

Chapitre 1

Les ruptures du droit international

Sophie Grosbon

Le 10 décembre 2008, soixante ans jour pour jour après l'adoption de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH), l'Assemblée générale des Nations Unies, notant que tous les êtres humains peuvent « se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la Déclaration », rappelant que la Déclaration universelle des droits de l'Homme et les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme reconnaissent que l'idéal de l'être humain libre, libéré de la crainte et de la misère, ne peut être réalisé que si sont créées les conditions permettant à chacun de jouir de ses droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux, réaffirmant que tous les droits de l'Homme et libertés fondamentales sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés » adopte le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Protocole facultatif au PIDESC)¹⁸⁵ ouvrant ainsi la voie à une procédure internationale de communication individuelle en cas de violation d'un des droits garantis par ledit Pacte.

Il aura donc fallu attendre la fin de la guerre froide, l'émergence des pays du sud, l'enracinement des procédures onusiennes de garanties des droits de l'Homme, la chute d'un mur, la construction d'un autre, la récurrence des crises économiques, l'apologie puis la critique du néolibéralisme, un millénaire et quelques objectifs, le développement de la société civile internationale, et au milieu de cette grande Histoire, la force de conviction et l'acharnement de quelques hommes, de quelques femmes, pour qu'enfin puisse être adopté le mécanisme quasi-juridictionnel qui devrait permettre d'aligner le régime juridique des droits sociaux sur celui des droits civils en permettant à un individu de saisir un Comité international pour faire constater la violation d'un de ses droits issus du PIDESC.

Rappelons alors que la Déclaration universelle consacre aussi bien des droits civils et politiques (DCP), qu'un certain nombre de droits économiques, sociaux et culturels (DESC)¹⁸⁶. Le jour de son adoption, l'Assemblée générale des Nations Unies demande à la Commission des droits de l'Homme de préparer en priorité un projet de pacte contraignant – et non plus seulement déclaratif - relatif aux droits de l'Homme et à leurs mesures de mise en œuvre¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Rés. 63/117 (10 décembre 2008).

¹⁸⁶ V. not. les art. 22 à 26 DUDH.

¹⁸⁷ Rés. 217 (III) E (10 décembre 1948).

L'opposition idéologique de la guerre froide ne facilite pas les négociations sur le contenu des droits de l'Homme. Mais un consensus semble se dégager autour de l'idée selon laquelle les droits civils et politiques engendrent une obligation d'abstention de la part des Etats, une obligation de ne pas agir, obligation dont le respect ou la violation peut facilement être constaté par un juge. En revanche, les droits économiques, sociaux et culturels entraîneraient une obligation d'agir et de mettre en œuvre des politiques économiques et sociales propres à en garantir l'effectivité. Cette obligation relèverait alors de choix législatifs et gouvernementaux arbitrants entre les différents moyens de réaliser ces droits mais également entre différentes priorités budgétaires – la concrétisation des droits sociaux étant perçue comme nécessairement coûteuse. Le juge ne pourrait dès lors s'immiscer dans ces matières et examiner le (non)respect des droits sociaux sans porter atteinte à la séparation des pouvoirs au niveau national, à la souveraineté étatique au niveau international¹⁸⁸. Entérinant la conception selon laquelle les deux catégories de droits nécessitent des mesures de mise en œuvre et des modalités de contrôle différents, l'Assemblée générale prie la Commission de rédiger deux pactes distincts, l'un consacré aux droits civils et politiques et l'autre aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁸⁹.

Une quinzaine d'année de négociations plus tard, le 16 décembre 1966, l'Assemblée générale adopte le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)¹⁹⁰. Le premier consacre alors des droits dont la violation doit pouvoir faire l'objet de recours au niveau national (art. 2 § 3), ainsi que d'une communication interétatique (art. 41) ou individuelle (premier protocole facultatif au PIDCP) devant le Comité des droits de l'Homme au niveau international. Le deuxième reconnaît un certain nombre de droits dont la réalisation, nécessairement progressive, tributaire du niveau de développement, des ressources disponibles par chaque Etat et de la coopération internationale (art. 2 § 1), ne sera examinée que par le biais de rapports étatiques précisant les progrès accomplis et remis au Conseil économique et social (art. 16). La distinction entre les deux catégories de droits paraît alors intrinsèque, la différence de régime totalement indépassable, l'absence de justiciabilité des droits sociaux – et donc d'effet direct du PIDESC – entièrement et fermement justifiée¹⁹¹.

C'est en 1987, par le biais d'une instance onusienne, que provient la rupture paradigmatique : Asbjørn Eide, rapporteur à la Sous-Commission des Droits de l'Homme sur le droit à une alimentation suffisante estime que ces

¹⁸⁸ V. Com. DH, E/CN.4/640 (16 avril-19 mai 1951).

¹⁸⁹ Rés. 543 (VI) (5 février 1952).

¹⁹⁰ Rés. 2200 A (XXI).

¹⁹¹ V. not. Jacques MOURGEON, « Les pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme », AFDI, 1967, p. 326 ; Marc BOSSUYT, « La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels », RDH, 1975, p. 783 ; E. W. VIERDAG, « The legal nature of the rights granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », Netherlands YIL, 1978, p. 69.

travaux nécessitent une réflexion sur la nature des droits économiques, sociaux et culturels. Il remet alors en cause les oppositions traditionnelles entre les deux catégories de droits et affirme que tous les droits de l'Homme impliquent trois niveaux d'obligations à la charge des Etats : l'obligation de respecter, de protéger et de réaliser¹⁹².

L'obligation de **respecter** exige que l'Etat *s'abstienne d'entreprendre une action* qui violerait l'intégrité de l'individu ou qui empiéterait sur sa liberté, y compris sur sa liberté d'utiliser les ressources matérielles disponibles pour satisfaire ses propres besoins fondamentaux.

L'obligation de **protéger** requiert de l'Etat qu'il *prenne des mesures* pour empêcher que les droits et libertés fondamentales d'un individu soient violés par l'action d'autres individus. Ceci inclut la protection des ressources matérielles d'un individu contre d'autres individus qui en entraveraient la jouissance.

L'obligation de **réaliser** impose à l'Etat *de prendre les mesures* nécessaires pour garantir la satisfaction des besoins fondamentaux d'un individu s'il ne peut y parvenir seul grâce à un effort personnel¹⁹³.

L'Etat a donc un double rôle : chaque droit de l'Homme qu'il soit civil, politique, économique, social ou culturel implique une obligation négative d'abstention, « de respecter », mais également une obligation positive d'action, « de protéger », « de réaliser ». Dans leur dimension positive, tous les droits de l'Homme nécessitent une intervention politique, législative ou gouvernementale et le déploiement de ressources propres à garantir leur réalisation. Dans leur dimension négative, tous les droits de l'Homme impliquent une obligation de résultat, dont le respect peut facilement être contrôlé par un juge¹⁹⁴.

Il devient ainsi théoriquement envisageable qu'un juge puisse contrôler le respect de l'obligation de ne pas s'immiscer dans la jouissance d'un droit social, comme il le fait pour les droits civils. En revanche, s'agissant de l'obligation de protéger et de réaliser, le rôle du juge peut paraître encore plus délicat, plus contestable, puisqu'il s'agit réellement de vérifier que les organes législatifs et exécutifs ont adopté des mesures et mis en place des politiques garantissant les droits sociaux. C'est donc sous cet aspect, que la justiciabilité des droits sociaux fait craindre un gouvernement des juges ou une intervention dans les affaires intérieures de l'Etat – dans l'hypothèse d'une procédure internationale de communication.

Pourtant, au niveau international, un certain nombre d'organes, en exerçant des compétences quasi-juridictionnelles, vont témoigner de la possibilité d'accorder une justiciabilité aux droits sociaux, et ce, non seulement dans leur dimension négative mais également dans leurs deux dimensions

¹⁹² E/CN.4/Sub.2/1987/23 (7 juillet 1987), § 66.

¹⁹³ *Idem*, § 66-69.

¹⁹⁴ *Ibid.*, not. § 43- 48, § 70-73, § 115-117.

positives (I). Cette pratique viendra renforcer la conviction du Comité des Droits économiques, sociaux et culturels, moteur et promoteur du protocole facultatif au PIDESC, autrement dit de la justiciabilité internationale des droits issus de ce Pacte (II).

I. La possibilité d'une justiciabilité internationale des droits sociaux

Si, jusqu'ici, les Comités internationaux habilités à examiner des communications individuelles, ne sont pas compétents pour appliquer directement le PIDESC, ils appliquent et interprètent les conventions qu'ils ont en charge de faire respecter de manière à garantir certains droits sociaux, que l'obligation contrôlée relève alors du respect, de la protection ou de la réalisation de ces droits (A). Parallèlement, la Cour internationale de Justice, compétente en matière de différends interétatiques, a reconnu récemment que le PIDESC pouvait être invoqué directement devant elle. Il ne s'agissait pas alors d'une instance juridictionnelle mais d'une procédure consultative, mais l'absence de contestation de cette invocabilité et l'influence des avis de la Cour sur l'évolution du droit, en particulier en matière de droits de l'Homme¹⁹⁵, laissent envisager la possibilité d'une telle invocabilité lors d'une future procédure contentieuse (B).

A. La protection quasi-juridictionnelle des droits sociaux par les Comités internationaux

Lors de l'examen de communications individuelles relatives à une violation du PIDCP, le Comité des droits de l'Homme (CDH) a pu parfois constater la potentialité sociale de certains droits civils et politiques et accorder ainsi une justiciabilité indirecte à certains droits sociaux (1). Mais c'est sans doute le principe de non-discrimination, que différents Comités internationaux ont en charge de faire respecter par la procédure quasi-juridictionnelle, qui entretient une relation forte avec les droits sociaux, et qui leur offre alors une forme de justiciabilité égalisatrice (2).

