits sociaux procède d'un phénomène historique notable, qui a pu voir dans certains systèmes la mise en place d'un régime juridique tendant à garantir une protection sociale avant la proclamation de droits.

1. Aux premiers temps de la juridicisation du social: les politiques sans les droits

Historiquement, c'est en Europe continentale et au tournant de la révolution industrielle que les premières formes d'organisation sociale destinées à lutter contre la pauvreté ont été mises en place. Dans le contexte libéral typique du XIX^e siècle, l'accent est mis sur la prévoyance et l'épargne personnelles. L'insuffisance manifeste de ces solutions pour endiguer le paupérisme né de la Révolution industrielle et la pression des revendications ouvrières ont amené les États européens à développer des systèmes de protection sociale plus élaborés. C'est dans la Prusse de Bismarck que se met en place le premier système généralisé d'assurances sociales. Entre 1883 et 1889, un système tripartite, associant travailleurs salariés, employeurs et État, est mis en place, afin de protéger les salariés des conséquences

du chômage et leur garantir un revenu de substitution destiné à leur éviter de sombrer dans la pauvreté. Conçu par Bismarck davantage comme un moyen de stabilisation politique que comme un vecteur de résorption des inégalités, le schéma n'en a pas moins essaimé des variantes nationales en Europe du Nord, en Amérique latine, dans le Pacifique ou au Canada. Les prémisses de l'institutionnalisation de la Sécurité sociale, telle qu'elle résulte de cette première vague, se caractérisent par la double catégorisation sur laquelle elle se fonde. Catégorisation d'une part des populations concernées: il s'agissait alors avant tout de protéger les salariés, et plus spécifiquement certaines catégories d'entre eux. Et catégorisation d'autre part des bénéficiaires, dans la mesure où l'obtention de prestations était subordonnée à la preuve d'un état de besoin. En d'autres termes, loin d'être un droit universel, la protection sociale était un secours réservé aux plus nécessiteux.

En France, la conjonction du solidarisme, des revendications syndicales et socialistes et du catholicisme social a abouti à l'adoption de nombreuses lois sociales¹². Mais, alors même que le législateur assurait successivement une protection aux enfants, vieillards, infirmes, femmes enceintes ou familles, les débats français de l'époque révélaient un net refus de concevoir la protection sociale comme un droit universel. Malgré un large consensus sur la nécessité de mettre en place des institutions de secours aux indigents, le législateur français n'a pas reconnu la préexistence d'un "droit de créance" que détiendrait le pauvre à l'égard de la société. Quant à la doctrine juridique française de l'époque – qu'il s'agisse de la théorie institutionnelle de M. Hauriou¹³ ou de la construction doctrinale solidariste de L. Duguit¹⁴ –, elle se refusait également à admettre non

12. Voir M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français*, Paris, LGDJ, 1993; F. Ewald, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986.

13. M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11e édition, Paris, Sirey, 1927, p. 341: "l'indigent n'a aucun pouvoir individuel pour faire organiser effectivement le service d'assistance. Il sera secouru quand le service fonctionnera, parce qu'il aura le service nécessaire, mais le service fonctionnera quand l'administration le jugera à propos, de par sa propre initiative."

14. 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'État doit assumer à travers les services publics afin d'assurer la réalisation et le développement de l'interdépendance sociale; voir *Traité de droit constitutionnel*, 2e édition, Paris, De Boccard, 1923, t. 3, pp. 598 sq. (632): "peu importe qu'il y ait là ou non un droit subjectif de l'individu; l'essentiel est d'établir

seulement l'existence d'un droit de créance antérieur à l'intervention du législateur mais également celle d'un droit subjectif institué par les lois d'assistance. La III^e République française présente ainsi un bilan notable: les impératifs sociaux et le renouveau doctrinal du solidarisme ont justifié l'adoption d'une succession de textes législatifs reposant sur une association d'assistance et d'assurance mais cet édifice législatif s'est construit sans référence aux droits sociaux. L'État social ainsi fondé présentait ainsi la particularité de faire l'impasse sur la question des droits des individus. Non que la question ait été méconnue¹⁵ mais bien parce qu'elle a été délibérément écartée par le législateur.

Sur ce point, le XX^e siècle a marqué une rupture. Des faits marquants se sont succédé autour de la question sociale: révolution russe de 1917 et chinoise de 1949, doctrine du catholicisme social, personnalités de Zapata ou Gandhi... La critique marxiste a été décisive, en liant liberté réelle et conditions économiques et sociales et en insistant sur le rôle de l'État socialiste dans la distribution des moyens de production. L'accession au pouvoir de coalitions de gauche dans les pays scandinaves a également joué un rôle majeur, en établissant des systèmes de protection sociale financés par des prélèvements sur le revenu national plutôt que sur des cotisations individuelles. La philosophie générale prévalant alors est que l'État doit intervenir, dans un but de réduction des inégalités sociales, pour promouvoir un accès universel aux droits sociaux. C'est dans cette perspective que s'inscrit, au Royaume-Uni, le plan Beveridge. Dans son rapport de 1942, S.W. Beveridge affirmait que l'existence du besoin, "défini comme "circonstances dans lesquelles [...] des familles ou des citoyens pris isolément manquaient, en Grande-Bretagne, des moyens d'existence nécessaires à une vie saine "est "un scandale sans excuse" qu'il serait possible de supprimer par une garantie des revenus". Pour ce faire, le rapporteur rejetait catégoriquement l'idée de subordonner l'octroi de prestations à des conditions de ressources et

qu'il existe un devoir objectif de l'État, et d'organiser les services publics nécessaires pour en assurer l'accomplissement"; voir aussi *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édition, Paris, De Boccard, 1930, t. 3, pp. 643-644: "Dans la conception solidariste, l'homme n'a aucun droit, il n'a que des devoirs sociaux."

15. Dès la Révolution française, la question des droits sociaux est présente dans les débats parlementaires et les revendications politiques; voir M. Borgetto, *La notion de fraternité*; C.-M. Herrera, *Les droits sociaux*, Paris, PUF (Que sais-je ?), 2009; D. Roman, *Le droit public face à la pauvreté*, Paris, LGDJ, 2002.

proposait d'identifier une série de risques élémentaires afin de prévoir leur couverture par des prestations correspondantes, moyennant le versement de cotisations forfaitaires. La couverture sociale était ainsi conçue comme doublement universelle, non seulement parce qu'elle était financée par tous, indépendamment des revenus de chacun, mais aussi parce qu'elle avait vocation à bénéficier indistinctement à l'ensemble de la population. Le rapport Beveridge a eu une portée internationale majeure et a influencé différents systèmes nationaux. La filiation est ainsi évidente avec le projet du Conseil national (français) de la Résistance qui 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" et qui a largement préparé la mise en place, à la Libération en France, de la Sécurité sociale.

L'importance du social ainsi admise universellement, la deuxième étape a consisté à la proclamation en un droit. Ou, en d'autres termes, à déplacer le social du collectif à l'individu, de la solidarité aux droits. C'est ce que la seconde moitié du XX^e siècle s'est attachée à faire.

2. LA DIFFUSION DES DROITS SOCIAUX AU XX^E SIÈCLE: LES DROITS COMME POLITIQUE

C'est la notion de dignité sociale qui a servi, au tournant de l'entre-deux-guerres, de passerelle à l'introduction de la prise en compte du besoin dans le champ normatif et à la reconnaissance de l'universalité des droits sociaux. Concept central de l'immédiat après-guerre, la dignité de l'être humain a été invoquée non seulement pour réagir contre les atrocités nazies mais également pour construire, sur les ruines d'un système dévasté, un ordre socioéconomique plus protecteur. Il s'agissait alors, selon les termes du préambule de la Déclaration universelle, de protéger l'homme de la terreur et de la misère.

Emblématique de ce renouveau intellectuel et normatif, la Déclaration de Philadelphie, fondatrice de l'Organisation internationale du travail, 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". Était ainsi posé durablement un lien étroit entre dignité et droits sociaux, qui s'est retrouvé par la suite dans

différents instruments, qu'il s'agisse de la Déclaration de Bogotá¹⁶ ou de la Déclaration universelle. Des textes européens affirment également la liaison entre dignité et droits sociaux. Ainsi, par exemple, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne énonce que "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" (art. 34-3). Parallèlement, la Charte sociale européenne, qui n'effectue pas *ipse* un tel lien, a été interprétée en ce sens par le Comité européen des droits sociaux, lequel a considéré que "le fait de vivre en situation de pauvreté et d'exclusion sociale porte atteinte à la dignité de l'être humain"¹⁷. En ce sens, les mesures prises afin de lutter contre la pauvreté "doivent favoriser l'accès aux droits sociaux fondamentaux, notamment en termes d'emploi, de logement, de formation, d'éducation, de culture et d'assistance sociale et médicale et lever les obstacles qui l'entravent"¹⁸. Il est à noter que cette interprétation est dominante à l'échelle internationale, les travaux de l'ONU tendant tous à lier dignité et lutte contre la pauvreté. Par exemple, 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" (art. I.25), les seconds en rappelant que le "développement social" doit être fondé sur la "dignité humaine" et que la pauvreté est une atteinte à cette dignité¹⁹. Tout récemment, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels du Conseil économique et

16. Art. 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"; art. 14: "Toute personne a droit au travail dans des conditions de dignité"; art. 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."

17. CEDS, Conclusions 2003, Observation interprétative de l'article 30, p. 227; récl. coll. n° 33/2006, *Mouvement ATD Quart Monde c. France*, 5 décembre 2007, § 163.

18. *Ibid.*, § 165.

19. Déclaration et plan d'action adoptés par le Sommet mondial pour le développement social, 12 mars 1995, Copenhague, § 23 et engagement 5, La Documentation française, Document d'actualité internationale, 15 juin 1995, p. 372.

social des Nations unies (ci-après CODESC), dans son observation générale n° 19, a souligné combien “le droit à la Sécurité sociale revêt une importance centrale pour garantir la dignité humaine de toutes les personnes confrontées à des circonstances qui les privent de la capacité d’exercer pleinement les droits énoncés dans le Pacte (relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)”²⁰. Dans une approche identique, le Comité européen des droits sociaux, instance de contrôle de la Charte sociale européenne, a affirmé que “le fait de vivre en situation de pauvreté et d’exclusion sociale porte atteinte à la dignité de l’être humain”²¹. En d’autres termes, et comme le constatait l’encyclique *Populorum Progressio*, au XXe siècle, “la question sociale est devenue mondiale”²².

Après la parenthèse de glaciation idéologique qu’a constituée la guerre froide, la période contemporaine met à nouveau l’accent sur les droits sociaux. Ce “renouveau des droits sociaux” s’inscrit dans une tendance générale, insistant, depuis la chute du mur de Berlin, sur le caractère impératif des valeurs de l’État de droit et des libertés fondamentales. À l’échelle internationale comme dans les nouvelles démocraties, en Europe de l’Est comme en Amérique latine ou en Afrique du Sud, les Droits de l’homme fournissent désormais un cadre de pensée commun. Or, les conséquences de la globalisation économique et financière et les impacts économiquement, socialement et écologiquement dévastateurs qu’elle est susceptible d’entraîner mettent en exergue la violation²³ constante de ce nouveau paradigme que sont désormais les droits fondamentaux.

Un autre phénomène notable explique les évolutions récentes de l’appréciation portée sur les droits sociaux. Il réside dans l’influence du mouvement altermondialiste, qui s’est développé de façon informelle à la faveur de grandes réunions internationales consacrées au développement durable (Rio de Janeiro, 1992), du droit au développement social (Copenhague, 1995) ou du droit des femmes

20. CODESC, E/C.12/GC/19, 4 février 2008.

21. CEDS, ATD Quart Monde et Travail avec les sans-abri c. France, récl. 33/2006 et 39/2006, § 163.

22. Paul VI, Introduction, Encyclique *Populorum Progressio*, 26 mars 1967.

23. CETIM, “Sociétés transnationales: exemples de violations des droits humains”, déclaration orale du CETIM à la Sous-Commission des Droits de l’homme, Groupe de travail sur les sociétés transnationales, 2004, www.cetim.ch/fr/interventions_details.php?iid=231c; voir L. Choukroune, “Droits de l’homme: il faut engager la responsabilité juridique des multinationales”, *Le Monde*, 24 juin 2008.

(Pékin, 1995). Le mouvement s'est structuré sur le plan théorique en avançant une réflexion collective sur l'effectivité des droits sociaux grâce aux forums de Porto Alegre, conçus comme une réponse alternative aux rencontres de tonalité libérale de Davos. En d'autres termes, l'effroi devant la situation sociale, économique, sanitaire, environnementale d'une grande partie de l'humanité a entraîné un déplacement de l'action humanitaire sur le terrain juridique. Partout, c'est-à-dire aussi bien en Occident que dans les pays en développement, les luttes pour l'accès à l'eau potable et contre la privatisation des services sociaux de base, pour la distribution de médicaments génériques aux séropositifs, contre la marchandisation du vivant, pour la résorption de l'habitat insalubre ou la fin de l'exploitation au travail, le servage et la traite humaine se sont dotées d'une coloration juridique soit qu'elles aient été reformulées en termes de Droits de l'homme (cas des mouvements de "sans", qui invoquent désormais le droit au travail, à l'instruction ou à la santé) soit qu'elles aient donné lieu à la formulation de nouveaux droits ("droits à l'eau", "droit à la terre"). Les ONG n'hésitent plus à saisir les tribunaux nationaux ou les organes internationaux pour se plaindre d'une violation de droits fondamentaux résultant de la misère et des inégalités sociales. "C'est la multitude des revendications portées par les mouvements sociaux et singulièrement par le mouvement altermondialiste qui a donné aux (droits sociaux) une importance et une visibilité inédites. [...] Ce sont en effet les mobilisations politiques et sociales autour de ces questions qui ont contribué à faire évoluer les pratiques et les représentations et montré avec force que promouvoir les (droits sociaux) constitue désormais une modalité essentielle dans la lutte pour la dignité humaine et la justice sociale²⁴. "Cette appropriation de la thématique des droits sociaux comme instrument militant se manifeste jusqu'au sein d'associations classiquement attachées à la défense des droits civils: Amnesty International ou les Ligues des Droits de l'homme ont ainsi inclus dans leurs plateformes la protection des droits sociaux, sans d'ailleurs que cette "politique des DESC" puisse se réduire à une invocation rhétorique uniforme²⁵. Or,

24. CEDIPPEL-IPAM, groupe de travail sur les droits fondamentaux, "Les droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux: instrument de lutte pour la dignité humaine et la justice sociale", 2005, p. 14.

25. J. Cantegreil et H. Ortiz, "Les Forums sociaux, nouvel Eldorado des Droits de l'homme ?", *La République des idées*, février 2004, www.repid.com/spip.php?article176.

comme le remarquent ces mêmes acteurs militants, “l’universalité des DESCE n’est pas un postulat théorique, mais elle est un constat pratique, à travers les luttes qui l’ont affirmée dans le monde entier et à différentes époques. Parler des DESCE et de leur universalité en tant que droits humains, c’est s’inscrire dans une histoire concrètement universelle, qui touche souvent de très près les préoccupations de la grande majorité des habitants de la planète”²⁶.

B. La proclamation de droits sociaux universels

“Les droits sociaux sont les droits des victimes de l’ordre existant”, affirmait G. Burdeau²⁷. Comment à ce titre penser leur universalité, qui implique de les reconnaître également à tous? La difficulté constitue la pierre d’achoppement d’une conceptualisation de l’universalité des droits sociaux. Pourtant, à en croire certains auteurs, la difficulté n’en serait pas une, et l’on devrait élargir la question “à toutes les Déclarations des Droits de l’homme en considérant qu’elles reflètent toujours les aspirations et les besoins des victimes de l’ordre existant”²⁸. L’aspiration à des droits, quels qu’ils soient, s’inscrit en effet toujours dans une revendication émancipatrice. Si certaine soit-elle, la remarque ne saurait dissimuler la difficulté particulière des droits sociaux, dont l’égale reconnaissance (1) n’exclut pas l’accent mis sur des individus en raison de leur situation sociale (2).

1. Une égale reconnaissance

Les droits sociaux que le droit à la protection sociale implique visent à promouvoir un développement “intégral”, reconnu à tout homme, tout l’homme, tous les hommes pour reprendre la formule de l’encyclique *Popularum Progressio*. En ce sens, l’approche globale que la protection de l’homme nécessite révèle une mutation tout à la fois de la conception de l’homme et de son rapport à la société.

Nouvelle définition de l’homme tout d’abord. Conjugaison du personnalisme chrétien et des conceptions socialistes, les

26. CEDIPPEL-IPAM, groupe de travail sur les droits fondamentaux, “Les droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux...”, p. 14.

27. G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. VI, *Le statut du pouvoir dans l’État*, Paris, LGDJ, 1983, p. 466, note 3.

28. J.-J. Dupeyroux, “Quelques réflexions sur le droit à la Sécurité sociale”, *Dr. Social*, 1960, p. 291.

revendications sociales partent du postulat selon lequel "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 [...] 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"²⁹. Les déclarations modernes de droits façonnent un "homme concret", dont les besoins physiques vitaux ne sont plus occultés. Il est reconnu 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"³⁰, de son droit au mariage et à fonder une famille³¹, de son droit au repos. Or, parce qu'ils visent à protéger la dimension physique, corporelle de l'être humain, ces droits ne peuvent être conçus autrement qu'universellement. Autrement dit, "c'est [...] sur la base de la notion de besoins essentiels qu'il faudrait fonder l'universalité des droits économiques et sociaux: puisque toute personne a faim, a soif et a besoin d'un toit, aussi modeste soit-il, et que nul n'est à l'abri du dénuement, les droits qui visent à protéger ces besoins seraient donc universels et intrinsèques à la nature humaine, comme le sont les droits civils et politiques"³². Certes, l'universalité ne signifie pas l'uniformité, et l'appréciation de la satisfaction du besoin ne repose pas nécessairement sur une appréciation identique³³. Mais l'aspiration à la satisfaction de ces besoins étant elle-même universelle, dans ce "quant à soi", dans cette appréciation du respect de soi et de la sauvegarde de sa dignité se trouve peut-être le fondement de l'universalité des droits sociaux³⁴.

29. E. Mounier, "De la propriété capitaliste", *OEuvres*, Paris, Seuil, 1961, t. 1, p. 453.

30. Article 25 de la Déclaration universelle.

31. Article 16 de la Déclaration universelle.

32. D. Robitaille, "Non-universalité, illégitimité et sur-complexité des droits économiques et sociaux ? Des préoccupations "légitimes" mais "hypertrophiées". Regard sur la jurisprudence canadienne et sud-africaine", *Revue de droit de McGill*, n° 53, 2008, p. 262.

33. Voir *infra*, 2e partie.

34. La notion de besoins essentiels ainsi comprise permet de répondre aux vives critiques de Kéba Mbaye, selon qui la notion de "besoins fondamentaux" de l'homme "risque d'être pour certains un refuge commode leur permettant de justifier que seul le minimum suffisant pour l'existence est le vrai problème des pays en voie

Nouvelle conception de la société, ensuite. Les déclarations modernes rompent avec le postulat de l'homme isolé, à l'état de nature et hors de liens sociaux. Au contraire, l'accent est mis sur l'appartenance à la société et la notion de citoyenneté sociale. Dans la célèbre analyse qu'en a faite T. H. Marshall, 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 sociaux³⁵. Dans cette optique, la citoyenneté comprendrait un élément social – le bien-être économique et la protection sociale – auquel la pauvreté fait obstacle et que les pouvoirs publics doivent tendre à éradiquer. Le propos de l'État providence, à travers ses services sociaux, et l'objectif auquel tendent les droits sociaux sont de garantir l'intégration des citoyens dans la société et de permettre l'exercice de la plénitude de leurs droits, y compris ceux civils et politiques³⁶. En ce sens, le contenu des droits sociaux tend de moins en moins à s'apparenter à une protection passive qu'à

de développement. Cette position, qui commence à se faire jour dans les milieux internationaux, n'est pas sans rappeler les thèses racistes et colonialistes soutenues dans le passé, et selon lesquelles, pour certains peuples, manger à sa faim doit être le seul objectif à poursuivre" (K. Mbaye, "Le droit au développement", *Éthiopique*, n° 21, 1980: www.refer.sn/ethiopiennes/article.php3?id_article=736). Elle permet aussi de donner acte aux critiques formulées par les ONG quant à l'objectif désormais central, quoique minimaliste, de "lutte contre l'extrême pauvreté", au détriment des actions en vue de garantir le droit au développement.

35. T. H. Marshall, *Citizenship and social class and other essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950, pp. 1-85.

36. Voir en ce sens R. M. Titmuss, *Commitment to welfare*, Londres, Allen et Unwin, 1976; K. D. Ewing, "Social rights and constitutional law", *Public Law*, 1999, pp. 104-123; pour une illustration de la pénétration de cette approche à l'origine anglo-saxonne dans le cadre de l'analyse française, voir l'avis de la Commission consultative nationale des Droits de l'homme et, par exemple, l'affirmation selon laquelle "l'indivisibilité des droits est ainsi démontrée en quelque sorte par l'indivisibilité des atteintes qui leur sont portées. Il en résulte que toute politique tendant à reconnaître la dignité humaine suppose que soit assurée y compris pour les plus pauvres l'effectivité non seulement des droits économiques et sociaux mais aussi des droits civils, politiques et culturels. Tel est le sens du concept de "citoyenneté sociale", qui insiste sur l'indivisibilité du lien civique et social" ("L'indivisibilité des droits face aux situations de précarisation et d'exclusion", *CNCDH*, 23 juin 2005, p. 4).

une "sécurité active"³⁷. La dignité humaine est ainsi le fondement d'un redéploiement des fonctions sociales étatiques³⁸. Un parfait exemple de cette conception est offert par la Constitution italienne, dont l'article 3 assigne à la République l'objectif fondamental

37. S. Deakin, "Social Rights in a globalized Economy", in *Labour Rights as Human Rights*, P. Alston (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 59.

38. Parmi tous les pays européens, c'est peut-être en France que la liaison entre principe de dignité et droits sociaux est la moins évidente. Pourtant, la dimension sociale de la dignité humaine constituait une notion phare du projet d'avril 1946, qui apparaissait dans la formule générale de l'article 22, lequel précisait 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 dignité servait 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 apparaissait implicitement derrière la formule de l'article 33, garantissant aux personnes incapables de travailler "des moyens convenables d'existence". L'échec du projet constitutionnel d'avril 1946 est certainement la cause de la disparition de la référence à la notion de dignité sociale. Mais une similitude d'inspiration se retrouve à travers la proclamation des principes particulièrement nécessaires à notre temps du préambule de la Constitution d'octobre 1946 ou l'instauration de la Sécurité sociale. Voir en ce sens F. Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Paris, Economica, 1987, p. 303: "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 soient respectés et protégés d'abord l'existence même de l'individu et ensuite son travail, c'est-à-dire son activité professionnelle"; confirmant l'interprétation doctrinale, voir Cons. const., 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat, n° 94-359 DC, cons. 5 à 7: "aux termes du dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, "La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement"; qu'aux termes du onzième alinéa de ce préambule, la nation "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. 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"; [...] il ressort également du préambule de la Constitution de 1946 que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle; [...] il résulte de ces principes que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle."

d'écarter les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant dans les faits la liberté et l'égalité des citoyens, "s'opposent au plein épanouissement de la personne humaine".

Cet emploi extensif de la notion de dignité sociale témoigne d'une vision globale de l'homme: pour protéger l'individu de la vulnérabilité et de la violence économique, le XX^e siècle affirme une égale dignité de tous et la nécessaire mise en place d'un système de protection sociale. La conclusion est importante, en ce qu'elle permet de souligner la prétention universelle des droits sociaux, et spécialement ceux énoncés par la Déclaration universelle des Droits de l'homme. Le fondement de la dignité permet de justifier l'universalité des droits sociaux et de les détacher de l'éventuelle contingence et variabilité qui pourrait naître de la seule référence aux besoins matériels. En d'autres termes, c'est bien parce qu'ils sont indispensables à la sauvegarde de la dignité que la protection sociale, l'accès aux soins ou la décence du logement sont proclamés au profit de l'habitant de la mégalopole américaine comme de la campagne européenne, du ressortissant des pays du G8 comme du Tiers-Monde. En somme, les droits sociaux sont "un enjeu de la condition humaine"³⁹.

Néanmoins, et là n'est pas le moindre des paradoxes de cette "politique des droits sociaux", la proclamation de l'universalité des droits sociaux se double d'une revendication particulière au profit de catégories d'individus et de groupes caractérisés par leur exposition renforcée à un risque de dénuement. Ce qui permet de constater que l'universalité des droits sociaux n'exclut pas la sélectivité, à travers la reconnaissance de catégories spécifiques, auxquelles sont dédiés des droits particuliers.

2. L'identification de vulnérabilités

L'histoire des droits sociaux est celle des travailleurs, du bas ordre du XVIII^e siècle, du prolétariat du XIX^e siècle aux "sans" du XX^e. Cette épaisseur historique a imprimé au droit à la protection sociale une marque particulière: conçu comme un droit des travailleurs à une époque où le salariat impliquait une précarité, il n'était que difficilement universalisable. Le XX^e siècle a en partie dépassé ce

39. Y. Saint-Jours, "Les droits sociaux, un enjeu de la condition humaine", *Droit ouvrier*, n° 678, 2005, p. 7.

débat sur la titularité du droit à la protection sociale⁴⁰ et “à l’objectif d’universalité se substitue une autre problématique, celle de l’égalité de protection entre les membres du corps social”⁴¹.

La mention faite par l’article 25 de la Déclaration universelle à la maternité et l’enfance, qui “ont droit à une aide et à une assistance spéciales” en atteste. Plus largement, différents groupes vulnérables ont vocation à bénéficier d’une attention particulière des pouvoirs publics. Le CODESC a dressé une liste précise de ces groupes, en relevant que “chacun a certes le droit à la Sécurité sociale, mais les États parties devraient être spécialement attentifs aux individus et aux groupes qui de tout temps éprouvent des difficultés à exercer ce droit, en particulier les femmes, les chômeurs, les travailleurs insuffisamment protégés par la Sécurité sociale, les personnes travaillant dans le secteur informel, les travailleurs malades ou blessés, les handicapés, les personnes âgées, les enfants et adultes à charge, les employés de maison, les travailleurs à domicile, les groupes minoritaires, les réfugiés, les demandeurs d’asile, les personnes déplacées à l’intérieur de leur propre pays, les rapatriés, les non-ressortissants et les détenus”⁴².

Les femmes constituent à ce titre un groupe dont la vulnérabilité est particulièrement exposée. Comme le note le Comité, “il ne suffit pas, pour instaurer concrètement l’égalité, de promulguer des lois ou d’adopter des politiques qui en théorie s’appliquent indifféremment aux deux sexes. [...] Les États parties devraient garder à l’esprit que ces lois, ces politiques et ces pratiques peuvent ne pas remédier à l’inégalité entre les hommes et les femmes et même la perpétuer si elles ne tiennent pas compte des inégalités existantes au plan économique, social et culturel, en particulier celles dont sont victimes les femmes”⁴³. En conséquence, pour garantir l’effectivité du principe d’égalité, le CODESC encourage les États à adopter des mesures temporaires spéciales pour accélérer l’instauration de l’égalité entre

40. Voir en ce sens J. Rivero, “Sécurité sociale et Droits de l’homme”, *REAS*, été 1985, p. 37.

41. L.-E. Camaji, *La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales*, Paris, Dalloz, 2008, p. 39.

42. CODESC, Observation générale n° 9 (Droit à la Sécurité sociale), 4 février 2008, E/C.12/GC/19.

43. CODESC, Observation générale n° 16, sur le droit égal de l’homme et de la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels (art. 3 du PIDESC), E/C.12/2005/4, 11 août 2005, § 8.

les hommes et les femmes dans l'exercice des droits sociaux. "Ces mesures ne doivent pas être considérées comme discriminatoires en soi dans la mesure où elles découlent de l'obligation de l'État d'éliminer les désavantages causés par des lois, des traditions et des pratiques discriminatoires passées et présentes⁴⁴."

La mise en exergue d'autres vulnérabilités peut être le fait du juge. Ainsi, la Cour interaméricaine des Droits de l'homme a rappelé, dans l'affaire dite des "enfants des rues"⁴⁵, la situation particulière des enfants. Saisie d'une affaire de violences et de meurtres pratiqués par les forces de sécurité guatémaltèques contre des enfants des rues, la Cour interaméricaine a affirmé que le droit à la vie ne comprenait pas seulement le droit de ne pas être mis à mort arbitrairement mais inclut aussi le droit de bénéficier des conditions requises pour mener une vie digne. À cet égard, les enfants doivent bénéficier de protections spéciales en vertu des standards de la Convention interaméricaine et de la Convention internationale des Droits de l'enfant.

Dans le même ordre d'idées, mais à l'autre extrémité de la vie, les personnes âgées peuvent constituer un autre groupe vulnérable. La Cour constitutionnelle italienne a ainsi admis la constitutionnalité d'un dispositif spécifique prévu au profit des retraités aux revenus inférieurs à un certain montant et dispensés du paiement de ticket modérateur pour l'accès aux soins. En effet, selon la Cour, cette exonération "correspond à une identification correcte de la part du législateur d'une catégorie de personnes non aisées, qui se trouvent dans l'impossibilité, à cause de leurs conditions physiques et pour des raisons d'ordre social, de trouver d'autres sources de revenu. En outre, du fait de leur affaiblissement physique qui accompagne leur âge avancé, elles ont probablement un besoin plus grand et plus fréquent de recourir aux actes de prévention ou de soins"⁴⁶.

44. *Ibid.*, § 36. Le Comité ajoute que "la nature, la durée et l'application de ces mesures devraient être définies en référence au problème spécifique traité et à la situation considérée et devraient être revues en fonction des circonstances. Les résultats obtenus devraient faire l'objet d'une évaluation pour qu'il soit mis fin à ces mesures une fois atteints les objectifs pour lesquels elles ont été mises en oeuvre".

45. CIADH, 19 novembre 1999, *Villagran-Morales et al. c. Guatemala*, série C, n° 63, consultable sur le site de la CIADH: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_ing.pdf.

46. Cour const. italienne, Sentence n° 184, 23 avril 1993, citée et traduite par M.-P. Élie, "Les droits sociaux constitutionnels en Italie", in *Les droits sociaux constitutionnels, entre droits nationaux et droit européen*, L. Gay, E. Mazuyer et D. Nazet-Allouche (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 53.

Ce travail d'identification des groupes vulnérables, si essentiel soit-il dans la marche vers l'universalité des droits sociaux, n'en pose pas moins pour autant des questions à la fois théoriques et méthodologiques. Les premières sont bien connues, entre universel et droit des groupes et des minorités⁴⁷; les secondes sont tout aussi certaines: avec quels outils, sur quels critères et avec quels effets opérer des classifications qui aboutiront à différencier les droits⁴⁸? Les droits universels de l'homme peuvent entrer en concurrence avec l'universalité des droits humains...

Les Droits de l'homme, et spécialement les droits sociaux, ont ainsi investi le champ politique. En un siècle, la question sociale s'est déplacée du terrain de l'assistance collective aux droits fondamentaux. Se fondant désormais sur l'universalité des besoins de l'être humain, dont la satisfaction conditionne la sauvegarde de sa dignité, les droits sociaux constituent désormais le cadre général des politiques. Comme le remarquent J. Cantegreil et H. Ortiz, "c'est *in fine* le discours sur les droits en général qui est devenu le lieu même du politique"⁴⁹. Une telle évolution explique en partie que la

47. V. H. Moutouh, *Recherches sur un droit des groupes en droit public français*, Thèse, Université de Bordeaux IV, 1997; N. Rouland, J. Poumarede et S. Pierré-Caps, *Droits des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996.

48. Elles peuvent être illustrées par les récentes conclusions du CODESC sur le rapport de la France pour la mise en oeuvre du PIDESC (CODESC, conclusions / observations à propos du 3^e rapport de la France sur la mise en oeuvre du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/FRA/CO/3; 16 mai 2008, www2.ohchr.org/tbruc/cescr/France.pdf). Le Comité regrette notamment l'absence de données statistiques et demande à la France de fournir dans son prochain rapport périodique des données statistiques ventilées par âge, sexe, origine nationale et résidence urbaine / rurale autour des mesures adoptées par l'État partie pour donner effet au Pacte. Regrettant l'existence de diverses discriminations, notamment en matière de travail des femmes, des jeunes, des handicapés et des personnes issues des minorités ethniques, le Conseil "reste préoccupé par l'absence de reconnaissance officielle des minorités sur le territoire de l'État partie", y compris au regard des droits culturels (notamment l'interdiction du recours à une langue minoritaire). Ce qui renvoie aux vifs débats nationaux sur l'opportunité d'autoriser les statistiques ethniques ou la reconnaissance de minorités culturelles... Le Comité demande également à la France de renforcer ses efforts pour lutter contre la pauvreté, et notamment de lutter contre la "ségrégation raciale" existant dans le cadre du logement, ainsi que contre le phénomène de personnes sans-abri, pour lequel le Conseil souhaite obtenir des études statistiques. Il se dit également préoccupé par la situation de santé des personnes les plus pauvres et les plus vulnérables, des problèmes de scolarité dans les quartiers défavorisés, etc.

49. J. Cantegreil et H. Ortiz, "Les Forums sociaux, nouvel Eldorado des Droits de l'homme ?".

question de l'universalité des droits se soit déplacée du terrain de sa proclamation à celui de sa réalisation.

II. L'universalité effective du droit à la protection sociale: vers l'adoption de standards internationaux?

Le préambule de la Déclaration universelle lie intimement universalité et effectivité des Droits de l'homme. Il se présente en effet comme un "idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations afin que tous [...] s'efforcent [...] de développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer, par des mesures progressives d'ordre national et international, la reconnaissance et l'application universelles et effectives [...]". Or, parmi les droits énoncés par la Déclaration, ceux sociaux sont au coeur d'un paradoxe. Si leur importance est mise en avant, si l'accent est mis sur leur caractère indispensable, fondamental, en même temps, les droits sociaux sont aussi souvent assignés dans une catégorie spécifique, un peu marginale, par opposition aux droits civils et politiques: demi-droits, pseudo-droits, droits de nature différente et de portée secondaire, les droits sociaux seraient ancrés dans un registre mineur.

Même si l'assertion de la particularité des droits sociaux relève parfois davantage du poncif⁵⁰ que de l'argument scientifique, elle n'en présente pas moins une part d'exactitude historique: l'opposition entre droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux est bien connue. Elle a été entérinée par la distinction entre les deux pactes de New York de 1966 et traduit les affrontements idéologiques de la guerre froide qui ont abouti à une promotion doctrinale et politique de certains droits, pour faire bref les droits civils et politiques par le bloc atlantique et le droit au développement par les pays non alignés soutenus par l'URSS, et à une dévalorisation parallèle des droits sociaux. En substance, ces derniers ont été assimilés à des droits à prestations matérielles, non sans que cette équivalence ne produise différentes conséquences. La première, d'ordre théorique, consiste à poser l'absence de valeur universelle et permanente de ces droits⁵¹, voire à nier leur juridicité, dans la mesure où ils sont

50. C. Grewe et F. Benoît-Rohmer, *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2003.

51. Voir comme exemple emblématique de la doctrine juridique dominante en France: J. Rivero, *Libertés publiques*, 9e édition, Paris, PUF, 2003: "la satisfaction des droits de créance laisse [...] à l'État un pouvoir d'appréciation discrétionnaire

conditionnés à l'existence d'une prestation étatique. La seconde est d'ordre pratique: "puisque l'allocation des moyens de l'État dépend des contraintes autres que constitutionnelles, notamment financières ou d'opportunité, ces "droits" ne se réalisent que dans la discrétionnalité du législateur, sous la "réserve du possible" selon une formule de la Cour constitutionnelle allemande. Autrement dit, d'un point de vue technique, ils ne seraient pas des droits "absolus" comme les droits fondamentaux mais plutôt des directives, des mandats constitutionnels⁵²." Ce qui obérerait d'autant leur caractère universel, dans la mesure où les circonstances économiques et les choix politiques peuvent contribuer à les minorer. On voit dès lors se tendre un lien étroit entre universalité et justiciabilité des droits sociaux: la difficulté des droits sociaux à trouver leurs juges, et donc leur présomption "d'ajusticiabilité"⁵³, entraîne un relâchement du contrôle de la réalisation des droits sociaux et une présomption de relativisme et de contingence (A). Cette double présomption, clairement combattue par le CODESC des Nations unies, tend à s'estomper (B).

A. Universalité des droits sociaux et renforcement de leur protection internationale: l'adoption du protocole additionnel au PIDESC

Dans ses observations générales, le CODESC a analysé la nature des obligations générales pesant sur les États au titre du PIDESC⁵⁴ et souligné, à rebours des idées reçues tendant à ne voir dans ce pacte qu'un énoncé programmatique, l'existence d'obligations de

extrêmement large, de telle sorte que l'objet du droit reste pratiquement indéfini jusqu'à ce que le législateur ait procédé aux choix nécessaires. Rien de tel lorsqu'il s'agit des libertés, à l'égard desquelles les obligations de l'État sont simples et définies, puisqu'elles se ramènent à une abstention. Enfin, la satisfaction des pouvoirs d'exiger suppose, de fait, un certain niveau de développement. Beaucoup plus que la mise en oeuvre des libertés, elle est étroitement dépendante des ressources dont l'État peut disposer, ce qui accuse encore le caractère virtuel et relatif de ces droits.»

52. C. M. Herrera, "État social et droits sociaux fondamentaux", in Actes du colloque *État et régulation sociale*, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2006: <http://matisse.univ-paris1.fr/colloque-es/pdf/articles/herrera.pdf>.

53. Sur ce point, qu'il n'est pas permis de détailler ici, nous nous permettons de renvoyer à notre article, "Les droits sociaux, entre injusticiabilité et conditionnalité: éléments pour une comparaison", *RID Comp.*, 2/2009, p. 285.

54. CODESC, Observation générale n° 3, *La nature des obligations des États parties* (art. 2, par. 1, du Pacte), 14 décembre 1990.

résultat: parmi elles, figure un engagement conventionnel en faveur de la justiciabilité des droits sociaux. L'énoncé de cette obligation contraste singulièrement avec la vulgate jurisprudentielle posant une présomption d'ajusticiabilité des droits sociaux. Certes, l'attribution d'une compétence juridictionnelle pour la protection des droits sociaux ne conduit pas à méconnaître les spécificités des questions posées par leur contentieux. Mais, comme le souligne le CODESC, "il faut bien sûr respecter les compétences respectives des différentes branches de l'État mais il y a lieu de reconnaître que, généralement, les tribunaux s'occupent déjà d'un vaste éventail de questions qui ont d'importantes incidences financières. L'adoption d'une classification rigide des droits économiques, sociaux et culturels qui les placerait, par définition, en dehors de la juridiction des tribunaux serait, par conséquent, arbitraire et incompatible avec le principe de l'indivisibilité et de l'interdépendance des deux types de Droits de l'homme. Elle aurait en outre pour effet de réduire considérablement la capacité des tribunaux de protéger les droits des groupes les plus vulnérables et les plus défavorisés de la société"⁵⁵.

Or, et non sans que l'on manque de relever la cruelle ironie de la situation, l'organe qui se faisait l'apôtre de la protection juridictionnelle des droits sociaux était lui-même le pivot d'un système normatif excluant cette même justiciabilité. En effet, dans le schéma conventionnel de 1966, la différence de régime entre les deux catégories de droits est ostensible: les droits civils bénéficient d'une protection de type proto-juridictionnel *via* le droit de saisine du Comité des Droits de l'homme tandis que les droits sociaux ne sont soumis qu'à un examen sur rapport étatique.

La différence de traitement ainsi institutionnalisée a fait l'objet de vives critiques, qui ont longtemps porté dans le désert – ou n'étaient audibles que dans les rares enceintes acquises à la cause des droits sociaux. Mais, grâce à l'action opiniâtre des ONG, un tournant historique se dessine à travers la récente adoption du protocole additionnel au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966⁵⁶. À la date très symbolique du 10

55. CODESC, Questions de fond au regard de la mise en oeuvre du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Projet d'observation générale n° 9, Application du Pacte au niveau national, E/C.12/1998/24, 28 décembre 1998, p. 5.

