

REVUE BELGE DE DROIT INTERNATIONAL
2006/1 – Éditions BRUYLANT, Bruxelles

LE PROTOCOLE FACULTATIF AU PACTE INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS

PAR

Olivier DE SCHUTTER (1)

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE LOUVAIN;
GLOBAL LAW PROFESSOR, NEW YORK UNIVERSITY;
PROFESSEUR INVITÉ À L'UNIVERSITÉ DE PARIS I-PANTHÉON-SORBONNE

Résumé

Depuis l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948, moment inaugural de l'épanouissement du droit international des droits de l'homme après le second conflit mondial, toute la trajectoire de celui-ci peut s'interpréter comme ayant visé à surmonter la division entre les droits dits « civils et politiques » d'une part, les droits « économiques, sociaux et culturels » d'autre part. La ligne de front se situe aujourd'hui dans le débat portant sur l'adoption d'un Protocole additionnel au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels instaurant la possibilité de communications individuelles introduites auprès du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Cette étude offre d'abord de répondre aux arguments des adversaires du Protocole facultatif. Elle approfondit deux questions centrales du débat portant sur l'opportunité du Protocole facultatif : celle de la « justiciabilité » des droits économiques, sociaux et culturels, d'une part, celle des obligations dites « internationales » des Etats parties, d'autre part. Dans une troisième partie, le texte évoque d'autres questions soulevées au cours de la discussion portant sur le Protocole facultatif, mais qui, de nature plus strictement technique, concernent les modalités du Protocole facultatif, plutôt que le principe même de son adoption.

I. — INTRODUCTION

Depuis l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948, moment inaugural de l'épanouissement du droit international

(1) Mes remerciements vont à l'ensemble des participants au séminaire juridique de haut niveau organisé par le Ministère français des Affaires Etrangères à Nantes les 5-7 septembre 2005, à qui les réflexions développées dans cette étude doivent beaucoup; ainsi qu'à la Commission internationale des juristes et particulièrement à Claire MAHON.

des droits de l'homme après le second conflit mondial, toute la trajectoire de celui-ci peut s'interpréter comme ayant visé à surmonter la division entre les droits dits «civils et politiques» d'une part, les droits «économiques, sociaux et culturels» d'autre part. La ligne de front se situe aujourd'hui dans le débat portant sur l'adoption d'un Protocole additionnel au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels instaurant la possibilité de communications individuelles introduites auprès du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (2). Ce débat a été lancé il y a presque vingt ans, après que le Conseil économique et social des Nations Unies eut créé ce comité d'experts en 1985, afin de recevoir les rapports remis par les Etats parties au Pacte «sur les mesures qu'ils auront adoptées et sur les progrès accomplis en vue d'assurer le respect des droits reconnus dans le Pacte» (3). Il a gagné en vigueur lorsque, le 25 juin 1993, les représentants de 171 Etats ont adopté par consensus la déclaration et le programme d'action de Vienne de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, dont le paragraphe 75 de la première partie «encourage la Commission des droits de l'homme à poursuivre, en coopération avec le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, l'étude de protocoles facultatifs se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels» (4).

A présent, ce débat est arrivé à un tournant (5). Lors de sa cinquante-neuvième session tenue en 2003, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies a créé un groupe de travail à composition non limitée, chargé d'examiner les options qui s'offrent en ce qui concerne l'élaboration d'un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (6). Ce groupe de travail

(2) *S.T.N.U.*, vol. 999, p. 171. Au 1^{er} septembre 2005, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels est en vigueur à l'égard de 154 Etats.

(3) Article 16 §1^{er}, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

(4) Doc. ONU A/CONF.157/23, 12 juillet 1993.

(5) Les contributions les plus significatives à cette discussion sont, dans l'ordre chronologique de leur apparition, Ph. ALSTON, «Establishing a right to petition under the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *Collected Courses of the Academy of European Law : The Protection of Human Rights in Europe* (Florence, European University Institute), vol. IV, livre 2 (1993), p. 115; F. COOMANS et G.J.H. VAN HOOFF (eds.), *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, 25-28 janvier 1995)* (Utrecht, Netherlands Institute of Human Rights, 1995); K. ARAMBULO, *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Theoretical and Procedural Aspects*, Intersentia, Antwerpen, 1999; W. VANDENHOLE, «Completing the UN Complaint Mechanisms for Human Rights Violations Step by Step : Towards a Complaints Procedure Complementing the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *Neth. Quar. of Human Rights*, vol. 21, n° 3, 2003, pp. 423-462.