1) La justiciabilité indirecte des droits sociaux par l'application des droits civils et politiques

Dès l'entrée en vigueur du Protocole facultatif au PIDESC, le CDH doit faire face à des communications fondées sur le PIDCP et d'autres instruments internationaux comme le PIDESC pour revendiquer différents droits à certaines prestations sociales (telles que des soins médicaux, une bourse d'études, la gratuité des transports, l'octroi d'un emploi ou d'un logement). La réponse du CDH est alors sans appel : sa compétence *ratione materiae* ne concerne que les

¹⁹⁵ Gilbert GUILLAUME, « La Cour internationale de Justice et les droits de l'Homme », *Droits fondamentaux*, 2001, pp. 28-29.

violations des droits reconnus dans le PIDCP (art. 1^{er} du PF) à l'exclusion des autres instruments internationaux¹⁹⁶.

Pour autant, le PIDCP garantit entre autres la liberté syndicale (art. 22 § 1) et la liberté de l'enseignement (art. 18 § 4), droits également consacrés par le PIDESC (art. 8 et 13 § 3). Le CDH offre donc une justiciabilité à ces droits, mais uniquement dans leur rédaction issue du PIDCP à l'exclusion explicite de celle parfois plus généreuse prévue par le PIDESC¹⁹⁷. Notons en outre, que la protection de ces deux libertés par le CDH concerne toujours l'obligation négative de s'abstenir de toute ingérence dans l'exercice de ces droits.

Toutefois, le CDH va progressivement admettre la potentialité sociale de certains droits civils et politiques et renforcer ainsi indirectement l'effectivité des droits sociaux. Ainsi lorsqu'il estime que l'interdiction du travail forcé ou obligatoire (art. 8 § 3 PIDCP) peut être invoquée à l'encontre d'un régime d'assurance-chômage imposant en contrepartie de la prestation sociale un travail dégradant ou déshumanisant, il est possible de considérer qu'il veille indirectement à l'absence d'ingérence disproportionnée dans le droit à la sécurité en cas de chômage (art. 25 § 1 DUDH)¹⁹⁸. Ou encore, lorsqu'il constate que le refus d'un Etat d'autoriser un avortement thérapeutique peut constituer une immixtion arbitraire dans le vie privée (art. 17 PIDCP), une violation de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (art. 7 PIDCP) et que, couplé à l'absence d'appui médicale et psychologique, il fait apparaître une violation du droit des mineurs à une protection (art. 24 § 1)¹⁹⁹, on n'est pas loin d'une justiciabilité du droit aux soins engendrant une obligation aussi bien négative que positive, une obligation de respecter aussi bien qu'une obligation de réaliser.

De manière plus prégnante encore, le CDH n'hésite pas à affirmer que l'obligation de respecter l'interdiction des traitements cruels, inhumains et dégradants implique l'obligation de fournir et de garantir un certain nombre de droits sociaux aux détenus : « minimum de surface et de volume d'air pour chaque détenu, installations hygiéniques suffisantes, vêtements ne devant en aucune manière être dégradants ou humiliants, fourniture d'un lit séparé et alimentation d'une valeur nutritive suffisante pour assurer la santé et la vigueur des détenus » . C'est quasiment alors « le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant » « y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants » (art. 11 PIDESC) qui est ainsi garanti en faveur des détenus, qui par hypothèse ne peuvent s'assurer eux-mêmes la jouissance de ce droit. Le Comité écarte d'ailleurs expressément deux objections caractéristiques à la justiciabilité des droits sociaux, ces « normes minima » « doivent être observées quel que soit

¹⁹⁶ CDH, 25 août 1977, C.E., 13/1977 ; CDH, 26 mars 1980, K.L., 59/1979 ; CDH, 6 avril 1983, I.M., 129/1982 ; CDH, 2 mars 1985, J.D.P., 178/1984.

¹⁹⁷ CDH, 18 juillet 1986, J.B., 118/182, § 6.4.

¹⁹⁸ CDH, 31 octobre 2005, Faure, 1036/2001, § 7.5 (a contrario).

¹⁹⁹ CDH, 24 octobre 2005, K.N.L.H., 1153/2003.

le niveau de développement de l'Etat partie » et « même si des considérations économiques ou budgétaires peuvent rendre ces obligations difficiles à respecter ». Ces exigences sont donc d'applicabilité immédiate et d'invocabilité directe devant le Comité, quels que soient les choix politiques et les coûts que leur réalisation nécessite²⁰⁰.

Le PIDCP semble donc receler de dispositions susceptibles de permettre au CDH de garantir, sous certains aspects, des droits sociaux, même si le Comité conserve une certaine mesure dans son interprétation²⁰¹. Cette utilisation des droits civils et politiques offrant une justiciabilité indirecte aux droits sociaux ne semble pas avoir été fortement contestée. La protection des droits sociaux par l'intermédiaire du principe de non-discrimination a soulevé d'avantage de résistance.

2) La justiciabilité égalisatrice des droits sociaux par l'application du principe de non-discrimination

Dix ans après son entrée en vigueur, le Comité des droits de l'Homme rend une de ses constatations les plus audacieuses : l'article 26 PIDCP interdit « toute discrimination de droit ou de fait dans tous les domaines relevant de l'autorité et de la protection des pouvoirs publics » . Dès lors, le principe de non-discrimination énoncé ne vaut pas seulement à l'égard de la jouissance des droits garantis par le Pacte, mais aussi à l'égard de toute la législation d'un pays que celle-ci soit à caractère social ou non. Autrement dit, si un Etat reconnaît certains droits sociaux ou offre certaines prestations sociales, il doit garantir la jouissance de ceux-ci sans discrimination aucune²⁰². Le principe de non-discrimination dans la jouissance des droits sociaux devient donc d'application immédiate et d'invocabilité directe. Le Comité élargit alors le cercle des bénéficiaires potentiels de prestations sociales sans égard pour les ressources disponibles, financières notamment, d'une telle décision.

Pour autant, si cette interprétation téméraire de l'art. 26 est susceptible d'avoir une influence considérable sur la manière dont les législations sociales seront désormais examinées par le CDH, sa mise en œuvre reste mesurée : classiquement tout d'abord, le Comité accepte qu'une distinction puisse être justifiée par des motifs objectifs et raisonnables : ainsi, alors que constitue une discrimination injustifiée le fait d'exiger d'une femme de prouver son statut de « soutien de famille » pour bénéficier d'une allocation chômage²⁰³ ou l'octroi de pensions inférieures aux militaires de l'armée française de nationalité sénégalaise par rapport à celles octroyées aux militaires français²⁰⁴, est justifiée l'exigence conditionnant l'octroi d'une allocation familiale à la preuve que les

²⁰⁰ CDH, 21 juillet 1994, A. Womah Mukong, 458/1991, § 9.3.

²⁰¹ V. par ex. CDH, 23 juillet 1997, J. et J. Hendrika van Oord, 658/1995.

²⁰² CDH, 9 avril 1987, Broeks, Danning, Zwaan-de Vries, 172/1984, 180/1984, 182/1984, § 12.3.

²⁰³ CDH, 9 avril 1987, Broeks, Zwaan-de Vries, 172/1984, 182/1984

²⁰⁴ CDH, 13 avril 1989, Gueye, 196/1985.

parents interviennent effectivement dans l'éducation des enfants recueillis vivant à l'étranger (condition pourtant non exigée pour les enfants naturels)²⁰⁵.

De manière plus originale, le Comité estime que l'interdiction de discrimination « ne s'étend pas aux différences de résultats que peut donner l'application » « uniforme » de règles communes » dans l'attribution de prestations sociales. Il refuse alors de s'intéresser aux conséquences discriminatoires d'une loi uniformément appliquée et de consacrer une obligation de traiter différemment les personnes se trouvant dans des situations différentes. Ceci lui permet d'accepter, dans certains cas, facilement, l'absence de discrimination ou sa justification, offrant ainsi une souplesse à l'interdiction de l'art. 26, mais rendant parallèlement son application peu prévisible et aléatoire²⁰⁶. Cependant, atténuant quelque peu cette pratique, le Comité accepte désormais qu'une violation de l'article 26 puisse résulter également d'une « discrimination indirecte » autrement dit de « l'effet discriminatoire d'une règle [...] apparemment neutre ou dénuée de toute intention discriminatoire », si ces effets « affectent exclusivement ou de manière disproportionnée des personnes particulières en raison de leur race, couleur, sexe » ou de tout autre situation sur la base de laquelle il est interdit de fonder une discrimination directe²⁰⁷.

En dépit de l'application de l'art. 26 aux discriminations directes et indirectes en matière sociale, la « politique quasi-judiciaire » du Comité semble mesurée : d'un côté, il refuse une conception strictement individualiste du principe de non-discrimination appliqué aux droits sociaux, qui impliquerait que l'Etat doive garantir tous les choix individuels par l'octroi de prestations sociales. C'est d'ailleurs bien souvent le choix par un individu de la situation dans laquelle il se trouve qui conduira le Comité à refuser de qualifier la discrimination et confortera l'objectivité et la rationalité des distinctions sur lesquelles l'Etat a décidé de fonder sa législation sociale. Ainsi, est justifiée la distinction entre couple marié et non-marié dans l'octroi de prestations sociales en raison du choix des couples de ne pas se marier et de refuser les droits et obligations liés au mariage²⁰⁸. En revanche, n'est pas justifiée la distinction fondée sur l'orientation sexuelle interdisant aux couples homosexuels un avantage social octroyé aux couples hétérosexuels non mariés²⁰⁹.