56. Pour une première analyse du régime procédural mis en oeuvre par le pacte, voir C. Golay, "Le protocole facultatif se rapportant au PIDESC", *Cahiers critiques*, n°

décembre 2008, l'Assemblée générale des Nations unies a adopté un protocole facultatif se rapportant au PIDESC qui habilite le CODESC à recevoir et examiner des communications présentées par des particuliers victimes d'une violation par un État partie d'un des droits dans le Pacte⁵⁷. Résultat de plus de dix années de négociations, ce protocole veut supprimer le déséquilibre entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels, en renforçant la justiciabilité de ces derniers. L'entrée en vigueur de ce texte est soumise à signature et ratification des États mais d'ores et déjà, le moment est salué comme historique par de nombreux acteurs, à l'instar d'Amnesty International qui se félicite de ce que "les Nations unies [aient fait] sortir les droits économiques, sociaux et culturels de la guerre froide".

C'est indéniablement une démarche pleinement universaliste qui a inspiré la rédaction finale du texte, aussi bien en ce qui concerne les droits susceptibles d'être invoqués, les personnes habilitées à saisir le CODESC, les États devant répondre de leurs actes que l'étendue du contrôle effectué.

L'universalité des droits protégés, tout d'abord, résulte de ce que l'ensemble des droits énoncés par le PIDESC ont vocation à bénéficier de cette protection. L'option de droits dont l'invocabilité serait "à la carte", un temps défendue, a laissé la place à une approche universaliste, s'alignant de la sorte sur les autres mécanismes de contrôle du respect des traités onusiens (PIDCP, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, etc.) qui ne distinguent pas en leur sein quels droits sont invocables et lesquels ne le sont pas.

L'universalité des victimes, ensuite, est garantie par le mécanisme de l'article 2 du protocole, lequel prévoit que des plaintes peuvent être présentées "par des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un État partie, qui affirment être victimes d'une violation par cet État partie d'un des droits économiques, sociaux et culturels énoncés dans le Pacte". Or, comme le remarque un commentateur, si la possibilité

2, novembre 2008, pp. 1-14; C. Mahon, "Progress at the front: the draft optional protocol to the International Covenant on economic, social and cultural rights", *Human Rights Law Review*, 8:4, 2008, pp. 617-646.

57. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/624/88/PDF/N0862488.pdf?OpenElement>.

pour un groupe de saisir le CODESC était assez prévisible au regard des règles de saisine du Comité des Droits de l'homme en matière de droits civils et politiques, en revanche la possibilité de porter plainte *au nom* d'individus ou de groupes d'individus est une avancée significative⁵⁸ qui devrait faciliter la représentation des plus démunis par l'intermédiaire d'ONG.

L'universalité de la sanction des violations, en troisième lieu, est peut-être l'aspect le moins garanti du texte. Le protocole prévoit que les victimes doivent relever de la juridiction de l'État responsable de la violation et que cet État doit être partie non seulement au PIDESC mais aussi au protocole additionnel, ce qui exclut, *a priori*, la possibilité d'attirer devant le CODESC des États tiers, même si ceux-ci violent les droits protégés en dehors de leurs territoires. En pratique toutefois, la jurisprudence du Comité des Droits de l'homme⁵⁹ ou de la Cour internationale de justice⁶⁰ démontre qu'il est possible de tenir des États responsables de la violation des droits fondamentaux de personnes vivant en dehors de leur territoire. Le CODESC pourrait adopter une interprétation compréhensive et accepter les plaintes contre ces États tiers, pour autant que ceux-ci soient des États parties au protocole facultatif se rapportant au PIDESC. En d'autres termes, tout dépendra ici du nombre de ratifications dont bénéficiera ce protocole. Car si son entrée en vigueur est conditionnée à 10 signatures, son effectivité en suppose bien davantage...

L'universalité du contrôle, en quatrième et dernier lieu, a vocation à être assurée par une disposition originale résultant de l'article 8 § 4 du protocole, qui prévoit que le CODESC, pour déterminer si un droit a été violé, devra considérer le caractère *raisonnable* des mesures prises par l'État en vertu de l'article 2 § 1 du PIDESC, tout en ayant à l'esprit que l'État partie peut adopter une variété de mesures pour mettre en oeuvre les droits consacrés. L'analyse se déplace ici vers le contenu du droit protégé et rappelle la particularité des droits sociaux souvent mise en avant: celle d'une éventuelle contingence, qui minorerait leur universalité.

58. C. Golay, "Le protocole facultatif...", p. 6.

59. Cf. notamment Com. Droits homme, Observations finales, Israël, CCPR/CO/78/ISR, 21 août 2003, par. 11.

60. CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, par. 109-113. Voir également CODESC, Observations finales, Israël, E/C.12/1/Add.90, 26 juin 2003, par. 15 et 31.

B. Universalité *versus* relativité du droit à la protection sociale

Une des objections majeures faites à l'universalité des droits sociaux tient à la contingence qui les caractériserait et qui proviendrait du régime de réalisation progressive auquel ils sont soumis. Ce régime de réalisation progressive, prévu à l'article 2 du PIDESC, est d'autant plus notable qu'il contraste avec les stipulations du PIDCP, prévoyant que toutes ses dispositions sont immédiatement applicables⁶¹: en somme, si les droits civils sont proclamés d'application immédiate, les droits sociaux voient, quant à eux, leur réalisation subordonnée à l'amélioration progressive des ressources collectives. Or, la clause de progressivité dans la réalisation des droits sociaux a pu être interprétée par certains États signataires comme les déliant de toute obligation de réalisation tangible, en renvoyant à des lendemains meilleurs la mise en oeuvre – coûteuse – des droits sociaux. En d'autres termes, la progressivité s'est transformée en conditionnalité, puis en optionnalité... Un raisonnement circulaire a alors pu s'enclencher: contingents et conditionnés par des ressources étatiques inégales, les droits sociaux ne peuvent prétendre à l'universalité, le déni de leur universalité renforçant leur fragilité et leur contingence.

Une telle dérive interprétative a été clairement combattue par le CODESC, selon qui "la principale obligation qui incombe aux États parties au regard du Pacte est de donner effet aux droits qui y sont reconnus. En exigeant des gouvernements qu'ils s'en acquittent "par tous les moyens appropriés", le Pacte adopte une démarche ouverte et souple qui permet de tenir compte des particularités des systèmes

61. Selon la formule de l'article 2 du PIDCP: "1. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. 2. Les États parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur." La différence de rédaction avec l'article 2 du PIDESC est d'autant plus notable: "Chacun des États parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives."

juridiques et administratifs de chaque État ainsi que d'autres considérations importantes. Mais cette souplesse va de pair avec l'obligation qu'a chaque État partie d'utiliser tous les moyens dont il dispose pour donner effet aux droits consacrés dans le Pacte⁶².

1. La délimitation des obligations étatiques en matière de respect des droits sociaux

Différentes analyses, de type académique⁶³ comme institutionnel⁶⁴, ont proposé de dépasser la distinction entre la réalisation des droits civils qui nécessiterait une abstention des pouvoirs publics et celle des droits sociaux qui supposerait une intervention active de ces derniers, en réalité, tous les droits imposent aux États une triple obligation: obligation de *respecter* les droits, ce qui suppose la mise en oeuvre de politiques et de réglementations respectueuses des droits; obligation de *protéger*, notamment contre les atteintes commises par les tiers; obligation de *mettre en oeuvre*, ensuite. Or, c'est sur ce dernier point seulement que différerait l'étendue des obligations au regard de la nature des droits en cause: la mise en oeuvre des droits sociaux étant conditionnée par une "clause du possible". L'État doit tout mettre en oeuvre, notamment le "maximum des ressources disponibles", pour garantir le plus tôt possible l'intégralité des droits sociaux. Et encore, la contingence dans la mise en oeuvre des droits sociaux résultant de cette progressivité n'estelle pas absolue. En effet, selon le Comité onusien, le Pacte de 1966 garantit le respect d'un noyau dur ("*core content*"⁶⁵) de chaque droit qui doit être garanti quelles que soient les ressources financières des États. En effet, le Comité "est d'avis que chaque État partie a l'obligation fondamentale minimum d'assurer,

62. CDESC, Observation générale n° 9, Application du Pacte au niveau national, E/C.12/1998/24, 3 décembre 1998, § 1.

63. Voir, par exemple, G. J. H. Van Hoof, "The legal nature of economic, social and cultural rights: A rebuttal of some traditional views", in *The right to food*, Ph. Alston et K. Tomasevski (dir.), Utrecht, SIM, 1984, p. 97; O. De Schutter, "Les générations des Droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection: les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux", in *Juger les droits sociaux*, OMIJ (dir.), Limoges, PULIM, 2004, p. 13.

64. Voir, par exemple, CDESC, Observation générale n° 12, Droit à une alimentation suffisante, 12 mai 1999, E/C.12/1999/5, p. 5, § 15.

65. Sur cette notion malaisée à définir, voir K. G. Young, "The minimum core of economic and social rights: a concept in search of content", *Yale J. Int'l Law*, vol. 33, 2008, pp. 113-175.

au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits. Ainsi, un État partie dans lequel, par exemple, nombreuses sont les personnes qui manquent de l'essentiel, qu'il s'agisse de nourriture, de soins de santé primaires, de logement ou d'enseignement, est un État qui, à première vue, néglige les obligations qui lui incombent en vertu du Pacte. Le Pacte serait largement dépourvu de sa raison d'être si de sa lecture ne ressortait pas cette obligation fondamentale minimum. De la même façon, il convient de noter que, pour déterminer si un État s'acquitte de ses obligations fondamentales minimum, il faut tenir compte des contraintes qui pèsent sur le pays considéré en matière de ressources [...]. Pour qu'un État 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 minimum⁶⁶. La clause de progressivité a une portée d'autant plus limitée que le CoDES a dégagé différents critères pour examiner les efforts fournis par les États pour s'acquitter de leurs obligations. Quatre caractéristiques notamment sont utilisées: examen de la *dotation*, c'est-à-dire la mise à disposition de ressources suffisantes; de l'*acceptabilité* par les usagers; de l'*adaptabilité*, au sens où la mise à disposition des ressources doit s'effectuer de telle sorte qu'elle s'adapte aux changements sociaux et, enfin, examen de l'*accessibilité*, ce qui implique l'absence de discrimination, qu'elle soit physique, culturelle ou économique.

L'utilisation combinée de ces différentes grilles d'analyse permet au CODESC de passer au crible les situations nationales et de donner aux différents droits garantis par le PIDESC un contenu et un régime d'une grande précision et exhaustivité. Parmi de nombreux exemples⁶⁷, le rapport sur le droit à la Sécurité sociale⁶⁸ est d'autant plus emblématique qu'il porte sur la garantie d'un droit supposant la mise en oeuvre, nécessairement complexe et étalée dans le temps, d'un système de protection sociale abouti. Or, le Comité, après avoir

66. CDESC, Observation générale n° 2, § 10.

67. Voir, par exemple, sur le droit à une nourriture suffisante (art. 11, Observation générale n° 12, E/C.12/1999/5, 12 mai 1999); droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12, Observation générale n° 14, E/C.12/2000/4, 11 août 2000); droit au travail (art. 6, Observation générale n° 18, E/C.12/GC/18, 6 février 2006).

68. Art. 9 du Pacte, Observation générale n° 19, E/C.12/GC/19, 4 février 2008.

détaillé le contenu normatif du droit à la Sécurité sociale, les risques à couvrir, les conditions d'accessibilité et d'adéquation du système, précise exactement les obligations à la charge des États. Il rappelle ainsi que "le Pacte prévoit la réalisation progressive des droits qui y sont énoncés et prend en considération les contraintes dues à la limitation des ressources disponibles, mais il n'en impose pas moins aux États parties diverses obligations avec effet immédiat. Les États parties ont des obligations immédiates au regard du droit à la Sécurité sociale, notamment: de garantir son exercice sans discrimination d'aucune sorte (art. 2, § 2), d'assurer l'égalité de droits des hommes et des femmes (art. 3) et de prendre des dispositions (visant) au plein exercice du droit à la Sécurité sociale [...]. Le Comité est conscient que la réalisation du droit à la Sécurité sociale a des incidences financières considérables pour les États parties, mais il note que l'importance fondamentale que revêt la Sécurité sociale pour la dignité humaine et la reconnaissance juridique de ce droit par les États parties signifient qu'il devrait faire l'objet d'une attention prioritaire dans la législation et les politiques"⁶⁹. Le rappel de l'importance de la Sécurité sociale permet au comité de refuser toute mesure de régression sociale et de détailler le contenu concret des obligations incombant aux États. Ainsi, "l'obligation de respecter" interdit aux États de restreindre directement ou indirectement l'exercice du droit à la Sécurité sociale⁷⁰. "L'obligation de protéger" requiert des États parties qu'ils empêchent des tiers (individus, groupes ou entreprises) d'entraver de quelque manière que ce soit l'exercice du droit à la Sécurité sociale, en agissant, par exemple, contre le travail clandestin ou des conditions d'affiliations déraisonnables⁷¹. Enfin, "l'obligation de mettre en

69. *Ibid.*, § 40-41.

70. *Ibid.*, § 44: "L'État partie est notamment tenu de s'abstenir de se livrer à une quelconque pratique ou activité consistant, par exemple: à refuser ou restreindre l'accès sur un pied d'égalité à un régime de Sécurité sociale adéquat; à s'immiscer arbitrairement ou déraisonnablement dans des dispositifs personnels, coutumiers ou traditionnels de Sécurité sociale; à s'immiscer de manière arbitraire ou déraisonnable dans les activités d'institutions mises en place par des particuliers ou des entreprises pour fournir des prestations de Sécurité sociale."

71. *Ibid.*, § 45-46, et plus précisément § 46: "Lorsque les régimes de Sécurité sociale, contributifs ou non, sont gérés ou contrôlés par des tiers, l'État partie conserve la responsabilité d'administrer le système national de Sécurité sociale et de veiller à ce que les acteurs privés ne compromettent pas l'accès dans des conditions d'égalité à un système de Sécurité sociale adéquat et abordable. Pour prévenir ce type de violation, il faut mettre en place un système d'encadrement efficace comprenant

oeuvre" impose aux États d'adopter un régime de Sécurité sociale, et d'en promouvoir l'accessibilité. "L'obligation de faciliter" requiert de l'État qu'il prenne des mesures positives, notamment en veillant à ce que le système de Sécurité sociale soit adéquat et accessible à tous, et qu'il couvre les risques et aléas sociaux. "L'obligation de promouvoir" requiert de l'État qu'il prenne des dispositions pour veiller à ce que l'accès aux régimes de Sécurité sociale fasse l'objet d'une information et d'une sensibilisation appropriées en particulier en direction des groupes vulnérables. Enfin, les États sont aussi tenus d'assurer l'exercice du droit à la Sécurité sociale quand des individus ou groupes sont particulièrement exposés, en instituant des régimes non contributifs ou d'autres mesures d'assistance sociale pour aider les individus et les groupes incapables de verser des cotisations suffisantes pour assurer leur propre protection (par exemple en cas de situations d'urgence, de catastrophes naturelles, de conflits armés...)⁷². Le comité prend soin de délimiter le contenu du noyau dur du droit à la Sécurité sociale, auquel les États ne sauraient déroger, quel que soit leur niveau de ressources⁷³. Il rappelle que, "pour qu'un

une législation cadre, un contrôle indépendant, une participation véritable de la population et l'imposition de sanctions en cas d'infraction."

72. *Ibid.*, § 47-51; le comité ajoute: "Il importe que les régimes de Sécurité sociale couvrent les groupes défavorisés et marginalisés, même si les moyens de financement de la Sécurité sociale sont limités qu'ils proviennent de recettes fiscales ou des cotisations des bénéficiaires. Des régimes parallèles et des régimes à faibles coûts pourraient être mis au point en vue de couvrir immédiatement ceux qui n'ont pas accès à la Sécurité sociale, même si l'objectif devrait être d'intégrer ces personnes dans les systèmes ordinaires de Sécurité sociale. Des politiques et un cadre législatif pourraient être adoptés en vue de la couverture progressive des personnes travaillant dans le secteur informel ou des personnes qui sont privées de l'accès à la Sécurité sociale pour d'autres raisons."

73. *Ibid.*, art. 59- a) D'assurer l'accès à un régime de Sécurité sociale qui garantisse, au minimum, à l'ensemble des personnes et des familles un niveau essentiel de prestations, qui leur permette de bénéficier au moins des soins de santé essentiels, d'un hébergement et d'un logement de base, de l'approvisionnement en eau et de l'assainissement, de denrées alimentaires et des formes les plus élémentaires d'enseignement. Si un État partie ne peut, au maximum de ses ressources disponibles, assurer ce niveau minimum contre tous les risques et aléas, le Comité lui recommande de sélectionner, après avoir procédé à des consultations élargies, un ensemble fondamental de risques et d'aléas sociaux; b) De garantir le droit d'accès aux systèmes ou régimes de Sécurité sociale sans discrimination, notamment pour les individus et les groupes défavorisés et marginalisés; c) De respecter les régimes de Sécurité sociale existants et de les préserver de toute interférence déraisonnable; d) D'adopter et d'appliquer, au niveau national, une stratégie et un plan d'action pour la Sécurité sociale; e) De prendre des mesures ciblées en vue de la mise en

État partie puisse imputer au manque de ressources le fait qu'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 à sa disposition aux fins de remplir, à titre prioritaire, ces obligations minimales⁷⁴. Enfin, pour déterminer si les États se sont acquittés de "l'obligation de prendre des mesures", le Comité doit préciser si l'application est raisonnable ou proportionnée au regard de la réalisation des droits, si elle est conforme aux Droits de l'homme et aux principes démocratiques, et si elle est soumise à un mécanisme approprié de surveillance et de responsabilité⁷⁵.

On mesure dès lors l'importance du cadre conceptuel dans lequel le CODESC a inscrit son contrôle: loin de faire du droit à la protection sociale un idéal dont la réalisation serait incertaine car très nettement relative et contingente, conditionnée par une bonne volonté étatique et une bonne santé économique, le Comité a défini le contenu d'un droit dont l'universalité de la réalisation se mesure à l'aide de standards normatifs précis. En ce sens, le mode de contrôle retenu par le CODESC n'est pas sans rappeler celui du Comité européen des droits sociaux.

2. Le contrôle du caractère raisonnable des mesures de mise en oeuvre

Le parallèle entre l'interprétation du PIDESC par le CODESC et celle de la Charte sociale européenne par le Comité européen des droits sociaux ne peut manquer d'être souligné. La communauté d'inspiration et de méthode est évidente⁷⁶ et pourrait être encore renforcée par les dispositions de l'article 8-3 du protocole additionnel, lequel prévoit que "lorsqu'il examine une communication présentée en vertu du présent protocole, le Comité peut consulter, selon qu'il conviendra, la documentation pertinente émanant d'autres organes ou institutions spécialisées, fonds, programmes et mécanismes des

oeuvre des régimes de Sécurité sociale, en particulier de ceux destinés à protéger les individus et les groupes défavorisés et marginalisés; f) De contrôler dans quelle mesure le droit à la Sécurité sociale est réalisé ou ne l'est pas.

74. *Ibid.*, § 60; voir l'Observation générale no 3, par. 10.

75. *Ibid.*, § 63.

76. Le CEDS déclare, par exemple, attacher une grande importance aux observations générales du Comité des Nations unies ou encore, "suivre avec intérêt" les travaux des rapporteurs spéciaux (*Fédération des associations nationales de travail avec les sans-abri (FEANTSA) c. France*, récl. coll. n° 39/2006, 4 février 2008, § 67).

Nations unies et d'autres organisations internationales, y compris des systèmes régionaux des Droits de l'homme, et toute observation ou commentaire de l'État partie concerné”.

La référence à l'oeuvre doctrinale du Comité européen des droits sociaux pourrait à ce titre servir de guide au CODESC dans la définition du “caractère raisonnable” des mesures étatiques pour la protection des droits sociaux. En effet, cette notion de “raisonnabilité” est au coeur de l'analyse du Comité européen des droits sociaux. Celui-ci rappelle que “la jouissance effective de certains droits fondamentaux suppose une intervention positive de l'État, qui doit prendre les mesures juridiques et pratiques qui s'avèrent nécessaires et qui répondent à l'objectif de protéger efficacement le droit en question. Les États disposent d'une marge d'appréciation pour déterminer ce qu'il y a lieu de faire afin d'assurer le respect de la Charte, en particulier pour ce qui concerne l'équilibre à ménager entre l'intérêt général et l'intérêt d'un groupe spécifique, ainsi que les choix à faire en termes de priorités de ressources⁷⁷. Toutefois, le Comité vérifie l'adéquation à la situation sociale des mesures prises par l'État. En particulier, “le Comité considère tout d'abord que les autorités nationales sont le mieux placées pour évaluer les besoins existants dans leur pays [...], et qu'il ne lui revient pas de se substituer à elles pour apprécier en quoi pourrait consister la politique optimale au regard de la situation. Néanmoins, [...] les mesures prises doivent remplir les trois critères suivants: une échéance raisonnable, des progrès mesurables et un financement utilisant au mieux les ressources qu'il est possible de mobiliser”⁷⁸. Le Comité européen utilise pour ce faire toute une batterie de critères lui permettant de passer en revue l'ensemble de la réglementation nationale.

Ainsi, par exemple, au titre de l'examen du respect de l'article 13 de la Charte sociale européenne, qui garantit à toute personne démunie de ressources suffisantes le droit à une assistance sociale et médicale⁷⁹. Ce faisant, le texte européen rompt avec la conception traditionnelle de l'assistance qui se confond avec le devoir moral de charité: “il ne s'agit plus pour les [États] d'une simple faculté d'accorder l'assistance, dont elles pourraient faire usage de manière discrétionnaire, mais d'une obligation dont le respect peut être

77. CEDS, *Centre européen des droits des Roms c. Bulgarie*, 18 octobre 2006, récl. coll. n° 31/2005.

78. *Ibid.*

79. CEDS, *Digest de jurisprudence*, septembre 2008, pp. 96-104.

réclamé devant les tribunaux⁸⁰. Pour délimiter Sécurité sociale et assistance sociale, garanties par des dispositions distinctes de la Charte, le Comité se réfère aux finalités de chaque prestation et à leur condition d'attribution. Ainsi, il considère que relèvent de l'assistance sociale les prestations pour lesquelles le besoin individuel constitue le critère essentiel d'attribution sans qu'il n'existe aucune exigence d'affiliation à un quelconque organisme de Sécurité sociale destiné à couvrir un risque particulier, ni aucune condition d'activité professionnelle ou de versement de cotisations. Le Comité vérifie d'abord l'universalité du système d'assistance: celle-ci est acquise dès lors que les prestations sont versées à "toute personne" du seul fait de sa situation de besoin. Cela n'empêche pas que des prestations spécifiques soient prévues pour des catégories plus vulnérables de la population pourvu que les personnes n'appartenant pas à ces catégories aient droit à une assistance appropriée⁸¹. De la même manière, une limite d'âge minimum peut être mise à l'octroi de prestations à condition que le dispositif assure aux jeunes qui n'atteignent pas cette limite d'âge une assistance appropriée⁸². Enfin, précision utile dans un contexte de développement des politiques de *workfare*⁸³, le Comité considère que l'établissement d'un lien entre l'assistance sociale et la volonté de chercher un emploi ou de suivre une formation professionnelle est conforme à la Charte, dans la mesure où de telles conditions sont raisonnables et cohérentes avec l'objectif poursuivi, à savoir trouver une solution durable aux difficultés de l'individu. Le fait de réduire ou de suspendre les prestations d'assistance sociale ne peut être conforme à la Charte que si cela ne prive pas la personne concernée de moyens de subsistance⁸⁴. Le Comité vérifie

80. Conclusions I, Observation interprétative de l'article 13, pp. 64-65.

81. Conclusions X-2, Espagne, pp. 122-123; Conclusions XIII-4, Observation interprétative de l'article 13, pp. 58-67.

82. Conclusions XV-1, France, pp. 279-287.

83. A. Aust et A. Arriba, "Towards Activation ? Social Assistance Reforms and Discourses", in *Ideas and Welfare State Reform in Western Europe*, P. Taylor-Gooby (dir.), Londres, Palgrave MacMillan, 2005, p. 108; I. Lodemel et H. Trickey (dir.), *An offer You can't Refuse: Workfare in International perspective*, Bristol, Policy Press, 2001; S. Morel, *Les logiques de la réciprocité*, Paris, PUF, 2000; J. Peck, *Workfare States*, New York, Guilford Press, 2001; D. Roman, "Devoir de travailler et protection sociale: d'une problématique de la dette sociale à la question des "devoirs sociaux", *RDSS*, n° 1, 2009, pp. 63-78.

84. Conclusions XIV-1, Observation interprétative de l'article 13, pp. 52-58; Conclusions 2006, Estonie, p. 210.

ensuite le caractère approprié de l'assistance. L'obligation de fournir l'assistance existe dès qu'une personne est dans le besoin, c'est-à-dire ne peut se procurer des "ressources suffisantes". Il s'agit des ressources nécessaires pour mener une vie décente et "répondre de manière appropriée aux besoins élémentaires"⁸⁵. L'assistance sociale doit être octroyée tant que dure la situation de besoin. L'assistance doit être "appropriée" c'est-à-dire permettre de mener une vie décente et de couvrir les besoins essentiels de l'individu. Afin d'évaluer le niveau de l'assistance, le Comité tient compte des prestations de base, des prestations supplémentaires et du seuil de pauvreté dans le pays, fixé à 50 % du revenu médian ajusté et calculé sur la base du seuil de risque de pauvreté par Eurostat. Le Comité considère que l'assistance est appropriée quand le montant mensuel des prestations d'assistance versé à une personne vivant seule n'est manifestement pas inférieur au seuil de pauvreté⁸⁶. On mesure ici l'impact des outils économiques d'aide à l'évaluation, comme l'indicateur du développement humain⁸⁷, qui permettent de renforcer l'universalité des droits en leur donnant un contenu adapté au contexte social et culturel⁸⁸. Car même si les critères d'appréciation du respect peuvent

85. Conclusions XIII-4, Observation interprétative de l'article 13, pp. 58-67; Conclusions XIV-1, Portugal, p. 715.

86. Conclusions 2004, Lituanie, p. 394.

87. L'indicateur du développement humain repose sur la prise en compte de trois aspects essentiels: vivre longtemps et en bonne santé, avoir accès à l'éducation et à l'instruction, bénéficier d'un niveau de vie correct.

88. La question de la décence du logement peut fournir un autre exemple: le droit français définit précisément les critères de décence d'un logement (décret n° 2002-120 du 30 janvier 2002 relatif aux caractéristiques du logement décent pris pour l'application de l'article 187 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains), ce qui inclut, par exemple, des exigences quant au chauffage, à l'installation sanitaire et électrique, etc. La décence du logement ainsi définie ne se retrouve pas à l'identique dans des pays en développement. Ainsi, par exemple, l'association PhilRights a procédé à une enquête auprès de la population philippine pour définir ce que recouvre pour elle le "droit à un logement décent" au regard de ses besoins et du contexte local. Il en ressort que, "aux Philippines, un logement décent ce sera, pour une famille de quatre à six personnes, 50 m², une porte d'entrée, une fenêtre, une salle de bains, le tout à proximité d'une école" (Source: P. Jobert, "Droits économiques, sociaux et culturels: ne pas rater le bus!", *Les cahiers de la solidarité*, juillet 2003, p. 16, www.crid.asso.fr/IMG/pdf/cahier17_fsmtextes.pdf). Toutefois, les adaptations locales n'excluent pas la reconnaissance de standards internationaux. Pour le cas du Conseil de l'Europe, le Comité européen des droits sociaux considère ainsi que la Charte sociale garantit "à chacun un logement d'un niveau suffisant, ce qui signifie un logement salubre

varier dans leur mise en oeuvre nationale, en revanche l'universalité de l'aspiration *et* du droit est certaine. Enfin, le Comité s'assure en dernier lieu de l'existence de recours garantis par la loi⁸⁹. Pour le reste, le comité se garde de prescrire plus précisément la forme que doit revêtir l'assistance sociale. Il peut donc s'agir de prestations en espèces ou de prestations en nature. S'il a constaté "qu'une garantie de ressources a été instituée sous différentes formes dans une majorité des [États ayant ratifié la Charte]"⁹⁰, il n'a pas fait de l'instauration d'un système de garantie de ressources une condition de conformité à l'article 13 § 1. Cependant, la situation de tous les États qui n'ont pas institué de système général de garantie de ressources a été jugée non conforme au motif que leur système d'assistance ne couvre pas toute la population⁹¹.

On mesure, à l'aune de ces exemples, la précision et l'exhaustivité des contrôles effectués par les deux comités, onusien et européen. La garantie des droits sociaux peut juridiquement être conçue avec le même souci d'effectivité et d'universalité que pour les droits civils. La batterie de tests utilisés par le CODESC et le CEDS en témoignent. Reste la question essentielle, qu'une réflexion sur l'universalité des droits sociaux ne peut occulter mais à laquelle une analyse juridique n'est peut-être pas la plus à même de répondre: la proclamation de droits sociaux et leur sanction par le juge permettent-elles d'assurer pleinement leur effectivité⁹² ou la réalisation d'une réelle protection sociale ne passe-t-elle pas par d'autres voies, sociales et politiques, avant d'être contentieuse?

– c'est-à-dire disposant de tous les éléments de confort essentiels: eau, chauffage, évacuation des ordures ménagères, installations sanitaires, électricité – présentant des structures saines, non surpeuplée et assorti d'une garantie légale de maintien dans les lieux" (CEDS, *Fédération des associations nationales de travail avec les sans-abri (FEANTSA) c. France*, récl. coll. n° 39/2006, 4 février 2008, § 76).

89. Conclusions I, Observation interprétative de l'article 13, p. 64.

90. Conclusions XIII-4, Observation interprétative de l'article 13 § 1, pp. 58-61.

91. Conclusions 2006, Moldova, p. 605.

92. Pour deux approches critiques mais constructives, voir M. Borgetto, "L'accès aux droits sociaux: quelle effectivité ?", in *Droit et pauvreté*, P. Du Cheyron et D. Gelot (dir.), Contributions issues du séminaire ONPES-DREES-MiRe, 2007, pp. 105-125; D. M. Davis, "Socio-economic rights: do they deliver the goods ?", *Int. J. of constitutional law*, vol. 6, n° 3-4, 2008, pp. 687-711.



L'INDIVISIBILITE DES DROITS DE L'HOMME

Marie-Joëlle Redor-Fichot

Professeure de Droit Public à l'Université de Caen Basse-Normandie,
Centre de Recherche sur les Droits Fondamentaux et les Évolutions du Droit (CRDFED).

1. INTRODUCTION

“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.” Partant de cette considération énoncée dans son préambule, la DUDH proclame à la fois, et dans cet ordre, des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels comme “idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations”. La Déclaration universelle est ainsi le premier instrument international à affirmer clairement dans le même texte le nécessaire respect des droits économiques, sociaux et culturels et des droits civils et politiques. Mais les conditions d'élaboration de la Déclaration et les suites qui lui furent données montrent la fragilité d'une construction fondée sur le compromis. Comme le souligne René Cassin, les difficultés rencontrées par la Commission des Droits de l'homme pour insérer les droits économiques, sociaux et culturels à une place et dans des termes jugés acceptables par tous les participants ont débouché sur un compromis consistant “à marquer dans un texte-chapeau (*umbrella*) devenu l'article 22, les caractères communs à l'ensemble des droits économiques, sociaux et culturels énumérés par la suite, et qui les distinguent de ceux précédemment énumérés, à savoir que leur satisfaction est en lien avec l'organisation, en dépendance des ressources de chaque pays et de la coopération internationale pouvant seconder et stimuler l'effort national”¹. Derrière l'unité apparente des Droits de l'homme, surgit donc une certaine hétérogénéité quant à leur possibilité de réalisation,

1. R. Cassin, “La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des Droits de l'homme”, *RCADI*, t. 79, n° II, 1951, pp. 241-367 (275).

hétérogénéité que les années suivantes semblent avoir confirmée. Premier pilier d'un triptyque, la Déclaration devait en effet être complétée par un Pacte des Droits de l'homme et par des mesures d'application. Or, ce sont finalement deux Pactes qui ont été élaborés après des années de tergiversations, l'un consacré aux droits civils et politiques, l'autre aux droits économiques, sociaux et culturels, chacun de ces Pactes étant assorti d'un mécanisme de contrôle différent et beaucoup moins contraignant s'agissant du second. Cette solution de la pluralité des Pactes pouvait d'ailleurs s'autoriser du précédent européen opposant, d'un côté, la Convention européenne des Droits de l'homme et, de l'autre, la Charte sociale européenne de Turin. Le système finalement mis en place tant au niveau international qu'au niveau européen tend ainsi davantage à opposer différentes catégories de droits qu'à en souligner l'unité et l'interdépendance pourtant solennellement proclamées et réclamées en 1950 à une forte majorité par l'Assemblée générale des Nations unies².

À l'origine des difficultés d'élaboration de la Déclaration et des Pactes, on trouve essentiellement des oppositions idéologiques aggravées ultérieurement par la guerre froide et mettant aux prises, d'un côté, les partisans d'une inscription de droits économiques qui imposeraient des devoirs très précis aux États et des restrictions aux droits civils et politiques, et, de l'autre, les délégations peu favorables à des droits dont la réalisation pourrait impliquer des transformations sociales profondes et des efforts financiers importants. Associée par certains à la dictature soviétique et desservie par elle, la promotion des droits économiques, sociaux et culturels est ainsi restée au second plan, faisant de ces droits les parents pauvres dans la grande famille des Droits de l'homme. Dès lors, il semble que les Nations unies ont échoué dans leur affirmation de l'indivisibilité des Droits de l'homme³, et que c'est la thèse de leur dichotomie qui l'a, au

2. Résolution 421 du 4 décembre 1950 citée dans *ibid.*, p. 302: "Considérant que la Déclaration universelle envisage l'homme comme une personne à laquelle appartiennent indubitablement des libertés civiques et politiques, ainsi que des droits économiques, sociaux et culturels; Considérant que la jouissance des libertés civiques et politiques et celle des droits économiques, sociaux et culturels sont liées entre elles et se conditionnent mutuellement; Considérant que l'homme privé des droits économiques, sociaux et culturels ne représente pas cette personne humaine que la Déclaration universelle envisage comme l'idéal de l'homme libre."

3. Affirmation réitérée par la Déclaration de Vienne du 25 juin 1993 ("tous les Droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement

bout du compte, emporté. Soutenue par les libéraux, la thèse de la dichotomie consiste en effet à opposer radicalement différentes catégories de droits tant par leur nature que par leur régime juridique: les droits économiques et sociaux seraient, contrairement aux droits civils, des droits à prestation non directement justiciables; il s'agirait de droits secondaires comme en attesterait d'ailleurs la chronologie de la proclamation des droits. Activement relayée par la Cour européenne des Droits de l'homme, la thèse de l'indivisibilité insiste au contraire sur l'interdépendance de tous les droits et milite pour leur commune justiciabilité. L'indivisibilité des droits est en effet une condition de l'effectivité des Droits de l'homme, et partant, de leur universalité (I). Et cette indivisibilité doit se traduire par l'unité de régime juridique, c'est-à-dire notamment par la justiciabilité de tous les droits (II).

II. L'INDIVISIBILITE DES DROITS DE L'HOMME, CONDITION DE LEUR UNIVERSALITE EFFECTIVE

Dans son préambule, la Déclaration universelle des Droits de l'homme insiste sur le nécessaire "respect universel et effectif des Droits de l'homme et des libertés fondamentales" et considère "qu'une conception commune de ces droits et libertés est de la plus haute importance pour remplir pleinement cet engagement". C'est précisément sur ce point qu'ont sans doute achoppé la Déclaration et les rédacteurs des Pactes, confrontés à l'opposition des conceptions libérales et socialistes quant aux droits, mais aussi quant à l'homme qui doit en bénéficier, et surtout quant à l'organisation politique et sociale impliquée par ces proclamations. Lorsque la Déclaration universelle est élaborée, la question des droits économiques et sociaux est en effet une question récurrente et politiquement très connotée. Les revendications en faveur de leur inscription dans les Constitutions et les textes internationaux sont fort anciennes et émanent des mouvements démocrates puis socialistes et marxistes, revendications reprises à son compte par l'URSS au sein de la Commission des Droits de l'homme. Au-delà des nécessités stratégiques impliquant d'associer tous les États dans la rédaction d'une Déclaration qui se veut universelle, les membres du Comité de rédaction ont tenté de transcender des conceptions opposées, mais le résultat semble davantage consister en une juxtaposition

liés").

de droits que dans l'affirmation de leur interdépendance. Pourtant, l'indivisibilité des droits est une condition de leur effective universalité non seulement parce que la prise en compte des droits économiques, sociaux, culturels, voire environnementaux est aussi nécessaire que celle des droits civils et politiques à la liberté de tous les individus, mais aussi parce que tous les droits ont une dimension économique, sociale, culturelle impliquant des devoirs pour les États et les individus, et qui seuls en permettent l'effectivité. En d'autres termes, l'universalité effective des droits impose de prendre en considération la situation concrète des individus et met en évidence l'interdépendance de tous les droits qu'ils soient civils, politiques, économiques, sociaux, culturels ou environnementaux.

A. Des droits tous également nécessaires

Fondé sur la conception libérale d'un individu abstrait titulaire en tant que tel de droits naturels, l'universalisme de 1789 bénéficiait certes potentiellement à tous, mais il ne concernait que les droits civils et politiques nécessaires au haut tiers état dans sa conquête du pouvoir contre l'absolutisme monarchique et le système des privilèges. L'individu abstrait de 1789, l'être générique de la Déclaration des droits n'est en réalité qu'un individu bien particulier appartenant au haut tiers état et n'énonçant que les droits qui lui manquent. Or, cet individu est à l'abri du besoin, son souci principal est de garantir sa liberté contre l'État et de s'émanciper des contraintes que font peser sur lui les corporations. Les autres droits ne le concernent guère. Les membres du bas tiers état (paysans, domestiques...) ont, quant à eux, non seulement besoin des libertés "classiques" (liberté d'agir sans que l'État intervienne pour les en empêcher arbitrairement), mais aussi du droit au travail, à la santé, à l'instruction... Les droits de 1789 sont finalement eux aussi les droits d'un homme situé, d'individus bien concrets, mais seulement de ceux-là érigés en individu générique. À cette conception s'oppose celle des socialistes et des marxistes qui veulent proclamer les droits d'un homme situé dans la société, l'espace et le temps, ce qui les conduit à dénoncer les limites des droits civils et politiques et à réclamer la reconnaissance de droits économiques et sociaux pour tenir compte des besoins des plus pauvres. Entre l'homme générique et l'homme situé, entre l'individu abstrait et les individus concrets, il semble donc y avoir l'espace des droits économiques et sociaux

qui permettent de prendre en considération la situation effective des bénéficiaires des Droits de l'homme. Pour rendre compte des droits civils et politiques d'une part, des droits économiques et sociaux de l'autre, il est ainsi fréquent d'opposer deux conceptions de l'homme: celle de 1789 qui repose sur l'idée d'un homme générique, d'un individu abstrait; celle de 1946 qui se fonde sur la prise en compte d'individus concrets, situés⁴. Il y aurait donc une différence radicale de fondement de chacune de ces catégories de droits. Mais plutôt qu'une opposition de fondement, il s'agit en réalité davantage d'un conflit d'intérêts entre individus selon leur place dans la société. Le droit au logement est vécu comme une menace par le propriétaire; le droit de grève inquiète l'entrepreneur... Derrière l'opposition entre droits civils et politiques, droits économiques, sociaux et culturels, c'est l'opposition des statuts sociaux qui apparaît, reflétant les différences entre individus dans une société de classes. Certes, tous ont en principe les mêmes besoins, mais selon leur situation sociale, certains ont davantage besoin que d'autres que soient proclamés des droits économiques et sociaux, et notamment des droits créances.

Pour transcender les conflits à l'oeuvre entre conceptions et entre États, la Déclaration universelle fonde l'indivisibilité des droits sur la dignité et l'unité de l'homme: selon la résolution 421 de l'Assemblée générale des Nations unies, "la Déclaration universelle des Droits de l'homme envisage l'homme comme une personne à laquelle appartiennent indubitablement des libertés civiles et politiques, ainsi que des droits économiques, sociaux et culturels"⁵. Tous ces droits sont également nécessaires à la dignité de chaque être humain car chaque être humain a des besoins matériels, physiques, spirituels, politiques, sociaux et culturels. Ils ont tous le même fondement, ils sont en outre tous nécessaires, indispensables pour que chacun puisse bénéficier effectivement de tous les droits. Cette conception repose donc sur une vision générique de l'être humain, sur un concept abstrait de la personne humaine, différent cependant de celui qui fonde l'universalisme de la Déclaration de 1789 puisqu'il s'agit cette fois de prendre en compte tous les besoins

4. "Les droits relevant de la recherche d'une plus grande égalité sociale sont d'une autre nature, ils protègent l'homme situé, selon l'expression de Georges Burdeau et non la personne humaine" (B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p. 522).