(6) Doc. ONU E/CN.4/2003/18 (22 avril 2003). La résolution a été adoptée sans vote, c'est-à-dire à l'unanimité des membres de la Commission. Agissant sur la base de la recommandation de son Rapporteur spécial sur la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels, M. Danilo TÜRK (E/CN.4/Sub.2/1992/16, para. 211), la Sous-Commission pour la promotion et la

devait se réunir à cette fin avant la soixantième session de la Commission, et prendre en compte notamment dans ses discussions le rapport du Comité des droits économiques, sociaux et culturels à la Commission concernant le projet de protocole facultatif (7), les observations et opinions exprimées par les États, les organisations intergouvernementales, y compris les institutions spécialisées des Nations Unies, et les organisations non gouvernementales, ainsi que les rapports (8) de l'expert indépendant Hatem Kotrane de l'Université de Tunis, nommé en 2001 à la suite de l'adoption de la résolution 2001/30 de la Commission des droits de l'homme (9). A sa session suivante, prenant acte du rapport établi par le groupe de travail à la suite de sa réunion entre le 23 février et le 5 mars 2004 (10), la Commission des droits de l'homme – ici encore à l'unanimité des votes émis (11) – décidait de renouveler le mandat de ce groupe de travail pour deux années supplémentaires (12). Ce groupe de travail s'est réuni à nouveau du 10 au 20 janvier 2005 (13). En février 2006, il tiendra sa dernière séance de travail avant que la Commission des droits de l'homme décide, ou non, de le charger de l'élaboration du texte du Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. La négociation actuelle a des contours devenus familiers depuis une dizaine d'années dans ce domaine : une organisation non gouvernementale – la Commission internationale des juristes – joue un

protection des droits de l'homme a encouragé à plusieurs reprises la Commission des droits de l'homme à créer un groupe de travail à composition non limitée chargé de l'élaboration du texte du Protocole facultatif.

(7) Doc. ONU E/CN.4/1997/105 (18 décembre 1996), annexe. Ce document important, soumis par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels à la cinquante-troisième session de la Commission des droits de l'homme (1997) en réponse à la demande formulée par celle-ci lors de sa session précédente (Résolution 1996/16, para. 10), propose un projet de Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Ce projet est établi sur la base des discussions que le Comité a tenues à partir des rapports établis par son rapporteur sur cette question, M. Philip ALSTON.

(8) Doc. ONU E/CN.4/2002/57 (12 février 2002) et E/CN.4/2003/53 (13 janvier 2003).

(9) E/CN.4/RES/2001/30 (20 avril 2001). La résolution disait que cet expert indépendant «examinera la question d'un projet de protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels à la lumière, entre autres, du texte figurant dans l'annexe du document E/CN.4/1997/105 [ci-dessus, n° 6], des observations faites à ce sujet par les États, les organisations intergouvernementales et non gouvernementales, ainsi que du rapport du séminaire sur la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels, compte tenu en particulier du projet de protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et qui présentera un rapport à la Commission à sa cinquante-huitième session afin qu'elle examine un éventuel suivi et des mesures à prendre pour l'avenir, notamment la création d'un groupe de travail de la Commission à composition non limitée qui serait chargé d'examiner la question d'un projet de protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels» (para. 8, c)).

(10) E/CN.4/2004/44 (15 mars 2004).

(11) Le vote de cette résolution fut acquis par quarante-huit voix en faveur, avec cinq abstentions.

(12) Résolution 2004/29 de la Commission des droits de l'homme.

(13) Pour le rapport établi par la présidente du Groupe de travail, la représentante du Portugal M^{me} Catarina de Albuquerque, et soumis à la soixante-et-unième session de la Commission des droits de l'homme (mars-avril 2005), voy. Doc. ONU E/CN.4/2005/52 (10 février 2005).

rôle décisif d'aiguillon, apportant aux délégués des gouvernements son expertise et sa capacité de mobilisation au sein de la société civile internationale; un groupe pilote d'Etats, «amis» du projet, au premier rang desquels il faut ici faire figurer le Portugal et la France, tente de contribuer à faire émerger un consensus en élargissant progressivement le cercle des pays en faveur du Protocole; enfin, une coalition d'organisations non gouvernementales appuie le processus, et apporte une contribution importante sur les questions techniques que rencontre la discussion (14).

Le moment est important. Depuis la Conférence mondiale sur les droits de l'homme de 1993, un nombre important d'études et de rapports ont permis d'identifier, dans le détail, les enjeux liés à l'adoption du Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Parallèlement, la jurisprudence nationale faisant application de droits économiques, sociaux et culturels formulés de manière identique ou très semblable aux droits qu'énumère le Pacte a progressé de manière spectaculaire (15). Le 6 octobre 1999, était adopté le Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, instaurant un mécanisme de communications individuelles devant le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, alors que cette Convention reconnaît – certes, sous l'angle de l'exigence de non-discrimination – des droits économiques, sociaux et culturels (16). Le 16 novembre 1999, est entré en vigueur le Protocole (dit «de

(14) Sur le rôle croissant des organisations non gouvernementales dans la formation du droit international, notamment dans le domaine des droits de l'homme, voy. par exemple S. SUR, «Vers une Cour pénale internationale: la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité», *Rev. gén. dr. inter. public*, vol. 103, 1999, p. 19, ici spéc. pp. 35-36; M. KAMMINGA, «The Evolving Status of NGOs under International Law: A Threat to the Inter-State System?», in Ph. Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford Univ. Press, 2005, pp. 94-111.