D'un autre côté, le Comité se garde d'une conception trop interventionniste de l'application du principe de non-discrimination dans la jouissance des droits sociaux : il affirme clairement les limites de sa compétence en indiquant que l'art. 26 ne contient pas l'obligation d'adopter un régime de

²⁰⁵ CDH, 23 octobre 1992, Lahcen, 406/1990.

²⁰⁶ V. par ex. : CDH, 24 mars 1988, P.P.C., 212/1986 ; CDH, 29 mars 1989, Vos, 218/1986 ; CDH, 30 octobre 1989, H.A.E.D.J., 297/1988 ; CDH, 26 juillet 1993, A.P.L., 478/1991.

²⁰⁷ CDH, 22 septembre 2003, Althammer, 998/2001, § 10.2 (à propos de la suppression d'une allocation).

²⁰⁸ CDH, 9 avril 1987, Danning, 180/1984, § 14 ; V. également : CDH, 5 avril 1988, Blom, 191/1985, § 10.3 ; CDH, 19 mars 2010, Novotny, 1778/2008, § 6.3.

²⁰⁹ CDH, 6 août 2003, Young, 941/2000, § 10.4.

mise en œuvre des droits sociaux, il impose seulement, lorsque de tels régimes existent, qu'ils respectent l'interdiction de discrimination²¹⁰. Mais en outre, sur le fond, il refuse de protéger, par le biais de la non-discrimination, les droits sociaux contre une politique économique nationale particulièrement austère : un plan général de restructuration de l'administration en vue d'obtenir la stabilité économique et l'équilibre budgétaire, dans le cadre du processus de libéralisation du commerce et qui vise donc à réduire le surnombre des fonctionnaires en licenciant *les plus âgés* ne constituent pas une discrimination injustifiée²¹¹.

L'interprétation du Comité tendant à appliquer l'article 26 au régime des droits sociaux ne s'est pourtant pas faite sans de nombreuses contestations, provenant des Etats, des juridictions nationales et également de quelques membres du Comité, les arguments – très classiques - des uns confortant ceux des autres : « il résulte de la coexistence [des deux Pactes], ouverts à la signature le même jour, que l'article 26 [PIDCP] ne peut concerner que les droits civils et politiques mentionnés par ce pacte et a pour seul objet de rendre directement applicable le principe de non-discrimination propre à ce pacte »²¹², voire aux droits civils et politiques non contenus dans ce Pacte. Les discriminations dans la jouissance des droits sociaux tombent uniquement sous le coup de l'article 2 § 2 PIDESC, dont le respect est contrôlé par voie de rapports. S'il en est ainsi c'est parce que la législation sociale, établie dans un but de justice sociale doit nécessairement faire des distinctions. Il revient alors au corps législatif de chaque pays, qui connaît le mieux les besoins socio-économiques nationaux de s'efforcer de réaliser la justice sociale et en choisissant sur quelle base il effectuera ces distinctions, le Comité ne devant intervenir qu'en cas de distinctions « manifestement discriminatoires ou arbitraires »²¹³. L'élimination des discriminations en matière de droits sociaux est progressive, fonction des besoins sociétaux et des ressources disponibles. « Les parties contractantes ont de propos délibéré décidé de faire cette distinction [entre les deux pactes] dans les systèmes de contrôle international, parce que, *de par leur nature et leur contenu, les droits économiques, sociaux et culturels, ne se prêtent pas à l'examen judiciaire d'une plainte émanant d'un Etat partie ou d'un particulier* »²¹⁴ et en tout état de cause, l'interdiction de discrimination peut être invoquée pour

²¹⁰ CDH, 9 avril 1987, Broeks, Danning, Zwaan-de Vries, 172/1984, 180/1984, 182/1984, § 12.5.

²¹¹ CDH, 27 mars 2006, R. S. Hinostrza Solis, 1016/2001 ; comp. avec les interprétations beaucoup plus politiques des opinions individuelles de MM. W. KÁLIN, E. JOHSON, M. O'FLAHERTY ET H. SOLARI-YRIGOYEN.

²¹² CE Ass., avis, 15 avril 1996, Mme Doukouré, Conclusions contraires de Philippe MARTIN, Commissaire du Gouvernement, RFDA, 1996, p. 808 (refus du Conseil d'Etat de suivre les constatations du CDH, 13 avril 1989, Gueye, 196/1985 sur les mêmes faits et le même problème de droit) ; Jean DHOMMEAUX, « L'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le droit des pensions », RFDA, 1996, p. 1239.

²¹³ Opinions individuelles de MM. K. HERNDL, R. MÜLLERSON, B. NDIAYE, W. SADI, sous CDH, 23 octobre 1992, Lahcen, 406/1990 ; v. également opinions individuelles de MM. N. Ando, K. Herndl et B. Ndiaye, sous CDH 31 mars 1992, Sprenger, 395/1990.

²¹⁴ CDH, 9 avril 1987, Broeks, 172/1984, § 8.3-8.5 (nous soulignons) ; CDH, 7 avril 1994, Cavalcanti, 418/1990 § 5.5-5.6 ; CDH, 25 novembre 1998, Cornelis Hoofdham, 602/1994, § 8.5.

interdire les ingérences de l'Etat dans l'exercice des droits fondamentaux, mais elle ne peut être invoquée pour créer de nouveaux droits ou pour bénéficier de prestations sociales positives²¹⁵.

Malgré ces critiques, le Comité tient le cap et finalement la justiciabilité des droits sociaux, par l'intermédiaire du principe de non-discrimination, est devenue classique. Plus intéressant alors, est le lien que les Conventions sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales (Conv. EDR) et de discrimination à l'égard des femmes (Conv. EDAW) établissent entre la non-discrimination, la protection et la mise en œuvre des droits sociaux, lien relayé par les Comités en charge du respect de ces conventions dans le cadre des procédures de communications.

Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR) peut recevoir des communications individuelles de la part de personnes se prétendant victimes d'une violation par un Etat partie d'un article de la Conv. EDR. Or, en vertu de l'article 5 e) Conv. EDR, les Etats s'engagent à éliminer et interdire la discrimination raciale et à garantir le droit de chacun à l'égalité dans la jouissance d'un certain nombre de « droits économiques, sociaux et culturels » cités par la Convention à titre illustratif : droit au travail, à la protection contre le chômage, liberté syndicale, droit au logement, à la santé, à la sécurité sociale, à l'éducation.

Contrairement aux affaires portées devant le CDH, ce n'est pas l'obligation de respecter le principe de non-discrimination dans l'octroi de droits sociaux qui est principalement en jeu devant le CEDR. Il s'agit en effet essentiellement d'affaires dans lesquelles l'Etat n'a pas suffisamment protégé un individu contre la discrimination qu'il subissait du fait d'un autre individu le privant ainsi de la jouissance de ses droits sociaux. Ainsi, viole l'art. 5 e) l'Etat qui ne protège pas suffisamment une salariée contre un licenciement discriminatoire²¹⁶, qui ne lutte pas contre les discriminations opérées par les agences immobilières²¹⁷ ou qui cède à la pression des habitants hostiles à la construction de logements sociaux bénéficiant principalement aux Roms²¹⁸. Le Comité ne se prive pas alors pas de recommander l'adoption de *mesures concrètes* pour faire cesser la discrimination invitant l'Etat à faire usage de ses bons offices pour assurer un nouvel emploi à la victime ou à revenir sur sa décision favorable à la construction de logements sociaux²¹⁹.

Il devient alors de plus en plus difficile de continuer à soutenir que les droits sociaux sont intrinsèquement injusticiables, quand, par le biais de la protection contre la discrimination, on arrive à des solutions quasi-juridictionnelles, auxquelles on aurait pu aboutir si la justiciabilité directe des

²¹⁵ Opinions individuelles de MM. A. Amor et A.T. Khalil, CDH, 30 mars 2007, X., 1361/2005.

²¹⁶ CEDR, 28 mai 1984, A. Yilmaz-Dogan, 1/1984 (droit au travail).

²¹⁷ CEDR, 21 mars 2001, F.A., 18/2000 (droit au logement).

²¹⁸ CEDR, 7 mars 2005, L.R., n° 31/2003 (droit au logement des roms).

²¹⁹ V. aussi, à propos du droit à l'éducation, CEDR, 8 août 2007, Murat Er, 40/2007.

droits sociaux avait été reconnue. En l'espèce, si les victimes avaient pu se prévaloir de l'obligation de protéger leurs droits au travail ou au logement contre des tiers, elles n'auraient vraisemblablement pas obtenu de décisions différentes de celles rendues par le CEDR, qui demande que l'Etat, non seulement adopte et applique des législations réprimant la discrimination horizontale, mais également (dans le cas du logement des Roms) confirme sa politique de logements sociaux.

Il reste alors un obstacle à franchir pour constater la possible justiciabilité des droits sociaux : il s'agit de savoir si un organe quasi-juridictionnel peut imposer à l'Etat non seulement le respect et la protection des droits sociaux, mais également leur réalisation. C'est cette difficulté ultime, tant elle touche aux choix gouvernementaux et législatifs, que commence à lever le Comité pour l'élimination de la discrimination faite aux femmes (CEDAW).