5. Résolution 421 de l'Assemblée générale des Nations unies du 4 décembre 1950, citée par R. Cassin, "La Déclaration universelle...", p. 302.

de l'être humain. La thèse de l'indivisibilité des Droits de l'homme postule ainsi l'unité de l'homme et des hommes, l'absence de conflit et l'identité des besoins. En ce sens, elle est un idéal dont on ne s'étonne guère qu'il ait du mal à se concrétiser dans une société marchande où domine le conflit des intérêts. Les partisans de la dichotomie des Droits de l'homme se font précisément l'écho de ces conflits lorsqu'ils opposent droits civils et politiques d'une part, droits économiques, sociaux et culturels d'autre part, de manière à minorer l'importance des seconds. Derrière la prétendue différence de nature entre droits soulignée par les libéraux se profilent en réalité des différences d'intérêts entre titulaires des droits.

Comme le rappelle René Cassin, l'un des arguments de la dichotomie des droits défendue par les délégations britannique et américaine au moment de l'élaboration des Pactes réside dans une prétendue hiérarchie entre les droits, alors qu'au contraire, "il n'y a pas de libertés fondamentales de 1re classe et de droits fondamentaux de 2e classe. Aucune hiérarchie n'a été établie par la Déclaration universelle ou ne peut s'induire d'elle. La personnalité de l'homme forme un tout et, pareillement, les droits qui doivent permettre l'épanouissement de cette personnalité forment aussi un tout indivisible"⁶. Les partisans de la dichotomie des droits fondent souvent cette hiérarchie sur la chronologie de leur proclamation laissant ainsi entendre que les droits les plus importants ont été logiquement proclamés les premiers. Or, les premières déclarations concernent les droits civils et politiques, les libertés de l'individu contre le pouvoir politique, ce qui attesterait de leur prééminence sur les droits économiques et sociaux. On trouve un écho de cette conception dans la classification répandue des Droits de l'homme par générations de droits. Cette présentation occulte cependant deux points essentiels qui ruinent l'argumentation de la hiérarchie des droits. Elle oublie d'abord l'ancienneté des revendications pour la reconnaissance de droits économiques et sociaux dont on trouve trace en Angleterre dès le XVIIe siècle lorsque diggers et niveleurs contestent Cromwell⁷, puis en France avec les cahiers de doléances et pendant toute la durée de la Révolution⁸. La Constitution de 1793 inscrit d'ailleurs dans sa Déclaration des droits le droit à l'instruction

6. *Ibid.*

7. Sur cette question, voir O. Lutaud, *Les Niveleurs, Cromwell et la République*, Paris, Julliard, 1967.

8. Ce fut le cas notamment des babouvistes.

et l'obligation d'assistance aux pauvres; celle de 1848 également. Au plan international, les droits sociaux ont été proclamés dès 1919 avec la première charte de l'OIT. La thèse de la dichotomie oublie ensuite que les textes proclamant des droits sont généralement rédigés par ceux qui ont conquis le pouvoir et qu'à ce titre, il s'agit de justifier et de légitimer cette conquête. Les droits civils et politiques sont proclamés les premiers parce que ce sont les droits que réclamait le haut tiers état, mais, à la même époque, les droits économiques et sociaux, l'égalité des hommes et des femmes sont revendiqués comme des droits tout aussi importants; ils ne figurent pas dans les premières déclarations car ceux qui les réclament n'ont pas conquis le pouvoir. Contrairement à ce que prétend la thèse de la dichotomie des Droits de l'homme, les droits civils ne sont donc pas apparus en premier parce que ce seraient les droits les plus importants, les seuls vrais droits en quelque sorte⁹, alors que les droits sociaux seraient "par nature contingents"¹⁰. L'homme n'a pas moins besoin de se loger, se nourrir, protéger sa santé que de s'exprimer, se déplacer ou participer à l'élaboration de la loi. En outre, la chronologie n'engendre par elle-même aucune hiérarchie ni dans un sens ni dans un autre: l'apparition récente des droits environnementaux ne signifie pas leur moindre importance, elle correspond simplement à l'émergence de nouveaux dangers à l'encontre desquels il est indispensable de se

9. Certains de ces droits économiques vont d'ailleurs figurer dans la Déclaration des droits de 1789, ceux dont le haut tiers état a besoin pour se libérer des corporations et des privilèges: le droit de propriété, la liberté d'entreprendre à travers la proclamation de la liberté individuelle. Ces droits qui appartiennent à tout homme ne sont pas destinés alors à profiter effectivement à tous. Il en va de même des Chartes anglaises dans lesquelles les féodaux ont inséré des revendications économiques telles que la suppression de taxes.

10. B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, p. 520.

prémunir¹¹; inversement, les droits de la “première génération” ne constituent pas la préhistoire des Droits de l’homme¹².

Guidés par le souci de rédiger une déclaration acceptable par tous et de proclamer des droits universels susceptibles d’être revendiqués par tout individu dans le monde, les rédacteurs de la Déclaration de 1948 ont donc reconstruit un être générique et insisté sur la complémentarité des droits. L’universalisme des Droits de l’homme suppose en effet de prendre en considération l’être humain dans sa totalité et d’admettre que les droits sociaux ne sont ni plus ni moins nécessaires que les droits civils. Il ne s’agit pas d’ajouter de “nouveaux” droits, mais de reconnaître que tous ces droits sont partout également nécessaires. Complémentaires, les Droits de l’homme sont aussi interdépendants dès lors que l’on s’attache à leur effectivité. Cela signifie implicitement que le respect effectif des droits économiques, sociaux et culturels ne peut s’accommoder d’une dictature politique, de même que le respect effectif des droits civils et politiques ne peut s’accommoder d’une dictature économique. Telle qu’elle s’est développée depuis 1948, la thèse de l’indivisibilité a mis ainsi en évidence l’interdépendance de tous ces droits.

B. Des droits interdépendants

La thèse de l’indivisibilité des Droits de l’homme trouve sa source dans le souci de l’effective universalité des droits. L’universalité des Droits de l’homme dépend en effet de leur effectivité, et l’effectivité des droits civils et politiques est liée à la prise en considération des conditions économiques et sociales dans lesquelles ces droits sont appelés à s’exercer. Inversement, l’effectivité du droit au travail ou du droit à la santé est liée à la reconnaissance de droits civils, politiques ou environnementaux: comment exercer le droit de grève

11. On peut noter cependant que l’apparition des droits dits de solidarité a fait renaître la querelle de la dichotomie et de l’indivisibilité sous un angle nouveau puisqu’il s’agit cette fois d’opposer cette “troisième génération” de droits aux précédentes par des différences de nature entre les droits et par des différences de titulaires potentiels. Les droits de solidarité seraient ainsi les premiers à impliquer des devoirs que l’humanité imposerait à l’individu, transformant les Droits de l’homme en droits de l’humanité ou des peuples et menaçant ainsi ceux des individus.

12. Sur ce point, et pour une critique de la présentation des droits par générations, voir F. Sudre, *Droit européen et international des Droits de l’homme*, 7^e édition, Paris, PUF, 2005, notamment p. 101.

sans liberté d'expression ? Comment protéger la santé de l'individu sans respect de l'intégrité physique et psychique de la personne, sans prise en compte de l'environnement dans lequel il se situe ? C'est précisément à partir de l'idée d'effectivité des droits garantis par la Convention européenne des Droits de l'homme que la Cour européenne a consacré la dimension économique et sociale des droits civils et politiques dès la fin des années 1970. La Cour énonce ainsi, dans l'arrêt *Airey contre Irlande*¹³, la nécessité de prendre en compte la situation économique de la requérante pour apprécier l'effectivité de son droit au recours. "Nulle cloison étanche ne sépare la sphère des droits économiques et sociaux du domaine de la Convention"¹⁴ nous dit la Cour dans cet arrêt après avoir noté que "la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs"¹⁵. Tout droit a donc une dimension économique et sociale dès lors que l'on s'intéresse à ses conditions concrètes d'exercice, seules susceptibles de leur donner de l'effectivité et du même coup d'en assurer l'effective universalité. L'interdépendance des droits devient dès lors un principe d'interprétation de l'ensemble des Droits de l'homme comme le souligne M.-C. Ponthoreau¹⁶, ce dont le droit constitutionnel français fournit un bon exemple du fait de la nécessaire conciliation de la Déclaration de 1789 et des droits économiques et sociaux de 1946 mentionnés dans le préambule. S'inspirant de la jurisprudence européenne¹⁷, le Conseil constitutionnel a ainsi estimé que la liberté de communication inclut le droit à l'information du public, ce qui permet au législateur de restreindre la liberté d'entreprise de manière à assurer le pluralisme des moyens d'information¹⁸. Il s'agissait ainsi pour le Conseil de prendre en considération les conditions économiques d'exercice de la liberté de communication pour rendre cette dernière effective.

13. CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, série A, n° 32, in *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, 4e édition, F. Sudre et al. (dir.), Paris, PUF, 2007, pp. 18 sq.

14. CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, *ibid.*, considérant 26.

15. *Ibid.*, considérant 24.

16. M.-C. Ponthoreau, "Le principe de l'indivisibilité des droits", *RFDA*, 2003, pp. 928-936.

17. CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, série A, n° 24 et *Sundaytimes c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, série A, n° 30.

18. Conseil constitutionnel, décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Rec.*, p. 78.

La prise en compte de la dimension économique et sociale des droits civils et politiques implique des obligations d'agir pesant sur les pouvoirs publics. La Cour européenne des Droits de l'homme a ainsi développé une jurisprudence très active sur les obligations positives imposées aux États pour le respect effectif des droits reconnus par la Convention, jurisprudence nécessairement relayée au niveau interne, ruinant par là même l'un des arguments des partisans de la dichotomie des droits. Selon ces derniers, en effet, il y aurait une opposition entre les droits civils qui, interdisant à l'État d'intervenir dans la sphère privée de l'individu, se réalisent par l'abstention des pouvoirs publics, et droits économiques et sociaux qui impliquent au contraire l'intervention des pouvoirs publics pour leur réalisation. Il y aurait donc une différence radicale de nature entre les libertés, facultés d'agir de l'individu que ce dernier oppose à l'État, et les droits économiques et sociaux, créances que l'individu détiendrait sur les pouvoirs publics. On retrouve ici le thème cher à la philosophie libérale selon laquelle, pour protéger l'individu de l'oppression des gouvernants, il faut empêcher les empiètements de la sphère publique sur la sphère privée et considérer que la liberté n'est sauvegardée que par l'abstention de l'État. Critiquée de longue date pour le caractère abstrait et formel des libertés qu'elle énonce, cette conception est aujourd'hui clairement dépassée, malgré les tentatives récurrentes pour la réactiver. La théorie selon laquelle il y aurait une différence de nature entre droits civils et politiques d'un côté, droits économiques, sociaux et culturels de l'autre est fautive à plusieurs points de vue. La réalisation des droits civils, et plus encore celle des droits politiques, a en effet toujours imposé une intervention de l'État, ne serait-ce que par la pénalisation des atteintes à ces droits par les tiers, ce qui implique non seulement des obligations d'agir pesant sur les pouvoirs publics, mais aussi des effets horizontaux des droits proclamés. Tout droit comporte donc une dimension positive et non simplement défensive. Cette dimension positive prend un relief d'autant plus important que l'on s'attache à l'effectivité des droits proclamés: le législateur sera ainsi conduit à mettre en place un système d'aide juridictionnelle pour rendre effectif le droit au juge, à réglementer les concentrations d'entreprises pour assurer la pluralité des sources d'information. Inversement, les droits économiques et sociaux comportent eux aussi une dimension négative: le droit à la santé passe par la non-ingérence des tiers et le respect de la liberté personnelle de l'individu, les droits culturels supposent la

reconnaissance des langues et cultures minoritaires. On ne peut pas davantage opposer comme le fait Jean Mouly les droits sociaux aux Droits de l'homme classiques par une différence culturelle entre droits conquis d'un côté et droits innés, consubstantiels à la nature humaine de l'autre¹⁹. Tous les droits sont en effet issus d'une conquête sur le pouvoir qu'il soit politique, économique ou social. Il reste cependant que tout droit dont la satisfaction passe par l'intervention active et surtout financière des pouvoirs publics sera plus difficile à réaliser que les droits qui peuvent se contenter, au moins pour certains de leurs titulaires, de l'abstention du pouvoir. Dans le premier cas, il existe un risque de remise en question des structures sociales et de la répartition des richesses; dans le second, le *statu quo* n'est pas un obstacle.

S'il existe aujourd'hui un nombre croissant d'auteurs pour admettre l'interdépendance des droits, et récuser l'idée d'une différence de nature et de fondement entre eux, la thèse de la dichotomie des droits semble néanmoins renaître à l'occasion de l'émergence des droits dits de solidarité. Une partie de la doctrine tend en effet à souligner la radicale nouveauté de leur proclamation en ce qu'elle vise à consacrer des droits des peuples (à la paix, au développement, à la libre disposition) ou de l'humanité (droit à l'environnement, au respect du patrimoine commun) plutôt que des Droits de l'homme. Selon Frédéric Sudre, "les pseudo-droits de solidarité n'ont ni sujet, ni objet, ni débiteur: ce sont des vœux [...] mais non des droits [...]". Qualifier de "droit de l'homme" le droit à la paix, le droit au respect du patrimoine commun de l'humanité ou le droit au développement, c'est parler la "langue de bois" des Droits de l'homme: il n'y a ni homme, ni titulaire du droit"²⁰. Issus pour la plupart de la lutte anticoloniale, ces nouveaux droits paraissent donc s'opposer aussi bien aux droits civils et politiques qu'aux droits économiques, sociaux et culturels en ce qu'ils appartiennent à la collectivité plutôt qu'à l'individu. Bertrand Mathieu voit ainsi dans la Charte de l'environnement "une

19. "Il existe pourtant une différence "culturelle" entre les droits sociaux et les Droits de l'homme classiques. Ces derniers ne sont pas des droits acquis, mais innés, en quelque sorte consubstantiels à la nature humaine. Les droits sociaux sont au contraire des droits conquis, historiquement marqués dans le temps, et issus de la lutte sociale, ce qui leur confère des caractéristiques propres." J. Mouly, "Les droits sociaux à l'épreuve des Droits de l'homme", *Droit social*, n° 9-10, 2002, pp. 800-805 (805).

20. F. Sudre, *Droit européen et international des Droits de l'homme*, p. 107.

nouvelle conception des droits fondamentaux”en ce qu’elle renvoie à “des considérations scientifiques sur le lien entre l’humanité et son environnement”²¹. La question du titulaire des droits était déjà l’un des arguments de la thèse de la dichotomie des droits s’agissant des droits économiques et sociaux supposés appartenir à l’homme situé plutôt qu’à l’individu abstraitement défini. Elle resurgit ici sous une autre forme sans totalement convaincre puisqu’à travers l’humanité ou le peuple, ce sont bien les individus qui sont aussi visés. Audelà de l’interdépendance des droits, c’est l’interdépendance des hommes qui est en cause dans les droits de solidarité, interdépendance qui se trouve déjà implicitement postulée par la reconnaissance des droits sociaux et par la thèse de l’indivisibilité des droits. Affirmer par exemple que “toute personne, en tant que membre de la société, [...] 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”²² implique un appel à la solidarité nationale et internationale pour la réalisation de ces droits. Il en va de même lorsque la prise en compte de la dimension économique du droit au juge conduit à mettre en place un système d’aide financé par l’impôt. La thèse de la dichotomie nie au contraire cette solidarité nécessaire entre les hommes pour ne retenir que les droits d’individus atomisés dépourvus de besoins matériels. Plus généralement, la conciliation des droits des uns et des autres impose la solidarité de tous. Des droits sociaux aux droits dits de solidarité, il n’y a qu’un changement d’échelle dans la solidarité: solidarité entre les peuples, solidarité entre les générations et non plus seulement solidarité entre individus d’une même nation, changement d’échelle qui est en phase avec l’interdépendance croissante des États et des hommes au niveau mondial. Ici encore, la prise en compte de l’effectivité des droits impose de reconnaître cette interdépendance: l’effectivité du droit au travail en Europe est liée au respect des droits sociaux dans les pays émergents; l’effectivité du droit à l’environnement des générations futures est liée au respect de ce droit aujourd’hui par et pour les générations actuelles; la précarité des droits civils des étrangers est liée à l’ineffectivité de leurs droits économiques

21. B. Mathieu, “La Constitution et l’environnement”, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003, pp. 145-152 (146).

22. DUDH, article 22.

et sociaux dans les pays dont ils sont ressortissants. Cette idée de solidarité n'est cependant destinée qu'à rester un vœu pieux dans un univers marqué par la concurrence et le conflit des intérêts. Pour qu'elle se réalise, encore faudrait-il une volonté politique effective de la mettre en oeuvre, sans quoi l'indivisibilité des droits n'est qu'une vaine incantation.

Un autre point d'opposition entre les droits de solidarité et les autres Droits de l'homme concerne la question des devoirs que les premiers seraient seuls à comporter. La Charte constitutionnelle de l'environnement énonce ainsi autant, voire plus de devoirs pesant sur l'individu que de droits qui lui sont reconnus: devoir de préservation, amélioration, prévention, réparation des dommages causés à l'environnement. Là encore, il semble nécessaire de relativiser cette opposition radicale dans la mesure où tout droit comporte en miroir un devoir. Lorsque la Déclaration de 1789 énonce dans son article 4 que "la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui", elle impose implicitement un devoir à chacun: celui de respecter la liberté des autres²³; ces devoirs sont même explicitement mentionnés dans le préambule de la Déclaration dont les auteurs indiquent avoir "résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs". Les seuls droits absolus ne sont en outre énoncés que sous la forme de devoirs: interdiction de la torture, interdiction de l'esclavage. L'apparition des devoirs dans le registre des Droits de l'homme n'est donc pas chose nouvelle; l'effectivité des droits étant conditionnée par l'existence de devoirs correspondants. Comme le souligne l'article 29 de la Déclaration universelle, "l'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible". Ces devoirs naissent de la vie en société. Dans le cas des droits dits de solidarité, l'affirmation des devoirs revêt une dimension particulière parce que l'interdépendance des hommes s'est accrue dans l'espace et dans le temps: les devoirs ne conditionnent pas simplement les droits des autres individus, mais aussi ceux des autres peuples et des générations futures²⁴; le

23. C'est d'ailleurs ce que reconnaît B. Mathieu dans "La Constitution et l'environnement", *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003, p. 120.

24. Cf. A. Capitani, "La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ?", *RFDC*, 2005, pp. 493-516 (503).

changement d'échelle constaté pour les droits est également sensible s'agissant des devoirs.

La prise en compte de l'effectivité des droits montre que tous les droits sont fondamentalement de même nature, qu'ils sont à la fois complémentaires et interdépendants. À cette indivisibilité des Droits de l'homme devrait logiquement correspondre l'unité de régime juridique, et notamment celle de leur justiciabilité également nécessaire à l'effectivité des droits proclamés. Mais le droit positif ne semble pas aller en ce sens, alimentant ainsi la thèse de la dichotomie des droits.

III. LA JUSTICIABILITE DE TOUS LES DROITS, CONSEQUENCE NECESSAIRE DE LEUR INDIVISIBILITE

La possibilité d'obtenir le respect d'un droit devant un juge est une condition d'effectivité de ce droit, voire de son existence en tant que droit. Pourtant, cette justiciabilité est régulièrement contestée aux droits sociaux, impliquant par là même une différence radicale de régime juridique et de protection des droits selon la catégorie à laquelle ils appartiennent, ce qui vient conforter la thèse d'une dichotomie des droits. Seuls les droits civils et politiques seraient ainsi susceptibles de réalisation immédiate et de protection en justice; les droits économiques et sociaux ne pourraient, quant à eux, bénéficier de la même protection, ce ne seraient que des objectifs imposés, voire seulement proposés aux législateurs, insusceptibles de réalisation immédiate et de justiciabilité tant que ces derniers ne sont pas intervenus. On pourrait alors en conclure que les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas de véritables droits, ou ne sont que des droits de seconde zone. L'étude du droit positif semble dans un premier temps confirmer cette thèse, alors que la justiciabilité de tous les Droits de l'homme est à la fois nécessaire et possible.

A. Une justiciabilité contestée

Confondant nature et réalisation des droits, certains auteurs ne veulent voir dans les droits sociaux que des droits par nature contingents²⁵. Or, seul le degré de réalisation du droit est contingent

25. B. Mathieu et M. Verpeaux, Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, p. 520.

comme le souligne l'article 22 de la Déclaration universelle: toute personne "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*"²⁶. Le droit à l'éducation, le droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, le droit à la sécurité en cas de chômage sont des droits indispensables à tous, en tout lieu, en tout temps, ce ne sont donc pas des droits contingents; en revanche, leur degré de réalisation dépend des moyens dont dispose la communauté pour les satisfaire, ce qui ne signifie pas que cette satisfaction soit impossible. La réalisation des droits civils et politiques est, elle aussi, contingente: elle dépend de l'importance des limitations qui sont apportées à ces droits au nom de la conciliation avec d'autres droits et surtout au nom de l'ordre public dont chacun sait que les exigences sont contingentes, leur effectivité dépend également de conditions techniques et technologiques elles aussi fluctuantes. La théorie de la marge nationale d'appréciation atteste de cette diversité quant à la réalisation de ces droits et libertés. Seuls les droits absolus échappent, en théorie au moins, à cette contingence²⁷.

C'est pourtant sur cette contingence des droits sociaux que se fonde généralement la doctrine pour justifier la moindre justiciabilité de ces droits, ce que semble confirmer le droit positif par la moindre protection qu'il organise des droits économiques et sociaux tant au niveau des conventions internationales qu'au niveau des États.

Les textes internationaux et européens mettent ainsi en place des mécanismes de protection très différenciés selon qu'ils proclament des droits civils et politiques ou des droits économiques et sociaux. Au niveau international, les deux Pactes de 1966 diffèrent quant à la rédaction des articles concernant les engagements des États et quant aux procédures de contrôle du respect de ces engagements. Alors que l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) dispose que les États "s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant

26. Souligné par nous.

27. On peut néanmoins remarquer que l'interdiction de la torture par exemple dépend de la définition que l'on donne de la torture, définition qui peut varier dans le temps si l'on en croit le Pentagone; de même (mais en sens inverse) que celle des traitements inhumains varie dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme.

de leur compétence des droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune...”, l’article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) prévoit, dans une formule très alambiquée, que chacun des États “s’engage à agir, tant par son effort propre que par l’assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d’assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés...”. Le libellé de chaque article conforte cette impression que les engagements des États ne sont pas du même ordre dans les deux Pactes: alors que dans le PIDCP “tout individu a droit à...”, dans le PIDESC, “les États parties reconnaissent le droit qu’a toute personne de...”. Surtout, le système de contrôle des engagements est nettement différencié puisque le PIDESC se contente initialement de rapports adressés par les États au secrétaire général de l’ONU “sur les mesures qu’ils auront adoptées et les progrès accomplis en vue d’assurer le respect des droits reconnus”(art. 16), alors que le PIDCP met d’emblée en place un système plus convaincant en instituant un comité indépendant chargé d’examiner les rapports des États et susceptible de recevoir des plaintes.

On retrouve cette hétéronomie de manière encore plus nette au niveau européen puisque le Conseil de l’Europe a su imposer dès 1950 une protection juridictionnelle de droits civils et politiques proclamés comme droits de l’individu par la Convention européenne des Droits de l’homme, alors qu’il a fallu attendre 1961 pour que soit rédigée la Charte sociale européenne formulant d’une part de simples objectifs, d’autre part des engagements à la carte pour les États parties, assortis simplement d’un contrôle sur rapports.

Au plan interne, on peut généralement faire le même constat d’une différence de traitement des droits civils et politiques et des droits économiques et sociaux dans le droit positif, mais aussi dans l’intérêt que leur porte la doctrine qui les étudie, comme l’a fort pertinemment relevé Julia Iliopoulos-Strangas²⁸. En France, la Constitution proclame dans son préambule l’attachement du peuple français “aux Droits de l’homme [...] tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la

28. J. Iliopoulos-Strangas (dir.), avant-propos, La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l’Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. IX.

Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004", et le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle de tous ces droits sans distinction. Mais une grande partie de la doctrine insiste sur la distinction entre valeur constitutionnelle et portée des droits pour souligner la moindre portée des droits économiques et sociaux, simples objectifs constitutionnels selon B. Mathieu et M. Verpeaux: "les droits sociaux dits de créance ne sont pas pour l'essentiel soumis au régime juridique des droits et libertés classiques. Ce ne sont pas des droits subjectifs, mais des objectifs dont la prise en compte s'impose à l'État et qui jouent en quelque sorte un rôle correcteur au regard des principes d'essence libérale. Il s'agit, pour l'essentiel, de principes directeurs qui doivent guider le législateur²⁹." La discussion sur la portée des droits sociaux, et notamment sur leur justiciabilité devant le juge ordinaire, continue à opposer les auteurs depuis leur proclamation constitutionnelle en 1946. Elle a repris une certaine vigueur avec la constitutionnalisation du droit à l'environnement considéré par certains comme un simple objectif constitutionnel qui ne serait pas, en tant que tel, susceptible d'être invoqué en justice par les particuliers. L'argument essentiel de cette différence de justiciabilité réside dans le caractère essentiellement programmatique de leur proclamation, le constituant se bornant à indiquer une direction au législateur mais le laissant libre des moyens et des formes à donner à ce programme. Il en résulterait que ces droits, trop vagues, ne pourraient être invoqués devant le juge condamné à attendre que le législateur en précise exactement la portée, et à n'en appliquer que la version législative. La valeur constitutionnelle de ces droits serait donc pour l'essentiel de portée symbolique.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne vient partiellement conforter cette analyse en distinguant droits et principes quant à leur portée: alors que les droits peuvent être directement invoqués en justice, les principes ne sont pas justiciables sauf à l'encontre des normes supposées les mettre en oeuvre³⁰. Or la répartition droits / principes correspond globalement à la distinction droits "classiques"/ droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux. On peut certes se féliciter avec Marie-Claire

29. B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, p. 428.

30. Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne modifiée en novembre 2007, article 52, point 5.

Ponthoreau de ce que la Charte affiche dans un même texte les différents droits sans reprendre la catégorisation par générations³¹, mais on ne peut pour autant en conclure que la Charte conforte la thèse de l'indivisibilité des droits, puisqu'elle les oppose au contraire par un régime juridique nettement différencié, bien au-delà de ce que retient la jurisprudence interne. Au regard de l'évolution du droit international et européen, on doit même estimer qu'il s'agit d'une régression quant à la portée des droits sociaux, et partant quant à l'indivisibilité des droits.

Une étude plus approfondie du droit positif permet en effet d'affirmer que la justiciabilité de tous les droits commence à être admise, confortant ainsi la thèse de l'indivisibilité.

B. Une justiciabilité nécessaire et possible

La justiciabilité des droits conditionne à l'évidence leur effectivité: à quoi bon proclamer un droit dont les individus ne pourraient obtenir le respect par une action en justice en cas de non-respect par les pouvoirs publics ou par les tiers ? Une telle démarche pourrait facilement être qualifiée d'escroquerie intellectuelle, sauf à démontrer que la justiciabilité de certains droits est par nature impossible. Or, comme nous le verrons plus loin, tel n'est pas le cas. L'injusticiabilité des droits sociaux ne menace pas seulement l'effectivité de ces derniers, elle contribue également à priver les autres droits de cette effectivité pour le plus grand nombre: s'il est impossible aux plus démunis de faire concrètement valoir leur droit à l'instruction ou le droit à un niveau de vie suffisant, l'exercice des autres libertés risque de devenir pour eux purement formel. Certes, l'effectivité d'un droit ne passe pas exclusivement par la possibilité de l'invoquer en justice; la justiciabilité en constitue néanmoins un élément essentiel sur le terrain du droit. De ce point de vue, l'évolution des conventions internationales et de la jurisprudence européenne manifeste la volonté de rapprocher le traitement des différents droits.

L'unité de régime juridique existe déjà sous certains aspects en droit international des Droits de l'homme puisque dans ce domaine, toutes les conventions tendent à bénéficier d'un régime spécifique concernant l'absence de réciprocité et l'appréciation de la validité des réserves. La question des mécanismes de contrôle du respect

31. M.-C. Ponthoreau, "Le principe de l'indivisibilité des droits...", p. 929.

des engagements des États montre en revanche, on l'a vu, une hétérogénéité certaine qui fait des droits sociaux les parents pauvres de ces conventions. Néanmoins, un certain nombre de protocoles additionnels sont venus améliorer la situation en renforçant la qualité et l'indépendance des contrôles par voie de rapports³² et en mettant en place au niveau européen un système de réclamations collectives ouvert à certains syndicats³³. On peut ajouter qu'il existe dans le cadre des Nations unies un projet de protocole additionnel au PIDESC visant à instituer un mécanisme de plainte portée par les particuliers ou les groupes devant le Comité des droits économiques, sociaux et culturels³⁴. Il existe indéniablement un mouvement en faveur de l'alignement de la protection des droits sociaux sur celle des droits civils et politiques, alignement jugé nécessaire par ceux qui le promeuvent à l'effectivité des Droits de l'homme, mais qui se heurte à une très forte résistance de la part des États. L'effectivité des droits économiques, sociaux et culturels leur imposerait en effet des obligations d'agir jugées plus perturbatrices des déséquilibres existants que celles générées par les droits civils, et qui seraient en outre définies par des juges échappant au contrôle de chaque État partie.

Les juges européens ont cependant déjà commencé à exercer ce contrôle par des voies plus ou moins détournées mais relativement efficaces. Ainsi, la Cour européenne des Droits de l'homme, faisant produire un effet utile aux droits énoncés par la Convention, en étend la portée à certains droits économiques et sociaux, voire environnementaux qui bénéficient ainsi de la protection juridictionnelle accordée aux droits civils. On sait que la jurisprudence concernant l'article 8 de la Convention permet à la Cour de protéger partiellement l'environnement, même si le juge européen refuse

32. Voir, pour le PIDESC, la création du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et le rapprochement avec le système de contrôle sur rapports mis en place par le PIDCP (cf. F. Sudre, *Droit européen et international des Droits de l'homme*, p. 665). Pour la Charte sociale européenne, voir le protocole du 21 octobre 1991 et la tentative de rapprocher le comité chargé d'examiner ces rapports de l'ancienne Commission européenne des Droits de l'homme, comme en atteste le nom de Comité européen des droits sociaux.

33. Voir le protocole du 9 novembre 1995 additionnel à la Charte sociale européenne qui permet à certaines organisations de saisir le Comité européen des droits sociaux d'une réclamation contre la violation de la Charte par une législation d'un État partie.

34. Voir F. Sudre, *Droit européen et international des Droits de l'homme*, p. 666.

parfois de faire primer le droit au respect de l'environnement sur les impératifs économiques des États et des grandes entreprises³⁵. De même, la Cour a-t-elle étendu la portée du droit au respect des biens couplé au principe de nondiscrimination dans l'exercice des droits garantis par la Convention de telle manière que le droit à des allocations sociales non contributives entre désormais dans le champ de la Convention, bénéficiant par conséquent de la protection juridictionnelle³⁶. La Cour européenne intègre en outre dans son champ de référence les dispositions des conventions de l'OIT et celles de la Charte sociale européenne à la lumière desquelles elle interprète la Convention au point de leur donner parfois une portée inattendue³⁷. De son côté, la Cour de justice des Communautés européennes a élargi à plusieurs reprises les droits sociaux des individus à travers sa jurisprudence sur la libre circulation au sein de l'Union³⁸. Ainsi, en croisant les jurisprudences de ces deux Cours, on s'aperçoit que les droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux bénéficient d'une protection juridictionnelle au niveau européen destinée à se répercuter au plan interne.

Devant les juges français, et particulièrement devant le juge administratif, la question de la justiciabilité des droits semble pouvoir alimenter la thèse de la dichotomie plutôt que celle de l'indivisibilité, comme en témoignent les débats récents sur le droit à l'environnement notamment. Certains auteurs mettant sur le

35. Voir sur ce point l'arrêt *Hatton c. Royaume-Uni* rendu par la Grande Chambre le 8 juillet 2003, arrêt dont la portée semble pouvoir être relativisée par la jurisprudence ultérieure de la Cour, notamment l'arrêt *Giacomelli c. Italie* du 2 novembre 2006 mettant en place des obligations procédurales pesant sur les États en matière environnementale, et l'arrêt *Judith Hamer c. Belgique* du 27 novembre 2007 selon lequel "des impératifs économiques et même certains droits fondamentaux comme le droit de propriété ne devraient pas se voir accorder la primauté face à des considérations relatives à l'environnement" (§ 79 de l'arrêt).

36. CEDH, *Stec c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, 12 avril 2006; *Koua Poirrez c. France*, 30 septembre 2003.

37. Voir CEDH, *Satilmis et autres c. Turquie*, 17 janvier 2007, arrêt dans lequel la Cour impose le respect du droit de grève des agents publics contractuels en s'appuyant notamment sur l'article 6 de la Charte sociale européenne alors que la Turquie n'avait pas souscrit à cet engagement.

38. Voir notamment CJCE, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve*, aff. C-184/99, 20 septembre 2001, *Rec. I-6193*. Sur ces questions, voir J.-Y. Carlier, "Les enjeux de la citoyenneté européenne", in *La citoyenneté européenne*, S. Leclerc et J.-F. Akandji-Kombé (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 31-44.

même plan le droit à l'environnement, les droits économiques et sociaux et les droits créances qualifient tous ces droits d'objectifs constitutionnels qui seraient comme tels insusceptibles de protection juridictionnelle directe devant les juges ordinaires³⁹. La jurisprudence administrative ne confirme cependant pas une telle approche. Le Conseil d'État admet, par exemple, la justiciabilité d'objectifs constitutionnels précis comme celui de l'accessibilité de la règle de droit⁴⁰; en outre et surtout, la question de l'invocabilité des normes fondant la justiciabilité des droits ne s'articule pas devant le juge administratif à partir de la distinction entre catégories de droits, mais de manière beaucoup plus complexe en fonction de multiples facteurs tels que la source de la norme, la catégorie de contentieux, le type d'acte contesté, la précision de la norme invoquée.

Ainsi, le raisonnement et les techniques du juge ne sont pas les mêmes selon que la norme invoquée trouve sa source dans une convention internationale ou dans le droit interne. S'agissant de normes issues du droit interne, et particulièrement du droit constitutionnel, le juge admet l'invocabilité des droits créances même formulés de manière vague dans le contentieux de l'annulation dirigé contre des actes réglementaires, c'est ce que Guy Braibant appelle la justiciabilité normative⁴¹ qui permet, par exemple, au juge d'examiner la légalité d'un règlement au regard de l'alinéa 11 du préambule de 1946 consacrant le droit à la santé⁴².

La justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels n'est en outre pas limitée à cette situation: les normes constitutionnelles qui les fondent sont en effet également invocables dans le contentieux de l'annulation d'actes individuels, et dans tout contentieux subjectif

39. Voir notamment B. Mathieu, "La portée de la Charte pour le juge constitutionnel", *AJDA*, 2005, pp. 1170-1174; B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, particulièrement pp. 425-431; L. Fonbaustier, note sur CE, 19 juin 2006, *Association eaux et rivières de Bretagne. Environnement*, décembre 2006, pp. 10-13.

40. CE, ass., 24 mars 2006 société KPMG, *Rec.* 154; in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16e édition, M. Long, P. Weil, P. Delvolvé et B. Genevois (dir.), Paris, Dalloz, 2007, n° 117.

41. G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil (Points), 2001, notamment p. 46.

42. Voir notamment CE, 9 décembre 1996, GISTI, req. n° 163044; CE, 30 juin 2003, req. n° 246590; CE, 26 février 2007, req. n° 297084 pour le contentieux de l'annulation; CE, 27 juillet 2005, *Antoine X*, req. n° 270833 pour le contentieux de l'appréciation de légalité; CE, 14 décembre 2007, *Département de la Charente-Maritime* pour l'interprétation de la loi à la lumière de l'alinéa 11.

dès lors que la norme est jugée suffisamment précise par le tribunal saisi. À l'inverse, le juge administratif refuse d'examiner le moyen tiré de la violation de l'alinéa 11 (droit à la santé) ou de l'alinéa 5 (droit à l'emploi) lorsque ces normes sont invoquées directement contre un acte administratif individuel dont le requérant demande l'annulation parce qu'il estime que les principes posés par le préambule sont trop vagues: ce principe, dit le juge, "ne s'impose à l'autorité administrative, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et limites définies dans les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales"⁴³. On peut noter cependant des hésitations dans la jurisprudence sur cette question de la justiciabilité de droits considérés comme imprécis puisque la formule retenue par le juge pour refuser l'invocabilité des dispositions constitutionnelles qui les fondent n'est pas toujours la même et peut laisser penser dans certains arrêts que le Conseil d'État rejette l'invocabilité de ces principes vagues même contre des règlements⁴⁴. C'est ainsi qu'il a refusé en 1985 toute possibilité d'invoquer le droit d'asile consacré par le préambule de la Constitution de 1946 indépendamment de la Convention de Genève et de la loi supposées le mettre en oeuvre⁴⁵, alors que quelques années plus tard, il acceptera de lui donner une plus grande effectivité dans le contentieux de l'annulation de l'éloignement et des refus de titre de séjour⁴⁶.

43. CE, 28 juillet 2004, *Préfet de police*: à propos d'un recours contre un arrêté de reconduite à la frontière contre lequel le requérant invoquait l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946; de même, voir CE, 28 décembre 2005, *Kébir A* pour un recours invoquant l'alinéa 10 du préambule contre un arrêté de reconduite à la frontière.

44. Ainsi, dans l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 28 décembre 2005 *Préfet de la Haute-Savoie* à propos de l'invocation par le requérant du droit à l'emploi (alinéa 5 du préambule) contre un arrêté de reconduite à la frontière, la formule retenue par le juge pour rejeter le moyen comme inopérant laisse penser que le Conseil rejette ici toute invocabilité de la norme en cause: "le principe posé [...] ne s'impose au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales..." (souligné par nous). La présentation de la jurisprudence telle qu'elle ressort de la chronique de Landais et Lenica (*AJDA*, 2006) va dans le même sens, mais il faut remarquer que pratiquement tous les arrêts mentionnés pour illustrer l'injusticiabilité des droits créances ne concernent en réalité que des recours dirigés contre des actes individuels.

45. CE, 27 septembre 1985, *France terre d'asile*.

46. CE, ass., 13 décembre 1991, *Nkodia et Dakoury* (2 arrêts), conclusions R. Abraham, *RFDA*, 1992, pp. 90-102: le Conseil d'État a ici fait du droit d'asile un droit subjectif invocable directement mais en se fondant sur une nouvelle

Quoi qu'il en soit, et contrairement à ce que préconisaient certains auteurs en 1950⁴⁷, le juge administratif n'opère donc pas une distinction entre droits civils et politiques d'une part, droits économiques et sociaux de l'autre, ni même entre droits classiques et droits créances pour admettre ou refuser la justiciabilité des droits invoqués devant lui. Le point central est celui de la précision de la norme invoquée dans un contentieux individuel. Certes, les droits créances sont souvent des droits formulés de manière relativement vague par le constituant et l'on peut comprendre que le juge hésite à leur donner une application concrète alors que le législateur n'a pas pris soin d'en préciser le contenu. Mais droits créances et normes vagues ne se recoupent pas totalement; en outre, le juge n'a pas craint d'interpréter certaines dispositions très générales du préambule constitutionnel de manière suffisamment précise pour leur donner un effet immédiatement utile, comme ce fut le cas notamment de l'alinéa 10 sur la base duquel le Conseil d'État a consacré le principe général du droit à une vie familiale normale⁴⁸. Il n'a pas craint non plus d'admettre l'invocabilité directe du droit de grève sans attendre l'intervention du législateur à laquelle renvoyait pourtant le constituant⁴⁹. On peut donc s'interroger sur les raisons pour lesquelles le juge distingue entre contentieux de l'annulation de règlements et contentieux de l'annulation d'actes individuels, pourquoi il admet de préciser lui-même certains droits et refuse de le faire pour d'autres, comme c'est le cas du droit à l'emploi et du droit à la santé, restreignant du même coup l'effectivité de ces derniers, puisque ces droits ne sont invocables au mieux que dans le cadre de recours portés contre des règlements. Est-ce parce que la mise en oeuvre de ces droits est susceptible de générer des conséquences financières et sociales particulièrement importantes

interprétation de la Convention de Genève, et non pas directement sur le préambule de la Constitution.