De manière classique, eu égard par exemple à la pratique du CDH, les articles 10 à 14 de la Conv. EDAW prescrivent aux Etats d'adopter les mesures nécessaires pour éliminer la discrimination en vue d'assurer un certain nombre de droits sociaux sur la base de l'égalité homme-femme. Mais la Convention ne limite pas la garantie de l'égalité homme-femme à l'octroi de droits sans discrimination ou à la lutte contre les discriminations pratiquées par des tiers : elle impose également l'octroi de droits sociaux aux femmes. Les droits sociaux ne se situent donc pas seulement *en aval* du principe de non-discrimination, mais également *en amont* : ils doivent être garantis en application du principe de non-discrimination, mais ils sont également nécessaires à la réalisation de la non-discrimination. Il ne s'agit donc plus d'appliquer la non-discrimination à un droit établi mais d'établir un droit social pour lutter contre les discriminations. Ainsi, les Etats doivent instituer « l'octroi de congés de maternité payés » (art. 11 § 2b), fournir aux femmes enceintes « des services appropriés », « au besoin, gratuits » et « une nutrition adéquate » (art. 12 § 2) et assurer aux femmes rurales l'accès à un certain nombre de droits et services sociaux (art. 14 § 2).

Le CEDAW accepte alors l'invocabilité de ces articles par la voie des communications, sans considérer nullement qu'ils sont de réalisation progressive, et alors même qu'au niveau interne, l'Etat concerné faisait valoir l'absence d'applicabilité et d'effet directs. Le Comité est ainsi en mesure de constater une violation de la Convention, lorsque le droit à des congés maternité n'est pas garanti nationalement, même si le régime juridique de ce droit ressort exclusivement de la compétence nationale, sous réserve du respect des exigences de la Convention²²⁰. Parallèlement, le Comité constate que l'absence de soins fournis aux femmes enceintes constitue une violation de la convention, confirmant ainsi la justiciabilité de l'obligation de réaliser les droits sociaux par des mesures positives, même si ceci implique une modification législative²²¹.

²²⁰ CEDAW, 14 août 2006, Mme Dung Thi Thuy Nguyen, 3/2004.

²²¹ CEDAW, 14 août 2006, A.S., 4/2004.

Par le biais de la procédure de communication individuelle, les Comités, gardiens du PIDCP, de la Conv. EDR et de la Conv. EDAW ont taillé une brèche dans l'impensable justiciabilité des droits sociaux²²². Il reste qu'aucun comité n'était jusqu'ici compétent pour recevoir des communications relatives à une violation du PIDESC. Dès lors, ce pacte restait injusticiable et les garanties quasi-juridictionnelles offertes aux droits sociaux par les différents Comités, lacunaires. C'est alors la Cour internationale de Justice qui va offrir au PIDESC sa première application internationale autonome.

B. L'application autonome du PIDESC par la Cour internationale de justice

La Cour internationale de Justice (CIJ) comme son ancêtre, la Cour Permanente de Justice internationale (CPJI), ne peut pas être saisie par les individus. Mais saisies par un organe international compétent, ces deux cours ont pu se prononcer sur diverses questions relatives aux droits de l'Homme. La CPJI a ainsi eu l'occasion de faire respecter la liberté de l'enseignement dans sa dimension tant négative²²³ que positive²²⁴. Elle contribua surtout indirectement, par une interprétation large des compétences de l'Organisation Internationale du Travail, à renforcer les droits sociaux des travailleurs non manuels²²⁵ et des agriculteurs, affirmant d'ailleurs que ces derniers doivent bénéficier, au même titre que les autres travailleurs, entre autres, d'un salaire assurant un niveau de vie convenable, d'une journée de travail limitée à huit heures, d'un repos hebdomadaire²²⁶.

Devant la CIJ, les droits sociaux protégés par la DUDH ou par le PIDESC ont pu être invoqués, dans leur dimension tant négative que positive, par certains Etats²²⁷ ou par certains juges dissidents²²⁸. Le 9 juillet 2004, au sein

²²² Brèche qui pourra être confirmée par le Comité des droits des personnes handicapées chargé de l'application de la Convention y relative, qui contient un certain nombre de droits sociaux et dont le protocole permettant les communications individuelles est entré en vigueur le 3 mai 2008.

²²³ CPJI, avis du 6 avril 1935, Ecoles minoritaires en Albanie, AB64, p. 20 : l'interdiction des écoles privées rompt l'égalité de traitement en privant la minorité linguistique des institutions appropriées, alors que la population majoritaire continue à bénéficier des institutions étatiques.

²²⁴ CPJI, arrêt du 26 avril 1928, Ecoles minoritaires en Haute Silésie, A15, p. 41 : l'Etat doit respecter les dispositions internationales imposant de créer des écoles publiques permettant aux enfants issus des minorités de suivre une instruction dans leur langue maternelle.

²²⁵ CPJI, avis du 15 novembre 1932, OIT-Travail de nuit des femmes, AB50.

²²⁶ CPJI, avis du 12 août 1922, OIT-Agriculture, B02, p. 23-28.

²²⁷ V. not. : CIJ, 20 mars 1993, Requête introductive d'instance, Application de la convention pour la prévention et répression du crime de génocide, § 132 : la Yougoslavie violerait de nombreux droits garantis par la DUDH dont les art. 22-26 relatifs aux DESC.

²²⁸ V. not. les opinions dissidentes de M. WEERAMANTRY, suite à l'avis CIJ, 8 juillet 1996, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, p. 506 : les armes nucléaires portent atteinte aux droits aux soins médicaux (art. 25, par. 1), à la protection de la maternité et de l'enfance (art. 25, par. 2) au droit à la vie culturelle (art. 27, par. 1) DUDH, ou suite à l'avis CIJ, 8 juillet 1996, Licéité de l'utilisation des armes nucléaires, p. 144-145 : par l'art. 12 PIDESC, « Chaque Etat est [...] tenu de respecter le droit à la santé de tous les membres de la communauté internationale. [...] Le libellé du pacte va au-delà de la simple reconnaissance ou de la déclaration d'intention », puisqu'en vertu de l'art. 2§1, les Etats « s'engagent » à garantir les droits sociaux.

de son avis sur *les conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé*, la CIJ accepte à son tour de reconnaître l'existence d'une violation du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels par un Etat (1), contribuant ainsi à préciser le régime juridique applicable aux droits sociaux (2).

1) La reconnaissance d'une violation du PIDESC

Selon la CIJ, la construction du mur séparant les territoires israéliens et palestiniens méconnaît de nombreuses conventions internationales relatives aux droits de l'Homme (CIDH) en restreignant la liberté de circulation des palestiniens, entravant ainsi la production agricole, l'accès aux services de santé et d'éducation ainsi que l'approvisionnement en eau. Ainsi, « la construction du mur [...] entrave[...] l'exercice par les intéressés des droits au travail, à la santé, à l'éducation et à un niveau de vie suffisant tels que proclamés » par le PIDESC (§ 133-134), sans que soient respectées les exigences que l'art. 4 du Pacte fait peser sur toutes limitations aux droits du PIDESC²²⁹, en particulier le fait qu'elles doivent être établies « exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique » (§ 136).

C'est alors la reconnaissance d'une violation du PIDESC, mais plus encore la recherche d'une justification à cette violation, qui renforcent théoriquement la possible justiciabilité des droits sociaux : ceux-ci ne sont plus de simples déclarations d'objectifs grandement utopiques, puisqu'une Cour peut les appliquer, en prenant en considération les exigences diverses qui pèsent sur un Etat et qui sont susceptibles de justifier objectivement la nécessité d'une mesure restrictive. Finalement, c'est l'existence d'un contrôle par le juge de la nécessité d'une atteinte aux droits de l'Homme, qui rend leurs lettres de noblesse juridique à ces derniers et qui leur permet d'accéder au statut de « véritables droits ». Ainsi, le respect des droits sociaux comme celui des droits civils « est susceptible de faire l'objet d'une détermination objective *in concreto*, si l'on prend la peine d'appliquer la méthodologie découlant de la prise en compte du principe d'intangibilité : détermination d'une atteinte au droit, puis recherche d'une justification de l'atteinte par l'utilisation des critères de légalité de l'omission et de la nécessité de cette omission au regard d'un « but légitime » dans une société démocratique »²³⁰.

En 2004 donc, l'invocabilité d'une violation du PIDESC dans le cadre d'un différend entre Etats ne semble poser aucune difficulté ni à la Cour, ni à l'Etat

L'art. 2§2 (non-discrimination dans la jouissance des DESC) « ajoute une obligation de prendre des mesures effectives pour garantir le droit à la santé à la population mondiale » (nous soulignons).

²²⁹ Art. 4 PIDESC : « [...] dans la jouissance des droits assurés par l'Etat conformément au présent pacte, l'Etat ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique ».

²³⁰ Olivier DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international*, Pédone, 2004, p. 257.

mis en cause qui ne cherche à aucun moment à soulever l'injusticiabilité du Pacte, ni à la doctrine²³¹, qui ne relève pas, ne serait-ce qu'étonnée, cette nouveauté – à une époque pourtant où, à l'ONU, on débat fortement de l'(in)opportunité de mettre en œuvre une procédure de communication relative au PIDESC. Cette invocabilité peut en effet sembler évidente : ce n'est pas parce qu'une convention n'est pas d'applicabilité et d'invocabilité directes au niveau national et qu'elle ne souffre d'aucune procédure de communication individuelle au niveau international, qu'elle ne pose pas de réelles obligations interétatiques contraignantes susceptibles d'engager la responsabilité internationale d'un Etat et d'être invoquées devant la Cour internationale de Justice.

Pourtant, il eût été envisageable d'objecter à cette invocabilité l'idée selon laquelle les Etats parties au Pacte n'ont pas prévu de procédure de communication étatique, contrairement à ce qu'ils ont mis en place à l'art. 41 PIDCP, parce que, de par leur nature, les droits sociaux ne se prêtent pas à l'examen judiciaire d'une plainte émanant d'un Etat partie. Ou encore, à l'image du seul juge qui évoque le sujet au sein de son opinion individuelle, on eût pu estimer qu'il n'est pas nécessairement « judicieux de solliciter des avis consultatifs de la Cour sur le respect par les Etats parties de leurs obligations » résultant des deux PI « qui font l'objet d'un suivi plus détaillé de la part d'organes créés à cette fin », ce d'autant plus que la « situation » du PIDESC « est encore plus singulière étant donné les programmes exigés pour la réalisation de cette catégorie de droits »²³² et brandir ainsi à nouveau l'argument de la progressivité pour justifier l'exclusivité d'un examen sur rapport.

Il reste qu'en l'espèce, la Cour s'est prononcée sur une obligation de respecter les droits sociaux, sur la violation d'une obligation d'abstention, de non-ingérence et donc sur le type d'obligations dont la justiciabilité est la moins controversée. Pourtant, la reconnaissance de cette violation entraîne des obligations qui peuvent avoir une forte influence sur les choix politiques et budgétaires de l'Etat concerné, puisqu'il s'agit de mettre un terme à l'édification du mur, de démanteler l'ouvrage et de réparer tous les dommages causés du fait des destructions d'habitations, de commerces, d'exploitation agricole (§ 149-153). Tout se passe alors comme si les implications politiques et financières d'une décision de justice étaient beaucoup plus acceptables dans le cadre d'une obligation de réparation que dans le cadre d'une obligation de réaliser (les droits sociaux).

²³¹ V. not. : Juan Manuel GOMEZ-ROBLEDO, « L'avis de la CIJ sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé : timidité ou prudence ? », RGDIP, 2005, p. 521 ; Nicolas HAUPAIS, « Les obligations de la puissante occupante au regard de la jurisprudence et de la pratique récentes », RGDIP, 2007, p. 117 ; Guislain POISSONNIER et Pierre OSSELAND, « Les colonies israéliennes de Cisjordanie en droit international », RGDIP, 2010, p. 63.

²³² Mme HIGGINS, Opinion individuelle sous CIJ, avis du 9 juillet 2004, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé, § 26-27.

2) Le régime juridique des droits sociaux précisé

L'Etat d'Israël contestait l'applicabilité des CIDH aux territoires palestiniens et affirmait que les obligations qui lui incombent en la matière n'étaient applicables qu'à l'intérieur de son propre territoire. La Cour rejette cette interprétation : le PIDESC « ne comporte aucune disposition quant à son champ d'application » probablement parce que les droits qu'il garantit « ont pour l'essentiel une portée territoriale » (§ 112). Aucune explication ne précise cette affirmation, qui semble aller dans le sens d'une vision des droits sociaux comme impliquant prioritairement une obligation positive des Etats, la fourniture et la garantie d'un certain nombre de prestations sociales, qui naturellement ne pourraient se développer que dans le cadre d'un territoire déterminé et dans une relation Etat/habitants donnée.

La Cour adopte toutefois une conception relativement large (et logique) de la compétence territoriale en précisant que le PIDESC « s'applique à la fois aux territoires placés sous la souveraineté d'un Etat partie » – sur son territoire national donc – « et à ceux sur lesquels un tel Etat exerce une juridiction territoriale » autrement dit, sur les territoires que l'Etat contrôle (§ 112). Ainsi, « sans que la solution soit parfaitement claire, la Cour semble relier l'application [du PIDESC] à une situation de contrôle territorial sur les territoires occupés, ce qui indique *a contrario* qu'une absence de contrôle aurait abouti à la conclusion que le pacte en cause est inapplicable. Il en résulte que les deux pactes ne sont pas soumis à des conditions d'application exactement similaires »²³³, que le régime juridique applicable à ces deux catégories de droit diffère, puisque la Cour estime que le PIDCP doit être respecté au sein et en dehors du territoire national, sans référence aucune à la notion de juridiction territoriale.

L'obligation de respecter, de s'abstenir de porter atteinte aux droits du PIDESC s'applique alors sur le territoire national et sur les territoires contrôlés pour les compétences exercées à ce titre, mais elle concerne également l'obligation de « ne pas faire obstacle à l'exercice de tels droits » dans les domaines où la puissance occupée a sauvegardé une compétence (§ 112). Ces obligations ne cessent pas en cas de conflit armé (§ 106). Le respect du droit au travail, à la santé, à l'éducation à un niveau de vie suffisant ne constitue pas pour autant une obligation *erga omnes*, puisqu'en deçà du célèbre *obiter dictum* de l'Arrêt *Barcelona Traction* qui conférait ce statut à tous « les droits fondamentaux de la personne humaine »²³⁴, la CIJ ne le reconnaît en l'espèce qu'au droit des peuples à l'autodétermination et à certaines obligations relevant du droit international humanitaire (§ 159).

En simple procédure consultative, c'est-à-dire sans créer du droit par une jurisprudence, mais également quasiment sans contestation sur ce point, la Cour internationale de justice accepte que le PIDESC puisse être invoqué

²³³ Nicolas HAUPAIS, précit., p. 139.

²³⁴ Philippe WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale », RGDIP, 2004, p. 1036.

devant elle lors d'un différend interétatique²³⁵. Pour interpréter le PIDESC, elle utilise les observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CODESC) sur les rapports étatiques comme « un moyen complémentaire d'interprétation » (au sens de l'art. 32 de la Convention sur le droit des traités). En revanche, elle utilise la pratique du CDH (qu'il s'agisse des constatations suite à une communication, de ses observations finales ou générales) comme « prémisses d'interprétation » du PIDCP. Cette grande « déférence » qui « procède d'un choix discrétionnaire » de la Cour²³⁶ pourrait éventuellement s'appliquer au CEDAW et au CEDR renforçant ainsi le poids juridique de leur pratique, en matière de droits sociaux en particulier. La Cour pourra alors peut-être également témoigner d'un respect identique face à la pratique du CODESC, lorsque celui-ci, conformément aux souhaits qu'il réitère depuis son entrée en vigueur, statuera sur les communications alléguant d'une violation du PIDESC.

II. La concrétisation de la justiciabilité internationale du PIDESC

Alors que l'art. 28 PIDCP prévoit l'institution d'un Comité des droits de l'Homme, organe du traité, spécialement dévolu à l'examen du respect du Pacte et composé d'experts siégeant à titre individuel, l'art. 16 PIDESC donne au Conseil économique et social (ECOSOC), organe intergouvernemental des Nations Unies, compétence pour examiner les rapports étatiques sur la mise en œuvre du Pacte, témoignant ainsi encore de la difficulté d'accepter un contrôle international indépendant en matière de droits sociaux. L'ECOSOC crée alors, pour se faire assister dans cette tâche, un groupe de travail composé d'experts gouvernementaux. Ce n'est que le 28 mai 1985, dans sa résolution 1985/17, que l'ECOSOC change la composition de cet organe en créant le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, composé d'experts indépendants, siégeant à titre individuel. La première session du CODESC aura lieu deux ans plus tard, mais depuis, il n'a cessé d'œuvrer en faveur de la reconnaissance de la justiciabilité tant nationale qu'internationale du PIDESC, en démontrant l'absence d'obstacle au contrôle juridictionnel du respect du pacte (1) et en déclenchant la construction du PF au PIDESC (2).

A. La démonstration méthodique de la justiciabilité des droits sociaux

D'un point de vue substantiel, le CODESC précise rapidement la nature des obligations découlant du PIDESC, tordant le cou à son impensable justiciabilité (1). D'un point de vue procédural, sa méthode d'examen des

²³⁵ Cette justiciabilité pourra peut-être être confirmée prochainement lors d'une procédure contentieuse : V. CIJ, 31 mars 2008, Requête introductive d'instance, Epannage aérien d'herbicide.

²³⁶ Raphaële RIVIER, « Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Cour internationale de Justice, Avis consultatif du 9 juillet 2004 », AFDI, 2004, p. 300-301.

rapports étatiques laisse transparaître la tentation d'un mécanisme officieux de communications (2).

1) La nature des obligations découlant du PIDESC

Afin de guider les Etats dans la rédaction de leurs rapports, le CODESC va rapidement adopter un certain nombre d'« observations générales » qui précisent les obligations découlant des dispositions du PIDESC. En 1990 en particulier, il s'intéresse à l'article 2 § 1 qui pose la nature de ces obligations et sur lequel se sont cristallisés tous les développements relatifs à la réalisation nécessairement progressive des DESC justifiant ainsi leur absence d'applicabilité immédiate et de justiciabilité. Le CODESC bouscule alors ces perceptions et présente une nouvelle appréhension de la nature des obligations issues du PIDESC²³⁷. Tout d'abord, le Pacte impose « diverses obligations ayant un effet immédiat », au premier rang desquelles figurent l'obligation de garantir les DESC sans discrimination et l'obligation d'agir « dans un délai raisonnablement bref » par des mesures délibérées et concrètes en vue d'assurer le plein exercice de ces droits (§ 1-2), obligation sans laquelle la réalisation contraignante du Pacte serait dépourvue de tout contenu effectif. Certes, il ne peut être exigé des Etats la réalisation immédiate, pleine et entière des droits issus du Pacte. Mais les Etats doivent « œuvrer aussi rapidement et aussi efficacement que possible pour atteindre cet objectif ». En conséquence, « toute mesure délibérément régressive » au regard de la réalisation des droits sociaux « doit impérativement être examinée avec le plus grand soin, et pleinement justifiée par référence à la totalité des droits sur lesquels porte le Pacte, et ce en faisant usage de toutes les ressources disponibles » (§ 9).