47. Et non des moindres puisque G. Vedel, G. Burdeau et M. Waline estimaient qu'il fallait distinguer dans le préambule de la Constitution de 1946 règles de droit positif d'un côté, règles de programme de l'autre, seules les premières pouvant être appliquées sans intervention législative ou réglementaire préalable, les autres n'ayant qu'une valeur morale (M. Waline, note sous CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*, *RDP*, 1950, pp. 691-702 (696)).

48. CE, ass., 8 décembre 1978, *GISTI et autres*, *Rec.* 493, conclusions Dondoux, *Droit social*, 1979, p. 57.

49. CE, ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, *Rec.* 426, conclusions Gazier, *RDP*, 1950, p. 691.

devant lesquelles le juge hésite et préfère laisser le soin au pouvoir politique de décider lui-même ? Le contentieux du référé liberté fondamentale illustre également le fait que le juge administratif ne consacre pas la thèse de la dichotomie des droits puisqu'il admet au titre des libertés fondamentales certains droits économiques et sociaux (le droit de grève notamment⁵⁰), et que le point sans doute crucial pour le juge est celui de la précision donnée par les textes à des normes dont l'application pourrait engendrer un bouleversement des rapports économiques et sociaux par les obligations qu'elles sont susceptibles d'imposer aux pouvoirs publics.

Circonscrite à la justiciabilité normative, l'effectivité des droits consacrés par des normes vagues (ou jugées comme telles par le tribunal) se trouve en outre limitée par la théorie de la loi écran qui interdit au juge ordinaire de se prononcer sur la conformité d'un acte à la Constitution lorsque ce dernier est pris en application d'une loi qui s'intercale ainsi entre l'acte et la Constitution. Si la théorie de la loi écran ne concerne pas spécifiquement le cas des droits économiques et sociaux et qu'elle a vocation à s'appliquer quel que soit le droit invoqué, il n'en reste pas moins que les droits sociaux sont concernés au premier chef car ce sont précisément ces droits que le juge estime appeler des précisions législatives. En revanche, l'écran législatif ayant disparu dans le cadre des relations entre loi et traité, l'invocabilité des normes conventionnelles apparaît à certains égards préférable à celle de droits fondés sur des normes de droit interne. C'est ainsi que le juge administratif a pu annuler comme contraire au droit à la santé des mineurs un règlement, fondé sur une loi jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, en se fondant sur la Convention internationale relative aux Droits de l'enfant⁵¹.

L'abandon de la théorie de l'écran législatif dans le domaine des conventions internationales est cependant compensé par d'autres restrictions à l'invocabilité des sources conventionnelles. Le raisonnement du juge n'est en effet pas le même que lorsque sont invoquées devant lui des dispositions de droit interne⁵². S'agissant de

50. CE, 9 décembre 2003, *Aguillon et autres*, R. 497, *AIDA*, 2004, p. 1138.

51. CE, 7 juin 2006, *association AIDES*.

52. Cette différence d'approche est également notée par H. Tigroudja, mais dans un sens très différent de ce qui va suivre (voir H. Tigroudja, "Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux", *RFDA*, 2003, pp. 154-168).

normes conventionnelles, le juge administratif exige qu'elles soient d'effet direct pour que le moyen invoqué soit opérant. Présumé, cet effet direct suppose la réunion de deux conditions: d'une part, que l'individu soit le destinataire direct de la norme créée, d'autre part, que la disposition en cause soit suffisamment précise, inconditionnelle, qu'elle se suffise à elle-même. En cas d'effet direct, la disposition est alors invocable dans tout contentieux sans restriction. Or dans la mesure où, comme on l'a vu, les conventions relatives aux droits économiques, sociaux et culturels sont généralement rédigées dans des termes plus vagues et moins contraignants que les traités relatifs aux droits civils et politiques, le juge interne est souvent conduit à estimer que leurs dispositions sont dépourvues d'effet direct soit parce que seuls les États en seraient destinataires, soit parce qu'elles ne seraient pas suffisamment précises. Ronny Abraham avait proposé, en 1997, d'admettre la justiciabilité normative des dispositions vagues⁵³, mais le Conseil d'État a jusqu'à présent toujours refusé cette solution qui aurait pourtant eu le mérite d'aligner sur ce point l'invocabilité des conventions internationales sur celle des dispositions de droit interne. La jurisprudence tant administrative que judiciaire manifeste cependant depuis quelques années une évolution relativement favorable à une plus grande justiciabilité des droits consacrés par les conventions internationales. Le cas de la Convention européenne des Droits de l'homme et celui de la Convention de New York sur les Droits de l'enfant en constituent une illustration parfaite, mais le juge reste très réticent à l'égard de la Charte sociale européenne et plus encore du PIDESC, même si l'on peut discerner quelques timides ouvertures s'agissant de la Charte sociale⁵⁴. Mais plus encore que ces conventions générales relatives aux droits sociaux, ce sont les conventions de l'OIT qui fournissent un point d'appui solide à la justiciabilité de ces droits⁵⁵, démentissant par là même la thèse de la dichotomie des droits.

Il en va apparemment de même des dispositions de droit communautaire dont on sait qu'elles sont invocables, y compris

53. R. Abraham, conclusions sur CE, 23 avril 1997, *GISTI, RFDA*, 1997, p. 585-595.

54. Voir par exemple CE, 25 juillet 2007, *Lowinski*, req. n° 292730.

55. L'invocabilité des conventions de l'OIT est admise tant par le juge administratif (par exemple, CE, 29 octobre 2005, *CGT*) que par le juge judiciaire, même si l'interprétation des dispositions conventionnelles n'aboutit pas toujours au même résultat selon le juge saisi.

lorsqu'il s'agit de directives⁵⁶. Or le droit communautaire dérivé consacre de nombreuses dispositions aux droits économiques et sociaux qui sont donc directement justiciables devant le juge interne. La rédaction de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne conduit cependant à douter du rapprochement durable de la justiciabilité des droits civils et de celle des droits sociaux dont la plupart ne sont que des principes invocables seulement dans le cadre d'une action contre les dispositions visant à les mettre en oeuvre; or si la Charte devient contraignante, elle pourra, comme le reste du droit communautaire, faire au moins partiellement écran entre l'acte contesté et la disposition constitutionnelle interne. Sur le fondement de la jurisprudence *Arcelor*⁵⁷, le juge administratif pourra en effet être tenté d'estimer que le droit communautaire offre une protection équivalente à celle du droit constitutionnel et refuser de confronter l'acte attaqué au droit consacré par la Constitution. La dichotomie des droits et des principes risque alors de contaminer le droit français et d'obérer l'alignement souhaité par beaucoup du régime juridique des droits sociaux et environnementaux sur celui des droits civils.

La question de l'indivisibilité des droits n'est donc pas résolue et l'on peut craindre une régression de la protection juridictionnelle des droits économiques, sociaux et culturels dans un contexte marqué par une mise en concurrence généralisée soutenue par un discours ultra libéral dominant. Les oppositions qui ont marqué la naissance de la Déclaration universelle des Droits de l'homme n'ont donc pas disparu même si elles ont partiellement changé de sens et de nature: derrière la contestation de l'indivisibilité des droits, ce ne sont plus les délégations anglo-américaines luttant contre les prétentions du totalitarisme soviétique, mais ce sont toujours les tenants d'un ultralibéralisme refusant un monde plus équitable. Les partisans de la thèse de la dichotomie des droits ont sans doute raison de souligner l'existence d'un conflit, mais contrairement à ce qu'ils prétendent, le conflit n'oppose pas les droits civils d'un côté, les droits sociaux de l'autre, il n'oppose pas non plus les libertés aux droits créances, ni même les droits de l'individu à ceux de l'humanité. Il oppose davantage entre eux des individus ayant des intérêts antagonistes

56. Avec les réserves cependant de la jurisprudence *Cohn Bendit* (CE, ass., 22 décembre 1978, *Rec.* 524) même atténuée par la jurisprudence ultérieure.

57. CE, ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, conclusions Guyomar, *RFDA*, 2007, p. 384.

sur le court terme et renvoie à une organisation sociale fondée sur ce conflit. La thèse de l'indivisibilité des droits n'a, quant à elle, aucune chance de se réaliser pleinement tant qu'il n'y aura pas de volonté politique ou de nécessité vitale suffisantes pour transcender ces oppositions d'intérêts et redéfinir des rapports sociaux fondés sur la solidarité entre individus, entre peuples et entre générations.



LA DESTINÉE UNIVERSALISTE DES DROITS CULTURELS: LES ARTICLES 22 ET 27 DE LA DÉCLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME

Olivia Bui-Xuan

Maître de conférences en droit public à l'Université d'Évry-Val-d'Essonne.

La question de l'universalité des Droits de l'homme se pose avec d'autant plus d'acuité que l'on s'intéresse aux droits culturels. Définis de façon floue en 1948, ces droits relèvent d'un domaine oscillant entre l'universel et le particulier, selon la définition de la culture que l'on adopte. En effet, si la culture est synonyme d'expression artistique et littéraire, on peut *a priori* concevoir des droits culturels pour tous les individus; si elle est appréhendée de façon plus large au sens de civilisation, les droits culturels risquent de devenir des droits particularistes.

Or, en soixante ans, souvent présentés comme des droits secondaires, comme les parents pauvres de la catégorie plus vaste "droits économiques, sociaux et culturels"¹, les droits culturels ont fait l'objet d'importantes mutations. Afin qu'ils puissent être exercés par tous les êtres humains, afin qu'ils aient donc une portée universaliste effective, leur définition a subi une double évolution: à l'origine plutôt conçus comme des droits individuels à la culture, concept purement occidental², ils sont de plus en plus entendus comme les droits collectifs des cultures. Il est pourtant permis de se demander si ce glissement sémantique à visée universaliste ne

1. Voir, par exemple, J. Symonides, "Les droits culturels: une catégorie négligée de Droits de l'homme", *Revue internationale des sciences sociales*, n° 158, décembre 1998, p. 619.

2. Glen Johnson indique que "le cadre de référence européen a dominé de façon écrasante les délibérations qui ont donné naissance à la Déclaration universelle" (G. Johnson, "La rédaction de la Déclaration universelle (1946-1948)", *La Déclaration universelle des Droits de l'homme - 40^e anniversaire*, Paris, L'Harmattan, 1988, p. 62); sur la question de savoir si les Droits de l'homme relèvent eux-mêmes d'une culture particulière, voir R. Panikkar, "La notion des Droits de l'homme est-elle un concept occidental ?", *La revue du MAUSS semestrielle*, n° 13, 1^{er} semestre 1999, pp. 211-235.

contient pas intrinsèquement un relativisme culturel difficilement compatible avec l'universalisme visé.

I. DES DROITS A LA CULTURE AUX DROITS DES CULTURES

Dès que l'on évoque les droits culturels, on se heurte à un problème d'interprétation. Que recouvre exactement cette notion? Il existe en effet une ambiguïté intrinsèque au mot "culture" à laquelle la Déclaration universelle des Droits de l'homme (DUDH) n'a pas mis fin. Boris Martin distingue ainsi la "culture-bénéfice définie comme "l'enrichissement de l'esprit par des exercices intellectuels" de la "culture-identité"³. Par suite, les droits culturels peuvent être compris comme des droits à la culture (culture-bénéfice) ou comme des droits des cultures (cultures-identités).

Le fait de ne pas avoir clarifié dès le départ la notion de droits culturels est problématique car, selon l'acception adoptée, les enjeux, au regard de l'universalisme, sont différents: si par droits culturels, on entend droits à la culture, la compatibilité avec l'universalisme semble, au premier abord, possible; en revanche, si on conçoit les droits culturels comme les droits des cultures, cette compatibilité est moins évidente. Alors qu'en 1948, la première acception était privilégiée, depuis une vingtaine d'années, le droit international opte plutôt pour la seconde.

A. Les droits culturels comme droits à la culture

À l'époque de la rédaction de la DUDH, les droits culturels recouvrent incontestablement les droits à la culture, lesquels comportent deux volets: le droit d'accéder à la culture et les droits d'auteur.

1. Le droit d'accéder à la culture

En vertu de l'article 22 de la DUDH, "Toute personne [...] 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

3. B. Martin, " Les droits culturels comme mode d'interprétation et de mise en oeuvre des Droits de l'homme", *La revue du MAUSS semestrielle*, n° 13, 1er semestre 1999, 237.

internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays."

Bien qu'imprécis, ces droits culturels, associés aux droits économiques et sociaux, se comprennent comme des droits à la culture, entendue comme l'"ensemble des connaissances acquises qui permettent de développer le sens critique, le goût, le jugement"⁴ (arts, littérature, cinéma, etc.). Ces droits culturels s'opposent ainsi à la censure, à l'obscurantisme; ils relèvent finalement de la liberté d'expression et participent de la liberté d'opinion, mais vont au-delà puisque, droits-créances, ils exigent une prestation des États.

De tels droits culturels sont donc *a priori* contraignants pour les États, lesquels se voient dicter une obligation de faire – et pas simplement une obligation d'abstention. Celle-ci est pourtant, dans le même temps, fortement atténuée: d'une part, ce sont seulement les droits culturels "indispensables à [l]a dignité et au libre développement de [l]a personnalité" des individus que les États sont censés garantir; d'autre part, les États semblent exonérés d'une obligation de résultat dans la mesure où l'obligation est subordonnée à "l'organisation et aux ressources du pays". Ainsi, dans les États aux ressources insuffisantes, ces droits culturels, tous nécessaires à l'émancipation des hommes qu'ils soient, peuvent être extrêmement réduits, voire inexistantes. Les termes mêmes de l'article 22 semblent donc ôter toute sa portée à cette disposition: dans la mesure où ce sont les États eux-mêmes qui estiment qu'un droit culturel est indispensable à la dignité d'un individu et que l'organisation et les ressources d'un pays permettent leur développement, cet article n'a en fait guère de portée normative.

De surcroît, aucune précision quant aux contours de ces droits culturels n'est apportée par cette disposition. Toutefois, au regard de l'article 27 de la DUDH, ils semblent plutôt recouvrir un droit à la culture-bénéfice: l'alinéa 1er de cet article dispose en effet que "Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent". Nul ne peut donc être exclu de la vie culturelle. Comme l'explique Gérard Cohen-Jonathan, cette disposition "est une réponse directe à l'ordonnance de Goebbels qui interdisait aux juifs de participer aux manifestations de la culture allemande (12 novembre 1938) et à celle sur la confiscation des

4. Le Petit Robert.

oeuvres d'art "dégénéré" (3 mai 1938)⁵. Combiné avec la disposition de l'article 22 de la Déclaration, ce droit-abstention – en vertu duquel l'État ne doit pas entraver la liberté des individus d'accéder et de participer à la vie culturelle et de se livrer à une activité créatrice – se comprend aussi comme un droit-créance: les États ont l'obligation de mettre la culture à la portée de tous, autrement dit, pour employer une expression à la mode, ils doivent "démocratiser la culture", préoccupation hautement louable, mais purement occidentale, qui peut être prolongée par un service public culturel.

Ainsi, Janusz Symonides indique-t-il que "la conférence intergouvernementale sur les politiques culturelles convoquées par l'Unesco en 1970 a conclu que l'article 27 de la Déclaration universelle implique que les autorités qui ont la charge d'une communauté ont le devoir de fournir à tous ses membres les moyens effectifs de participer à la vie culturelle, et non pas seulement celui de respecter leur droit à y prendre part"⁶.

Le lien établi entre culture et progrès scientifique n'est pas évident, cette dernière notion étant de surcroît ignorée par certaines civilisations. Il est d'ailleurs permis de se demander s'il n'aurait pas été plus logique de la faire figurer à l'article 26 consacré au droit à l'éducation. Il s'agit en effet, pour les États membres, d'encourager les échanges entre scientifiques, lesquels doivent également pouvoir publier et diffuser les résultats de leurs recherches.

Par ailleurs, même si la DUDH n'en fait pas mention, les droits culturels conçus comme des droits d'accéder à la culture comprennent également le droit de jouir du patrimoine culturel: la protection du patrimoine a rapidement été régie par des conventions internationales au premier rang desquelles la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1954, la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et

5. G. Cohen-Jonathan, "Sciences et culture", *La Déclaration universelle des Droits de l'homme*, textes rassemblés par M. Bettati, O. Duhamel et L. Greislamer, Paris, Gallimard (Folio), 1998, p. 140.

6. J. Symonides, *L'Unesco et la Déclaration universelle des Droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan – Unesco, 1991, p. 166. Il précise: "En ce qui concerne les efforts qu'il conviendrait que les États membres ou les autorités compétentes entreprennent pour permettre à tous les individus de participer pleinement et librement à la création de la culture et à ses bienfaits, la Recommandation [concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle, élaborée par la Conférence générale en 1976] souligne la nécessité de démocratiser les moyens et les instruments de l'action culturelle."

empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels de 1970 et la Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel de 1972.

Parallèlement au droit d'accéder à la culture, les droits culturels se déclinent sous une autre forme, liée aux droits de la propriété littéraire et artistique.

2. LES DROITS D'AUTEUR

Le 2^e alinéa de l'article 27 dispose que "Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur". Cette disposition a fait l'objet de controverses lors de la rédaction de la Déclaration: alors que les membres de la Commission estimaient qu'un tel droit n'avait pas sa place dans la DUDH, René Cassin a insisté pour que cet alinéa y figure⁷. Là encore, les droits d'auteur, le droit à la protection des intérêts découlant d'une production, déjà consacrés par l'article 13 de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme de mars 1948, procèdent d'une conception occidentale de la culture: dans certaines sociétés, une telle notion est inenvisageable et même incompréhensible, les productions intellectuelles ne donnant lieu à aucune appropriation particulière. Pourtant, dès 1952, cette disposition a trouvé un prolongement dans la Convention universelle sur le droit de l'auteur, texte révisé en 1971.

Qu'il s'agisse du droit d'accéder à la culture ou du droit à la propriété littéraire et artistique, on constate que les deux déclinaisons originelles des droits culturels sont présentes à l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966. Celui-ci dispose en effet: "1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit: a. de participer à la vie culturelle; b. de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications; c. de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur. Aucun droit-créance n'est cependant associé à ces droits culturels."

7. M. Agi, "L'action personnelle de René Cassin", in *La Déclaration universelle des Droits de l'homme, 1948-1998. Avenir d'un idéal commun*, Commission nationale consultative des Droits de l'homme (éd.), Paris, La Documentation française, 1999, p. 171.

Dans leur première acception, les droits culturels consacrés par la DUDH relevaient ainsi assez largement d'une conception ethnocentriste de la culture: de nombreux États pouvaient difficilement les mettre en oeuvre, soit que certaines notions leur soient étrangères, soit qu'ils manquent de moyens pour les garantir. De surcroît, en dépit du principe d'indivisibilité des Droits de l'homme, de tels droits pouvaient passer pour secondaires. Aussi, dans un contexte d'affirmation de l'égalité de toutes les cultures, afin que les droits culturels soient garantis à tous les individus, quelle que soit leur civilisation, un autre sens a-t-il progressivement été ajouté: la culture a été appréhendée de façon anthropologique, comme une "culture-identité"; les droits culturels ont ainsi été liés aux identités culturelles. Cette évolution a permis de donner de l'importance à la culture: au risque de dissocier une culture essentielle et une culture qui serait synonyme de faste, la culture est devenue un élément intrinsèque de l'identité qu'il est indispensable de préserver; au rebours de la "culture-bénéfice", cette conception avait par ailleurs le mérite de pouvoir être défendue par toutes les sociétés.

Si, dans les années 1960, les deux sens du terme "culture" semblent d'abord se superposer, les dernières évolutions des textes internationaux montrent que l'on a subrepticement assisté à une substitution de l'acception "culture-identité" à celle de "culture-bénéfice": dans les conventions et déclarations internationales les plus récentes, les droits culturels sont entendus presque exclusivement comme les droits *des* cultures, au sens de droits à la préservation des identités culturelles. Ce faisant, c'est rien de moins que le droit à la différence culturelle qui est consacré.

B. Les droits culturels comme droits des cultures

Le glissement sémantique de droits à la culture à droits *des* cultures⁸ peut s'expliquer de différentes manières. D'une part, à partir des années 1960, les minorités ont progressivement été prises en compte par le droit international: face à la crainte que la mondialisation n'uniformise les cultures – entendues cette fois au

8. Pour certains auteurs, le fait que les droits culturels soient conçus comme les droits des cultures ne pose aucun problème. Voir, par exemple, A. Fenet, "Droits culturels et communauté mondiale", in *L'homme, ses territoires, ses cultures. Mélanges offerts à André-Hubert Mesnard*, J. Fialaire et É. Mondielli (dir.), Paris, LGDJ, 2006, pp. 247-263; J.-M. Pontier, "Entre le local, le national et le supranational: les droits culturels", *AIDA*, 2000, pp. 50-57.

sens anthropologique comme l'“ensemble des aspects intellectuels propres à une civilisation, une nation”⁹ – est apparue une volonté de protéger les différentes identités culturelles, notamment celles des cultures minoritaires. D'autre part, ce mouvement a franchi un nouveau palier après la chute du mur de Berlin. Enfin, les événements du 11 septembre 2001 ont accéléré la dynamique: des travaux de l'Unesco, il ressort la conviction que la lutte contre le terrorisme doit passer par la reconnaissance et la valorisation de la “la diversité culturelle”. La culture a ainsi été appréhendée de plus en plus largement comme intégrant, au-delà des aspects intellectuels et artistiques d'une société, tous ses aspects anthropologiques, comme la langue, les traditions, les modes de vie.

Ce glissement peut paraître d'autant plus discret que, dans les textes internationaux, droits à la culture et droits des cultures sont le plus souvent confondus: ils s'entremêlent, entretenant la confusion quant à l'acception à donner à l'adjectif “culturel”. La mutation a lieu dès 1966 à l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article dans lequel la notion de “vie culturelle”, déjà présente à l'alinéa 1^{er} de l'article 27 de la DUDH, est pour la première fois étroitement liée à celle de “minorités”. Cet article dispose que “dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle”. Alors qu'initialement le droit à la vie culturelle consacré à l'article 27 de la DUDH semblait être déconnecté du concept de minorité, on assiste ici à un changement de sens, l'adjectif “culturel” étant appréhendé au sens de “civilisation”. De surcroît, cette disposition particularise le terme “culture”: en affirmant que les personnes appartenant à des minorités ont droit à leur “propre” vie culturelle, elle sous-entend qu'au sein d'un même État, peuvent coexister différentes cultures (au sens de civilisation), et que les cultures minoritaires doivent être préservées face à la culture majoritaire. Le fait d'appréhender les droits culturels à travers le prisme minoritaire se confirme à la lecture de l'article 2 de la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques de 1992, en vertu duquel “1. Les personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques

9. Le Petit Robert.

(ci-après dénommées personnes appartenant à des minorités) ont le droit de jouir de leur propre culture, de professer et de pratiquer leur propre religion et d'utiliser leur propre langue, en privé et en public, librement et sans ingérence ni discrimination quelconque. 2. Les personnes appartenant à des minorités ont le droit de participer pleinement à la vie culturelle, religieuse, sociale, économique et publique [...]."

La Déclaration universelle de l'Unesco sur la diversité culturelle de 2001 entretient l'ambiguïté quant au sens à donner au terme "culture". En effet, elle lie, dès l'article 1^{er}, culture et "pluralité des identités", l'expression "identité culturelle" étant omniprésente dans le texte. La "culture-bénéfice" est ainsi constamment entremêlée à la "culture-identité". Pour preuve, en vertu de l'article 5, "Toute personne doit [...] pouvoir s'exprimer, créer et diffuser ses oeuvres dans la langue de son choix et en particulier dans sa langue maternelle; [...] toute personne doit pouvoir participer à la vie culturelle de son choix et exercer ses propres pratiques culturelles".

Le glissement sémantique autant que la confusion établie entre les différents sens du mot "culture" franchit ici un palier qualitatif: si le fait de mêler, dans une même disposition, "oeuvres", "vie culturelle" et "pratiques culturelles" peut sembler anodin, l'expression "pratiques culturelles" est susceptible de désigner des traditions totalement déconnectées des "pratiques artistiques", comme l'obligation pour les femmes de cacher leur visage ou d'être excisées. Ce changement de sens est d'autant plus important que le préambule indique que "La culture doit être considérée comme l'ensemble de traits distinctifs spirituels et matériels, intellectuels et affectifs qui caractérisent une société ou un groupe social ; elle englobe, outre les arts et les lettres, les modes de vie, les façons de vivre ensemble, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances".

La Convention de l'Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de 2005 consacre pleinement l'élargissement de l'acception du terme "culture" et a le mérite de tenter de la clarifier: la culture n'est définitivement plus seulement considérée sous le seul angle des beaux-arts et des belles lettres. À ce titre, l'Unesco reconnaît elle-même quatre paliers dans l'évolution du terme culture: 1. dans les années 1950 et 1960, la culture – au départ entendue comme production artistique – est élargie au concept d'identité culturelle, notamment dans le contexte de la

décolonisation ; 2. dans les années 1970 et 1980, un lien est fait entre culture et développement; 3. dans les années 1980 et 1990, la prise en compte de l'identité culturelle s'étend à toutes les personnes exclues, qu'il s'agisse des personnes appartenant à une minorité, à un peuple autochtone ou des personnes immigrées; 4. Dans les années 1990 et 2000 est recherché un dialogue des cultures dont la diversité est présentée comme une richesse¹⁰. En dépit de ces précisions, la notion de "culture" est plus que jamais ambiguë dans la Convention de l'Unesco de 2005, le terme étant paradoxalement employé tantôt au sens de "culture-bénéfique"¹¹, tantôt en tant que "culture-identité"¹². La tentative de définition de la diversité culturelle¹³ illustre bien cette confusion; l'article 4 indique que: "La diversité culturelle se manifeste non seulement dans les formes variées à travers lesquelles le patrimoine culturel de l'humanité est exprimé, enrichi et transmis grâce à la variété des expressions culturelles, mais aussi à travers divers modes de création artistique, de production, de diffusion, de distribution et de jouissance des expressions culturelles, quels que soient les moyens et les technologies utilisés"; de même les "politiques et mesures culturelles" renvoient "aux politiques et mesures relatives à la culture, à un niveau local, national, régional ou international, qu'elles soient

10. Voir la présentation faite par l'Unesco de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, disponible sur son site Internet, pp. 2 et 3. Elle précise: "En écho à la *définition élargie de la notion de culture*, la Déclaration universelle de l'Unesco sur la diversité culturelle aborde le double défi de la diversité culturelle: d'une part, assurer une interaction harmonieuse et un vouloir vivre ensemble entre personnes et groupes aux identités culturelles plurielles, variées et dynamiques; d'autre part, défendre une diversité créatrice, à savoir la multiplicité des formes par lesquelles les cultures révèlent leurs expressions patrimoniales et contemporaines à travers le temps et l'espace." Nous soulignons.

11. Par exemple, dans le préambule, est reconnue "l'importance des droits de propriété intellectuelle pour soutenir les personnes qui participent à la créativité culturelle".

12. Par exemple, dans le préambule, est reconnue "l'importance des savoirs traditionnels en tant que source de richesse immatérielle et matérielle, et en particulier des systèmes de connaissance des peuples autochtones, et leur contribution positive au développement durable, ainsi que la nécessité d'assurer leur protection et promotion de façon adéquate".

13. Sur cette notion, voir G. Gagné (dir.), *La diversité culturelle. Vers une convention internationale effective!*, Québec, Éditions Fides, 2005. D'autres textes, comme la Déclaration du Conseil de l'Europe sur la diversité culturelle de 2000 ou, dans le cadre de l'Organisation internationale de la francophonie, la Déclaration de Cotonou sur la diversité culturelle de 2001, se réfèrent à cette notion.

centrées sur la culture en tant que telle (*sic*), ou destinées à avoir un effet direct sur les expressions culturelles des individus, groupes ou sociétés, y compris sur la création, la production, la diffusion et la distribution d'activités, de biens ou de services culturels et sur l'accès à ceux-ci". La "culture en tant que telle" est donc disjointe de la "culture" telle que définie dans le préambule, lequel rappelle par ailleurs que "la diversité linguistique est un élément fondamental de la diversité culturelle" et considère "l'importance de la vitalité des cultures pour tous, y compris pour les personnes appartenant aux minorités et pour les peuples autochtones, telle qu'elle se manifeste par leur liberté de créer, diffuser et distribuer leurs expressions culturelles traditionnelles et d'y avoir accès de manière à favoriser leur propre développement". Ainsi, la question de savoir si la culture est une marchandise comme les autres masque-t-elle une pluralité d'acceptions de ce terme: parfois synonyme de "diversité ethnique", la diversité culturelle n'est plus uniquement conçue comme un prolongement de la problématique relative à l'exception culturelle.

Enfin, même si elle n'a qu'une valeur symbolique, la Déclaration de Fribourg relative aux droits culturels adoptée le 7 mai 2007¹⁴ confirme l'évolution du sens donné aux droits culturels, ces derniers ne pouvant se concevoir qu'en lien avec les identités. Ainsi, aux termes de l'article 2 a, " Le terme "culture" recouvre les valeurs, les croyances, les convictions, les langues, les savoirs et les arts, les traditions, institutions et modes de vie par lesquels une personne ou un groupe exprime son humanité et les significations qu'il donne à son existence et à son développement". Il s'agit donc clairement d'une acception anthropologique dont les arts ne constituent qu'une composante parmi d'autres. L'article 5, consacré plus spécifiquement au "droit d'accéder et de participer librement [...] à la vie culturelle à travers les activités de son choix [...] comprend notamment: la liberté de s'exprimer, en public ou en privé dans la, ou les, langues de son choix; la liberté d'exercer, en accord avec les droits reconnus dans la présente Déclaration, ses propres pratiques culturelles et de poursuivre un mode de vie associé à la valorisation de ses ressources culturelles, notamment dans le domaine de l'utilisation,

14. Ce texte a été rédigé par un groupe de travail de l'Institut interdisciplinaire d'éthique et des Droits de l'homme de l'Université de Fribourg qui, en lien avec l'Unesco, mène depuis plusieurs années une réflexion sur les droits culturels. Voir P. Meyer-Bisch (dir.), *Les droits culturels. Projet de déclaration*, Paris – Fribourg, Unesco – Éditions universitaires, 1998.

de la production et de la diffusion de biens et de services; la liberté de développer et de partager des connaissances, des expressions culturelles, de conduire des recherches et de participer aux différentes formes de création ainsi qu'à leurs bienfaits; le droit à la protection des intérêts moraux et matériels liés aux oeuvres qui sont le fruit de son activité culturelle".

Cette disposition est tout à fait significative du brouillage effectué entre droit *à la culture* et droit *des cultures*, le second prévalant, voire absorbant désormais le premier. On a ainsi l'impression que les droits *des cultures* ont en quelque sorte été substitués aux droits *à la culture*, comme si les premiers pouvaient compenser l'ineffectivité des droits culturels-créances.

Finalement, au vu de ces différents textes, un constat s'impose: les droits culturels (y compris les droits à la culture) sont désormais inséparables des identités culturelles; tout se passe comme si ces droits étaient aujourd'hui d'abord conçus pour les personnes appartenant à des minorités, voire leur étaient réservés. Certes, les droits d'*une* culture peuvent participer au droit *à la culture*: diffuser la littérature rédigée dans une langue minoritaire relève par exemple des deux déclinaisons des droits culturels. En ce sens, la reconnaissance des droits des cultures est nécessaire pour parachever l'universalisme du droit *à la culture*, initialement conçu comme un droit occidental. Mais, dans le même temps, les droits d'une culture peuvent aussi heurter les Droits de l'homme, dans la mesure où ils sont susceptibles de reléguer l'individu au second plan par rapport au groupe d'appartenance.

II. LES DROITS CULTURELS: DES DROITS INDIVIDUELS AUX DROITS DES GROUPES

Pour René Cassin, l'universalité des Droits de l'homme contenus dans la DUDH était intimement liée à l'être humain. Selon lui, la Déclaration "est universelle par son inspiration, par son expression, par son contenu, par son champ d'application, par son potentiel, et elle proclame directement les droits de l'être humain au regard de tous autres, à quelques groupes sociaux auxquels ils appartiennent les uns et les autres"¹⁵.

15. R. Cassin, "L'homme sujet de droit international et la protection universelle de l'homme", in *Mélanges Georges Scelle. La technique et les principes du droit public*, Paris, LGDJ, 1950, t. 1, p. 77.

Les droits culturels, comme les autres droits consacrés dans le texte de 1948, ont donc un fondement individualiste. Ce soubassement a précisément fait l'objet de critiques, l'individualisme étant étranger aux sociétés holistes, comme certaines sociétés africaines et asiatiques. Aussi, pour que les droits culturels soient susceptibles d'être exercés par tous, ils ont subi différentes inflexions: dans la droite ligne de la problématique propre aux droits des minorités, ils ont d'abord été appréhendés comme des droits individuels susceptibles d'être exercés collectivement; dernièrement, ils ont également été conçus comme les droits des " communautés culturelles".

A. Des droits individuels aux droits collectifs

Même si selon Gérard Cohen-Jonathan, "l'universalité de la Déclaration s'affirme également quant à ses destinataires: c'est l'être humain qu'elle entend protéger"¹⁶, cette conception individualiste se heurte au fait que certains droits culturels n'ont de sens qu'exercés en commun avec d'autres. Autrement dit, certains droits culturels sont des droits collectifs¹⁷. Cet aspect n'est pas propre aux droits culturels; il concerne également des libertés, comme la liberté de réunion ou d'association et des droits économiques et sociaux: le droit de grève ou le droit syndical exercé par une unique personne n'aurait, par exemple, aucun sens.

Une telle dimension collective n'est pas non plus intrinsèque aux droits culturels : le droit de créer ou les droits d'auteur ont assurément un soubassement individualiste; si le caractère collectif concerne donc l'essentiel des droits *des* cultures, il n'est inhérent qu'à un faible nombre de droits *à la* culture. Étant donné l'importance croissante accordée aux premiers, un grand nombre de droits culturels possèdent aujourd'hui cette dimension. Ainsi, les droits linguistiques des membres d'un groupe, le droit d'organiser des manifestations culturelles traditionnelles, le droit de pratiquer des rites particuliers constituent des droits qui, par définition, se partagent et qui, à ce titre, doivent être exercés avec d'autres. Se

16. G. Cohen-Jonathan, "Universalité et indivisibilité des Droits de l'homme", in *La Déclaration universelle des Droits de l'homme, 1948-1998...*, p. 45.

17. Sur cette question, voir notamment P. Texier, "Droits individuels et droits collectifs", in *La Déclaration universelle des Droits de l'homme, 1948-1998...*, pp. 217 sq.

pose alors un problème relatif à la nature des bénéficiaires de ces droits: s'agit-il des êtres humains membres d'un groupe ou s'agit-il du groupe lui-même?

Jusqu'à récemment, en dépit de l'évolution constatée, dans le sillage multiculturaliste, les droits culturels au sens anthropologique étaient plutôt conçus comme les droits des membres des collectivités¹⁸. En effet, si les multiculturalistes, au premier rang desquels Will Kymlicka¹⁹, estiment qu'un égal respect des communautés suppose la prise en considération des appartenances culturelles (au sens anthropologique) de chacun, ils restent attachés aux principes du libéralisme et, en particulier, à l'individualisme; ils entendent donc faire primer les droits individuels sur d'éventuels droits des groupes. Pour eux, la reconnaissance juridique des différences culturelles est envisagée "comme un moyen et une condition de la liberté"²⁰: tout comme les droits économiques et sociaux dits de "seconde génération", les droits à l'identité culturelle doivent être appréhendés comme un nouvel enrichissement des droits individuels.

Les choses se compliquent toutefois lorsque l'on cherche à garantir ces droits. Ainsi, lorsque l'État les institutionnalise – en organisant par exemple des enseignements en langues régionales –, il prend nécessairement en compte des collectivités infra-étatiques²¹,

18. On peut d'ailleurs s'étonner du rapprochement effectué dans la déclaration de Fribourg entre les personnes appartenant à une minorité et les personnes socialement défavorisées: l'article 9 dispose par exemple qu'il faut "veiller au respect des droits culturels, et développer des modes de concertation et de participation afin d'en assurer la réalisation, en particulier pour les personnes les plus défavorisées en raison de leur situation sociale ou de leur appartenance à une minorité". Même si l'objectif est de veiller à ce que les plus démunis bénéficient de droits effectifs, faire le parallèle entre une situation précaire d'un point de vue social et une identité culturelle ne semble pas pertinent.

19. Voir notamment W. Kymlicka, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, Paris, La Découverte, 2001.

20. W. Kymlicka, "Les droits des minorités et le multiculturalisme", *Comprendre. Revue de philosophie et de sciences sociales*, W. Kymlicka et S. Mesure (dir.), n° 1, *Les identités culturelles*, 2000, pp. 148-149.

21. P. Vandernoot distingue, parmi les droits collectifs, "ceux qui ont un caractère proclamatoire à l'intention des minorités en tant que telles ou qui ont un caractère collectif par nature et ceux qui ont un caractère institutionnel et qui impliquent dès lors une organisation nécessairement collective de l'État". Il y ajoute "une troisième catégorie, située quelque peu à cheval entre les droits individuels et collectifs: il s'agit des droits reconnus éventuellement aux individus mais s'exerçant généralement en groupe". P. Vandernoot, "Les aspects linguistiques du droit des minorités", *RTDH*, n° 30, 1^{er} avril 1997, p. 338. Notons que Geneviève Koubi qualifie ce dernier type

donc des groupes. Et, le plus souvent, c'est parce qu'un individu fait partie d'une communauté minoritaire qu'il peut bénéficier de cet enseignement. D'ailleurs, après avoir tenté de répertorier les différents droits culturels²², le groupe de Fribourg note que "les droits culturels apparaissent entre les Droits de l'homme et les droits des peuples"²³.

La seule brèche admissible vis-à-vis du fondement individualiste des droits culturels était, il y a encore quelques années, qu'ils puissent être exercés collectivement; le fait qu'ils soient destinés à des groupes semble désormais être admis.

B. Des droits collectifs aux droits des communautés culturelles

Aujourd'hui, même dans les textes à portée universelle, c'est-à-dire non centrés sur la problématique minoritaire, les droits culturels sont intrinsèquement liés aux droits des minorités. Or, la DUDH n'évoque ni les minorités, ni les populations autochtones: les droits culturels qu'elle reconnaît sont envisagés indépendamment de la reconnaissance d'identités culturelles.

Norbert Rouland explique que "ce n'est pas un oubli. Pour les minorités, on considère que leur manipulation a été une des causes qui ont engendré le conflit: il ne vaut donc mieux pas leur consacrer un traitement spécifique. Pour les autochtones, on pense que le développement économique va les intégrer aux sociétés dominantes. Dans les deux cas, on juge qu'une pleine et entière application des

de droits de "sociabilitaire": selon elle, "l'enjeu de ces droits [...] est de conforter la dimension communautaire et identitaire des minorités [...]" (G. Koubi, "Droit et minorités dans la République française", in *Le droit et les minorités. Analyses et textes*, A. Fenet, G. Koubi et I. Schulte-Tenchkoff (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 208). Voir également G. Koubi, "Réflexions sur les distinctions entre droits individuels, droits collectifs et "droits de groupe"", in *Mélanges Raymond Goy*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 1998, pp. 105-117.

22. Le droit à la participation culturelle (droit à la libre participation à la vie culturelle, droit au bénéfice du progrès scientifique et culturel, droit à la propriété intellectuelle), le droit à l'éducation (droit à l'éducation élémentaire et fonctionnelle, droit à l'orientation et à la formation professionnelle) et le droit individuel et collectif à l'identification culturelle (droit au choix de sa culture, droit à l'héritage culturel, droit d'accès aux moyens de communication et d'expression). Voir P. Meyer-Bisch (dir.), *Les droits culturels, une catégorie sous-développée de Droits de l'homme*, Actes du 8e colloque interdisciplinaire sur les Droits de l'homme à l'Université de Fribourg, 28-30 novembre 1991, Fribourg, Éditions universitaires de Fribourg, 1992, p. 13.

23. P. Meyer-Bisch, "Les droits culturels forment-ils une catégorie spécifique de Droits de l'homme ?", *ibid.*, p. 23.

Droits de l'homme conçus dans un sens universaliste est nécessaire et suffisante pour régler les problèmes de ces groupes"²⁴.

La réalité était un peu plus complexe: les différents États étant très partagés quant à la nécessité d'une disposition relative à cette question²⁵, un article protégeant les personnes relevant de groupes minoritaires a été introduit à plusieurs reprises. L'Union soviétique défendait notamment la disposition suivante: "Chacun a droit à sa propre culture ethnique ou nationale [...]; à la création de ses propres écoles et à l'enseignement de sa propre langue, ainsi qu'à l'emploi de cette langue dans la presse, les réunions publiques, les tribunaux et les autres institutions de l'administration"²⁶."

Il semblerait donc que ce soit plutôt l'absence de consensus sur une telle disposition, liée à une variété des situations, qui ait empêché l'approbation d'un tel article. Une résolution renvoyant au Conseil économique et social les textes relatifs aux minorités fut alors adoptée.

Ces hésitations originelles montrent que le problème des destinataires des droits des minorités n'est pas nouveau et se posait dans les mêmes termes il y a soixante ans. Et si, rapidement, les droits culturels ont été reliés aux droits des membres des minorités, de façon plus furtive, ils ont aussi été adossés à des droits des groupes. Ainsi, Janusz Symonides rappelle-t-il que "La Déclaration de Mexico [de 1982] sur les politiques culturelles spécifie notamment que l'affirmation de l'identité culturelle contribue à la libération des peuples"²⁷. Dans les textes les plus récents, des groupes – peuples autochtones ou communautés culturelles – sont explicitement considérés comme bénéficiaires de droits culturels. Il est à ce titre intéressant de constater que si les textes attribuent en général ces droits aux membres des minorités (donc à des individus), ils n'hésitent plus à en faire bénéficier directement les peuples autochtones (donc

24. N. Rouland, "L'émergence du droit des minorités et des peuples autochtones dans les conventions et traités internationaux", in *Le droit à la différence*, N. Rouland (dir.), Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 193.

25. Sur les débats relatifs à l'insertion d'une disposition sur les minorités dans la Déclaration, voir W. A. Schabas, "Les droits des minorités: une déclaration inachevée", in *La Déclaration universelle des Droits de l'homme, 1948-1998...*, pp. 223 sq.

26. Ibid.

27. J. Symonides, "Les droits culturels: une catégorie négligée de Droits de l'homme", p. 620.

des collectivités). Ainsi, par exemple, la Déclaration universelle sur la diversité culturelle évoque-t-elle, à son article 4, “en particulier les droits des personnes appartenant à des minorités et ceux des peuples autochtones”. De même, dans le document explicitant la Convention de 2005, l’Unesco indique que les bénéficiaires du texte sont certes les individus, les professionnels et praticiens de la culture mais aussi “les divers groupes sociaux, y compris les femmes et les personnes appartenant aux minorités et les peuples autochtones”²⁸.

Il est permis de s’étonner du rôle joué par la France dans l’élaboration de ce texte, lorsque l’on sait qu’elle a coutume de formuler des réserves dès qu’une convention internationale consacre les droits des minorités. Ainsi, l’adhésion de la France au Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 par la loi du 25 juin 1980 a-t-elle été assortie d’une déclaration interprétative relative à l’article 27 du pacte international précisant que “compte tenu de l’article 2 de la Constitution [...] l’article 27 n’a pas lieu de s’appliquer en ce qui concerne la République”. La France a par ailleurs opposé une réserve à l’article 30 de la Convention relative aux Droits de l’enfant conclue dans le cadre de l’ONU et a, pour les mêmes raisons, refusé de signer la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l’Europe le 10 novembre 1994. D’ailleurs, le Conseil constitutionnel a affirmé, dans sa décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999 relative à la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, que les principes figurant à l’article 1er de la Constitution ainsi que “le principe d’unicité du peuple français dont aucune section ne peut s’attribuer l’exercice de la souveraineté nationale” – qui a également valeur constitutionnelle – “s’opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d’origine, de culture, de langue ou de croyance”²⁹; ils ont estimé “qu’il résulte de ces dispositions combinées que la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, *en ce qu’elle confère des droits spécifiques à des “groupes” de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l’intérieur de “territoires”* dans lesquels ces langues sont pratiquées,

28. Voir note 10.

29. Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999 relative à la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, cons. 6.

porte atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français"³⁰.

Or, la Convention de l'Unesco de 2005, largement soutenue par la France, se réfère explicitement aux droits des peuples autochtones. Pour preuve, l'article 2 § 5 dispose que "la culture étant un des ressorts fondamentaux du développement, les aspects culturels du développement sont aussi importants que ses aspects économiques, et les individus *et les peuples* ont le droit fondamental d'y participer et d'en jouir"³¹.

De même, l'article 7 indique que "les parties s'efforcent de créer sur leur territoire un environnement encourageant les individus *et les groupes sociaux*: a. à créer, produire, diffuser leurs propres expressions culturelles et à y avoir accès [...]"³².

Un nouveau pas semble avoir été franchi avec la Déclaration de Fribourg de septembre 2007, laquelle consacre explicitement les "communautés culturelles", définies comme des "groupe(s) de personnes qui partagent des références constitutives d'une identité culturelle"³³ commune, qu'elles entendent préserver et développer". Si l'article 4 a dispose que "toute personne a la liberté de choisir de se référer ou non à une ou plusieurs communautés culturelles, sans considération de frontières, et de modifier ce choix" et maintient donc le référentiel individualiste, l'article 8 indique notamment que "toute personne, seule ou en commun, a droit de participer selon des procédures démocratiques: au développement culturel des communautés dont elle est membre", consacrant ainsi implicitement un droit pour les communautés au développement culturel.

Une telle reconnaissance ne constitue plus un cas isolé: le 13 septembre 2007, a été adoptée la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones. Sans détour, elle accorde des droits directement aux peuples autochtones, donc à des groupes. Ainsi, l'article 3 dispose que "Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement

30. Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999 relative à la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, cons. 10. Nous soulignons.

31. Nous soulignons.

32. Nous soulignons.

33. L'identité culturelle étant elle-même définie comme "l'ensemble des références culturelles par lequel une personne, seule ou en commun, se définit, se constitue, communique et entend être reconnue dans sa dignité" (art. 2).

leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel”.

Innovant est également l'article 11 § 2, selon lequel “Les États doivent accorder réparation par le biais de mécanismes efficaces – qui peuvent comprendre la restitution – mis au point en concertation avec les peuples autochtones, en ce qui concerne les biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, ou en violation de leurs lois, traditions et coutume”.

Garantir des droits culturels directement à des communautés culturelles permet de rompre avec une conception occidentale de la notion de culture, d'une part, des bénéficiaires des droits, d'autre part. Toutefois, une telle affirmation comporte aussi le risque d'un relativisme culturel et moral légitimant des pratiques culturelles contraires aux Droits de l'homme. Conscients de ces potentielles dérives, les rédacteurs des textes internationaux ont souhaité les anticiper grâce à l'affirmation d'une hiérarchie entre Droits de l'homme et droits culturels. Ainsi, aux termes de l'article 5 de la Déclaration universelle sur la diversité culturelle, “Toute personne doit pouvoir participer à la vie culturelle de son choix et exercer ses propres pratiques culturelles, dans les limites qu'impose le respect des Droits de l'homme et des libertés fondamentales”.

De même, l'article 2 alinéa 1er de la Convention de l'Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles dispose que “Nul ne peut invoquer les dispositions de la présente Convention pour porter atteinte aux Droits de l'homme et aux libertés fondamentales tels que consacrés par la Déclaration universelle des Droits de l'homme ou garantis par le droit international, ou pour en limiter la portée”.

Bien que cette hiérarchisation puisse être conçue comme une garantie de l'universalisme des Droits de l'homme, il est permis de se demander si elle n'entre pas en contradiction avec leur indivisibilité, principe en vertu duquel les Droits de l'homme, quels qu'ils soient, sont d'égale valeur.

Indépendamment de la primauté donnée aux Droits de l'homme, il semblerait important de concevoir des droits culturels indépendamment des identités culturelles afin de ne pas oublier que la culture peut être conçue de façon autonome, sans lien avec un groupe particulier, et qu'elle peut être partagée par des individus

relevant de communautés différentes. À force de vouloir garantir un droit à la différence culturelle, on risque en effet de faire primer ce qui distingue sur ce qui est susceptible de rassembler. L'article 7 de la Déclaration de Fribourg illustre une telle logique: "Dans le cadre général du droit à la liberté d'expression, y compris artistique, des libertés d'opinion et d'information, et du respect de la diversité culturelle, toute personne, seule ou en commun, a droit à une information libre et pluraliste qui contribue au plein développement de son identité culturelle [...]."

On peut alors se demander s'il est indispensable d'évoquer l'"identité culturelle" lorsqu'il s'agit de garantir la liberté d'expression.

Par ailleurs, l'évolution sémantique précédemment évoquée n'a été accompagnée d'aucune distinction entre sphère publique et sphère privée. Bien qu'occidentale, une telle différenciation a le mérite de permettre l'épanouissement des droits culturels anthropologiques tout en garantissant un lien entre les citoyens dans la sphère publique en maintenant l'unité. Or, au regard des récentes évolutions, il est permis de penser que la reconnaissance ambiguë des *identités culturelles* risque d'être comprise comme une consécration d'une pluralité d'*identités politiques*. Ce serait alors la consécration de la logique communautarienne, illustrée notamment par la "politique de la reconnaissance" de Charles Taylor, laquelle ne se conçoit pas sans l'octroi aux communautés culturelles de droits d'une valeur au moins équivalente à celle des libertés individuelles³⁴.

Pour Hector Gros Espiell, "un relativisme culturel radical et absolu, qui nierait la possibilité qu'existe le moindre élément commun et universel dans la culture humaine contemporaine, et qui [...] impliquerait la négation de caractère général des Droits de l'homme et de ses résultantes éthiques, politiques et religieuses serait incompatible avec l'idée d'universalité de ces droits et avec toute perspective d'une conception commune. En revanche, un relativisme culturel normal, rationnel, équilibré et moderne, fondé sur le constat de la réalité de particularités et de diversités historiques,

34. C. Taylor, "L'atomisme", *La liberté des modernes*, Paris, PUF, 1997, pp. 224-225. Pour les communautariens, non seulement l'appartenance à un groupe fait naître des droits particuliers au profit de ses membres, mais encore les groupes doivent, en tant que tels, posséder des droits. Les communautariens entendent en effet protéger les communautés culturelles contre trois menaces potentielles: celles des individus, celles des autres communautés et celles de l'État. Tout doit être mis en oeuvre pour préserver les différentes collectivités d'appartenance.

religieuses et traditionnelles, régionales et nationales [...] se trouve à la base du nécessaire et juste équilibre entre universalité, diversité, homogénéité et différence, lequel doit être le point d'appui, équitable et réaliste, de la reconnaissance, de la promotion et de la protection internationale des droits de la personne humaine³⁵.

Un des enjeux majeurs du XXI^e siècle consiste ainsi à déterminer jusqu'où on peut aller pour "enrichir l'universalité par la diversité"³⁶.

À notre sens, l'universalisme des droits culturels ne pourra être effectif qu'au terme d'une double clarification. Afin que les droits culturels puissent être garantis en dehors de la problématique identitaire, les droits *à la* culture doivent impérativement être défendus indépendamment des droits *des* cultures. Par ailleurs, pour rompre avec la conception ethnocentriste, les droits *des* cultures doivent également être reconnus, en veillant à les accorder à des individus, non à des groupes: les individus doivent rester libres, non seulement de pratiquer ou de ne pas pratiquer tel droit culturel, mais encore de changer de groupe d'appartenance.

35. H. Gros Espiell, "Universalité des Droits de l'homme et diversité culturelle", *Revue internationale des sciences sociales*, n° 158, décembre 1998, p. 591.

36. Article 9 de la Déclaration de Fribourg.

L'ARTICULATION DU DROIT DE L'OCCUPATION ET DES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS: LES EXEMPLES DE L'ALIMENTATION, DE LA SANTE ET DE LA PROPRIETE

Sylvain Vité^{1*}

Conseiller juridique, division juridique, CICR.

1. INTRODUCTION

Même si la question suscite encore des controverses², il n'est guère contestable aujourd'hui que le droit international des droits de l'homme est applicable aux situations couvertes par le droit international humanitaire, à savoir les conflits armés et les occupations militaires³. Une riche pratique internationale confirme désormais cette position, notamment celle de la Cour internationale de justice, qui a eu l'occasion de se prononcer en ce sens par trois

1. Cet article propose quelques conclusions d'un projet de recherche plus vaste sur la protection des civils sous occupation militaire (Académie de droit international humanitaire et de droits humains, Genève, 2008). L'auteur souhaite remercier vivement le Fonds national suisse de la recherche scientifique qui a assumé l'essentiel du financement de ce projet. L'auteur souhaite aussi remercier Mme Nathalie Mivelaz, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, et le Professeur Robert Kolb, Université de Genève, pour leurs précieuses suggestions quant au contenu de cet article. Ce texte relève toutefois de la seule responsabilité de son auteur. Les opinions qui y sont exprimées ne reflètent pas nécessairement le point de vue du CICR. Original français. La version anglaise de cet article a été publiée sous le titre "The interrelation of the law of occupation and economic, social and cultural rights: the examples of food, health and property", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 871, septembre 2008, pp. 629-651.

2. Michael J. Dennis, "Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation", *American Journal of International Law*, Vol. 99, N° 1, 2005, pp. 119-141.

3. Voir notamment Rapport sur la situation des droits de l'homme dans le Koweït sous occupation iraquienne, W. Kälin, Rapporteur spécial, E/CN.4/1992/26, 16 janvier 1992; Robert Kolb, Sylvain Vité, La protection des populations civiles soumises au pouvoir d'une armée étrangère, Bruxelles, Bruylant, à paraître en 2008.

fois⁴. Il convient dès lors de dépasser cette étape préliminaire pour s'interroger sur l'articulation des règles du droit international humanitaire et des droits de l'homme dans les domaines qui leur sont communs. Selon les propres termes de la Cour, cette articulation se manifeste selon trois modalités: "certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international"⁵. La Cour ne précise pas toutefois quelles sont les règles qui caractérisent l'une ou l'autre de ces catégories.

Cet article vise à entreprendre cet exercice en se concentrant sur l'une des ramifications du droit international humanitaire, celle qui traite de l'occupation militaire⁶. En droit international, "[u]n territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie"⁷. Deux conditions sont requises pour que cette définition soit satisfaite : a) l'occupant est en mesure de contrôler de manière effective un territoire qui n'est pas le sien ; b) son intervention n'a pas été agréée par le souverain légitime. Il n'est en revanche pas nécessaire que la prise de pouvoir résulte d'un conflit armé caractérisé par des hostilités. Les règles pertinentes s'appliquent même si l'occupation ne rencontre aucune résistance militaire⁸. Ces règles figurent principalement dans trois textes

4. Cour internationale de justice: Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, 8 juillet 1996, Rôle général N° 95, paragraphe 25; Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Avis consultatif, 9 juillet 2004, Rôle général N° 131, paragraphe 106; Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (fond), République démocratique du Congo c. Ouganda, Rôle général N° 116, 19 décembre 2005, paragraphe 216. Voir aussi en ce sens: Permanent Court of Arbitration: Partial Award, Civilians Claim, Ethiopia's claim 5, 17 décembre 2004, paragraphe 26.

5. CIJ, *Conséquences juridiques*, supra note 3, paragraphe 106; CIJ, *Activités armées*, supra note 3, paragraphe 216.

6. Sur le droit de l'occupation militaire de manière générale, voir notamment: Jean Pictet (éd.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre: commentaire*, Genève, CICR 1956; Adam Roberts, "What is a Military Occupation", *British Yearbook of International Law*, Vol. 55, 1984, pp. 249-305; Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton (etc.), Princeton University Press, 2004 (2d ed.); Robert Kolb, Sylvain Vité, supra note 2.

7. *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, 18 octobre 1907, Deuxième Conférence internationale de la Paix, Actes et Documents, La Haye, 1907, Vol. I, pp. 626-637: article 42.

8. *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, Actes de la Conférence diplomatique de Genève

conventionnels : le Règlement de La Haye de 1907, la Convention IV de Genève de 1949 et le Protocole additionnel I de 1977⁹. La plupart de ces règles sont par ailleurs de nature coutumière.

Sous l'angle des droits de l'homme, il s'agira de se concentrer sur les droits économiques, sociaux et culturels. Ces derniers répondent à un mode de fonctionnement spécifique qui les distingue des droits civils et politiques¹⁰. La principale source conventionnelle pertinente en la matière, au niveau universel tout au moins, est le Pacte des Nations Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ci-après, le Pacte), adopté en 1966¹¹.

Dans un premier temps, cet article rappellera dans les grandes lignes quels sont les principes généraux d'application des droits économiques, sociaux et culturels en temps d'occupation (A). Il s'agira de voir ensuite comment les deux régimes juridiques étudiés interagissent concrètement dans deux domaines particuliers : les conditions de vie des populations, sous l'angle particulier de l'alimentation et de la santé, et la propriété (B).

II. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX D'APPLICATION DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS EN TEMPS D'OCCUPATION

L'application des droits économiques, sociaux et culturels est affaire de nuance. Elle varie en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce et est appelée à évoluer dans le temps. La nature de ces droits est en partie programmatique en ce sens qu'ils fixent des objectifs que les États s'engagent à atteindre par étapes successives. Leur pleine mise en oeuvre doit ainsi être réalisée progressivement.

de 1949, Vol. I, Berne, Département Politique Fédéral, pp. 294-335: article 2, paragraphe 2.

9. Règlement de La Haye, supra note 6; Convention IV, supra note 7; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 8 juin 1977, Les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Genève, CICR, 1977, pp. 3-89.

10. Voir notamment Philip Alston, Gerald Quinn, "The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, N° 3, mai 1987, pp. 156-229; Absjorn Eide, "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights", *Economic, Social and Cultural Rights, A Textbook*, A. Eide (ed.), Dordrecht (etc.), Kluwer, 2001 (2nd ed.), pp. 9-28.

11. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, New York, 16 décembre 1966, RTNU, Vol. 993, p. 3.

Cette flexibilité n'est cependant pas telle que le Pacte en perdrait tout caractère contraignant. Le système des droits économiques, sociaux et culturels prévoit certaines obligations immédiates et minimales que les États ne sauraient contourner. À ce fonctionnement propre à l'économie des droits de l'homme s'ajoute aussi certains principes d'application découlant du droit de l'occupation.

La mise en oeuvre progressive des droits économiques, sociaux et culturels

L'article 2, paragraphe 1, du Pacte prévoit que chaque État partie "s'engage à agir [...] au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer *progressivement* le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte" (nous soulignons). Cet instrument reconnaît que l'application de ses règles s'inscrit dans le temps et qu'elle peut passer par différents degrés en raison de la nature même des obligations prescrites¹². Certaines dispositions fixent en effet des objectifs tout en laissant aux États parties une marge d'appréciation quant aux moyens qu'ils adopteront pour les atteindre. Selon les cas, cela suppose l'adoption de nouveaux textes législatifs. La mise en oeuvre des droits économiques, sociaux et culturels ne peut donc se concevoir que sur la durée.

Cette souplesse est particulièrement importante en temps d'occupation. Lorsque les hostilités viennent de se terminer, que de nombreuses infrastructures ont été détruites par la guerre et que le pays connaît encore bien souvent une forte instabilité, l'occupant n'est pas en mesure d'assurer la pleine réalisation de ses obligations. Dans un premier temps, c'est aux nécessités dictées par l'urgence qu'il doit répondre. Par la suite, lorsqu'il a eu l'occasion de renforcer son contrôle sur le territoire concerné, ses obligations gagnent alors en contenu normatif. Au-delà de la phase d'urgence, il ne peut plus se contenter de mesures minimales. La mise en oeuvre des droits économiques, sociaux et culturels exige que soit mise en place une stratégie en vue d'atteindre les objectifs fixés.

12. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale N° 3: La nature des obligations des États parties (article 2, paragraphe 1, du Pacte), 14 décembre 1990, paragraphe 9. Voir aussi Directives de Maastricht relatives aux violations des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc. E/C12/2000/13, 2 octobre 2000, N° 8.

Cette marge de manoeuvre n'est cependant pas illimitée. La mise en oeuvre progressive des droits économiques, sociaux et culturels ne signifie pas que les États sont en droit d'attendre les circonstances les plus favorables pour se conformer à leurs obligations. Une telle interprétation viderait le Pacte de son contenu normatif, puisque chacun serait libre de décider par lui-même de l'ampleur de ses engagements. Cet instrument en perdrait par conséquent son caractère contraignant. La jurisprudence du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, qui est l'organe de supervision du Pacte, montre en effet que les États ne sauraient aller en deçà d'un seuil normatif fondamental, quelles que soient les circonstances.

Les obligations ayant un effet immédiat

Le Comité a rappelé d'abord que "si le Pacte prévoit effectivement que l'exercice des droits devra être assuré progressivement et reconnaît les contraintes découlant du caractère limité des ressources disponibles, il impose aussi diverses *obligations ayant un effet immédiat*"¹³. Il distingue ainsi deux niveaux normatifs : a) Les dispositions qui créent des obligations à effet immédiat ; b) Les dispositions qui créent des obligations de mise en oeuvre progressive. Les États liés par cet instrument ne sauraient dès lors invoquer sa nature programmatique pour en retarder en bloc l'application. Ils sont en effet tenus d'en respecter les règles d'application immédiate, c'est-à-dire les obligations "applicables en elles-mêmes et par elles-mêmes"¹⁴. En temps d'occupation, ces règles forment un cercle normatif que les autorités en place doivent prendre en compte dès qu'elles exercent un contrôle effectif du territoire. Leur respect ne saurait être reporté ou restreint en raison des circonstances de l'occupation.

Certaines de ces obligations à effet immédiat sont expressément mentionnées dans le Pacte. Tel est le cas par exemple du principe

13. Observation générale N° 3, supra note 11, paragraphe 1 (nous soulignons). Voir aussi Principes de Limburg concernant l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc., E/C.12/2000/13, 2 octobre 2000, N° 8.

14. *Observation générale N° 3, supra note 11, paragraphe 5.* Dans la version anglaise de ce passage, le Comité déclare: "Any suggestion that the provisions indicated are *inherently non-self-executing* would seem to be difficult to sustain" (nous soulignons).

de non discrimination¹⁵ ou des mesures spéciales de protection et d'assistance en faveur des enfants et des adolescents¹⁶. D'autres doivent être identifiées par voie d'interprétation. En vertu de l'article 2, paragraphe 1, les États parties se sont en effet "engagés à agir" ("*to take steps*"), c'est-à-dire à adopter des mesures concrètes propres à favoriser l'application complète de cet instrument, quelle que soit la nature des obligations concernées. Une attitude passive à cet égard serait donc contraire à leurs engagements. Si, dans certains cas, la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels peut s'inscrire dans la durée, les États restent tenus d'entreprendre sans attendre les démarches qui leur permettront d'atteindre les objectifs fixés¹⁷. En d'autres termes, même lorsqu'il s'agit de mettre en oeuvre des droits dont l'exercice est progressif, les États restent liés par le devoir d'adopter des mesures immédiates. Ces mesures doivent avoir "un caractère délibéré, concret et viser aussi clairement que possible à la réalisation des obligations reconnues dans le Pacte"¹⁸.

En temps d'occupation, les autorités en place ne peuvent dès lors pas arguer de la nature provisoire de leur présence en territoire étranger pour se dérober à ces obligations. Il est révélateur à cet égard de rappeler que l'Administration des forces d'occupation en Irak a justifié une réforme du Code du travail local en rappelant que l'Irak, en tant qu'État partie aux Convention 138 et 182 de l'OIT, avait l'obligation "*to take affirmative steps towards eliminating child labor*"¹⁹. L'ordonnance 89 adoptée par l'Administrateur de la coalition le 5 mai 2004 répond à cette obligation en fixant notamment un âge minimal de recrutement et en réglementant les conditions de travail pour les personnes de moins de dix-huit ans.

15. Article 2, paragraphe 1. Voir Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale N° 3*, supra note 12, paragraphe 1; *Observation générale N° 12, Le droit à une nourriture suffisante (article 11 du Pacte)*, UN Doc. E/C.12/1999/5, 12 mai 1999, paragraphe 18. Voir aussi *Principe de Limburg*, supra note 12, N° 22 et 35.

16. Article 10, paragraphe 3.

17. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale N° 3*, supra note 11, paragraphe 2 et 9. Voir aussi Philip Alston, Gerald Quinn, supra note 9, p. 166.

18. *Observation générale N° 3*, supra note 11, paragraphe 2.

19. Coalition of Provisional Authority, *Order N° 89, Amendments to the Labor Code – Law N° 71 of 1987*, CPA/ORD/05 mai 2004/89 (nous soulignons).

Le contenu essentiel des droits économiques, sociaux et culturels

Le Comité a par ailleurs reconnu que chacun des droits économiques, sociaux et culturels, malgré la flexibilité qui les caractérise, intègre un contenu normatif irréductible. Même si le Pacte se montre souple lorsqu'il reconnaît que certaines dispositions peuvent être mises en oeuvre progressivement, il estime que les États parties n'en ont pas moins "*l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits*"²⁰. Par exemple, le Comité précise que "*a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, prima facie, failing to discharge its obligations under the Covenant*"²¹. Chacune des dispositions du Pacte incorpore ainsi un contenu normatif de base qui doit être garanti en toutes circonstances, quels que soient notamment le niveau économique, la situation politique ou la structure institutionnelle du pays²². Ceci vaut en période d'occupation militaire autant qu'en temps de paix. Ce noyau dur établit en quelque sorte le point de départ à partir duquel les États parties peuvent envisager un exercice progressif de leurs obligations. Il fixe ainsi une limite à la flexibilité admise en vertu de l'article 2, paragraphe 1.

III. LE PRINCIPE DE LA CONTINUITÉ DE L'ORDRE JURIDIQUE EN DROIT DE L'OCCUPATION

L'application des droits économiques, sociaux et culturels en temps d'occupation doit être modulée en outre en fonction du régime juridique propre à ce type de situation. Dans son Avis consultatif relatif aux *conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (2004), la Cour internationale de justice a eu l'occasion de rappeler qu'Israël, en tant que Puissance occupante, a l'obligation de respecter les dispositions du Pacte "dans

20. *Observation générale N° 3, supra* note 11, paragraphe 10 (nous soulignons). Voir aussi *Directives de Maastricht, supra* note 11, N° 9.

21. *Observation générale N° 3, supra* note 11, paragraphe 10, (nous choisissons la version anglaise de ce texte, car elle nous paraît plus explicite que sa traduction en français).

22. À ce sujet, voir notamment Audrey R. Chapman, Sage Russell (eds), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerp [etc.], Intersentia, 2002.

l'exercice des compétences dont il dispose à ce titre²³. Or le contenu et l'étendue de ces compétences ne peuvent être déterminés qu'en référence au droit de l'occupation. C'est uniquement dans les limites fixées par ce régime juridique que l'occupant est autorisé à faire usage de la marge de manoeuvre admise en vertu des droits économiques, sociaux et culturels.

Sous certains aspects, l'application du Pacte suppose une perspective à long terme et le pouvoir souverain de transformer en profondeur les sociétés. La mise en oeuvre du droit au travail oblige par exemple les États à élaborer des stratégies de développement qui engageront leur économie nationale sur de nombreuses années²⁴. Or, le droit de l'occupation oppose une résistance à de tels changements. Il vise au contraire à maintenir les structures institutionnelles et légales en attendant que le statut futur du territoire concerné soit tranché. L'article 43 du Règlement de La Haye de 1907 prévoit que l'occupant a l'obligation "de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics *en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays*" (nous soulignons). Cette règle de la continuité de l'ordre juridique interne prescrit ainsi une limite supérieure à la mise en oeuvre des droits économiques, sociaux et culturels. Elle interdit les réformes structurelles qui engageraient l'avenir du territoire occupé sur le long terme.

Ce principe n'est toutefois pas rigide. Comme le précise l'article 43, les Puissances occupantes peuvent y déroger en cas d'"empêchement absolu". L'article 64 de la IV^e Convention de Genève, qui reprend et précise la règle de l'article 43, ajoute que des modifications législatives sont admissibles lorsqu'elles sont "indispensables" à la réalisation de trois objectifs : a) la mise en oeuvre du droit international humanitaire ; b) l'administration régulière du territoire et c) la garantie de la sécurité de la Puissance occupante et de l'administration locale²⁵. À ces trois hypothèses il

23. CIJ, *Conséquences juridiques*, supra note 3, paragraphe 112.

24. Article 6, paragraphe 2.

25. Malgré l'intitulé de l'article 64, qui se réfère à la "législation pénale", ceci vaut pour l'ensemble du système juridique interne. Jean Pictet souligne à cet égard que, "si la Conférence diplomatique n'a prescrit explicitement que le respect de la loi pénale, c'est que celle-ci n'avait pas été suffisamment observée lors de conflits antérieurs; il n'y a pas lieu d'en induire *a contrario* que l'occupant n'est pas tenu de respecter aussi la législation civile, voire l'ordre constitutionnel" (Jean Pictet (éd.), supra note 5, p. 360. Voir en ce sens Eyal Benvenisti, supra note 5, pp. 100ss.

faut encore ajouter l'obligation de respecter les droits de l'homme²⁶. Les conséquences immédiates de la seconde guerre mondiale ont montré en effet que l'occupant est en droit d'abroger les lois internes oppressives ou discriminatoires, comme l'était la législation national-socialiste de Nuremberg²⁷. Dans certains cas, l'occupant peut aussi être amené à adopter de nouveaux textes législatifs pour satisfaire ses engagements. L'Ordonnance no 7 du 9 juin 2003, adoptée par l'administration d'occupation en Irak et réformant le Code pénal irakien, instaure par exemple une suspension de la peine de mort et interdit la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ainsi que la discrimination²⁸.

Se pose dès lors la question de savoir comment concilier l'obligation de l'occupant d'appliquer les droits de l'homme, obligation qui suppose parfois des réformes législatives, avec le principe de la continuité de l'ordre juridique interne qui est au coeur du droit de l'occupation. Dans quelle mesure les réformes entreprises sont-elles compatibles avec la règle formulée aux articles 43 du Règlement de La Haye et 64 de la Convention IV de Genève²⁹? La réponse à cette question mérite la plus grande prudence. On entrevoit ici les dérives auxquelles pourraient conduire une position trop laxiste sur ce point. Sous couvert de respecter ses obligations internationales, un occupant pourrait entreprendre des transformations structurelles du pays occupé sans passer par une consultation démocratique des populations concernées. Ce risque est d'autant plus grand, en ce qui concerne les droits économiques, sociaux et culturels, que les règles prescrites dans ce domaine sont parfois indéterminées et sont ainsi ouvertes à des interprétations abusives.

26. En ce sens Marco Sassòli, "Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers", *European Journal of International Law*, Vol. 16, 2005, p. 676.

27. Voir notamment Gerhard Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, Minneapolis, The University of Minnesota Press, 1957, pp. 95, 107; Morris Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare*, Berkeley (etc.), University of California, 1959, p. 245.

28. Coalition Provisional Authority, *Order N° 7, Penal Code*, 9 juin, 2003, Sections 3 et 4.

29. Pour une évaluation plus détaillée de la portée de ces deux dispositions, voir Sylvain Vité, "L'applicabilité du droit international de l'occupation aux activités des organisations internationales", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 86, N° 853, mars 2004, pp. 14ss.

IV. L'ARTICULATION DU DROIT DE L'OCCUPATION ET DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS DANS LEURS DOMAINES NORMATIFS COMMUNS

Ce risque peut toutefois être réduit si l'on adopte une approche nuancée. La réponse doit être en effet adaptée en fonction des règles envisagées. Sous bien des aspects, l'application des droits économiques, sociaux et culturels ne suppose pas de réformes si radicales qu'elles se heurteraient au droit de l'occupation. Cet équilibre normatif ne peut ainsi pas être trouvé en examinant uniquement les principes généraux d'application des droits économiques, sociaux et culturels en temps d'occupation. Il faut le rechercher de cas en cas en portant l'analyse au niveau des règles. C'est ce qu'il convient désormais de tenter en prenant deux exemples, celui de la préservation des conditions de vie de la population civile, en lien plus particulièrement avec l'alimentation et la santé, et celui de la propriété.

L'alimentation et la santé

Le régime juridique de l'occupation est principalement un droit de l'urgence. Il vise à répondre aux besoins immédiats des civils soumis au pouvoir d'une armée étrangère. Il envisage la préservation des conditions de vie essentiellement sous l'angle de l'assistance humanitaire. Le système des droits économiques, sociaux et culturels, sans pour autant négliger ces préoccupations liées à la survie des populations, est orienté vers le long terme. S'il établit des obligations qui doivent être respectées en toutes circonstances, et se recoupe en cela avec le droit de l'occupation, il prévoit aussi des obligations à réaliser progressivement au fur et à mesure que la situation sur le terrain se stabilise. En ce qui concerne l'alimentation et la santé, il complète ainsi les règles minimales de l'occupation.

Le droit de l'occupation

Le droit de l'occupation contient plusieurs dispositions ayant trait aux conditions de vie des civils. De manière générale, il oblige l'occupant à prendre "toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics [...]"³⁰. Plus particulièrement, la Convention IV de Genève prévoit

30. Règlement de La Haye, article 43.

que “la Puissance occupante a le devoir d’assurer l’approvisionnement de la population en vivres et en produits médicaux”³¹. Le Protocole additionnel I étend la portée de cette disposition en ajoutant que cette obligation couvre aussi “la fourniture de vêtements, de matériel de couchage, de logements d’urgence, des autres approvisionnements essentiels à la survie de la population civile du territoire occupé et des objets nécessaires au culte”³². Dans ce but, les éventuelles difficultés matérielles de la Puissance occupante sont prises en compte, puisqu’elle n’est liée que “[d]ans toute la mesure de ses moyens”³³. Elle a toutefois le devoir d’utiliser toutes ses ressources disponibles en vue d’assumer ces responsabilités³⁴. Si la Puissance occupante n’est pas en mesure de répondre à cette obligation, elle est alors tenue de recourir à un soutien extérieur. Elle doit accepter et faciliter les actions de secours en faveur des populations en détresse³⁵. Cette obligation est inconditionnelle³⁶.

En matière de santé, la Puissance occupante a en outre la responsabilité d’assurer le bon fonctionnement des établissements et services médicaux et hospitaliers, ainsi que de garantir la santé et l’hygiène publique. Elle doit notamment prendre toutes les mesures nécessaires pour lutter contre les maladies contagieuses et les épidémies³⁷. Ici aussi, le caractère contraignant de cette obligation doit être modulé en fonction des moyens à disposition³⁸.

Enfin, le droit de l’occupation traite des conditions de vie minimales en liaison avec les évacuations de populations. Ces évacuations ne sont admises que “si la sécurité de la population ou d’impérieuses raisons militaires l’exigent” et uniquement à l’intérieur

31. *Convention IV*, article 55, paragraphe 1.

32. *Protocole I*, article 69, paragraphe 1.

33. *Convention IV*, article 55, paragraphe 1; *Protocole I*, article 69, paragraphe 1.

34. Jean Pictet (éd.), *supra* note 5, p. 333.

35. Article 59, paragraphe 1. Pour plus de détails, voir *Convention IV*, article 30 et 59ss. Voir aussi Robert Kolb, “De l’assistance humanitaire – La Résolution sur l’assistance humanitaire adoptée par l’Institut de droit international lors de sa Session de Bruges en 2003”, *Revue internationale de la Croix Rouge*, Vol. 86, N° 856, 2004, pp. 853ss.

36. Jean Pictet (éd.), *supra* note 5, p. 344.

37. *Convention IV*, article 56, paragraphe 1; *Protocole I*, article 14, paragraphe 1.

38. L’article 56, paragraphe 1, précise en effet que la Puissance occupante est liée “dans toute la mesure de ses moyens”. Certaines dispositions sont aussi consacrées aux conditions de vie de catégories de personnes particulièrement vulnérables, notamment les détenus et les internés (*Convention IV*, articles 76, 85, 89-90, 91-92, 108, 125).

du territoire occupé, "sauf en cas d'impossibilité matérielle"³⁹. Dans ce cas, la Puissance occupante est tenue de veiller à ce que certaines exigences vitales soient assurées, notamment que les personnes soient évacuées dans des "conditions satisfaisantes de salubrité, d'hygiène, de sécurité et d'alimentation" et qu'elles soient "accueillies dans des installations convenables"⁴⁰.

Ces règles relatives aux conditions d'existence en temps d'occupation sont générales et confèrent un pouvoir d'appréciation aux autorités chargées de les appliquer. Tout en posant certaines exigences en termes d'alimentation, de santé, d'habillement et de logement, elles ne donnent pas d'indications précises sur les objectifs devant être atteints. Les notions mêmes de "conditions satisfaisantes" ou "d'approvisionnement" peuvent être comprises de manières très diverses. De plus, conçu pour être une réglementation de transition sur le court terme, le droit de l'occupation se concentre essentiellement sur le devoir d'assistance aux personnes en difficulté. Lorsque la situation se prolonge, cette obligation risque de ne plus correspondre aux besoins de la population civile. Dans ce cas, il ne s'agit plus uniquement de garantir la survie de celle-ci mais, comme le prévoit l'article 43 du Règlement de 1907, de "rétablir et d'assurer la vie publique". Or, les règles de l'occupation ne sont pas d'une grande utilité lorsqu'il s'agit de comprendre plus précisément les implications de cette disposition.

Face à ces incertitudes, des éléments de clarification peuvent être trouvés dans l'apport complémentaire du droit international des droits de l'homme, en particulier du droit à une nourriture suffisante et du droit à la santé⁴¹. Les droits économiques, sociaux et culturels font en effet l'objet de développements jurisprudentiels toujours plus abondants et diversifiés. Ils ont ainsi acquis avec le temps une consistance nouvelle, ouvrant des perspectives à la protection de la population civile en temps d'occupation. Cet apport se manifeste

39. *Convention IV*, article 49, paragraphes 1 et 2.

40. *Convention IV*, article 49, paragraphes 2 et 3. Pour une application de ces règles, voir la jurisprudence de la Commission arbitrale Érythrée/Éthiopie, *Civilians Claims, Ethiopia's Claim N° 5*, jugement du 17 décembre 2004, paragraphes 116ss; *Civilians Claims, Eritrea's Claims N° 15, 16, 23, 27-32*, jugement du 17 décembre 2004, paragraphes 66ss, 79ss.

41. Déclaration universelle des droits de l'homme, article 25, paragraphe 1; Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, article 11; Convention relative aux droits de l'enfant, article 27.

d'une part dans la concrétisation de règles minimales applicables en tout temps (noyau dur) et d'autre part dans l'identification de règles devant être mises en oeuvre progressivement au fur et à mesure de la stabilisation du territoire occupé.

Le noyau dur du droit à une nourriture suffisante et du droit à la santé

Sous l'angle des droits de l'homme, le droit à un niveau de vie suffisant suppose que chacun soit en mesure de bénéficier des conditions nécessaires à sa subsistance individuelle. Selon les termes du Pacte, ce minimum vital comprend notamment une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'une amélioration constante des conditions d'existence⁴². Le Pacte reconnaît aussi "le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre"⁴³. La définition du noyau dur de chacun de ces droits en fixe le contenu minimal applicable en toutes circonstances et clarifie par conséquent les règles applicables en temps d'occupation.

Le droit à une nourriture suffisante, dont les facettes sont multiples, comprend, comme exigence essentielle, le "droit fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim"⁴⁴. Cette règle en constitue le noyau dur. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels confirme ainsi que les États parties ont "l'obligation fondamentale d'adopter les mesures nécessaires pour lutter contre la faim, [...] même en période de catastrophe naturelle ou autre"⁴⁵. Plus précisément, il ajoute que le contenu essentiel du droit à une nourriture suffisante est respecté lorsque deux conditions sont réalisées : a) "la disponibilité de nourriture exempte de substances nocives et acceptable dans une culture déterminée, en quantité suffisante et d'une qualité propre à satisfaire les besoins alimentaires

42. *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, article 11. Voir A. Eide, *supra* note 9, p. 133. Pour un exemple d'application du droit à un niveau de vie suffisant en temps d'occupation, voir *Rapports du Comité spécial chargé d'enquêter sur les pratiques israéliennes affectant les droits de l'homme du peuple palestinien et des autres Arabes des territoires occupés*, A/58/311, 22 août 2003, paragraphes 44ss.

43. Article 12.

44. *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, article 11, paragraphe 2.

45. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale N° 12*, *supra* note 15, paragraphe 6.

de l'individu"; et b) "l'accessibilité ou possibilité d'obtenir cette nourriture d'une manière durable et qui n'entrave pas la jouissance des autres droits de l'homme"⁴⁶. Le droit à une nourriture suffisante dépasse ainsi largement la simple question de la quantité d'aliments disponibles. Il faut que ces aliments répondent à certains critères de qualité⁴⁷.

En temps d'occupation, cette obligation trouve sa concrétisation dans le devoir soit d'assurer l'approvisionnement du territoire, soit d'accepter et de faciliter le déploiement d'opérations de secours. Les droits économiques, sociaux et culturels rejoignent ici l'approche du droit international humanitaire en ce qu'ils imposent une obligation d'agir ou, à défaut, de ne pas faire obstacle. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a mis en évidence cette dualité en rappelant que le droit à une nourriture suffisante comprend d'une part l'obligation de *donner effet*, c'est-à-dire "de prêter assistance et [...] de distribuer des vivres", et d'autre part celle de *ne pas empêcher* "l'accès à l'aide alimentaire à caractère humanitaire en cas de conflit interne ou d'autres situations d'urgence"⁴⁸.

Il peut ainsi y avoir par exemple violation du noyau dur du droit à une nourriture suffisante lorsque les forces d'occupation détruisent les réserves d'alimentation de la population civile, lorsqu'elles en affectent les moyens de production, notamment en diffusant des mines dans des zones agricoles, en déplaçant des communautés de paysans ou de pêcheurs, en immobilisant le réseau de transport qui permet la distribution de l'approvisionnement ou encore en bloquant l'accès à

46. *Ibid.*, paragraphe 8. Sur ce point particulier, voir Künneman Rolf, "The Right to Adequate Food: Violations related to its Minimum Core Content", *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, A. Chapman, S. Russell (eds), Antwerp (etc.), Intersentia, 2002, pp. 161-183.

47. Sur ce point, voir *Observation générale N° 12, supra* note 15, paragraphe 7.

48. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale N° 12, supra* note 15, paragraphes 15 et 19. Suite à l'invasion du Koweït en août 1990, 22'000 personnes s'étaient réfugiées dans l'ambassade des Philippines. Les troupes irakiennes avaient interdit l'approvisionnement de ces personnes, violant ainsi le droit à l'alimentation, comme le confirma par la suite le Rapporteur spécial des Nations Unies chargé de rendre compte de ces événements; voir *Rapport sur la situation des droits de l'homme dans le Koweït sous occupation iraquienne, supra* note 2, paragraphe 222. Dans ses observations finales de 2001 adressées à Israël, le Comité avait par exemple reproché au gouvernement d'avoir renvoyé des missions internationales d'approvisionnement en faveur des civils résidant dans les territoires occupés, notamment celles du Comité international de la Croix-Rouge; *Observations finales, Israël, E/C.12/1/Add.69*, 31 août 2001, paragraphe 13.

certains services de base (obligation de respecter)⁴⁹. Il en va de même lorsque la Puissance occupante n'adopte pas les mesures nécessaires pour empêcher les tiers éventuels qui se rendraient responsables de pratiques similaires (obligation de protéger). Enfin, cette obligation de base peut requérir de l'occupant qu'il adopte certaines mesures positives (obligation de donner effet). Il devra notamment mettre en place un système de distribution efficace des secours en tenant compte des besoins des personnes les plus vulnérables, notamment des enfants, des personnes âgées et des handicapés⁵⁰.

En matière de santé, le contenu normatif minimal se compose d'éléments relevant tant des soins de santé que des mesures de prévention. Il suppose par exemple les obligations de garantir l'accès sans discrimination aux équipements, produits et services sanitaires, l'approvisionnement suffisant en eau salubre et potable ou encore la possibilité d'obtenir les médicaments essentiels tels que définis par l'Organisation mondiale de la Santé⁵¹. L'inexécution de ces obligations ne peut être justifiée "absolument dans aucun cas". Par conséquent, il s'agit d'obligations auxquelles "il est impossible de déroger"⁵². D'autres règles doivent aussi être considérées, selon les termes même du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, comme "tout aussi prioritaires"⁵³. Il s'agit notamment de l'obligation de vacciner les populations contre les principales maladies infectieuses, de prendre des mesures pour prévenir, traiter et maîtriser les maladies épidémiques et endémiques ou encore d'assurer une éducation et un accès à l'information sur les principaux

49. Voir à titre d'exemple: Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observations finales, Israël*, E/C.12/1/Add.90, 26 juin 2003.

50. Pour plus de détails, voir Rolf Künneman, *supra* note 45, pp. 177ss.

51. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale N° 14 (2000), Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/2000/4, 11 août 2000, paragraphe 43. Voir aussi Rapport de la Conférence internationale sur les soins de santé primaires, Alma-Ata, 6-12 septembre 1978, Série "Santé pour tous", N° 1, OMS, Genève, 1978, chapitre 3, paragraphe 50. Sur ce sujet, voir Audrey R. Chapman, "Core Obligations Related to the Right to Health", *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, A. Chapman, S. Russell (eds), Antwerp (etc.), Intersentia, 2002, pp. 185-215.

52. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale N° 14*, *supra* note 50, paragraphe 47.

53. *Ibid.*, paragraphe 44.

problèmes de santé⁵⁴. Ces règles font également partie du noyau dur du droit à la santé.

Dans le domaine de la santé, comme dans celui de l'alimentation, les droits économiques, sociaux et culturels tendent ainsi à expliciter ce que le droit de l'occupation se contente d'évoquer⁵⁵. Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la situation des droits de l'homme dans le Koweït sous occupation iraquienne a ainsi rappelé que l'évaluation du comportement de l'occupant à la lumière des seuls articles 55 et 56 de la Convention IV de Genève ne permettait pas de saisir toute l'ampleur et la gravité des violations commises. Selon lui, "[t]he true significance of these events was only elucidated by recourse to the concept of the right to health as guaranteed by the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights⁵⁶".

Réalisation progressive du droit à une nourriture suffisante et du droit à la santé

La contribution des droits de l'homme ne se limite toutefois pas à un exercice de clarification normative. Au-delà de ces obligations minimales, d'autres obligations appellent une mise en oeuvre progressive en matière d'alimentation et de santé. Les droits économiques, sociaux et culturels développent sur ce point le droit de l'occupation qui reste général lorsqu'il s'agit de définir un cadre normatif sur le long terme. Cet apport est d'autant plus utile lorsque l'occupation tend à se stabiliser et à se prolonger. Ainsi, le droit à une nourriture suffisante ne se réduit pas à l'obligation minimale de lutter contre la faim. Comme le rappelle le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, ce droit "ne doit [...] pas être interprété dans le sens étroit ou restrictif du droit à une ration minimum de calories, de protéines ou d'autres nutriments spécifiques⁵⁷". S'il suppose que soient adoptées certaines mesures

54. *Ibid.*, paragraphe 44.

55. N. Lubell suggère quant à lui que les droits de l'homme constituent ainsi une *lex specialis* en matière de santé, Noam Lubell, "Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict", *Revue internationale de la Croix Rouge*, Vol. 87, N° 860, décembre 2005, p. 751. Voir aussi Heintze Hans-Joachim, "On the Relationship Between Human Rights Law Protection and International Humanitarian Law", *Revue internationale de la Croix Rouge*, Vol. 86, N° 856, décembre 2004, p. 795.

56. Walter Kälin, *Human rights in Times of Occupation: The Case of Kuwait*, Berne, LBE, 1994, p. 28.

57. Observation générale N° 12, supra note 14, paragraphe 6.

immédiates pour en assurer le contenu essentiel, il requiert aussi une démarche sur le long terme en vue de réaliser progressivement son plein exercice⁵⁸. Au-delà de la phase d'urgence, l'occupant ne peut donc plus se contenter de distribuer des vivres à la population civile. Le système des droits de l'homme prévoit que celle-ci puisse accéder aux ressources et moyens qui lui permettront d'assurer sa propre subsistance⁵⁹. Dans ce but, l'occupant doit mettre en place "des mesures portant sur *tous* les aspects du système alimentaire, à savoir la production, le traitement, la distribution et la consommation de produits alimentaires salubres, ainsi que des mesures parallèles dans les domaines de la santé, de l'éducation, de l'emploi et de la sécurité sociale⁶⁰". Cela signifie en particulier qu'il a le devoir de garantir que les ressources naturelles servant à la production alimentaire soient gérées de manière durable⁶¹.

En matière de santé également, les droits de l'homme obligent les autorités à se positionner par rapport à l'avenir, lorsque l'occupation se prolonge. Il s'agira par exemple d'élaborer "une stratégie et un plan d'action en matière de santé publique"⁶². Ces instruments reposeront sur des données statistiques décrivant les besoins de la population locale, ainsi que sur une évaluation et un réajustement périodiques des activités entreprises. De l'avis du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, la planification de la politique de santé fait partie des exigences essentielles du droit à la santé⁶³.

Les réformes destinées à assurer un niveau de vie suffisant dans les territoires occupés ne doivent cependant pas excéder la retenue qu'impose le droit de l'occupation. Le principe de la continuité de l'ordre juridique impose certaines limites dans ce cas qui ne

58. *Ibid.*, paragraphes 6 et 16.

59. *Ibid.*, paragraphe 15.

60. *Ibid.*, paragraphe 25.

61. *Ibid.* Sur ce point, les droits de l'homme se recoupent d'ailleurs avec le droit de l'occupation. Voir *Règlement de La Haye de 1907*, article 55. Cette disposition prévoit que l'occupant ne peut exploiter les biens immobiliers (y compris les ressources naturelles) et les exploitations agricoles de l'État occupé qu'en tant qu'"administrateur et usufruitier". À ce titre, il est tenu de "sauvegarder le fonds de ces propriétés".

62. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale N° 14*, *supra* note 50, paragraphe 43.

63. *Ibid.* Pour une analyse plus détaillée des obligations de respecter, protéger et mettre en oeuvre le noyau dur du droit à la santé, voir Audrey R. Chapman, *supra* note 50, pp. 205ss.

s'appliquent pas aux mesures adoptées par un État sur son propre territoire en temps de paix. En matière d'alimentation, par exemple, il convient de s'interroger séparément sur les différentes obligations qui s'imposent aux États. Certaines prescriptions du Pacte sont en effet admissibles au regard du droit de l'occupation, comme celle qui consiste à "améliorer les méthodes de production, de conservation et de distribution des denrées alimentaires par la pleine utilisation des connaissances techniques et scientifiques, par la diffusion de principes d'éducation nutritionnelle"⁶⁴. Leur mise en oeuvre ne suppose en effet pas de changements en profondeur dans la structure juridique et institutionnelle du pays. D'autres prescriptions, en revanche, comme celles qui impliquent "le développement ou la réforme des régimes agraires"⁶⁵, risquent d'être problématiques à cet égard. En matière de santé, les obligations prévues par le Pacte ne semblent pas heurter le principe de la continuité de l'ordre juridique. Il est en effet possible, sans transformer en profondeur les structures d'une société, de garantir, par exemple, "[l]a prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres, ainsi que la lutte contre ces maladies" ou "[l]a création de conditions propres à assurer à tous les services médicaux et une aide médicale en cas de maladie"⁶⁶.

L'exemple de l'alimentation et de la santé montre ainsi que les obligations de l'occupant ne se réduisent pas au minimum défini par le droit international humanitaire. Elles doivent être envisagées dans une optique englobant l'apport complémentaire des droits de l'homme.

V. LA PROPRIETE

En matière de propriété, l'articulation des droits économiques, sociaux et culturels et du droit de l'occupation se trouve dans une tout autre configuration. À quelques exceptions près, les droits de l'homme ne sont pas suffisamment développés dans ce domaine pour pouvoir en tirer un contenu normatif à la fois universel et précis. Contrairement à ce qui se passe dans les domaines de l'alimentation et de la santé, le droit de l'occupation offre dans ce cas la réglementation la plus spécifique. Le noyau dur de la garantie

64. Article 11, paragraphe 2 (a).

65. *Ibid.*

66. *Pacte*, article 12, paragraphe 2.

de la propriété se confond ainsi avec les prescriptions du droit humanitaire. Le respect de ces prescriptions doit être immédiat. Rien n'autorise dans ce cas une mise en oeuvre progressive des obligations de l'occupant.

Les droits de l'homme

L'article 17, paragraphe 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme prévoit que "nul ne peut être privé arbitrairement de sa propriété". Ce principe n'a cependant été repris dans aucun des deux Pactes de 1966 qui visaient à concrétiser sous forme conventionnelle les dispositions de la Déclaration. Les travaux préparatoires de ces deux instruments montrent que les délégations qui y participèrent ne réussirent pas à s'entendre sur l'étendue du principe de l'article 17, paragraphe 2, et sur les limitations qui devaient y être ajoutées⁶⁷. Au niveau universel, il manque dès lors une base conventionnelle permettant d'appréhender les diverses dimensions d'une garantie de la propriété sous l'angle des droits de l'homme⁶⁸. Nous verrons toutefois que certains développements jurisprudentiels permettent de compenser en partie cette carence.

Au niveau régional, les systèmes européen, américain et africain de protection des droits de l'homme proposent chacun une disposition conventionnelle reconnaissant l'existence et définissant les contours du droit à la propriété. Sous certaines conditions, ces règles autorisent des restrictions à la jouissance de la propriété⁶⁹. L'article 1er du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme prévoit par exemple que "[t]oute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens". Il ajoute que toute limitation à cette règle n'est acceptable que si elle répond à un intérêt public, est conforme aux droits interne et

67. Catarina Krause, "The Right to Property", *Economic, Social and Cultural Rights, A Textbook*, A. Eide, C. Krause, A. Rosas (eds), Dordrecht (etc.), Nijhoff, 2001 (2nd ed.), p. 194.

68. Sur les fondements juridiques du droit à la propriété, voir *Ibid.*, pp. 194ss.

69. Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 20 mars 1952, tel qu'amendé par le Protocole n° 11 du 11 mai 1994, entré en vigueur le 1er novembre 1998, article 1; Convention Américaine relative aux droits de l'homme, entrée en vigueur le 18 juillet 1978, OAS Treaty Series N° 36, 1144, article 21; Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, entrée en vigueur le 21 octobre 1986, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, article 14.

international et respecte le principe de la proportionnalité⁷⁰. Les États jouissent cependant d'un pouvoir discrétionnaire particulièrement large dans l'évaluation de ces conditions. L'article 1er du Protocole additionnel précise que la garantie de la propriété ne remet pas en cause le droit qu'ont ces derniers de "mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour régler l'usage des biens conformément à l'intérêt général [...]" (nous soulignons). En insistant autant sur la liberté d'appréciation des parties contractantes, la force obligatoire de cette disposition s'en trouve considérablement affaiblie. Un observateur a même évoqué le caractère mou ou "soft" de l'article premier⁷¹. Les textes américain et africain n'offrent pas davantage de précisions en la matière. C'est donc de cas en cas, à la lumière de la jurisprudence des organes d'application des traités régionaux, que l'on peut tenter de comprendre quelles peuvent être les implications concrètes du droit à la propriété. Or, la pratique internationale en la matière est réduite, voire inexistante pour le cas particulier de la protection de la propriété en temps d'occupation.

Les droits de l'homme apparaissent ainsi comme un appui bien faible sur cette question⁷². Il faut dès lors se tourner vers le droit international humanitaire. Ce dernier propose en l'occurrence un régime normatif plus détaillé, composé de règles relatives au traitement des biens publics ou privés. Ces règles interdisent d'une part de détruire ces biens, sauf exception, et fixent d'autre part des limites à leur appropriation ou réquisition par les forces d'occupation.

La destruction des biens dans le droit de l'occupation

L'article 53 de la Convention IV de Genève interdit à la Puissance occupante de détruire tout type de biens mobiliers ou immobiliers, publics ou privés, "sauf dans les cas où ces destructions seraient

70. Pour une analyse de cette disposition, voir Luigi Condorelli, "Premier Protocole additionnel, article 1", *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, L.E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert (éd.), Paris, Economica, 1995, pp. 972-997.

71. *Ibid.*, p. 972.

72. Il arrive toutefois que l'Assemblée générale des Nations Unies invoque la Déclaration universelle des droits de l'homme pour rappeler que les réfugiés palestiniens ont le droit de se réapproprier les biens dont ils sont privés en raison de l'occupation israélienne. Voir notamment *Biens appartenant à des réfugiés de Palestine et produit de ces biens*, Rés. 61/115, du 14 décembre 2006.

rendues absolument nécessaires par les opérations militaires⁷³. Il impose dès lors une pesée d'intérêts à effectuer de cas en cas entre les avantages militaires escomptés et le préjudice commis⁷⁴. La Puissance occupante a l'obligation de procéder à cet examen sous l'angle de la stricte nécessité⁷⁵. Dans ce but, elle doit également tenir compte des autres normes de droit international humanitaire relatives au respect de certains biens. Elle ne peut notamment procéder en aucun cas à des destructions de biens culturels ou de biens privés à titre de représailles⁷⁶. Le cas échéant, lorsque des actions de résistance à l'occupation prennent la forme de véritables combats militaires, les règles relatives à la protection des biens de caractère civil au cours des hostilités trouvent application⁷⁷.

Par ailleurs, certains objets sont protégés de manière absolue. Ils ne peuvent pas être détruits intentionnellement au titre de l'exception figurant à l'article 53. Il s'agit notamment des établissements sanitaires fixes des forces armées et de leur matériel⁷⁸, des unités sanitaires militaires ou civiles⁷⁹, des biens des communes, de ceux des établissements consacrés "aux cultes, à la charité et à l'instruction, aux arts et aux sciences", ainsi que des monuments historiques, et des oeuvres d'art et de science⁸⁰. Les biens culturels font d'ailleurs l'objet d'une protection renforcée. Le Règlement de

73. En ce sens, quoique de manière moins explicite, voir aussi les art. 46 à 56 du Règlement de 1907. Sur l'interdiction des destructions, voir Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 518.

74. Voir Jean Pictet (éd.), *supra* note 5, p. 325. Voir aussi Morris Greenspan, *supra* note 26, pp. 278ss. Lorsque ces destructions sont "exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire", elles constituent en outre des infractions graves à la IV^e Convention de Genève et, comme telles, doivent faire l'objet de poursuites pénales. *Convention IV*, articles 146 et 147; voir notamment à ce sujet, dans la jurisprudence du TPIY, les *Affaire Naletilic*, Jugement du 31 mars 2003, paragraphes 574ss; *Affaire Kordic*, Jugement du 26 février 2001, paragraphe 341.

75. Sur la notion de nécessité dans l'article 53, voir Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, pp. 224ss.

76. *Convention IV*, article 33, paragraphe 3. C. Rousseau cite le cas d'un soldat allemand condamné en 1949 par la Cour spéciale de cassation des Pays-Bas pour avoir incendié plusieurs maisons de civils en représailles pour des actes de sabotage commis par des inconnus (arrêt *Wintgen*, N° 178, du 6 juillet 1949, dans C. Rousseau, *Le droit des conflits armés*, Paris, Pedone, 1983, p. 165).

77. *Protocole I*, articles 52ss.

78. *Convention I*, article 33, paragraphes 2 et 3.

79. *Protocole I*, article 12, paragraphe 1.

80. *Règlement de La Haye de 1907*, article 56. Voir à ce sujet Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, p. 191.

1907 interdit sans exception leur saisie, destruction et dégradation intentionnelle et oblige même les États à poursuivre toute personne qui ne respecterait pas cette obligation⁸¹. La Convention de 1954, spécifiquement consacrée à cette problématique, ajoute que ses Parties contractantes ont le devoir supplémentaire de contribuer à la sauvegarde et à la conservation de ces biens dans les territoires soumis à leur autorité par voie d'occupation, notamment en procédant à des mesures de contrôle ou au transfert d'objets menacés⁸².

Si l'interdiction de la destruction des biens en territoires occupés est circonscrite de manière assez précise en droit international humanitaire, elle n'est pas entièrement étrangère au régime des droits de l'homme. Elle a été examinée principalement en liaison avec le droit au logement. Dans ses observations finales de 2003 relatives à Israël, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a par exemple condamné "les actions à caractère en partie punitif selon lui que constituent les démolitions de biens et d'habitations dans les territoires occupés"⁸³. Selon cet organisme, ces pratiques contreviennent à plusieurs dispositions du Pacte des droits civils et politiques de 1966, à savoir le droit de ne pas être l'objet d'immixtions arbitraires dans son domicile, le droit de choisir librement sa résidence, l'égalité de tous devant la loi et le droit de toutes les personnes à une égale protection de la loi, et le droit de ne pas être soumis à la torture ou à des traitements cruels et

81. Article 56, paragraphe 2.

82. Voir Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, article 5, et son Règlement d'exécution, notamment les articles 2 a) et 19. Voir aussi le Protocole pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (1954), qui interdit l'exportation des biens culturels hors des territoires occupés. La Commission arbitrale Érythrée/Éthiopie a par exemple estimé que la Stèle de Matara (datant d'il y a 2 500 années environ) avait été délibérément détruite par des forces éthiopiennes en violation du droit coutumier (les deux États n'étant pas parties à la Convention de 1954), en particulier celui que reflètent les articles 56 du Règlement de 1907, 53 de la IV^e Convention de Genève et 52 du Protocole additionnel I. En revanche, l'application de l'article 53 du Protocole additionnel I est incertaine, selon la Commission, étant donné le type de monuments historiques couverts par cette disposition. Voir Central Front, Eritrea's Claims N° 2, 4, 6, 7, 8, 22 (2004), paragraphes 107ss. Voir aussi Ibid., paragraphes 58ss et 85ss. Central Front, Ethiopia's Claims N° 2 (2004), paragraphes 43 et 75; Civilians Claims, Ethiopia's Claims N° 5 (2004), paragraphes 133, 135.

83. Comité des droits de l'homme, *Observations finales, Israël*, CCPR/CO/78/ISR, 21 août 2003, paragraphe 16.

inhumains⁸⁴. Sur ce point, le droit international humanitaire et les droits de l'homme se rejoignent, mais le premier reste plus complet et détaillé que le second.

L'appropriation des biens dans le droit de l'occupation

Le droit de l'occupation établit par ailleurs une réglementation précise en relation avec l'appropriation des biens. S'il interdit le pillage sous toutes ses formes et sans aucune exception, il admet que certains biens puissent être réquisitionnés par les forces d'occupation. Il convient à cet égard de distinguer les biens publics des biens privés.

Le pillage, c'est-à-dire l'appropriation injustifiée et violente de biens ennemis d'une certaine valeur⁸⁵, est interdit à la fois par le Règlement de La Haye de 1907 (art. 47) et par la Convention IV (art. 33)⁸⁶. Cette règle est par ailleurs de nature coutumière⁸⁷. La portée de cette protection est vaste. Elle s'étend "à la fois aux actes généralisés et systématiques, de confiscation et d'acquisition de biens en violation des droits des propriétaires et aux actes isolés de vol ou de pillage commis par des individus oeuvrant dans leur propre intérêt⁸⁸". Elle couvre par ailleurs toutes les catégories de biens,

84. Respectivement articles 17, 12, 26 et 7. De manière similaire le Comité contre la torture des Nations Unies a considéré que "Israeli policies on house demolitions may, in certain instances, amount to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment"; *Conclusions and recommendations: Israel*, A/57/44(SUPP), 25 septembre 2002, paragraphe 6 j). Pour d'autres exemples, voir Eric David, *supra* note 72, p. 519; Catarina Krause, *supra* note 66, pp. 207-208.

85. Pour une réflexion sur la notion de pillage et ses implications en droit international humanitaire, voir TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Zejnir Delalic et consorts*, IT-96-21-T, paragraphes 584-592. La Chambre rappelle d'ailleurs que selon les textes, ce même comportement est tantôt qualifié de "pillage", "plunder" ou "spoliation", paragraphe 591. Voir aussi Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, pp. 228ss; Alwyn V. Freeman, "Responsibility of States for Unlawful Acts of their Armed Forces", *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1955, Vol. 2, pp. 325-343. Les exemples sont innombrables. Voir entre autres: Commission des droits de l'homme, *Rapport sur la situation des droits de l'homme dans le Koweït sous occupation iraquienne*, *supra* note 2, paragraphes 224ss; Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Partial Award, Central Front, Ethiopia's Claim 2*, 28 avril 2004, paragraphes 71ss.

86. *Règlement de 1907*, article 47; *Convention IV*, article 33, paragraphe 2. Voir Jean Pictet (éd.), *supra* note 5, p. 244.

87. *Droit international humanitaire coutumier, Volume I: Règles*, Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck (éd.), CICR/Bruylant, 2006: Règle 52 (et pratique annexée). Voir notamment TPIY, *Affaire Kordic*, jugement, paragraphe 351.

88. TPIY, *Affaire Kordic*, jugement du 26 février 2001, paragraphe 352.

qu'ils soient publics ou privés. Il suffit que les actes commis visent des "biens ayant suffisamment de valeur pour que leur appropriation illégale ait des conséquences graves pour les victimes"⁸⁹.

Dans *l'Affaire des activités armées sur le territoire du Congo* (2005), la Cour internationale de Justice a établi par exemple que l'Ouganda n'avait pas pris les mesures nécessaires pour empêcher l'exploitation de certaines ressources naturelles, notamment de mines d'or et de diamants, en RDC. En tant que Puissance occupante, l'Ouganda aurait dû lutter contre le trafic pratiqué non seulement par des membres de ses forces armées, mais aussi par les personnes privées présentes dans la région⁹⁰. Selon la Cour, ce comportement constituait une violation des articles 47 du Règlement de 1907 et 33 de la IV^e Convention de 1949⁹¹. La Cour fait aussi remarquer dans le même arrêt que le droit international humanitaire et les droits de l'homme se recoupent en partie sur la question du pillage. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, applicable en l'espèce, interdit la "spoliation" et prévoit que le peuple victime de cette infraction a droit à réparation⁹². La protection accordée par la Charte africaine n'est toutefois pas aussi étendue que celle du droit humanitaire. Cet instrument n'envisage l'interdiction de la spoliation que comme un droit collectif, appartenant au "peuple", et non comme un droit individuel⁹³.

89. Ibid.

90. CIJ, *Activités armées*, supra note 3, paragraphe 248. Dans son commentaire de 1956, le CICR avait déjà reconnu cette dualité. À propos de l'article 33, il avait considéré que "[l]es Hautes Parties contractantes s'interdisent d'ordonner aussi bien que d'autoriser le pillage" et qu'elles " s'obligent de surcroît à empêcher et, le cas échéant, à réprimer le pillage individuel" (Jean Pictet (éd.), supra note 5, p. 244).

91. CIJ, *Activités armées*, supra note 3, paragraphes 327ss.

92. Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, article 21, paragraphe 2; CIJ, *Activités armées*, supra note 3, paragraphe 245.

93. La Commission arbitrale Érythrée/Éthiopie met aussi en exergue le pillage massif qui fut commis dans l'affaire qui lui est soumise. Elle souligne que la puissance occupante est responsable du maintien de l'ordre public dans le territoire occupé et qu'elle a l'obligation de prévenir le pillage (articles 43, 46-47 du Règlement de 1907). En l'occurrence, l'Éthiopie est responsable pour avoir permis ces pillages sans s'y opposer comme le droit l'exige. Toutefois, la Commission admet aussi que toute violation en la matière n'aurait pu être raisonnablement empêchée par les autorités de la force occupante. Elle décide dès lors d'attribuer pour responsabilité à l'Éthiopie 75% des actes de pillage commis dans la zone (*Central Front, Eritrea's Claims N° 2, 4, 6, 7, 8, 22* (2004), paragraphes 67ss).

Tout en interdisant le pillage de manière absolue, le droit de l'occupation autorise l'appropriation ou l'utilisation des biens se trouvant sur le territoire occupé dans un nombre de cas limités⁹⁴. L'occupant est d'abord en droit de saisir les biens publics mobiliers "de nature à servir aux opérations de la guerre"⁹⁵. La saisie est admise lorsque trois conditions sont remplies : a) les biens en question sont propriété de l'État ; b) ils sont de nature mobilière ; et c) ils sont susceptibles de contribuer aux besoins de l'armée. Dans une formule non exhaustive, le Règlement de La Haye autorise l'occupant à s'approprier "le numéraire, les fonds et les valeurs exigibles appartenant en propre à l'État, les dépôts d'armes, moyens de transport, magasins et approvisionnements"⁹⁶. Inversement, n'entrent pas dans cette catégorie les biens publics à usage exclusivement civil, tels que "ceux des établissements consacrés aux cultes, à la charité et à l'instruction, aux arts et aux sciences" ou encore les monuments historiques⁹⁷. Enfin, les biens des communes doivent être considérés comme des propriétés privées et échappent par conséquent eux aussi au droit de saisie⁹⁸.

Quant aux biens publics immobiliers, ils sont soumis au régime de l'usufruit⁹⁹. L'occupant est en droit de jouir de leur production, mais est tenu d'en sauvegarder le fonds. Il peut par exemple consommer ou vendre ce que produisent les terres appartenant à l'État, ou s'approprier le produit des péages routiers ou fluviaux. En revanche, il n'a pas le droit d'aliéner, de quelque manière que ce soit, ces propriétés. De même, l'usage qu'il en fera doit rester "normal",

94. Sur ce point, voir Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, pp. 176ss; Myres S. McDougal, Florentino P. Feliciano, *The International Law of War, Transnational Coercion and World Public Order*, Dordrecht (etc.), Nijhoff, 1994, pp. 809ss.

95. *Règlement de La Haye de 1907*, article 53, paragraphe 1. Sur cette disposition, voir Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, pp. 180-181. Sur les biens publics dans les territoires occupés, voir Morris Greenspan, *supra* note 26, pp. 287ss; Charles Rousseau, *supra* note 74, pp. 159ss; Eric David, *supra* note 71, pp. 521ss.

96. Article 53, paragraphe 1. Gerhard von Glahn estime que le nombre de biens qui entrent dans cette catégorie est potentiellement très vaste. Il déclare que "in view of the increasing technological character of modern war, [...] few articles and commodities owned by the enemy state escape seizure by an occupant by reason of their lack of adaptability to war use", G. Von Glahn, *supra* note 26, p. 181.

97. *Règlement de La Haye de 1907*, article 56.

98. *Ibid.*

99. *Ibid.*, article 55. A ce sujet, voir notamment Julius Stone, *Legal Controls of International Conflicts*, New York, Rinehart, 1959 (2nd impr.), pp. 714-715.

c'est-à-dire correspondre à la pratique existant avant l'occupation¹⁰⁰. La surexploitation des biens publics immobiliers est contraire au droit de l'occupation. La règle de l'usufruit vaut par exemple pour tous les édifices, les forêts et les exploitations agricoles appartenant à l'État occupé¹⁰¹. Comme la rappelle la Cour internationale de Justice dans son arrêt sur les *Activités armées en République démocratique du Congo* (2005), toute autre forme d'appropriation des ressources naturelles par la Puissance occupante doit être assimilée à du pillage¹⁰².

Durant l'occupation du Timor oriental par l'Indonésie, il a été démontré que les forêts de ce pays ont été exploitées largement au-delà de la limite fixée par la règle de l'usufruit. En 1999, c'est-à-dire à la fin de cette occupation, l'état de la plupart de ces forêts ne permettait plus de satisfaire les besoins primaires des populations locales. Ces dernières se voyaient ainsi privées d'un milieu essentiel pour la récolte de nourriture, de plantes médicinales, de bois de chauffage et de fourrage. De même l'érosion des sols risquait d'affecter gravement la production agricole et les ressources en eau¹⁰³. Le non respect de l'article 55 du Règlement de La Haye de 1907 aboutit ainsi, dans les cas extrêmes, à des violations simultanées de certains droits économiques, sociaux et culturels, notamment du droit à une nourriture suffisante et du droit à la santé.

Enfin, même si le droit conventionnel ne le dit pas explicitement, la pratique montre que les revenus ainsi acquis doivent être utilisés exclusivement pour financer les dépenses liées à l'occupation. Il serait en effet paradoxal de considérer que l'utilisation des fruits provenant de biens immobiliers ne connaîtrait pas de limites, alors que les contributions en argent ou les réquisitions ne peuvent être exigées que dans certains buts déterminés, à savoir les besoins de l'armée d'occupation ou de l'administration du territoire¹⁰⁴. Le

100. Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, p. 177.

101. Règlement de La Haye de 1907, article 55.

102. CIJ, *Activités armées*, *supra* note 3, paragraphe 245.

103. Commission for Reception, Truth and Reconciliation in East-Timor, *Final Report*, janvier 2006, paragraphes 48-49. La production de bois de santal fut par ailleurs quasiment réduite à néant pendant l'occupation en raison de sa surexploitation; voir *ibid.*, paragraphes 46-47.

104. *Règlement de La Haye de 1907*, articles 48, 49 et 52. En ce sens Antonio Cassese, "Powers and duties of an Occupant in relation to Land and Natural Resources", *International Law and the Administration of Occupied Territories, Two Decades of Israeli Occupation of the West Bank and the Gaza Strip*, E. Playfair (ed.),

Tribunal pénal de Nuremberg a considéré que les dispositions du Règlement de La Haye relatives à la propriété publique “make it clear that under the rules of war, the economy of an occupied country can only be required to bear the expenses of the occupation [...]”¹⁰⁵.

En pratique, l’application de la règle de l’usufruit aux biens publics immobiliers ne va cependant pas sans soulever nombre d’interrogations. Qu’en est-il notamment des biens, comme les réserves de pétrole ou de gaz, qui ne produisent pas des fruits à proprement parler, mais des produits non renouvelables ? Peut-on appliquer la règle de l’usufruit dans ce cas, étant donné que toute forme d’exploitation porte forcément atteinte aux fonds de production et menace, à terme, la capacité même d’en tirer des revenus ? Si l’on répond positivement à cette question, quelle est la limite de “normalité” au-delà de laquelle l’exploitation doit être considérée comme excessive et donc contraire à l’article 55 du Règlement de La Haye ? L’occupant a-t-il le droit d’améliorer les moyens et les techniques de production en vue d’augmenter la qualité et/ou la quantité des ressources récoltées ? Peut-il créer de nouvelles unités de prélèvement sur des gisements jugés insuffisamment performants¹⁰⁶ ?

Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 428-429. La question est certes débattue dans la doctrine. Certains auteurs considèrent que, dans le silence de l’article 55, l’occupant serait en droit d’exploiter les biens immobiliers de l’État occupé pour atteindre des objectifs librement déterminés par lui, y compris pour développer sa propre économie nationale (notamment Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, p. 177; Myres S. McDougal, Florentino P. Feliciano, *supra* note 93, pp. 812-813). Cette position va cependant à l’encontre de l’esprit du droit de l’occupation, qui, rappelons-le, vise à organiser la gestion provisoire d’un territoire, en attendant qu’une solution globale et permanente soit trouvée.

105. *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Vol. 1, p. 239. Voir aussi *Flick and others*, US Military Tribunal at Nuremberg, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. IX, 1949, pp. 21-24; *The Law of Land Warfare - Field Manual*, Department of the Army, FM 27-10, 1956, paragraphe 363. En ce sens, voir aussi Julius Stone, *supra* note 98, p. 697. Pour d’autres exemples, voir R. Dobie Langenkamp, Rex J. Zedalis, “What Happens to the Iraqi Oil ? Thoughts on Some Significant Unexamined International Legal Questions Regarding Occupation of Oil Fields”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, N° 3, 2003, pp. 430ss.

106. L’analyse de ces questions dépasse le cadre de cet article. Le lecteur qui souhaite en savoir plus trouvera des éléments de réponse dans Antonio Cassese, *supra* note 103, pp. 419-442; Iain Scobbie, “Natural Resources and Belligerent Occupation: Mutation through Permanent Sovereignty”, *Human Rights, Self-Determination and Political Change in the Occupied Palestinian Territories*, S. Bowen (ed.), The Hague (etc.), Nijhoff, 1997, pp. 221-290; Robert Kolb, Sylvain Vité, *supra* note 2.

Enfin, les biens appartenant à des personnes privées font l'objet d'une protection relativement stricte¹⁰⁷. Le Règlement de La Haye stipule que "la propriété privée [...] doit être respectée" et qu'elle "ne peut pas être confisquée"¹⁰⁸. Ce principe – que les États n'ont pas su reconnaître dans le système universel de protection des droits de l'homme – fait partie intégrante du droit de l'occupation. Il reste toutefois soumis à des restrictions.

Certaines catégories de biens liés aux communications, aux transports et au matériel de guerre, notamment toute espèce de munitions, peuvent d'abord être "saisis" provisoirement, même s'ils appartiennent à des individus et non à l'État. Ils seront restitués et accompagnés d'indemnités une fois la paix conclue¹⁰⁹. En dehors de ces biens utiles pour l'effort de guerre, les biens privés, qu'ils soient immobiliers ou non, doivent être respectés. Il est interdit à l'occupant de confisquer des réserves de nourriture, de s'approprier des valeurs ou de vendre des bâtiments appartenant à des individus. Il en va ainsi même si l'exploitation des biens en question se fait en vertu d'une concession octroyée par l'État occupé à un particulier ou à une société commerciale. Dans l'*Affaire des phares* (1956), un tribunal arbitral avait été amené à se prononcer sur la saisie des recettes de la Société française des phares à Salonique par les forces armées helléniques en 1912. Le tribunal avait considéré que ces recettes devaient être considérées comme des biens privés et, comme tels, ne pouvaient pas être saisies par l'État occupant. Il en aurait été autrement si ce service avait été exploité directement par l'État occupé¹¹⁰.

L'occupant est en outre habilité à prélever des impôts, des droits et des péages établis au profit de l'État. Dans ce cas, il doit respecter les règles de l'assiette et de la répartition en vigueur. Le cas échéant, il peut prélever d'autres contributions pécuniaires, dans la mesure

107. *Règlement de La Haye de 1907*, article 46. Sur les biens privés dans les territoires occupés, voir Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, p. 185ss; Morris Greenspan, *supra* note 26, pp. 293ss; Julius Stone, *supra* note 98, pp. 708ss; Charles Rousseau, *supra* note 75, p. 162; Eric David, *supra* note 72, pp. 527ss.

108. *Règlement de La Haye de 1907*, article 46.

109. *Ibid.*, article 53, paragraphe 2.

110. Tribunal arbitral franco-hellénique, *Affaire des phares*, Sentence du 24 juillet 1956, *RSA*, Vol. XII, pp. 200ss. Sur cette question, voir Charles Rousseau, *supra* note 75, pp. 160-161.

où les besoins de l'armée ou de l'administration du territoire le justifient¹¹¹.

Enfin, en vertu de l'article 52 du Règlement de La Haye de 1907, des réquisitions en nature et des prestations de services obligatoires sont autorisées sous certaines conditions¹¹². Cette catégorie couvre tous les "actes de contrainte imposés à la population civile par l'autorité occupante pour la satisfaction des besoins nés de la belligérance¹¹³". Ces actes doivent avoir pour but exclusif la satisfaction de besoins de l'armée d'occupation¹¹⁴. Ils ne peuvent avoir pour finalité le soutien des opérations militaires en dehors du territoire occupé ou l'essor économique de l'occupant¹¹⁵. De même, les biens d'ornements ne peuvent pas être réquisitionnés¹¹⁶.

Les réquisitions doivent être "en rapport avec les ressources du pays¹¹⁷". Le Règlement pose ici le principe de proportionnalité à l'échelle du territoire occupé. La somme globale des réquisitions ne doit pas constituer une charge excessive compte tenu des ressources de celui-ci. Comme le précise la Convention IV de Genève, l'occupant a notamment le devoir de ne pas porter atteinte aux besoins fondamentaux de la population civile. Le pouvoir octroyé par l'article 52 ne saurait effacer son obligation d'assurer l'approvisionnement de celle-ci en vivres et en médicaments¹¹⁸. De même, les réserves des hôpitaux civils ne peuvent être réquisitionnées tant qu'elles sont

111. *Règlement de La Haye de 1907*, articles 48 et 49. Voir aussi art. 51. Pour une réflexion sur ces contributions, voir Morris Greenspan, *supra* note 26, pp. 227ss; Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, pp. 161ss; Julius Stone, *supra* note 99, pp. 712-713.

112. Voir à ce sujet Gerhard Von Glahn, *Occupation*, pp. 165ss; Morris Greenspan, *supra* note 26, pp. 300ss; Charles Rousseau, *supra* note 75, p. 166.

113. Charles Rousseau, *supra* note 75, p. 166.

114. *Règlement de La Haye de 1907*, art. 52, paragraphe 1.

115. Pour une jurisprudence sur l'admissibilité des buts des réquisitions, voir Myres S. McDougal, Florentino P. Feliciano, *supra* note 93, pp. 817ss; Charles Rousseau, *supra* note 75, p. 167.