Le Comité indique ensuite que « chaque Etat partie a l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits. Ainsi, un Etat 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 Etat qui, à première vue, néglige les obligations qui lui incombent en vertu du Pacte ». Il semble donc que la réalisation des obligations fondamentales minimums doive également être mise en œuvre immédiatement et « pour qu'un Etat partie puisse invoquer le manque de ressources lorsqu'il ne s'acquitte même pas de ses obligations fondamentales minimums, 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 minimums » (§ 10).

Ces indications sur la nature des obligations découlant du Pacte permet de rappeler utilement aux Etats, que les dispositions du PIDESC ne sont pas de simples objectifs, de simples déclarations d'intention, mais qu'au contraire, elles sous-tendent des obligations contraignantes : la réalisation progressive

²³⁷ Observation générale n° 3, La nature des obligations des Etats parties, E/1991/23 (14 décembre 1990).

n'autorise pas les Etats à rester inactifs, au contraire, elle leur impose d'agir en vue de cette réalisation, de ne pas prendre de mesures régressives et de garantir le respect des obligations fondamentales minimums. La précision de ces obligations, mais également des motifs susceptibles de justifier d'éventuels manquements permet alors au CODESC d'indiquer implicitement qu'il est possible, pour un juge, de se fonder sur certains éléments pour déterminer, en droit, si les obligations du Pacte ont été respectées et donc que la réalisation des DESC ne relève pas exclusivement de la sphère politique.

Le Comité précise par ailleurs que certaines dispositions du Pacte « sont susceptibles d'être immédiatement appliquées par des organes de caractère judiciaire » dans « de nombreux systèmes juridiques nationaux » et cite alors classiquement l'interdiction de discrimination et un certain nombre de libertés protégées par le Pacte. Mais il ajoute à cette liste des droits qui nécessitent avant tout pour leur réalisation de fortes actions étatiques et la disposition de ressources importantes, tel que le droit à un enseignement primaire gratuit pour tous (§ 5). Il précise quelques années plus tard qu'« il n'existe dans le Pacte aucun droit qui ne puisse être considéré, dans la grande majorité des systèmes, comme comportant au moins quelques aspects importants qui sont invocables ». On ne peut opposer à l'invocabilité des DESC le fait qu'elle conduit le juge à se prononcer sur l'allocation des ressources, question qui relèverait par principe des autorités politiques, puisqu'on ne refuse pas en d'autres matières que les tribunaux puissent traiter « d'un vaste éventail de questions qui ont d'importantes incidences financières ». Par ailleurs, « bon nombre » de dispositions du Pacte « 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 ». Ainsi, conclut le Comité, « 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 [...] arbitraire et incompatible avec le principe de l'indivisibilité et de l'interdépendance des deux types de droits de l'Homme »²³⁸.

C'est désormais à l'aune de ces précisions relatives aux obligations incombant aux Etats que le Comité resserre son contrôle des rapports étatiques n'hésitant désormais plus à relever que le manque de ressources matérielles du Rwanda est impropre à justifier l'interdiction de syndicats, que la pauvreté de la Colombie ne la dégage pas des obligations qui lui incombent en vertu du Pacte ou à regretter l'absence d'invocabilité directe du Pacte devant les tribunaux néerlandais²³⁹. Parallèlement, il continue, par la pratique des obligations générales, à préciser les obligations découlant des droits issus du Pacte, en

²³⁸ Observation générale n° 9, Application du Pacte au niveau national, E/C.12/1998/24, (3 décembre 1998), § 9-11.

²³⁹ Observations finales citées par Jean DHOMMEAUX, « La contribution du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies à la protection des droits économiques, sociaux et culturels », AFDI, 1994, p. 647-648.

appliquant à chaque droit la théorie de l'aspect tridimensionnelle des obligations découlant du PIDESC (respecter, protéger, réaliser)²⁴⁰.

Ainsi, dès lors que la teneur des obligations du PIDESC a été précisée, que la réalisation progressive ne s'oppose plus à une certaine application immédiate, que les droits issus du Pacte sont suffisamment précis pour être appliqués par les juges nationaux en dépit des ressources qu'ils nécessitent, il devient plus difficile de s'opposer à une procédure de communication internationale. Autrement dit, « le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a fourni suffisamment de précisions sur le contenu des obligations imposées aux Etats parties au Pacte pour que ces obligations puissent être considérées comme « justiciables », c'est-à-dire pour qu'il soit possible au Comité de porter une appréciation motivée en droit sur l'allégation que contient une communication individuelle selon laquelle un Etat partie n'a pas respecté ces obligations »²⁴¹. Les précisions apportées par le Comité relatives à la nature des obligations découlant du Pacte vont d'ailleurs le conduire à faire évoluer son examen des rapports vers un mécanisme officieux de communications.

2) Vers un mécanisme officieux de communications²⁴²

Au sein du PIDESC, le seul mécanisme d'examen international initialement prévu est celui de la présentation périodique de rapports établis par les Etats parties et relatifs aux mesures adoptées et aux « progrès accomplis » dans la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels. Ces rapports sont transmis à l'ECOSOC et aux institutions spécialisées concernées (art. 16-17). Il est possible de voir dans cette procédure la recherche d'un moyen de pression *a minima*, incitant les Etats à réellement adopter des mesures de mise en œuvre du Pacte. Cette incitation se retrouve également dans la potentielle diffusion internationale des progrès accomplis et plus précisément dans la possibilité offerte à l'ECOSOC de renvoyer les rapports étatiques à la Commission des droits de l'Homme aux fins d'études et de recommandations générales et de présenter à l'Assemblée générale de l'ONU des rapports contenant des recommandations générales et un résumé des renseignements reçus des Etats parties et des institutions spécialisées (art. 19 et 21).

Il n'est toutefois jamais question, par l'examen sur rapport, de montrer du doigt et de chercher à condamner un Etat, même moralement, en l'absence de progrès accomplis, et encore moins en cas de violation du Pacte. La non-réalisation des obligations issues du Pacte ne semble jamais relever d'une faute,

²⁴⁰ V. not. Observation Générale n° 12, Le droit à une nourriture suffisante, E/C.12/1999/5, (12 mai 1999), § 15 ; Observation générale n° 13, Le droit à l'éducation, E/C.12/1999/10, (8 décembre 1999), § 46.

²⁴¹ Olivier DE SCHUTTER, « Le Protocole Facultatif au Pacte International Relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels », RBelg.DI, 2006, p. 20.

²⁴² Réflexion directement inspirée de Matthew CRAVEN, « Towards an unofficial petition procedure : A review of the role of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights », in Social Rights as Human Rights: A European Challenge, Krzysztof DRZEWICKI et al. (eds), Abo/Turku, 1994, p. 91.

d'une action ou d'une omission dont l'Etat porterait la responsabilité. Au contraire, l'art. 17 considère seulement que des « facteurs » ou des « difficultés » peuvent empêcher l'Etat de s'acquitter pleinement de ses obligations. Il peut alors en faire état dans ses rapports, ce qui permet à l'ECOSOC d'informer les institutions internationales susceptibles de fournir une assistance (art. 22). Autrement dit, le mécanisme de surveillance internationale ne vise à pas porter un jugement négatif sur la non-réalisation du Pacte par les Etats, mais seulement à les inciter doucement, à les aider internationalement sur la voie de cette réalisation.

Pourtant, le CODESC qui examine les rapports depuis 1987 modifie fondamentalement le sens de cette procédure, en demandant aux Etats de rendre des comptes sur la mise en œuvre de leurs obligations et en se prononçant sur la violation des dispositions du Pacte, violation qui peut résulter autant d'une action positive que d'une abstention : ainsi, en 1989, la France porte atteinte aux droits du Pacte en imposant une condition de nationalité à l'octroi d'une allocation en faveur des personnes handicapées, et en 1991, l'Equateur est invité à harmoniser son code du travail avec les normes internationales²⁴³. Dans ces dernières observations finales relatives au rapport français, le Comité n'hésite pas à noter que « le nombre des hébergements d'urgence [...] est trop faible pour répondre à la demande grandissante », « que les progrès accomplis pour favoriser la réinsertion sociale des personnes sans domicile sont encore insuffisants » et à recommander « de prendre toutes mesures appropriées pour améliorer sur les plans quantitatif et qualitatif les dispositifs d'accueil »²⁴⁴. On est alors bien loin d'une pure incitation par la remise de rapport et d'une simple proposition d'assistance internationale.

Nécessairement, l'examen par le Comité ne peut plus dès lors se contenter de la présentation d'un état des lieux par les Etats parties, et sous certains aspects, ses méthodes vont s'avérer plus inquisitoriales : la lecture du rapport étatique le conduit à demander au représentant de l'Etat concerné des précisions sur le respect des droits économiques, sociaux et culturels. Si les informations étatiques sont insatisfaisantes, le CODESC demande la mise en place d'une procédure d'enquête. Parallèlement, un souci du contradictoire émerge et le Comité accepte que des organisations non gouvernementales lui apportent à différents stades de l'examen des présentations écrites et orales et lui déposent un rapport alternatif à celui présenté par l'Etat, dont il tiendra compte dans sa demande de précisions à l'Etat mais également dans ses observations finales²⁴⁵. Il n'est plus alors question pour l'Etat uniquement de se congratuler au sujet des progrès accomplis ou de se plaindre des difficultés

²⁴³ Observations finales citées par Jean DHOMMEAUX, « La contribution du Comité des droits économiques, sociaux et culturels... », précit., p. 647-648.