116. Gerhard Von Glahn dresse ainsi une liste assez longue des biens qui peuvent être réquisitionnés. Elle comprend notamment les animaux, les véhicules, les terrains, les habitations, les usines, les machines et la nourriture. Même les biens de consommation de luxe, comme les cigares et les alcools, peuvent être réquisitionnés selon l'auteur, "s'il y en a en quantité suffisante". Seul l'argent ne fait clairement pas partie de cette liste, puisqu'il ne peut être prélevé que par voie d'impôts, de péages ou d'autres formes de contributions; Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, p. 167. Voir aussi sur ce point Morris Greenspan, *supra* note 26, p. 305.

117. *Règlement de La Haye de 1907*, art. 52.

118. *Convention IV*, art. 55, par. 2.

utiles à la population civile¹¹⁹. Enfin, les personnes affectées doivent recevoir une indemnisation adéquate¹²⁰. La somme versée doit correspondre à la “juste valeur”¹²¹ des biens prélevés. Les prestations en nature seront en principe payées au comptant. À défaut, le propriétaire dépossédé recevra un reçu et devra se voir remboursé dès que possible¹²².

VI. CONCLUSION

Le régime juridique de l’occupation a connu de profonds bouleversements depuis l’élaboration conventionnelle de ses fondements en 1907, puis en 1949. L’interaction du droit international humanitaire et des droits de l’homme a conduit à la fois à un élargissement et un enrichissement de ce système normatif. Il y a eu élargissement, puisque les droits de l’homme instituent parfois des protections nouvelles par rapport à celles du droit humanitaire. Il y a eu approfondissement lorsque leur contenu est suffisamment détaillé pour concrétiser certaines dispositions figurant dans le Règlement de La Haye ou la Convention IV de Genève.

Cette évolution n’est toutefois pas uniforme. Elle doit être analysée de cas en cas, c’est-à-dire en examinant chacun des domaines réglementés en temps d’occupation. Cet examen suppose d’abord une approche différenciée selon que l’on se penche sur les droits économiques, sociaux et culturels ou les droits civils et politiques. Chacune de ces deux branches répond en effet à des principes de mise en oeuvre distincts¹²³. Par ailleurs, même si l’on se concentre uniquement sur les droits économiques, sociaux et culturels, des différences persistent.

En ce qui concerne l’alimentation ou la santé, le droit international humanitaire et les droits de l’homme se recourent largement lorsqu’il s’agit de répondre aux besoins immédiats de

119. *Ibid.*, art. 57.

120. Plusieurs jugements ont ainsi obligé d’anciens occupants à dédommager des propriétaires dépossédés par voie de réquisition. Pour un rappel de cette jurisprudence, voir notamment Charles Rousseau, *supra* note 75, p. 168.

121. *Convention IV*, art. 55, par. 2.

122. *Règlement de La Haye de 1907*, art. 52, par. 3. Voir aussi *Convention IV*, art. 55, par. 2. Voir Myres S. McDougal, Florentino P. Feliciano, *supra* note 93, pp. 821-822.

123. Pour une analyse comparative des deux domaines en temps d’occupation, voir Robert Kolb, Sylvain Vité, *supra* note 2.

la population civile. En revanche, lorsque l'occupation se prolonge et que la situation se stabilise, les droits économiques, sociaux et culturels se révèlent essentiels pour mieux comprendre la portée des obligations qui incombent à la Puissance étrangère. Ils concrétisent l'obligation générale d'assurer la vie publique qui découle de l'article 43 du Règlement de La Haye de 1907. Leur relation au droit de l'occupation est celle de la complémentarité.

En matière de propriété, les deux régimes juridiques se trouvent dans un tout autre type de relation. Le droit international humanitaire se révèle dans ce cas plus complet et détaillé que le droit des droits de l'homme. Il n'y a pas complémentarité, mais effacement du second au profit du premier en vertu du principe de spécialité. Que ce soit à court terme ou à long terme, le régime juridique qui s'impose est le droit de l'occupation.

L'articulation des deux régimes juridiques en temps d'occupation ne peut ainsi pas être construite en recourant à un principe unique qu'il serait possible de suivre invariablement. Elle résulte d'un travail d'adaptation dicté en fonction des différents contenus normatifs des règles examinées. Deux catégories spécifiques ont été choisies ici pour illustrer cette délicate recherche d'équilibre. Il conviendra à l'avenir de poursuivre cet exercice en portant l'analyse vers d'autres domaines tels que le logement, le travail ou l'éducation¹²⁴.

124. Voir Jonathan T. Horowitz, "The Right to Education in Occupied Territories: Making More Room for Human Rights in Occupation Law", *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 7, 2004, pp. 233-277.



ANNEXES



INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS CIVILS ET POLITIQUES

PRÉAMBULE

Les Etats parties au présent Pacte,

Considérant que, conformément aux principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde,

Reconnaissant que ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine,

Reconnaissant que, conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'idéal de l'être humain libre, jouissant des libertés civiles et politiques et libéré de la crainte et de la misère, ne peut être réalisé que si des conditions permettant à chacun de jouir de ses droits civils et politiques, aussi bien que de ses droits économiques, sociaux et culturels, sont créées,

Considérant que la Charte des Nations Unies impose aux Etats l'obligation de promouvoir le respect universel et effectif des droits et des libertés de l'homme,

Prenant en considération le fait que l'individu a des devoirs envers autrui et envers la collectivité à laquelle il appartient et est tenu de s'efforcer de promouvoir et de respecter les droits reconnus dans le présent Pacte,

Sont convenus des articles suivants:

PREMIÈRE PARTIE

Article premier

1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.
2. Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans

préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance.

3. Les Etats parties au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies.

DEUXIÈME PARTIE

Article 2

1. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

2. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur.

3. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à :

- a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles;
- b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développera les possibilités de recours juridictionnel;
- c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié.

Article 3

Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte.

Article 4

1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18.

3. Les Etats parties au présent Pacte qui usent du droit de dérogation doivent, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, signaler aussitôt aux autres Etats parties les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation. Une nouvelle communication sera faite par la même entremise, à la date à laquelle ils ont mis fin à ces dérogations.

Article 5

1. Aucune disposition du présent Pacte ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et des libertés reconnus dans le présent Pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues audit Pacte.

2. Il ne peut être admis aucune restriction ou dérogation aux droits fondamentaux de l'homme reconnus ou en vigueur dans tout Etat partie au présent Pacte en application de lois, de conventions, de règlements ou de coutumes, sous prétexte que le présent Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré.

TROISIÈME PARTIE

Article 6

1. Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie.
2. Dans les pays où la peine de mort n'a pas été abolie, une sentence de mort ne peut être prononcée que pour les crimes les plus graves, conformément à la législation en vigueur au moment où le crime a été commis et qui ne doit pas être en contradiction avec les dispositions du présent Pacte ni avec la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Cette peine ne peut être appliquée qu'en vertu d'un jugement définitif rendu par un tribunal compétent.
3. Lorsque la privation de la vie constitue le crime de génocide, il est entendu qu'aucune disposition du présent article n'autorise un Etat partie au présent Pacte à déroger d'aucune manière à une obligation quelconque assumée en vertu des dispositions de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.
4. Tout condamné à mort a le droit de solliciter la grâce ou la commutation de la peine. L'amnistie, la grâce ou la commutation de la peine de mort peuvent dans tous les cas être accordées.
5. Une sentence de mort ne peut être imposée pour des crimes commis par des personnes âgées de moins de 18 ans et ne peut être exécutée contre des femmes enceintes.
6. Aucune disposition du présent article ne peut être invoquée pour retarder ou empêcher l'abolition de la peine capitale par un Etat partie au présent Pacte.

Article 7

Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique.

Article 8

1. Nul ne sera tenu en esclavage; l'esclavage et la traite des esclaves, sous toutes leurs formes, sont interdits.
2. Nul ne sera tenu en servitude.
- 3.

- a) Nul ne sera astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire;
- b) L'alinéa a du présent paragraphe ne saurait être interprété comme interdisant, dans les pays où certains crimes peuvent être punis de détention accompagnée de travaux forcés, l'accomplissement d'une peine de travaux forcés, infligée par un tribunal compétent;
- c) N'est pas considéré comme "travail forcé ou obligatoire" au sens du présent paragraphe:
 - i) Tout travail ou service, non visé à l'alinéa b, normalement requis d'un individu qui est détenu en vertu d'une décision de justice régulière ou qui, ayant fait l'objet d'une telle décision, est libéré conditionnellement;
 - ii) Tout service de caractère militaire et, dans les pays où l'objection de conscience est admise, tout service national exigé des objecteurs de conscience en vertu de la loi;
 - iii) Tout service exigé dans les cas de force majeure ou de sinistres qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté;
 - iv) Tout travail ou tout service formant partie des obligations civiles normales.

Article 9

1. Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi.

2. Tout individu arrêté sera informé, au moment de son arrestation, des raisons de cette arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre lui.

3. Tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale sera traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré. La détention de personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être de règle, mais la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience, à tous les autres actes de la procédure et, le cas échéant, pour l'exécution du jugement.

4. Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

5. Tout individu victime d'arrestation ou de détention illégale a droit à réparation.

Article 10

1. Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine.

2.

a) Les prévenus sont, sauf dans des circonstances exceptionnelles, séparés des condamnés et sont soumis à un régime distinct, approprié à leur condition de personnes non condamnées;

b) Les jeunes prévenus sont séparés des adultes et il est décidé de leur cas aussi rapidement que possible.

3. Le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social. Les jeunes délinquants sont séparés des adultes et soumis à un régime approprié à leur âge et à leur statut légal.

Article 11

Nul ne peut être emprisonné pour la seule raison qu'il n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle.

Article 12

1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.

2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.

3. Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte.

4. Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays.

Article 13

Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un Etat partie au présent Pacte ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une

décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin.

Article 14

1. Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Le huis clos peut être prononcé pendant la totalité ou une partie du procès soit dans l'intérêt des bonnes moeurs, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, soit lorsque l'intérêt de la vie privée des parties en cause l'exige, soit encore dans la mesure où le tribunal l'estimera absolument nécessaire lorsqu'en raison des circonstances particulières de l'affaire la publicité nuirait aux intérêts de la justice; cependant, tout jugement rendu en matière pénale ou civile sera public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit autrement ou si le procès porte sur des différends matrimoniaux ou sur la tutelle des enfants.

2. Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes:

a) A être informée, dans le plus court délai, dans une langue qu'elle comprend et de façon détaillée, de la nature et des motifs de l'accusation portée contre elle;

b) A disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et à communiquer avec le conseil de son choix;

c) A être jugée sans retard excessif;

d) A être présente au procès et à se défendre elle-même ou à avoir l'assistance d'un défenseur de son choix; si elle n'a pas de défenseur, à être informée de son droit d'en avoir un, et, chaque fois que l'intérêt de la justice l'exige, à se voir attribuer d'office un défenseur, sans frais, si elle n'a pas les moyens de le rémunérer;

- e) A interroger ou faire interroger les témoins à charge et à obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;
 - f) A se faire assister gratuitement d'un interprète si elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience;
 - g) A ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable.
4. La procédure applicable aux jeunes gens qui ne sont pas encore majeurs au regard de la loi pénale tiendra compte de leur âge et de l'intérêt que présente leur rééducation.
 5. Toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi.
 6. Lorsqu'une condamnation pénale définitive est ultérieurement annulée ou lorsque la grâce est accordée parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire, la personne qui a subi une peine en raison de cette condamnation sera indemnisée, conformément à la loi, à moins qu'il ne soit prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu lui est imputable en tout ou partie.
 7. Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays.

Article 15

1. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier.
2. Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.

Article 16

Chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique.

Article 17

1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

Article 18

1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement.

2. Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui.

4. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions.

Article 19

1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions.

2. Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires:

- a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui;
- b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

Article 20

1. Toute propagande en faveur de la guerre est interdite par la loi.
2. Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi.

Article 21

Le droit de réunion pacifique est reconnu. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions imposées conformément à la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et les libertés d'autrui.

Article 22

1. Toute personne a le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts.
2. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques ou les droits et les libertés d'autrui. Le présent article n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ce droit par les membres des forces armées et de la police.
3. Aucune disposition du présent article ne permet aux Etats parties à la Convention de 1948 de l'Organisation internationale du Travail concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical de prendre des mesures législatives portant atteinte -- ou d'appliquer

la loi de façon à porter atteinte -- aux garanties prévues dans ladite convention.

Article 23

1. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat.
2. Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile.
3. Nul mariage ne peut être conclu sans le libre et plein consentement des futurs époux.
4. Les Etats parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer aux enfants la protection nécessaire.

Article 24

1. Tout enfant, sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance, a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'Etat, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur.
2. Tout enfant doit être enregistré immédiatement après sa naissance et avoir un nom.
3. Tout enfant a le droit d'acquérir une nationalité.

Article 25

Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables:

- a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis;
- b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs;
- c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.

Article 26

Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

Article 27

Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.

QUATRIÈME PARTIE

Article 28

1. Il est institué un comité des droits de l'homme (ci-après dénommé le Comité dans le présent Pacte). Ce comité est composé de dix-huit membres et a les fonctions définies ci-après.
2. Le Comité est composé des ressortissants des Etats parties au présent Pacte, qui doivent être des personnalités de haute moralité et possédant une compétence reconnue dans le domaine des droits de l'homme. Il sera tenu compte de l'intérêt que présente la participation aux travaux du Comité de quelques personnes ayant une expérience juridique.
3. Les membres du Comité sont élus et siègent à titre individuel.

Article 29

1. Les membres du Comité sont élus au scrutin secret sur une liste de personnes réunissant les conditions prévues à l'article 28, et présentées à cet effet par les Etats parties au présent Pacte.
2. Chaque Etat partie au présent Pacte peut présenter deux personnes au plus. Ces personnes doivent être des ressortissants de l'Etat qui les présente.
3. La même personne peut être présentée à nouveau.

Article 30

1. La première élection aura lieu au plus tard six mois après la date d'entrée en vigueur du présent Pacte.
2. Quatre mois au moins avant la date de toute élection au Comité, autre qu'une élection en vue de pourvoir à une vacance déclarée conformément à l'article 34, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies invite par écrit les Etats parties au présent Pacte à désigner, dans un délai de trois mois, les candidats qu'ils proposent comme membres du Comité.
3. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies dresse la liste alphabétique de toutes les personnes ainsi présentées en mentionnant les Etats parties qui les ont présentées et la communique aux Etats parties au présent Pacte au plus tard un mois avant la date de chaque élection.
4. Les membres du Comité sont élus au cours d'une réunion des Etats parties au présent Pacte convoquée par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au Siège de l'Organisation. A cette réunion, où le quorum est constitué par les deux tiers des Etats parties au présent Pacte, sont élus membres du Comité les candidats qui obtiennent le plus grand nombre de voix et la majorité absolue des votes des représentants des Etats parties présents et votants.

Article 31

1. Le Comité ne peut comprendre plus d'un ressortissant d'un même Etat.
2. Pour les élections au Comité, il est tenu compte d'une répartition géographique équitable et de la représentation des diverses formes de civilisation ainsi que des principaux systèmes juridiques.

Article 32

1. Les membres du Comité sont élus pour quatre ans. Ils sont rééligibles s'ils sont présentés à nouveau. Toutefois, le mandat de neuf des membres élus lors de la première élection prend fin au bout de deux ans; immédiatement après la première élection, les noms de ces neuf membres sont tirés au sort par le Président de la réunion visée au paragraphe 4 de l'article 30.
2. A l'expiration du mandat, les élections ont lieu conformément aux dispositions des articles précédents de la présente partie du Pacte.

Article 33

1. Si, de l'avis unanime des autres membres, un membre du Comité a cessé de remplir ses fonctions pour toute cause autre qu'une absence de caractère temporaire, le Président du Comité en informe le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, qui déclare alors vacant le siège qu'occupait ledit membre.

2. En cas de décès ou de démission d'un membre du Comité, le Président en informe immédiatement le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, qui déclare le siège vacant à compter de la date du décès ou de celle à laquelle la démission prend effet.

Article 34

1. Lorsqu'une vacance est déclarée conformément à l'article 33 et si le mandat du membre à remplacer n'expire pas dans les six mois qui suivent la date à laquelle la vacance a été déclarée, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en avise les Etats parties au présent Pacte qui peuvent, dans un délai de deux mois, désigner des candidats conformément aux dispositions de l'article 29 en vue de pourvoir à la vacance.

2. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies dresse la liste alphabétique des personnes ainsi présentées et la communique aux Etats parties au présent Pacte. L'élection en vue de pourvoir à la vacance a lieu ensuite conformément aux dispositions pertinentes de la présente partie du Pacte.

3. Tout membre du Comité élu à un siège déclaré vacant conformément à l'article 33 fait partie du Comité jusqu'à la date normale d'expiration du mandat du membre dont le siège est devenu vacant au Comité conformément aux dispositions dudit article.

Article 35

Les membres du Comité reçoivent, avec l'approbation de l'Assemblée générale des Nations Unies, des émoluments prélevés sur les ressources de l'Organisation des Nations Unies dans les conditions fixées par l'Assemblée générale, eu égard à l'importance des fonctions du Comité.

Article 36

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies met à la disposition du Comité le personnel et les moyens matériels qui lui sont nécessaires pour s'acquitter efficacement des fonctions qui lui sont confiées en vertu du présent Pacte.

Article 37

1. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies convoque les membres du Comité, pour la première réunion, au Siège de l'Organisation.
2. Après sa première réunion, le Comité se réunit à toute occasion prévue par son règlement intérieur.
3. Les réunions du Comité ont normalement lieu au Siège de l'Organisation des Nations Unies ou à l'Office des Nations Unies à Genève.

Article 38

Tout membre du Comité doit, avant d'entrer en fonctions, prendre en séance publique l'engagement solennel de s'acquitter de ses fonctions en toute impartialité et en toute conscience.

Article 39

1. Le Comité élit son bureau pour une période de deux ans. Les membres du bureau sont rééligibles.
2. Le Comité établit lui-même son règlement intérieur; celui-ci doit, toutefois, contenir entre autres les dispositions suivantes:
 - a) Le quorum est de douze membres;
 - b) Les décisions du Comité sont prises à la majorité des membres présents.

Article 40

1. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à présenter des rapports sur les mesures qu'ils auront arrêtées et qui donnent effet aux droits reconnus dans le présent Pacte et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits:
 - a) Dans un délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur du présent Pacte, pour chaque Etat partie intéressé en ce qui le concerne;

- b) Par la suite, chaque fois que le Comité en fera la demande.
2. Tous les rapports seront adressés au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies qui les transmettra au Comité pour examen. Les rapports devront indiquer, le cas échéant, les facteurs et les difficultés qui affectent la mise en oeuvre des dispositions du présent Pacte.
3. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies peut, après consultation du Comité, communiquer aux institutions spécialisées intéressées copie de toutes parties des rapports pouvant avoir trait à leur domaine de compétence.
4. Le Comité étudie les rapports présentés par les Etats parties au présent Pacte. Il adresse aux Etats parties ses propres rapports, ainsi que toutes observations générales qu'il jugerait appropriées. Le Comité peut également transmettre au Conseil économique et social ces observations accompagnées de copies des rapports qu'il a reçus d'Etats parties au présent Pacte.
5. Les Etats parties au présent Pacte peuvent présenter au Comité des commentaires sur toute observation qui serait faite en vertu du paragraphe 4 du présent article.

Article 41

1. Tout Etat partie au présent Pacte peut, en vertu du présent article, déclarer à tout moment qu'il reconnaît la compétence du Comité pour recevoir et examiner des communications dans lesquelles un Etat partie prétend qu'un autre Etat partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre du présent Pacte. Les communications présentées en vertu du présent article ne peuvent être reçues et examinées que si elles émanent d'un Etat partie qui a fait une déclaration reconnaissant, en ce qui le concerne, la compétence du Comité. Le Comité ne reçoit aucune communication intéressant un Etat partie qui n'a pas fait une telle déclaration. La procédure ci-après s'applique à l'égard des communications reçues conformément au présent article:

a) Si un Etat partie au présent Pacte estime qu'un autre Etat également partie à ce pacte n'en applique pas les dispositions, il peut appeler, par communication écrite, l'attention de cet Etat sur la question. Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la communication, l'Etat destinataire fera tenir à l'Etat qui a adressé la communication des explications ou toutes autres déclarations écrites élucidant la question, qui devront comprendre, dans toute la

mesure possible et utile, des indications sur ses règles de procédure et sur les moyens de recours soit déjà utilisés, soit en instance, soit encore ouverts.

b) Si, dans un délai de six mois à compter de la date de réception de la communication originale par l'Etat destinataire, la question n'est pas réglée à la satisfaction des deux Etats parties intéressés, l'un comme l'autre auront le droit de la soumettre au Comité, en adressant une notification au Comité ainsi qu'à l'autre Etat intéressé.

c) Le Comité ne peut connaître d'une affaire qui lui est soumise qu'après s'être assuré que tous les recours internes disponibles ont été utilisés et épuisés, conformément aux principes de droit international généralement reconnus. Cette règle ne s'applique pas dans les cas où les procédures de recours excèdent les délais raisonnables.

d) Le Comité tient ses séances à huis clos lorsqu'il examine les communications prévues au présent article.

e) Sous réserve des dispositions de l'alinéa c, le Comité met ses bons offices à la disposition des Etats parties intéressés, afin de parvenir à une solution amiable de la question fondée sur le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tels que les reconnaît le présent Pacte.

f) Dans toute affaire qui lui est soumise, le Comité peut demander aux Etats parties intéressés visés à l'alinéa b de lui fournir tout renseignement pertinent.

g) Les Etats parties intéressés, visés à l'alinéa b, ont le droit de se faire représenter lors de l'examen de l'affaire par le Comité et de présenter des observations oralement ou par écrit, ou sous l'une et l'autre forme.

h) Le Comité doit présenter un rapport dans un délai de douze mois à compter du jour où il a reçu la notification visée à l'alinéa b:

i) Si une solution a pu être trouvée conformément aux dispositions de l'alinéa e, le Comité se borne, dans son rapport, à un bref exposé des faits et de la solution intervenue;

ii) Si une solution n'a pu être trouvée conformément aux dispositions de l'alinéa e, le Comité se borne, dans son rapport, à un bref exposé des faits; le texte des observations écrites et le procès-verbal des observations orales présentées par les Etats parties intéressés sont joints au rapport.

Pour chaque affaire, le rapport est communiqué aux Etats parties intéressés.

2. Les dispositions du présent article entreront en vigueur lorsque dix Etats parties au présent Pacte auront fait la déclaration prévue au paragraphe 1 du présent article. Ladite déclaration est déposée par l'Etat partie auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, qui en communique copie aux autres Etats parties. Une déclaration peut être retirée à tout moment au moyen d'une notification adressée au Secrétaire Général. Ce retrait est sans préjudice de l'examen de toute question qui fait l'objet d'une communication déjà transmise en vertu du présent article; aucune autre communication d'un Etat partie ne sera reçue après que le Secrétaire général aura reçu notification du retrait de la déclaration, à moins que l'Etat partie intéressé n'ait fait une nouvelle déclaration.

Article 42

1.

a) Si une question soumise au Comité conformément à l'article 41 n'est pas réglée à la satisfaction des Etats parties intéressés, le Comité peut, avec l'assentiment préalable des Etats parties intéressés, désigner une commission de conciliation ad hoc (ci-après dénommée la Commission). La Commission met ses bons offices à la disposition des Etats parties intéressés, afin de parvenir à une solution amiable de la question, fondée sur le respect du présent Pacte;

b) La Commission est composée de cinq membres nommés avec l'accord des Etats parties intéressés. Si les Etats parties intéressés ne parviennent pas à une entente sur tout ou partie de la composition de la Commission dans un délai de trois mois, les membres de la Commission au sujet desquels l'accord ne s'est pas fait sont élus au scrutin secret parmi les membres du Comité, à la majorité des deux tiers des membres du Comité.

2. Les membres de la Commission siègent à titre individuel. Ils ne doivent être ressortissants ni des Etats parties intéressés, ni d'un Etat qui n'est pas partie au présent Pacte, ni d'un Etat partie qui n'a pas fait la déclaration prévue à l'Article 41.

3. La Commission élit son président et adopte son règlement intérieur.

4. La Commission tient normalement ses réunions au Siège de l'Organisation des Nations Unies ou à l'Office des Nations Unies à Genève. Toutefois, elle peut se réunir en tout autre lieu approprié que

peut déterminer la Commission en consultation avec le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et les Etats parties intéressés.

5. Le secrétariat prévu à l'article 36 prête également ses services aux commissions désignées en vertu du présent article.

6. Les renseignements obtenus et dépouillés par le Comité sont mis à la disposition de la Commission, et la Commission peut demander aux Etats parties intéressés de lui fournir tout renseignement complémentaire pertinent.

7. Après avoir étudié la question sous tous ses aspects, mais en tout cas dans un délai maximum de douze mois après qu'elle en aura été saisie, la Commission soumet un rapport au Président du Comité qui le communique aux Etats parties intéressés:

a) Si la Commission ne peut achever l'examen de la question dans les douze mois, elle se borne à indiquer brièvement dans son rapport où elle en est de l'examen de la question;

b) Si l'on est parvenu à un règlement amiable de la question, fondé sur le respect des droits de l'homme reconnus dans le présent Pacte, la Commission se borne à indiquer brièvement dans son rapport les faits et le règlement auquel on est parvenu;

c) Si l'on n'est pas parvenu à un règlement au sens de l'alinéa b, la Commission fait figurer dans son rapport ses conclusions sur tous les points de fait relatifs à la question débattue entre les Etats parties intéressés ainsi que ses constatations sur les possibilités de règlement amiable de l'affaire; le rapport renferme également les observations écrites et un procès-verbal des observations orales présentées par les Etats parties intéressés;

d) Si le rapport de la Commission est soumis conformément à l'alinéa c, les Etats parties intéressés font savoir au Président du Comité, dans un délai de trois mois après la réception du rapport, s'ils acceptent ou non les termes du rapport de la Commission.

8. Les dispositions du présent article s'entendent sans préjudice des attributions du Comité prévues à l'article 41.

9. Toutes les dépenses des membres de la Commission sont réparties également entre les Etats parties intéressés, sur la base d'un état estimatif établi par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

10. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est habilité, si besoin est, à défrayer les membres de la Commission

de leurs dépenses, avant que le remboursement en ait été effectué par les Etats parties intéressés, conformément au paragraphe 9 du présent article.

Article 43

Les membres du Comité et les membres des commissions de conciliation ad hoc qui pourraient être désignées conformément à l'article 42 ont droit aux facilités, privilèges et immunités reconnus aux experts en mission pour l'Organisation des Nations Unies, tels qu'ils sont énoncés dans les sections pertinentes de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies.

Article 44

Les dispositions de mise en oeuvre du présent Pacte s'appliquent sans préjudice des procédures instituées en matière de droits de l'homme aux termes ou en vertu des instruments constitutifs et des conventions de l'Organisation des Nations Unies et des institutions spécialisées, et n'empêchent pas les Etats parties de recourir à d'autres procédures pour le règlement d'un différend conformément aux accords internationaux généraux ou spéciaux qui les lient.

Article 45

Le Comité adresse chaque année à l'Assemblée générale des Nations Unies, par l'intermédiaire du Conseil économique et social, un rapport sur ses travaux.

CINQUIÈME PARTIE

Article 46

Aucune disposition du présent Pacte ne doit être interprétée comme portant atteinte aux dispositions de la Charte des Nations Unies et des constitutions des institutions spécialisées qui définissent les responsabilités respectives des divers organes de l'Organisation des Nations Unies et des institutions spécialisées en ce qui concerne les questions traitées dans le présent Pacte.

Article 47

Aucune disposition du présent Pacte ne sera interprétée comme portant atteinte au droit inhérent de tous les peuples à profiter et à user pleinement et librement de leur richesses et ressources naturelles.

SIXIÈME PARTIE

Article 48

1. Le présent Pacte est ouvert à la signature de tout Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies ou membre de l'une quelconque de ses institutions spécialisées, de tout Etat partie au Statut de la Cour internationale de Justice, ainsi que de tout autre Etat invité par l'Assemblée générale des Nations Unies à devenir partie au présent Pacte.

2. Le présent Pacte est sujet à ratification et les instruments de ratification seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

3. Le présent Pacte sera ouvert à l'adhésion de tout Etat visé au paragraphe 1 du présent article.

4. L'adhésion se fera par le dépôt d'un instrument d'adhésion auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

5. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies informe tous les Etats qui ont signé le présent Pacte ou qui y ont adhéré du dépôt de chaque instrument de ratification ou d'adhésion.

Article 49

1. Le présent Pacte entrera en vigueur trois mois après la date du dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies du trente-cinquième instrument de ratification ou d'adhésion.

2. Pour chacun des Etats qui ratifieront le présent Pacte ou y adhéreront après le dépôt du trente-cinquième instrument de ratification ou d'adhésion, ledit Pacte entrera en vigueur trois mois après la date du dépôt par cet Etat de son instrument de ratification ou d'adhésion.

Article 50

Les dispositions du présent Pacte s'appliquent, sans limitation ni exception aucune, à toutes les unités constitutives des Etats fédératifs.

Article 51

1. Tout Etat partie au présent Pacte peut proposer un amendement et en déposer le texte auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Le Secrétaire général transmet alors tous projets d'amendements aux Etats parties au présent Pacte en leur demandant de lui indiquer s'ils désirent voir convoquer une conférence d'Etats parties pour examiner ces projets et les mettre aux voix. Si un tiers au moins des Etats se déclarent en faveur de cette convocation, le Secrétaire général convoque la conférence sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies. Tout amendement adopté par la majorité des Etats présents et votants à la conférence est soumis pour approbation à l'Assemblée générale des Nations Unies.

2. Ces amendements entrent en vigueur lorsqu'ils ont été approuvés par l'Assemblée générale des Nations Unies et acceptés, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives, par une majorité des deux tiers des Etats parties au présent Pacte.

3. Lorsque ces amendements entrent en vigueur, ils sont obligatoires pour les Etats parties qui les ont acceptés, les autres Etats parties restant liés par les dispositions du présent Pacte et par tout amendement antérieur qu'ils ont accepté.

Article 52

Indépendamment des notifications prévues au paragraphe 5 de l'article 48, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies informera tous les Etats visés au paragraphe 1 dudit article:

- a) Des signatures apposées au présent Pacte et des instruments de ratification et d'adhésion déposés conformément à l'article 48;
- b) De la date à laquelle le présent Pacte entrera en vigueur conformément à l'article 49 et de la date à laquelle entreranno en vigueur les amendements prévus à l'article 51.

Article 53

1. Le présent Pacte, dont les textes anglais, chinois, espagnol, français et russe font également foi, sera déposé aux archives de l'Organisation des Nations Unies.

2. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies transmettra une copie certifiée conforme du présent Pacte à tous les Etats visés à l'article 48.

LES PRINCIPES DE LIMBURG CONCERNANT L'APPLICATION DU PACTE INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS

INTRODUCTION

Un groupe d'éminents experts en droit international, convoqués par la Commission internationale de juristes, la faculté de droit de l'Université de Limburg (Maastricht, Pays-Bas) et l'Institut des droits de l'homme Urban Morgan de l'Université de Cincinnati (Ohio, États-Unis), se sont réunis à Maastricht du 2 au 6 juin 1986 pour examiner la nature et la portée des obligations des États parties au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la question de l'examen des rapports des États parties par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels nouvellement constitué, ainsi que celle de la coopération internationale en application de la quatrième partie du Pacte.

Les 29 participants sont venus d'Australie, de la République fédérale d'Allemagne, de la Hongrie, de l'Irlande, du Mexique, des Pays-Bas, de la Norvège, du Sénégal, de l'Espagne, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, des États-Unis, de la Yougoslavie, du Centre des Nations Unies pour les droits de l'homme, de l'Organisation internationale du Travail (OIT), de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), du secrétariat du Commonwealth et des organisations coparrainantes. Quatre des participants étaient membres du Comité des droits économiques, sociaux et culturels du Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies.

Les participants ont, à l'unanimité, approuvé les principes suivants qu'ils estimaient refléter l'état actuel du droit international, à l'exception de certaines recommandations formulées par l'usage du mode "devrait/devraient" au lieu de "devra/devront".

PREMIÈRE PARTIE

NATURE ET PORTÉE DES OBLIGATIONS DES ÉTATS PARTIES

A. Observations générales

1. Les droits économiques, sociaux et culturels font partie intégrante du droit international relatif aux droits de l'homme. Ils sont l'objet d'obligations conventionnelles spécifiques dans divers instruments internationaux, notamment le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

2. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels est entre

en vigueur en 1976, en même temps que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Protocole facultatif. Les Pactes servent à étendre la Déclaration universelle des droits de l'homme: ces instruments constituent la Charte internationale des droits de l'homme.

3. Étant donné que les droits de l'homme et les libertés fondamentales sont indivisibles et interdépendants, on devrait porter la même attention à l'application, la promotion et la sauvegarde tant des droits civils et politiques que des droits économiques, sociaux et culturels et les examiner d'urgence.

4. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ci-après le Pacte) devrait, conformément à la Convention de Vienne relative au droit des traités, être interprété de bonne foi, en tenant compte de son objet et de son esprit, de sa signification générale, de ses travaux préparatoires et de la pratique pertinente.

5. L'expérience des institutions spécialisées concernées, ainsi que celle des organes des Nations Unies et des organisations intergouvernementales, y compris les groupes de travail des Nations Unies et les rapporteurs spéciaux dans le domaine des droits de l'homme, devrait être considérée dans l'application du Pacte et dans la vérification des réalisations des États parties.

6. La jouissance des droits économiques, sociaux et culturels peut être réalisée dans divers cadres politiques. Il n'existe pas une seule et unique voie vers leur plein exercice. Des réussites et des échecs ont été relevés tant dans les économies de marché que dans les économies planifiées, tant dans les structures politiques centralisées que dans les structures non centralisées.

7. Les Etats parties doivent, en tout temps, agir de bonne foi pour s'acquitter des obligations auxquelles ils ont souscrit aux termes du Pacte.

8. Bien que le plein exercice des droits reconnus dans le Pacte doive être assuré progressivement, certains d'entre eux sont immédiatement susceptibles d'être invoqués en justice, tandis que d'autres le seront au fur et à mesure.

9. Les organisations non gouvernementales peuvent jouer un rôle important dans la promotion de l'application du Pacte. Ce rôle devrait en conséquence être facilité à l'échelon tant national qu'international.

10. Les Etats parties sont responsables à la fois devant la communauté internationale et devant leur propre peuple de leur respect des obligations découlant du Pacte.

11. Un effort national concerté pour obtenir la mobilisation totale de toutes les couches de la population est, par conséquent, indispensable, si l'on veut accomplir des progrès dans la voie du plein exercice des droits économiques, sociaux et culturels. La participation populaire est nécessaire dans toutes les étapes, y compris dans l'élaboration, la mise en œuvre et le suivi des politiques nationales.

12. La surveillance du respect des dispositions du Pacte devrait être accomplie dans un esprit de coopération et de dialogue. À cet effet, dans son examen des rapports des Etats parties, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, ci-après "le Comité", devrait procéder à l'analyse des causes et facteurs qui entravent l'exercice des droits reconnus dans le Pacte et, lorsque cela est possible, proposer des solutions.

Cette approche ne devrait pas exclure, chaque fois que les informations disponibles autorisent une telle conclusion, la constatation qu'un Etat partie a failli à ses obligations, aux termes du Pacte.

13. Tous les organes chargés du contrôle du Pacte devraient accorder une attention particulière aux principes d'égalité et de non-discrimination devant la loi, lorsqu'ils évaluent la mise en œuvre du Pacte par les Etats parties.

14. Étant donné l'importance pour le développement d'atteindre progressivement le plein exercice des droits énoncés dans le Pacte, une attention particulière devrait être portée aux mesures propres à améliorer le niveau de vie des pauvres et des groupes défavorisés, en tenant compte du fait que des mesures particulières peuvent

être nécessaires pour la sauvegarde des droits culturels des peuples autochtones et des minorités.

15. Il serait souhaitable de tenir compte de l'évolution des relations économiques internationales, lorsqu'on évalue les efforts de la communauté internationale pour réaliser les objectifs du Pacte.

B. Principes d'interprétation concernant expressément la deuxième partie du Pacte

Paragraphe 1 de l'article 2: "à agir ... par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives"

16. Tous les États parties ont l'obligation de commencer immédiatement à agir en vue d'assurer le plein exercice des droits énoncés dans le Pacte.

17. Au plan national, les États parties utiliseront tous les moyens appropriés, y compris des mesures législatives, administratives, judiciaires, économiques, sociales et éducatives, adaptées à la nature des droits, en vue de remplir leurs obligations vis-à-vis du Pacte.

18. Des mesures législatives seules ne suffisent pas à s'acquitter des obligations découlant du Pacte. Il faudrait constater, toutefois, que le paragraphe 1 de l'article 2 requerrait souvent que des mesures législatives soient prises dans les cas où les lois existantes violent des obligations énoncées dans le Pacte.

19. Les États parties fourniront des voies de recours utiles, y compris, chaque fois que nécessaire, des voies de recours judiciaires.

20. Chaque État partie déterminera lui-même les moyens appropriés à mettre en œuvre, et se soumettra à une vérification par le Conseil économique et social de l'ONU, assisté du Comité. Une telle vérification se fera sans préjuger de la compétence des autres organes, établis conformément à la Charte des Nations Unies.

"en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits"

21. L'obligation "d'assurer progressivement le plein exercice des droits" impose aux États parties d'agir aussi rapidement que possible en vue du plein exercice des droits.

Cela ne devra en aucun cas être interprété comme impliquant pour les États le droit de retarder indéfiniment les efforts à consentir pour le plein exercice des droits. Tout au contraire, les États parties ont l'obligation de commencer immédiatement à agir pour s'acquitter de leurs obligations, conformément au Pacte.

22. Certaines des obligations énoncées dans le Pacte, telle l'interdiction de la discrimination dans le paragraphe 2 de l'article 2 du Pacte, doivent être immédiatement et totalement appliquées par tous les États parties.

23. L'obligation d'assurer progressivement le plein exercice des droits existe, indépendamment de l'accroissement des ressources; elle exige l'utilisation efficace des ressources disponibles.

24. L'application progressive peut être effectuée, non seulement par l'accroissement des ressources, mais aussi par le développement des ressources humaines nécessaires à l'exercice par chacun des droits énoncés dans le Pacte.

“au maximum des ressources disponibles”

25. Les États parties ont l'obligation, quel que soit leur niveau de développement économique, d'assurer le respect du droit à un minimum vital pour tous.

26. L'expression “ses ressources disponibles” fait référence tant aux ressources à l'intérieur de l'État qu'à celles en provenance de la communauté internationale par la coopération et l'aide internationales.

27. En déterminant si des mesures appropriées ont été prises en vue de l'exercice des droits reconnus dans le Pacte, on devra prêter attention à l'utilisation équitable et effective des ressources disponibles et à leur accès.

28. Dans l'utilisation des ressources disponibles, la priorité sera accordée à l'exercice des droits reconnus dans le Pacte, en veillant à la nécessité d'assurer à chacun la satisfaction de ses besoins vitaux et de fournir des services de base.

“tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique”

29. Dans le cadre de la coopération et de l'assistance internationales, stipulées dans la Charte des Nations Unies (art. 55 et 56) et dans le Pacte, on ne perdra pas de vue qu'il est prioritaire d'assurer l'exercice de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que des droits civils et politiques.

30. La coopération et l'assistance internationales doivent être centrées sur l'établissement d'un ordre social et international dans lequel les droits et libertés énoncés dans le Pacte puissent pleinement s'exercer (cf. art. 28 de la Déclaration universelle des droits de l'homme).

31. Quel que soit le système politique, économique et social dont ils se réclament, les États devront coopérer entre eux pour promouvoir le progrès social, économique et culturel à l'échelon international, notamment la croissance économique des pays en développement, progrès exempt de discrimination fondée sur les différences de systèmes.

32. Les États parties prendront des mesures au niveau international pour contribuer et coopérer à la réalisation des droits reconnus dans le Pacte.

33. La coopération et l'assistance internationales seront fondées sur la souveraineté et l'égalité des États, et auront pour but d'assurer la réalisation des droits reconnus par le Pacte.

34. Le rôle des organisations internationales et la contribution des organisations non gouvernementales devront être présents à l'esprit dans la mise en œuvre de la coopération et de l'assistance internationales, conformément au paragraphe 1 de l'article 2.

Paragraphe 2 de l'article 2: Non-discrimination

35. Le paragraphe 2 de l'article 2 appelle une application immédiate et contient une garantie explicite de la part des États parties. Il devrait, par conséquent, pouvoir donner lieu à un contrôle juridictionnel et à d'autres procédures de recours.

36. Les domaines de discrimination cités dans le paragraphe 2 de l'article 2 ne sont pas exhaustifs.

37. En devenant partie au Pacte, les États élimineront toute discrimination *de jure*, en abolissant sans tarder les lois discriminatoires, les dispositions réglementaires et pratiques (y compris les actions et les omissions) qui entravent la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels.

38. La discrimination de facto, comme étant le résultat d'une inégalité dans la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels, du fait d'un manque de ressources ou d'une toute autre raison, devrait être éliminée aussi rapidement que possible.

39. Des mesures particulières prises dans le seul but d'assurer de façon appropriée le développement de certains groupes ou individus nécessitant, le cas échéant, une protection propre à leur assurer une jouissance équitable des droits économiques, sociaux et culturels, ne

seront pas considérées comme discriminatoires, sous réserve que de telles mesures n'aboutissent pas au maintien de droits séparés pour différents groupes, et qu'elles ne soient pas pérennisées après que les objectifs qu'elles visaient auront été atteints.

40. Le paragraphe 2 de l'article 2 exige des États parties qu'ils interdisent aux personnes et organes privés de pratiquer la discrimination dans quelque secteur que ce soit de la vie publique.

41. Dans l'application du paragraphe 2 de l'article 2, on devrait prendre dûment en compte tous les instruments internationaux pertinents, la Déclaration et la Convention

sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et les activités du comité de supervision (CERD) au titre de ladite Convention.

Paragraphe 3 de l'article 2: Non-ressortissants dans les pays en développement

42. En règle générale, le Pacte est applicable aussi bien aux ressortissants qu'aux non-ressortissants.

43. L'objet du paragraphe 3 de l'article 2 était de mettre fin à la domination de certains groupes économiques de non-ressortissants pendant la période coloniale. À la lumière de cette constatation, l'exception du paragraphe 3 de l'article 2 devrait être rigoureusement interprétée.

44. Cette interprétation rigoureuse du paragraphe 3 de l'article 2 se rapporte, en particulier, à la notion de droits économiques et à la notion de pays en développement.

Cette dernière notion porte sur les pays qui ont accédé à l'indépendance et qui tombent dans la classification appropriée des Nations Unies de pays en développement.

Article 3: Égalité des droits pour l'homme et la femme

45. Dans l'application de l'article 3, on devrait accorder une attention particulière à la Déclaration et à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ainsi qu'aux instruments pertinents et aux activités du comité de supervision (CEDAW) au titre de la Convention.

Article 4: Limitations

46. L'article 4 avait essentiellement pour objet de sauvegarder les droits individuels, plutôt que de permettre à l'Etat d'imposer des limitations.

47. Il n'avait pas pour but de limiter les droits touchant les moyens de subsistance ou la survie de l'individu, ou bien l'intégrité de la personne.

"établies par la loi"

48. Aucune limitation relative à l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels ne sera établie si elle n'est prévue par des lois nationales d'application générale, qui soient conformes au Pacte et en vigueur au moment où la limitation est établie.

49. Les lois imposant des limitations dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels ne seront pas arbitraires, excessives ou discriminatoires.

50. Les règles juridiques limitant l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels seront claires et accessibles à tous.

51. Des garanties appropriées ainsi que des voies de recours effectives seront prévues par la loi contre les contraintes illicites ou abusives exercées dans l'application de limitations touchant les droits économiques, sociaux et culturels.

"en vue de favoriser le bien-être général"

52. Cette expression sera interprétée comme signifiant l'amélioration du bien-être du peuple dans son ensemble.

"dans une société démocratique"

53. L'expression "dans une société démocratique" sera interprétée comme imposant une plus grande restriction à l'application des limitations.

54. Il incombe à un Etat qui impose des limitations de faire la preuve que ces limitations ne portent pas préjudice au fonctionnement démocratique de la société.

55. Puisqu'il n'existe pas un seul modèle de société démocratique, toute société qui reconnaît et respecte les droits de l'homme énoncés dans la Charte des Nations Unies et dans la Déclaration universelle des droits de l'homme peut être considérée comme répondant à cette définition.

“compatible avec la nature de ces droits”

56. La restriction “compatible avec la nature de ces droits” exige que la limitation ne soit pas interprétée ou appliquée de manière à compromettre l’essence du droit en question.

57. Le paragraphe 1 de l’article 5 souligne le fait qu’aucun Etat ne dispose du droit général, implicite ou suppletif d’imposer des limitations au-delà de celles expressément prévues par la loi. Aucune des dispositions de la loi ne peut être interprétée de manière à détruire “les droits et libertés reconnus”. En outre, l’article 5 a pour objet de veiller à ce que rien dans le Pacte ne soit interprété comme portant atteinte au droit naturel de tous les peuples d’utiliser pleinement et librement leurs richesses et leurs ressources naturelles.

Article 5

58. L’objet du paragraphe 2 de l’article 5 est de garantir qu’aucune disposition du Pacte ne sera interprétée de manière préjudiciable aux dispositions de la loi nationale, ou des traités, conventions ou accords bilatéraux ou multilatéraux déjà en vigueur ou qui peuvent entrer en vigueur, aux termes desquelles un traitement plus favorable serait accordé aux personnes jouissant de la protection. Le paragraphe 2 de l’article 5 ne sera pas non plus interprété de manière à restreindre un droit individuel bénéficiant d’une plus grande protection du fait des obligations nationales ou internationales acceptées par l’Etat partie.

C. Principes d’interprétation concernant expressément la troisième partie du Pacte

Article 8: “prescrite par la loi”

59. Se reporter aux principes d’interprétation exposés pour l’article 4, sous le terme synonyme “établies par la loi”.

“nécessaire dans une société démocratique”

60. Outre les principes énoncés à l’article 4, concernant l’expression “dans une société démocratique”, l’article 8 impose une plus grande restriction à un Etat partie qui soumet les droits syndicaux à des limitations. L’article postule qu’une telle restriction est effectivement nécessaire. Le terme “nécessaire” implique que la limitation:

- a) répond à un besoin public et social urgent;
- b) poursuit un but légitime; et
- c) est proportionnelle au but visé.

61. Toute évaluation de la nécessité d'une limitation sera fondée sur des considérations objectives.

“sécurité nationale”

62. La sécurité nationale ne peut être invoquée pour justifier des mesures limitant certains droits que lorsque celles-ci sont prises pour protéger l'existence de la nation, son intégrité territoriale ou son indépendance politique contre la force ou la menace de l'emploi de la force.

63. La sécurité nationale ne peut être invoquée comme une raison d'imposer des limitations dans le simple but de prévenir des menaces locales ou relativement isolées à la loi et à l'ordre.

64. La sécurité nationale ne peut être invoquée comme prétexte à l'imposition de limitations vagues et arbitraires, et ne peut être invoquée que lorsqu'il existe des garanties appropriées et des voies de recours effectives contre l'abus.

65. La violation systématique des droits économiques, sociaux et culturels sape la véritable sécurité nationale et peut compromettre la paix et la sécurité internationales. Un État coupable d'une telle violation n'invoquera pas la sécurité nationale pour justifier des mesures visant à supprimer l'opposition à une telle violation, ou à perpétrer des actes répressifs contre sa population.

“l'ordre public”

66. L'expression “ordre public”, telle qu'elle est utilisée dans le Pacte, peut être définie comme l'ensemble des règles qui assurent le fonctionnement de la société, ou l'ensemble des principes fondamentaux sur lesquels repose la société. Le respect des droits économiques, sociaux et culturels fait partie de l'ordre public.

67. L'ordre public sera interprété dans le contexte de l'objectif des droits économiques, sociaux et culturels particuliers, qui sont limités pour cette raison.

68. Les organes ou agents de l'État chargés du maintien de l'ordre public seront, dans l'exercice de leurs pouvoirs, soumis à des contrôles par le parlement, les tribunaux ou d'autres organes indépendants compétents.

“les droits et libertés d’autrui”

69. La portée des droits et des libertés d’autrui, qui peuvent constituer une limitation des droits reconnus dans le Pacte, s’étend au-delà des droits et des libertés contenus dans le Pacte.

D. Violations des droits économiques, sociaux et culturels

70. L’inobservation, par un Etat partie, d’une obligation contenue dans le Pacte est, en vertu du droit international, une violation du Pacte.

71. En déterminant ce qu’est l’inobservation d’une obligation, on doit garder à l’esprit que le Pacte accorde à l’Etat partie une marge d’appréciation dans le choix des moyens pour la mise en œuvre de ses objectifs, et que des facteurs échappant raisonnablement à sa volonté peuvent nuire à sa capacité d’appliquer certains droits.

72. Un Etat partie commettra une violation du Pacte si, entre autres:

- Il ne prend pas une mesure que lui impose de prendre le Pacte;
- Il n’élimine pas rapidement les obstacles qu’il a l’obligation d’éliminer pour permettre l’accomplissement immédiat d’un droit;
- Il n’applique pas sans délai un droit qu’il est tenu, en vertu du Pacte, d’accorder immédiatement;
- Il omet délibérément de satisfaire à un idéal commun minimum, généralement accepté, qu’il est dans ses pouvoirs de satisfaire;
- Il impose une limitation à un droit reconnu dans le Pacte autre que les limitations conformes au Pacte;
- Il retarde ou freine délibérément la jouissance progressive d’un droit, à moins qu’il n’agisse dans les limites permises par le Pacte ou qu’il le fasse par manque de ressources ou pour des raisons de force majeure;
- Il omet de présenter les rapports prévus par le Pacte.

73. Conformément au droit international, tout Etat partie a le droit de faire valoir qu’un autre Etat partie ne respecte pas ses obligations conventionnelles, et d’attirer l’attention de l’Etat partie en question. Tout litige qui peut en découler sera réglé conformément aux règles pertinentes du droit international concernant le règlement pacifique des litiges.

DEUXIÈME PARTIE

EXAMEN DES RAPPORTS DES ÉTATS PARTIES ET COOPÉRATION INTERNATIONALE, CONFORMÉMENT À LA QUATRIÈME PARTIE DU PACTE

A. Établissement et présentation des rapports par les États parties

74. L'efficacité du mécanisme de supervision prévu à la quatrième partie du Pacte dépend largement de la qualité et de l'opportunité des rapports soumis par les États parties. Les gouvernements sont donc instamment priés de rendre leurs rapports aussi

cohérents que possible. Pour ce faire, ils devraient élaborer des procédures internes appropriées, favorisant les consultations avec les administrations et les organismes publics compétents, la compilation d'informations utiles, la formation de personnel, l'acquisition d'une documentation d'information générale, et la consultation avec les institutions non gouvernementales et internationales concernées.

75. L'établissement des rapports prévus à l'article 16 du Pacte pourrait être facilité par l'exécution d'éléments du programme des services consultatifs et de l'assistance technique, comme cela a été proposé par les présidents des principaux organes de supervision des droits de l'homme, dans leur rapport à l'Assemblée générale en 1984 (document des Nations Unies A/39/484).

76. Les États parties devraient considérer leur obligation de faire rapport comme une occasion d'engager une discussion publique élargie sur les objectifs et les politiques visant à l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels. À cet effet, il serait souhaitable de donner la plus grande publicité aux rapports, si possible à l'état de projet. L'établissement des rapports devrait également être l'occasion d'examiner dans quelle mesure les politiques nationales correspondantes reflètent adéquatement la portée et le contenu de chaque droit, et d'identifier les moyens permettant d'y parvenir.

77. Les États parties sont encouragés à examiner la possibilité d'associer les organisations non gouvernementales à l'élaboration de leurs rapports.

78. En rendant compte des mesures juridiques prises en vertu du Pacte, les États parties ne devraient pas se limiter à énoncer les dispositions législatives pertinentes. Ils devraient déterminer, le cas échéant, les recours juridictionnels, les procédures administratives et

autres mesures qu'ils ont adoptes pour assurer l'exercice de ces droits, et leur application pratique en vertu de ces recours et procedures.

79. Les rapports des Etats parties devraient inclure une information quantitative indiquant dans quelle mesure les droits sont effectivement sauvegardes. Une information statistique, ainsi qu'une information sur les credits et les depenses budgetaires devraient etre fournies, de maniere a faciliter l'evaluation du respect des obligations conventionnelles. Les Etats parties devraient, chaque fois que possible, choisir des objectifs et des indicateurs clairement definis lorsqu'ils appliquent le Pacte. De tels objectifs et indicateurs devraient, le cas echeant, etre fondees sur des criteres etablis par le biais de la cooperation internationale, en vue d'accroitre la pertinence et le niveau de comparabilite des informations fournies dans les rapports des Etats parties.

80. Chaque fois que necessaire, les gouvernements devraient mener ou faire effectuer des etudes pour leur permettre de combler les lacunes concernant l'information sur les progres accomplis et les difficultes rencontrees dans la realisation du respect des droits contenus dans le Pacte.

81. Les rapports des Etats parties devraient indiquer les domaines dans lesquels des progres pourraient etre realises grace a la cooperation internationale, et suggerer des programmes de cooperation economique et technique qui pourraient aider a atteindre cet objectif.

82. Les Etats parties devraient designer des representants connaissant parfaitement les questions soulevees dans le rapport, de maniere a assurer un dialogue utile entre les Etats parties et les organes charges de superviser le respect des dispositions du Pacte.

B. Rôle du Comité des droits économiques, sociaux et culturels

83. Le Comite a ete charge d'assister le Conseil economique et social dans les travaux de fond qui lui ont ete assignes par le Pacte. Son role consiste, notamment, a examiner les rapports des Etats parties et a faire des suggestions et des recommandations pour un plus grand respect du Pacte de la part des Etats parties. La decision du Conseil economique et social de remplacer son Groupe de travail de session par un comite d'experts independants devrait aboutir a une supervision plus efficace de l'application par les Etats parties.

84. Le Conseil economique et social devrait veiller a ce que le Comite dispose de suffisamment de sessions pour s'acquitter pleinement

de ses responsabilites. Il est imperatif que des moyens humains et materiels soient mis a la disposition du Comite, conformement a la resolution 1985/17 du Conseil economique et social, pour lui permettre de remplir efficacement ses fonctions.

85. Pour faire face a la complexite des problemes de fond couverts par le Pacte, le Comite devrait envisager de confier certaines taches a ses membres. Des groupes de redaction pourraient, par exemple, etre crees afin de preparer des formulations ou des recommandations preliminaires d'ordre general ou des resumes des informations recues. Des rapporteurs pourraient etre designes pour assister le Comite dans son travail, notamment dans la preparation de rapports sur des sujets particuliers, et, a cette fin, consulter les Etats parties, les institutions specialisees et les experts correspondants, et rediger des propositions concernant les projets d'assistance economique et technique qui pourraient aider les Etats parties a surmonter les difficultes rencontrees pour s'acquitter de leurs obligations conventionnelles.

86. Conformement aux articles 22 et 23 du Pacte, le Comite devrait etudier avec d'autres organes de l'ONU, les institutions specialisees et d'autres organisations concernees, les possibilites de prendre des mesures internationales supplementaires propres a contribuer a l'application progressive du Pacte.

87. Le Comite devrait reexaminer le delai de six ans actuellement autorise pour soumettre un rapport, afin d'eviter les retards qui ont abouti a l'examen simultane de rapports presentes a deux etapes differentes du cycle. Le Comite devrait egalement reexaminer les principes etablis pour les Etats parties en vue de les aider a preparer leurs rapports, et proposer tout amendement utile.

88. Le Comite devrait envisager d'inviter les Etats parties a donner leur opinion sur des themes choisis, menant a un echange de vues direct et soutenu avec le Comite.

89. Le Comite devrait accorder l'attention voulue aux questions methodologiques lorsqu'il evalue le respect des obligations prevues dans le Pacte. Dans la mesure ou ils peuvent contribuer a mesurer les progres accomplis dans le respect de certains droits, les indicateurs peuvent etre utiles pour evaluer les rapports presentes en vertu du Pacte. Le Comite devrait tenir dument compte des indicateurs choisis par des institutions specialisees ou dans le cadre de celles-ci, et se servir de la recherche complementaire ou promouvoir cette derniere

en consultation avec les institutions specialisees concernees, la ou des lacunes ont ete remarquees.

90. Chaque fois que le Comite estimera que les informations fournies par un Etat partie ne permettent pas une evaluation significative des progres accomplis et des difficultes rencontrees, il devrait demander des renseignements complementaires en precisant, si necessaire, les themes ou questions sur lesquels il aimerait entendre l'Etat partie.

91. Dans l'elaboration de ses rapports conformement a la resolution 1985/17 du Conseil economique et social, le Comite, en complement au "resume de son appreciation des rapports", devrait envisager de mettre l'accent sur les grands themes degages au cours des debats.

C. Rapports entre le Comité, les institutions spécialisées et d'autres organismes internationaux

92. La creation du Comite devrait etre percue comme une occasion de developper des rapports positifs et mutuellement benefiques entre le Comite, les institutions specialisees et d'autres organismes internationaux.

93. Conformement a l'article 18 du Pacte, de nouveaux arrangements devraient etre consideres chaque fois qu'ils pourraient ameliorer la contribution des institutions specialisees au travail du Comite. Etant donne que les methodes de travail concernant l'application des droits economiques, sociaux et culturels varient d'une institution specialisee a l'autre, il est necessaire de faire preuve de souplesse en concluant ces arrangements.

94. Pour une bonne supervision de l'application de la quatrieme partie du Pacte, il est essentiel qu'un dialogue soit etabli entre les institutions specialisees et le Comite, en ce qui concerne les questions d'interet commun. Des consultations devraient permettre d'examiner en particulier la necessite d'elaborer des indicateurs pour evaluer l'observation des dispositions du Pacte, d'etablir des principes directeurs pour la presentation de rapports par les Etats parties, de conclure des arrangements concernant la presentation de rapports par les institutions specialisees, conformement a l'article 18. On devrait egalement examiner toute procedure pertinente adoptee par les institutions. La participation de representants de celles-ci aux reunions avec le Comite serait tres appreciable.

95. Il serait utile que les membres du Comite puissent visiter les institutions specialisees concernees, connaitre, par des contacts

personnels, les programmes des institutions ayant trait à l'exercice des droits contenus dans le Pacte, et discuter des domaines sur lesquels la collaboration avec ces institutions pourrait porter.

96. Des consultations devraient être engagées entre le Comité, les institutions financières internationales et les institutions internationales de développement en vue d'échanger des informations et de partager des idées sur la distribution des ressources disponibles concernant l'exercice des droits reconnus dans le Pacte. Ces échanges devraient être l'occasion d'examiner l'impact de l'assistance économique internationale sur les mesures prises par les États parties pour appliquer le Pacte, et les possibilités de la coopération technique et économique, conformément à l'article 22 du Pacte.

97. Outre ses responsabilités en vertu de l'article 19 du Pacte, la Commission des droits de l'homme devrait tenir compte des travaux du Comité dans l'examen des points de son ordre du jour concernant les droits économiques, sociaux et culturels.

98. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels n'est pas sans rapport avec le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Bien que la plupart des droits puissent être définis comme tombant dans le cadre de l'un ou l'autre Pacte, il existe plusieurs droits et dispositions cités dans les deux instruments et qui ne sont pas susceptibles d'être clairement différenciés. En outre, les deux Pactes ont en commun certains articles et dispositions. Il est important que des consultations soient établies entre le Comité des droits économiques, sociaux et culturels et le Comité des droits de l'homme.

99. Étant donné la pertinence d'autres instruments juridiques internationaux pour le Pacte, le Conseil économique et social devrait rapidement étudier la nécessité de développer par la consultation des arrangements efficaces entre différents organes de supervision.

100. Les organisations intergouvernementales internationales et régionales concernées par l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels sont instamment priées de prendre les mesures qui s'imposent afin de promouvoir l'application du Pacte.

101. Le Comité étant un organe subsidiaire du Conseil économique et social, les organisations non gouvernementales ayant un statut consultatif auprès du Conseil économique et social sont instamment priées d'assister aux réunions du Comité, d'y participer et, au besoin,

de présenter des informations, conformément à la résolution 1296 (XLIV) du Conseil économique et social.

102. Le Comité devrait élaborer, en coopération avec les organisations intergouvernementales et les organisations non gouvernementales, ainsi qu'avec les instituts de recherche, un système concerté d'enregistrement, de conservation et d'accès concernant les documents de jurisprudence et autres éléments d'interprétation relatifs aux instruments internationaux sur les droits économiques, sociaux et culturels.

103. Parmi les mesures recommandées dans l'article 23 figure celle d'organiser périodiquement des séminaires pour évaluer le travail du Comité et les progrès accomplis par les États parties dans la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels.



PROTOCOLE ADDITIONNEL A LA CONVENTION AMERICAINE RELATIVE AUX DROITS DE L'HOMME TRAITANT DES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, «PROTOCOLE DE SAN SALVADOR»

(Adopté à San Salvador, El Salvador le 17 novembre 1988,
à la dix-huitième Session ordinaire de l'Assemblée générale)

PRÉAMBULE

Les Etats parties à la Convention américaine relative aux droits de l'homme;

Réaffirmant leur propos de consolider sur ce continent, dans le cadre des institutions démocratiques, un régime de liberté individuelle et de justice sociale, fondé sur le respect des droits fondamentaux de l'homme;

Reconnaissant que les droits fondamentaux de l'homme ne découlent pas de son appartenance à un Etat donné, mais reposent sur les attributs de la personne humaine, ce qui leur justifie une protection internationale, d'ordre conventionnel, secondant ou complétant celle que procure le droit interne des Etats américains;

Considérant l'étroite relation existant entre la pérennité des droits économiques, sociaux et culturels et celle des droits civiques et politiques, dans la mesure où ces diverses catégories de droits forment un tout indissoluble fondé sur la reconnaissance de la dignité de l'individu et devant donc bénéficier d'une protection et d'une promotion permanente pour en assurer le plein respect, sans qu'à aucun moment, la violation de certains droits puisse être justifiée au nom de la défense de certains autres;

Conscients des bienfaits du développement de la coopération entre les Etats et des relations internationales;

Rappelant que, conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et à la Convention américaine relative aux droits de l'homme, l'idéal d'un être humain libre, affranchi de la peur et de la misère, ne pourra se réaliser que si sont réunies les conditions qui permettent à chaque individu de jouir autant de ses droits

économiques, sociaux et culturels que de ses droits civiques et politiques;

Conscients de ce que, bien que les droits économiques, sociaux et culturels fondamentaux aient été reconnus par d'autres instruments internationaux antérieurs, aussi bien de portée universelle que régionale, il est de la plus haute importance qu'ils soient réaffirmés, développés, perfectionnés et protégés afin de consolider, en Amérique, à partir du respect intégral des droits de l'individu, le régime de la démocratie représentative, le droit des peuples au développement et à l'autodétermination et au droit de disposer librement de leurs richesses et ressources naturelles;

Considérant que la Convention américaine relative aux droits de l'homme prévoit que l'on peut soumettre à l'examen des Etats parties réunis à l'occasion de l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats Américains, des projets de protocole additionnels relatifs à ladite Convention, dans le but d'introduire d'une manière progressive dans le régime de protection établi par celle-ci d'autres droits et libertés;

Sont convenus du protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme reproduit ciaprès et dénommé: "Protocole de San Salvador".

Article 1

Obligation d'adopter des mesures

Les Etats parties au présent Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme s'engagent à adopter les mesures nécessaires, qu'elles soient de nature interne ou qu'elles relèvent de la coopération entre Etats, tout particulièrement dans les domaines économique et technique, selon les ressources disponibles et compte tenu de leur degré de développement, pour parvenir progressivement, et conformément à la législation interne, à assurer le plein exercice des droits reconnus dans le présent Protocole.

Article 2

Obligation d'adopter des mesures de droit interne

Si l'exercice des droits et libertés visés au présent Protocole n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres, les Etats parties s'engagent à adopter avec leurs prescriptions constitutionnelles et les

dispositions du présent Protocole les mesures législatives ou autres nécessaires pour donner effet auxdits droits.

Article 3

Obligation de nondiscrimination

Les Etats parties au présent Protocole s'engagent à garantir l'exercice des droits qui y sont énoncés, sans aucune discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale.

Article 4

Inadmissibilité des restrictions

Il ne peut être admis aucune restriction ou dérogation à l'un quelconque des droits reconnus ou consacrés dans un Etat en vertu de sa législation interne ou de conventions internationales, sous prétexte que le présent Protocole ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré.

Article 5

Portée des restrictions et limitations

Les Etats parties ne peuvent instituer des restrictions et des limitations à la jouissance et à l'exercice des droits définis dans le présent Protocole qu'en vertu de lois édictées pour préserver le bien-être général au sein d'une société démocratique et dans la mesure où de telles restrictions ou limitations ne vont pas à l'encontre de l'objet et de la raison de ces droits.

Article 6

Droit au travail

1. Toute personne a droit au travail. Ce droit comprend la possibilité d'obtenir les moyens de mener une vie décente et respectable en exerçant une activité licite librement choisie ou acceptée.
2. Les Etats parties s'engagent à adopter les mesures aptes à garantir le plein exercice du droit au travail, notamment celles qui concernent la

réalisation du plein emploi, l'orientation professionnelle et l'exécution de projets de formation technique et professionnelle, notamment ceux qui sont conçus à l'intention des handicapés. Les Etats parties s'engagent aussi à exécuter et à renforcer des programmes mettant l'accent sur la famille, et ayant pour objet d'assurer à la femme le plein exercice du droit au travail.

Article 7

Conditions de travail justes, équitables et satisfaisantes

Les Etats parties au présent Protocole reconnaissent que le droit au travail mentionné à l'article précédent, implique que toute personne puisse jouir de ce droit à des conditions justes, équitables et favorables, et à cet effet, ces Etats garantissent d'une manière spéciale dans leur législation nationale:

- a. Une rémunération qui procure au minimum à tous les travailleurs des conditions de vie décentes et respectables pour eux et leurs familles et un salaire juste et égal pour un travail de valeur égale, sans distinction aucune;
- b. Le droit de tout travailleur de suivre sa vocation et de se consacrer à l'activité qui convient le mieux à son attente et de changer d'emploi, conformément à la réglementation nationale considérée;
- c. Le droit de tout travailleur d'être promu ou de bénéficier de l'avancement dans leur travail, et, à cet effet, il sera tenu compte de ses qualifications, de sa compétence, de sa probité et de la durée de ses services;
- d. La sécurité de l'emploi, compte tenu des caractéristiques des industries et des professions et des causes légitimes de cessation de services. En cas de renvoi injustifié, le travailleur a droit à une indemnité, à sa réintégration ou à toute autre prestation prévue par la législation nationale;
- e. La sécurité et l'hygiène au travail;
- f. L'interdiction du travail de nuit ou en milieu insalubre ou nocif aux moins de 18 ans et en général de tout travail pouvant mettre en danger leur santé, leur sécurité et leur moralité. La durée de la journée de travail des moins de 16 ans devra être assujettie aux dispositions légales régissant la fréquentation scolaire obligatoire, et en aucun cas ne peut constituer un empêchement à l'assistance aux cours ou être une entrave au bénéfice de l'instruction;

g. a limitation raisonnable des heures de travail journalières et hebdomadaires. Les journées seront de moindre durée lorsqu'il s'agit de travaux dangereux et de nuit ou de travaux exécutés dans des lieux insalubres;

h. Le repos, la mise à profit du temps libre, les congés payés, ainsi que la rémunération des jours de fêtes nationales.

Article 8

Droits syndicaux

1. Les Etats parties garantissent:

a. Le droit des travailleurs d'organiser des syndicats et de s'affilier à ceux de leur choix pour protéger et favoriser leurs intérêts. En vertu de ce droit, les Etats parties permettront aux syndicats de former des fédérations et des confédérations nationales, de s'associer à celles qui existent déjà, de constituer des organisations syndicales internationales et de s'affilier à celle de son choix. Les Etats parties permettront également que les syndicats, fédérations et confédérations fonctionnent librement;

b. Le droit de grève.

2. L'exercice des droits énoncés plus haut ne peut faire l'objet que des restrictions prévues par la loi et qui constituent les mesures nécessaires, dans une société démocratique, pour sauvegarder l'ordre public et protéger la santé ou la moralité publiques ainsi que les droits et libertés d'autrui. Les membres des forces armées et de la police ainsi que ceux des autres services publics essentiels exercent ces droits compte tenu des restrictions établies par la loi.

3. Nul ne peut être contraint à appartenir à un syndicat.

Article 9

Droit à la sécurité sociale

1. Toute personne a droit à la sécurité sociale qui la protège contre les conséquences du chômage, de la vieillesse et de l'invalidité qui la rend physiquement ou mentalement incapable d'obtenir les moyens de mener une vie décente et respectable. En cas de mort du bénéficiaire, les prestations de la sécurité sociale sont réversibles sur la tête des personnes à charge.

2. Quand il s'agit de personnes membres de la population active, le droit à la sécurité sociale couvre au moins les soins médicaux, le versement d'une allocation ou la mise à la retraite en cas d'accident de travail ou de maladie professionnelle. La femme au travail a droit à un congé de maternité avant et après la naissance des enfants.

Article 10

Droit à la santé

1. Toute personne a droit à la santé qui est considérée comme le droit de jouir du meilleur état de santé physique, mentale et sociale.

2. Afin d'assurer le plein exercice du droit à la santé, les Etats parties s'engagent à reconnaître ce droit comme un bienfait public et notamment à adopter pour garantir l'exercice de ce droit les mesures suivantes:

a. l'octroi des soins primaires de santé, autrement dit, la mise à la disposition de tous les individus et de toutes les familles de la communauté de l'aide médicale essentielle;

b. l'extension des services de santé à tous les individus relevant de la juridiction de l'Etat;

c. l'immunisation complète contre les principales maladies infectieuses;

d. La prophylaxie et le traitement des maladies endémiques, professionnelles et autres;

e. L'information de la population sur la prévention et le traitement des problèmes de santé;

f. La solution des problèmes de santé des groupes à plus haut risque et qui sont plus vulnérables à cause de leur pauvreté.

Article 11

Droit à un environnement salubre

1. Toute personne a le droit de vivre dans un environnement salubre et de bénéficier des équipements collectifs essentiels.

2. Les Etats parties encourageront la protection, la préservation et l'amélioration de l'environnement.

Article 12

Droit à l'alimentation

1. Toute personne a droit à une alimentation adéquate qui lui assure la possibilité d'atteindre son plein développement physique et son plein épanouissement affectif et intellectuel.
2. Dans le but d'assurer l'exercice de ce droit et d'éradiquer la malnutrition, les Etats parties s'engagent à perfectionner les méthodes de production, d'approvisionnement et de distribution des aliments. A cet effet, ils s'engagent à encourager une plus large coopération internationale en appui aux politiques nationales concernant ce sujet.

Article 13

Droit à l'éducation

1. Toute personne a droit à l'éducation.
2. Les Etats parties au présent Protocole 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, le pluralisme, les libertés fondamentales, la justice et la paix. Ils conviennent en outre que l'éducation doit mettre toute personne en mesure de jouer un rôle utile dans une société démocratique et pluraliste et de se procurer les moyens d'une vie décente, de favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux, ethniques ou religieux et promouvoir les activités en faveur du maintien de la paix.
3. Les Etats parties au présent Protocole reconnaissent que pour assurer le plein exercice du droit à l'éducation:
 - a. l'enseignement primaire doit être obligatoire et accessible gratuitement à tous;
 - b. l'enseignement secondaire, sous ses différentes formes, y compris l'enseignement secondaire technique et professionnel, doit être généralisé et rendu accessible à tous par tous les moyens appropriés et notamment par l'instauration progressive de la gratuité;
 - c. l'enseignement supérieur doit également être rendu accessible à tous en pleine égalité, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés, et notamment par l'instauration progressive de la gratuité;

d. l'éducation de base doit être encouragée ou intensifiée, dans toute la mesure du possible, pour les personnes qui n'auront pas bénéficié de l'instruction primaire ou n'en auront pas parcouru complètement le cycle;

e. des programmes d'éducation spéciale doivent être institués à l'intention des handicapés afin de fournir aux personnes souffrant d'un handicap physique ou de déficiences mentales une instruction et une formation spéciales.

4. Conformément à la législation interne des Etats parties, les parents ont le droit de choisir le genre d'éducation qui doit être donnée à leurs enfants, à la condition que cette éducation soit conforme aux principes énoncés précédemment.

5. Aucune disposition du présent Protocole ne doit être interprétée comme une restriction à la liberté des individus et des personnes morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement, conformément à la législation interne des Etats membres.

Article 14

Droit aux bienfaits de la culture

1. Les Etats parties au présent Protocole reconnaissent à chacun le droit: de participer à la vie culturelle et artistique de la collectivité;

b. de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications;

c. de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.

2. Les mesures que les Etats parties au présent Protocole prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre celles qui sont nécessaires pour assurer la préservation, le développement et la diffusion de la science, de la culture et de l'art.

3. Les Etats parties au présent Protocole s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices.

4. Les Etats parties au présent Protocole reconnaissent les bienfaits qui doivent résulter de la stimulation et du développement de la coopération et des relations internationales dans le domaine de la science, de l'art et de la culture. Ils s'engagent par conséquent à encourager une plus large coopération internationale en la matière.

Article 15

Droit à la création d'une famille et à sa protection

1. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et elle doit être protégée par l'Etat qui doit veiller à l'amélioration de sa situation matérielle et morale.

2. Toute personne a le droit de créer une famille et exerce ce droit conformément aux dispositions de la législation interne pertinente.

3. Les Etats parties, par le présent Protocole, s'engagent à fournir à la cellule familiale une protection adéquate, et en particulier à:

a. apporter une attention et une assistance spéciales à la mère pendant une période raisonnable avant et après la naissance des enfants;

b. garantir une alimentation adéquate aux enfants, aussi bien pendant la période d'allaitement que durant l'âge scolaire;

c. adopter des mesures spéciales de protection des adolescents afin d'assurer le plein épanouissement de leurs capacités physiques, intellectuelles et morales;

d. mettre en oeuvre des programmes spéciaux d'éducation familiale pour contribuer à la création d'un environnement stable et stimulant dans lequel les enfants sont sensibilisés à des valeurs telles que la compréhension, la solidarité, le respect et la responsabilité et les développent.

Article 16

Droit des enfants

Tout enfant, quelle que soit sa filiation, a droit de la part de sa famille, de la société et de l'Etat, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur. Tout enfant a le droit de grandir sous la protection et la responsabilité de ses parents. Sauf circonstances exceptionnelles reconnues comme telles par la justice, l'enfant en basâge ne peut être séparé de sa mère. Tout enfant a droit à l'instruction gratuite et obligatoire, au moins au niveau élémentaire, et a le droit de poursuivre sa formation aux degrés plus élevés du système éducatif.

Article 17

Protection des personnes âgées

Toute personne a droit à une protection spéciale pendant sa vieillesse. En conséquence, les Etats parties s'engagent à adopter les mesures nécessaires à la concrétisation de ce droit, et en particulier:

- a. à fournir les installations appropriées ainsi que l'alimentation et les soins médicaux spécialisés aux personnes d'âge avancé qui en ont besoin et qui ne sont pas en mesure de se les procurer par leurs propres moyens;
- b. à exécuter des programmes de travail déterminés pour fournir aux personnes âgées la possibilité de s'adonner à une activité productive en fonction de leurs aptitudes et en respectant leurs choix ou leurs désirs;
- c. à encourager la formation d'organisations sociales destinées à améliorer la qualité de la vie des personnes âgées.

Article 18

Protection des handicapés

Toute personne souffrant d'une diminution de ses capacités physiques ou mentales a le droit de recevoir des soins spéciaux pour que soit assuré le plein épanouissement de sa personnalité. A cette fin, les Etats parties s'engagent à adopter les mesures nécessaires, et notamment à:

- a. exécuter des programmes déterminés destinés à mettre à la disposition des handicapés les ressources et l'environnement dont ils ont besoin pour atteindre ce but, notamment des programmes de travail adaptés à leurs aptitudes et librement acceptés par eux ou, le cas échéant, par leurs représentants légaux;
- b. donner une formation spéciale aux parents des handicapés afin de les aider à résoudre les problèmes de vie en commun et les transformer en agents actifs du développement physique, mental, et affectif de ceux-ci;
- c. inclure, à titre prioritaire, dans les plans d'aménagement urbain, la prise en considération de solutions des problèmes particuliers de ce groupe;
- d. encourager la formation d'organisations sociales dans lesquelles les handicapés peuvent mener une vie enrichissante.

Article 19

Moyens de protection

1. Les Etats parties au présent Protocole s'engagent à présenter, conformément aux dispositions du présent article et aux normes pertinentes que devra à cet effet élaborer l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats Américains, des rapports périodiques sur les mesures progressives qu'ils auront prises pour assurer le respect des droits consacrés par le présent Protocole.

2. Tous les rapports sont présentés au Secrétaire général de l'OEA qui les transmet au Conseil économique et social interaméricain et au Conseil interaméricain pour l'éducation, la science et la culture pour qu'ils les examinent à la lumière des dispositions du présent article. Le Secrétaire général envoie copie desdits rapports à la Commission interaméricaine des droits de l'homme.

3. Le Secrétaire général de l'Organisation des Etats Américains transmet également aux organismes spécialisés du système interaméricain, dont sont membres les Etats parties au présent Protocole, copies des rapports transmis ou des passages pertinents desdits rapports, dans la mesure où ils ont trait à des questions relevant de la compétence desdits organismes, conformément à leurs instruments constitutifs.

4. Les organismes spécialisés du système interaméricain peuvent présenter au Conseil économique et social interaméricain et au Conseil interaméricain pour l'éducation, la science et la culture des rapports relatifs à l'exécution des dispositions du présent Protocole dans leur domaine d'activité.

5. Les rapports annuels que présentent à l'Assemblée générale le Conseil économique et social interaméricain et le Conseil interaméricain pour l'éducation, la science et la culture contiennent un résumé des informations reçues des Etats parties au présent Protocole et des organismes spécialisés en ce qui concerne les mesures progressives prises afin d'assurer le respect des droits reconnus dans ledit Protocole et les recommandations de caractère général qu'ils jugent pertinentes à cet égard.

6. Au cas où les droits établis au paragraphe a de l'article 8 et à l'article 13 ont été violés par une action imputable directement à un Etat partie au présent Protocole, cette situation peut donner lieu par le recours à la Commission interaméricaine des droits de l'homme

et, le cas échéant, à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, à l'application du système de requêtes individuelles prévu aux articles 44 à 51 et 61 à 69 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

7. Sans préjudice des dispositions du paragraphe précédent, la Commission interaméricaine des droits de l'homme peut formuler les observations et recommandations qu'elle juge pertinentes sur la situation des droits économiques, sociaux et culturels établis dans le présent Protocole dans la totalité ou dans certains des Etats parties, et les inclure dans son rapport annuel à l'Assemblée générale ou dans un rapport spécial, si elle le juge plus approprié.

8. Les Conseils et la Commission interaméricaine des droits de l'homme, dans l'exercice des fonctions qui leur sont confiées dans le présent article, tiennent compte du caractère progressif de l'entrée en vigueur des droits protégés par le présent Protocole.

Article 20

Réserves

Les Etats parties peuvent formuler des réserves à l'égard de l'une ou plusieurs dispositions spécifiques du présent Protocole au moment de l'approuver, de le signer, de le ratifier ou d'y adhérer, à condition qu'elles ne soient pas incompatibles avec l'objet et le but du Protocole.

Article 21

Signature, ratification ou adhésion

Entrée en vigueur

1. Le présent Protocole est ouvert à la signature et à la ratification ou adhésion de tout Etat partie à la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

2. La ratification du présent Protocole ou l'adhésion à celui-ci se fera par le dépôt d'un instrument de ratification ou d'adhésion au Secrétariat général de l'Organisation des Etats Américains.

3. Le Protocole entrera en vigueur dès que onze Etats auront déposé leurs instruments de ratification ou d'adhésion.

4. Le Secrétaire général notifiera à tous les Etats membres de l'Organisation l'entrée en vigueur du Protocole.

Article 22

Incorporation d'autres droits et extension des droits reconnus

Tout Etat partie et la Commission interaméricaine des droits de l'homme peuvent soumettre à l'examen des Etats parties, réunis à l'occasion de l'Assemblée générale, des propositions d'amendement afin d'inclure la reconnaissance d'autres droits ou libertés, ou encore d'étendre ou de renforcer les droits et libertés reconnus dans le présent Protocole.