²⁴⁴ E/C.12/FRA/CO/3, (9 juin 2008), § 25 et 46.

²⁴⁵ Matthew CRAVEN, « The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights », in *Economic, Social and Cultural Rights: a Textbook*, Asbjørn EIDE et al. (eds), M. Nijhoff, 2001, p. 463-465.

rencontrées. Il s'agit désormais de se justifier de l'état actuel des DESC sur son territoire.

Mais plus encore, il est arrivé au Comité, alerté d'une violation d'un droit social par une ONG en dehors du processus d'examen des rapports étatiques, de demander à l'Etat concerné un rapport *ad hoc* sur le problème soulevé et d'adresser, sur la base de celui-ci et des informations alternatives fournies par les ONG, un certain nombre de recommandations à l'Etat pour que la pratique contestée cesse. La différence entre la procédure d'examen sur rapport et celle de communications déposées par un groupe de personnes alléguant de la violation d'un droit social s'amenuise peu à peu²⁴⁶. Il ne restait plus alors qu'à conforter et à entériner la justiciabilité internationale des DESC devant le CODESC par la création d'un PF au PIDESC.

B. La construction progressive du protocole facultatif

Refusant la différenciation dite intrinsèque entre les droits économiques, sociaux et culturels et les droits civils et politiques qui avait jusqu'ici justifié des modalités de contrôle international différentes pour le PIDCP et le PIDESC, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels va promouvoir dès le début des années 90, l'adoption d'un protocole facultatif (1), qui, finalement, une fois adopté par l'Assemblée générale des Nations unies, atteste d'une très grande similitude avec la procédure de communication ouverte en cas de violation du PIDCP, tout en conservant malgré tout une certaine spécificité (2).

1) Dix-sept ans de réflexion...

Dès sa 4^{ème} session, en 1990, le CODESC évoque la nécessité de réfléchir sur l'opportunité d'une procédure de communication relative aux violations du PIDESC²⁴⁷. A la demande du Comité, Philip Alston, son Président, prépare au sein de différentes notes les éléments d'une discussion sur le sujet²⁴⁸, qui sont ensuite régulièrement débattus en séance plénière. On s'interroge alors sur la justiciabilité des droits sociaux, sur l'opportunité d'une procédure internationale de communications, sur les droits susceptibles d'être couverts par un tel mécanisme, sur la possibilité ou non laissée aux Etats parties d'exclure certains droits de cette protection, sur les auteurs de telles communications, particuliers, groupes, organisations non gouvernementales, Etats parties...

Mais malgré ces questionnements, les membres du Comité tiennent à souligner, dès la deuxième Conférence mondiale sur les droits de l'Homme en 1993 – chargée de faire le point sur les progrès réalisés et les obstacles rencontrés depuis l'adoption de la Déclaration universelle – leur fort soutien à l'adoption d'une procédure de communications en lien avec le PIDESC et leurs

²⁴⁶ Idem, p. 466-467.

²⁴⁷ E/C.12/1990/3 (15 janv.-2 fév. 1990).

²⁴⁸ E/C.12.1991/WP.2 (25 oct. 1991) ; C/C.12/1992/WP.9 (27 nov. 1992).

propositions en la matière²⁴⁹. Ils reçoivent alors un écho favorable et les représentants des 171 Etats présents encouragent alors, par le biais de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne, la Commission des droits de l'Homme à poursuivre, en coopération avec le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, l'étude d'un PF au PIDESC²⁵⁰.

A la demande de la commission, Philip Alston commence à dégager les pistes d'un réel projet de protocole²⁵¹, encouragé dans cette voie par le soutien et par la rédaction de propositions alternatives en provenance de juristes engagés au sein de la société civile internationale²⁵². En 1996, après de longs débats, le Comité adopte le rapport final qui synthétise les différents éléments de discussion et qui propose un projet de protocole facultatif à la Commission des droits de l'Homme²⁵³.

Face à une réception du rapport relativement indifférente de la part des Etats²⁵⁴, ce n'est qu'au début des années 2000, que la Commission, poussée par le Haut commissariat aux droits de l'Homme²⁵⁵ semble prendre réellement le processus en main : elle nomme alors un expert indépendant, Hatem Kotrane, chargé d'examiner le projet sur la base des différents travaux institutionnels ou associatifs entrepris sur le sujet²⁵⁶. Au sein de deux rapports, celui-ci défend clairement l'adoption d'un protocole au PIDESC, mais il estime parallèlement que de nombreuses questions doivent être approfondies par la création d'un groupe de travail de la Commission chargé d'examiner les différentes options²⁵⁷. En 2004, le groupe de travail tient sa première session. Sa composition « non limitée » permet non seulement aux Etats d'y participer mais également aux organisations non gouvernementales bénéficiant d'un statut consultatif auprès de l'ECOSOC. Sous la présidence de Catarina de Albuquerque, le groupe étudie

²⁴⁹ E/1993/22, (7 décembre 1992), § 234 ; E/C.12/1992/2, Annex IV (11 December 1992)

²⁵⁰ A/CONF.157/23 (25 juin 1993), § 75.

²⁵¹ E/C.12/1994/12 (9 novembre 1994) ; E/C.12/1996/CRP.2/Add.1.

²⁵² Fons COOMANS et Fried VAN HOOFF (éd.), *The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights : Proceedings of the Expert meeting on the Adoption of an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Utrecht, Netherlands Institute of Human Rights, 1995, 242 p. ; D'une manière générale, la rédaction du PF a particulièrement engagé la société civile internationale, parfois soutenue par certains gouvernements. V. not. : Commission internationale de Juristes, *Droits économiques, sociaux et culturels et le rôle des juristes*, Bangalore, oct.-déc. 1995, *La Revue*, 1995, 235 p ; Michel DOUCIN, Cheffi BRENNER et al., *Séminaire de réflexion sur le projet de Protocole au Pacte des DESC*, Nantes, 5-7 sept. 2005, <http://www.irenees.net/fr/dossiers/dossier-143.html> ; les travaux de la Coalition internationale d'ONG pour un Protocole Facultatif au PIDESC, <http://www.opicesc-coalition.org/francaishome.htm>.

²⁵³ E/CN.4/1997/105, Annexe IV (6 déc. 1996).

²⁵⁴ Anastasia ILIOPOULOU et Arnaud JAUREGUIBERRY, « Protocole Facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels instituant un mécanisme de plainte, Un entretien avec Catarina de Albuquerque », *Droits fondamentaux*, 2008-2009, <http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?article139>.

²⁵⁵ E/CN.4/2001/62, Add. 2 et Add. 1 (20-22 mars 2001) ; V. également : E/2006/86 (21 juin 2006) ; E/2009/90 (8 juin 2009).

²⁵⁶ E/CN.4/RES/2001/30 (20 avril 2001).

²⁵⁷ E/CN.4/2002/57 (12 fév. 2002) ; E/CN.4/2003/53 (13 janv. 2003).

l'opportunité d'un PF²⁵⁸, jusqu'à ce que le Conseil des droits de l'Homme, lors de sa première session en 2006, lui demande officiellement d'en commencer la rédaction²⁵⁹. Le processus s'accélère alors considérablement, malgré des désaccords persistants : en avril 2008, un premier projet²⁶⁰ est présenté au Conseil des droits de l'Homme, qui l'adopte 2 mois plus tard²⁶¹ et le transmet à l'Assemblée Générale de l'ONU²⁶².

Le projet de protocole présenté par le CODESC en 1996 avait pu être considéré comme « indubitablement ambitieux » et vraisemblablement peu acceptable par les Etats²⁶³. Pourtant, le texte adopté par l'Assemblée générale, le 10 décembre 2008, est finalement très proche du projet du Comité. Certes certaines dispositions ont été assouplies, mais d'autres encore plus contraignantes, ont été ajoutées. La balle est donc désormais dans le camp des Etats car ce mécanisme ambitieux – proche de ceux existants pour d'autres Conventions, tout en gardant une spécificité propre – n'entrera en vigueur qu'après le dépôt du dixième instrument de ratification.

2) Le nouveau mécanisme : un cadre commun, des dispositions spécifiques

Les rédacteurs du nouveau protocole ont cherché à reprendre autant que possible les dispositions existantes telles qu'interprétées par les différents Comités en matière de communications et ceci, non seulement parce que l'expérience a permis de dégager un certain nombre de bonnes pratiques, mais également parce qu'une procédure semblable à celle applicable à d'autres droits fondamentaux contribue à témoigner de l'absence de distinction intrinsèque entre les différentes catégories de droits.

Tout d'abord, une procédure presque identique à celle qui existe au sein de l'art. 41 PIDCP est mise en place : les communications interétatiques (art. 10 PF) ne peuvent être présentées et ne peuvent viser que les Etats qui ont expressément reconnu la compétence du CODESC en la matière. « Ni juridictionnels, pas même 'quasi-juridictionnels' », les Comités deviennent alors d'« amiables compositeurs » cherchant à rapprocher les points de vue quant à la conduite à adopter pour être en conformité avec les Pactes²⁶⁴. Ils dressent des rapports indiquant les faits, les positions étatiques en présence et éventuellement la solution trouvée. Le CODESC se voit alors reconnaître un pouvoir supplémentaire par rapport au CDH : il peut en cas d'échec du

²⁵⁸ Rés. de la Com. DH, 2003/18 (22 avril 2003).

²⁵⁹ Rés. 1/3 (29 juin 2006).

²⁶⁰ A/HCR/8/7 (6 mai 2008).

²⁶¹ Rés. 8/2 (18 juin 2008).

²⁶² Pour un récit précis sur la construction du Protocole : Claire MAHON, « Progress at the Front : The Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », HRLR, 2008, p. 617.

²⁶³ Matthew CRAVEN, « The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights », précit., p. 470.

²⁶⁴ Jacques MOURGEON, précit., p. 359-360.

règlement amiable, communiquer ses vues propres sur le sujet aux *seuls* Etats intéressés, témoignant ainsi d'une certaine indépendance vis-à-vis des parties.

La procédure de communication individuelle se rapproche également à de maintes égards des textes et pratiques existants : la compétence *ratione personae* du CODESC est semblable à celle prévue par le PF à la Conv. EDAW qui était en cela novateur par rapport au PF au PIDCP : non seulement les particuliers, mais également les groupes de particuliers, qui se prétendent victimes d'une violation d'un droit garanti par le PIDESC peuvent présenter une communication individuelle. Plus encore, celle-ci peut être présentée au nom des victimes (avec leur consentement en principe), ce qui permet (entre autres) aux organisations non gouvernementales spécialisées dans la défense des droits sociaux de déposer des communications, sans avoir à justifier d'une quelconque habilitation onusienne. Malgré les controverses en la matière liées en particulier à la crainte d'un afflux de communications et au risque d'*actio popularis*, le choix a donc porté sur une compétence *ratione personae* large du côté des auteurs et classique du côté de l'Etat défendeur, qui doit nécessairement être partie au Protocole.

Plus encore, une procédure d'autosaisine du Comité permet aux ONG de l'avertir d'atteintes graves ou systématiques à l'un des DESC et de l'inciter à enquêter alors même que les victimes, par crainte des représailles ne leur auraient pas donné leur mandat²⁶⁵ : l'enquête peut alors se dérouler sur le territoire de l'Etat concerné, le Comité peut présenter des observations et recommandations, demander à l'Etat d'y répondre et publier un compte rendu succinct des résultats (art. 11). Cette procédure également prévue au sein du PF à la Conv. EDAW reste cependant tributaire d'une coopération étatique forte, puisqu'il s'agit d'une clause facultative soumise à déclaration étatique et puisque les visites sur le territoire national et la publication des résultats dépendent d'un accord express de l'Etat concerné.

S'agissant des communications individuelles, classiquement, la compétence *ratione loci* concerne des auteurs relevant de la juridiction d'un Etat Partie, la compétence *ratione temporis* est limitée aux faits postérieurs à l'entrée en vigueur du PF sauf violation continue, les voies de recours internes doivent avoir été épuisées, sauf délais de procédure déraisonnables, la communication être présentée dans les 12 mois suivant la décision interne définitive, une exception de recours parallèle est posée et les demandes incompatibles avec le Pacte, manifestement mal fondées, insuffisamment étayées ou abusives sont irrecevables. Ces conditions devraient alors permettre de limiter le nombre de communications et de concentrer le Comité sur des sujets où son intervention s'avère indispensable. Ce même souci peut conduire le Comité à écarter, en l'absence de graves questions d'importance générale, les communications « dont il ne ressort pas que l'auteur a subi un désavantage notable ». Spécificité au

²⁶⁵ Claire MAHON, précit., p. 641.

regard des autres procédures internationales, cette condition se rapproche pourtant grandement de la clause d'absence de « préjudice important » créée par le Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'Homme.

La compétence *ratione materia* a fait l'objet d'intenses débats, même si finalement, elle est semblable à celles prévues par les PF au PIDCP et à la Conv. EDAW : il s'agissait essentiellement de choisir entre une approche globale intégrant la protection de tous les DESC énoncés dans le Pacte, sans distinction entre eux, et une approche sélective permettant aux Etats de choisir les droits pouvant faire l'objet d'une communication et d'élargir le champ de cette justiciabilité petit à petit en fonction de leur niveau de développement et de leurs ressources. Afin d'éviter la hiérarchisation entre les droits et de conserver un parallélisme avec le PF au PIDCP, c'est finalement l'approche globale qui a été privilégiée, la communication pouvant concerner une violation « d'un des droits économiques, sociaux et culturels énoncés dans le Pacte ». Il restait alors la question non moins épineuse de la justiciabilité du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Celui-ci n'a en définitive pas été écarté expressément de la procédure, même si, commun aux 2 Pactes (art. 1), ce droit pourra ne pas être considéré comme spécifiquement économique, social ou culturel. A l'image du CDH, le CODESC pourra décider que ce droit ne peut être invoqué qu'en lien avec l'invocation de la violation d'un autre article du Pacte²⁶⁶.

L'examen de la communication relève davantage de spécificité que les conditions de recevabilité : tout d'abord, le Comité met ses bons offices au service d'un règlement amiable mettant fin au différend, phase de conciliation absente des autres protocoles facultatifs mais présente au sein de certains systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme. Ensuite et surtout, « lorsqu'il examine les communications [...], le Comité détermine le caractère approprié des mesures prises par l'Etat Partie » (art. 8 § 4) pour « assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte » (art. 2 § 1 PIDESC). « Ce faisant, il garde à l'esprit le fait que l'Etat Partie peut adopter un éventail de mesures pour mettre en œuvre les droits » concernés (art. 8 § 4 PF). La disposition rappelle alors que la réalisation des droits sociaux nécessite l'adoption d'un certain nombre de mesures, que le Comité n'est pas compétent pour choisir lesquelles, compétence dévolue aux autorités politiques nationales, mais qu'il reste compétent pour déterminer l'aptitude de ces mesures à atteindre le but fixé : la réalisation des DESC et le respect du PIDESC²⁶⁷.

Sur la base de cet examen et conformément aux pratiques des autres Comités, le CODESC remet alors ses constatations accompagnées de ses recommandations, l'Etat Partie doit alors indiquer dans les six mois les actions menées à la lumière de celles-ci. Les Etats parties ne s'engagent donc pas à se

²⁶⁶ *Idem*, p. 632.

²⁶⁷ Barbara WILSON, « Quelques réflexions sur l'adoption du protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies », RTDH, 2009, p. 305.

conformer aux constatations du Comité (contrairement à l'art. 46 CEDH), formulation qui aurait « transform[é] la nature de la procédure de quasi judiciaire en judiciaire » sans présenter les garanties procédurales qui doivent aller en principe de pair avec la judiciarisation²⁶⁸. Mais il est tout à fait envisageable que le CODESC se conforme à la pratique du CDH en vue de renforcer l'effectivité de ses constatations : il pourra ainsi demander régulièrement aux Etats des comptes sur le suivi des différends, nommer un rapporteur spécial à cet effet, publier intégralement ses constatations et les mesures de suivi, au sein de son rapport annuel et établir des communiqués de presse, autant de « soft procedures » « essentiellement fondées sur la persuasion et, dans une certaine mesure, sur l'aversion que peuvent éprouver des gouvernements d'être mis au pilori pour violation des droits de l'Homme », ainsi que sur la pression de l'opinion publique internationale²⁶⁹.

Il existe cependant une particularité remarquable dans la manière dont est pensée la mise en œuvre des constatations relatives à une violation du PIDESC : l'art. 14 permet au Comité de transmettre aux institutions internationales compétentes les besoins de conseil et d'assistance techniques qu'il a pu observer au cours d'une procédure, mais également « toute question » « qui peut les aider à se prononcer (...) sur l'opportunité de mesures internationales propres à aider l'Etat Partie à progresser sur la voie de la mise en œuvre des droits reconnus dans le Pacte ». Un fond d'affectation spéciale est également créé pour « fournir aux Etats Parties une assistance spécialisée et technique » et renforcer les « capacités nationales » en vue d'une meilleure application des droits consacrés par le PIDESC. Le protocole semble ainsi rappeler, à toutes fins utiles, tel un serpent de mer, que la pleine réalisation des droits économiques, sociaux et culturels dépendra (entre autres) de la coopération internationale et des ressources disponibles.

Le PF au PIDESC opère donc une synthèse audacieuse entre une volonté forte de justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels et la crainte d'un empiètement sur des choix politiques relevant de la politique gouvernementale, entre un effort d'identification à la procédure offerte aux droits civils et politiques et un souci lié à la réalisation spécifique des droits sociaux, entre la réitération de dispositions traditionnelles et l'intégration moderne des bonnes pratiques développées par les différents Comités. Il est encore trop tôt, à l'heure où sur 160 Etats Parties au PIDESC, 35 ont signé le protocole et seulement 3 l'ont ratifié (l'Equateur, l'Espagne, la Mongolie), pour savoir si les Etats relèveront le pari de cette audace ou lui tourneront le dos. Mais déjà, l'initiative commence à laisser des traces, et conformément au désir des acteurs centraux de ce texte, la porte ouverte à la justiciabilité

²⁶⁸ E/CN.4/1997/105, Annexe IV, (6 décembre 1996), § 47.

²⁶⁹ Alexandre KISS, « La protection des droits de l'Homme et les techniques de mise en œuvre du droit international », in *La protection des droits de l'Homme et l'évolution du droit international*, A. Pédone, 1998, p. 154-156.

internationale permet d'accepter peu à peu l'invocabilité nationale²⁷⁰, stade ultime de l'efficacité du droit international des droits de l'Homme.

Pour citer cet article

Sophie Grosbon « Les ruptures du droit international », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012
<http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/les-ruptures-du-droit-international.pdf>

²⁷⁰ Cass. soc., 16 décembre 2008, Eichenlaub c./Axia France, n° 05-40.876