(15) Voy. notamm. le document d'information préparé par le Haut Commissariat aux Droits de l'Homme à l'intention du groupe de travail à composition non limitée chargé d'examiner la question d'un projet de protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, contenant une sélection de jurisprudence relative aux droits économiques, sociaux et culturels (Doc. ONU E/CN.4/2004/WG.23/CRP.1 (28 novembre 2003)); ainsi que les décisions supplémentaires recueillies dans un second document de même nature, présenté le 15 novembre 2004 (Doc. ONU E/CN.4/2005/WG.23/CRP.1 (15 novembre 2004)). En doctrine, voy. notamm. S. LIEBENBERG, «The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal Systems», in A. EIDE, C. KRAUSE & A. ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Kluwer Law International, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht-Boston-London, 2nd rev. ed. 2001, pp. 55-84; ou les contributions réunies dans P. VAN DER AUWERAERT, T. DE PELSMAEKER, J. SARKIN et J. VANDE LANOTTE (eds.), *Social, Economic and Cultural Rights. An Appraisal of Current European and International Developments*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2002.

(16) Rés. A/54/4 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 6 octobre 1999. Ce protocole est entré en vigueur le 22 décembre 2000. Au 7 janvier 2005, le protocole était en vigueur à l'égard de 71 Etats. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a adopté sa première décision sur une communication individuelle le 14 juillet 2004, dans l'affaire *M^{me} B.-J. c. Allemagne* (communication n° 1/2003), dans laquelle elle conclut à l'irrecevabilité de la requête pour défaut d'épuisement des voies de recours internes. Voy. sur les débats préparatoires à l'adoption de ce protocole A. BYRNES et J. CONNORS, «Enforcing the Human Rights of Women: A Complaints Process for the Women's Convention?», *Brooklyn Journal of International Law*,

San Salvador») additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme sur les droits économiques, sociaux et culturels (17), qui reconnaît la possibilité de requêtes individuelles en cas de violation du droit d'association syndicale ou du droit à l'éducation (18). Le 1^{er} juillet 1998, le nombre de cinq ratifications ayant été atteint, est entré en vigueur dans le cadre du Conseil de l'Europe le Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives (19). Ces évolutions sont convergentes. Elles illustrent une tendance croissante à la juridictionnalisation des mécanismes de contrôle des droits économiques, sociaux et culturels, et à l'assimilation de ceux-ci, du point de vue des mécanismes de surveillance dont ils sont pourvus, aux droits civils et politiques.

Il n'y a pas à s'étonner que, dans un tel contexte, les adversaires du Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels tendent à se dévoiler davantage, et à formuler de façon plus explicite les arguments qui, selon eux, rendent ce protocole au mieux inutile, au pire, dangereux (20). Ces arguments ne forment pas nécessairement un ensemble cohérent. Il est difficile par exemple, à la fois d'affirmer une prétendue «non-justiciabilité» des droits économiques, sociaux et culturels, et de souligner le risque que l'instauration d'un mécanisme de communications individuelles devant le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, conduise à redoubler – ou «dupliquer» – les mécanismes déjà existants pour assurer une protection juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle des droits économiques et sociaux (21). Il y a sans doute aussi quelque paradoxe à affirmer que l'instauration d'un tel mécanisme fera concurrence au travail des institutions spécialisées de l'Organisation des Nations Unies telles que l'UNESCO, la FAO ou l'OMS, ou à celui de l'Organisation internationale du travail dans la mise en œuvre des Conventions et recomman-

Vol. XXI No. 3 (1996), pp. 682-797; S. CARTWRIGHT, «Rights and Remedies : the Drafting of an optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women», *Otago Law Review*, vol. 9, 1998, p. 239; A. WÖRGETTER, «The draft optional protocol to the Law on the Elimination of all forms of Discrimination against Women», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2, 1997, p. 261. Pour une présentation des acquis du Protocole, voy. M.G.E. BIJNSDORP, «The Strength of the Optional Protocol to the United Nations Women's Convention», *Neth. Quarterly of Human Rights*, vol. 18, n° 3, p. 342.

(17) Protocole ouvert à la signature des Etats parties à la Convention américaine des droits de l'homme le 17 novembre 1988 (Série des traités de l'O.E.A., n° 69). 13 Etats sont parties au Protocole de San Salvador.

(18) Articles 8, a), et 13 respectivement du Protocole de San Salvador.

(19) Protocole ouvert à la signature des Etats parties à la Charte sociale européenne ou à la Charte sociale européenne révisée le 9 novembre 1995, *S.T.C.E.*, n° 158. Au 10 septembre 2005, 11 Etats avaient ratifié ce protocole.

(20) Voy. M. J. DENNIS et D.P. STEWART, «Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights : Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health?», *American Journal of International Law*, vol. 98, juillet 2004, pp. 462-515.

(21) Sur ce risque, voy. ci-après, section III.2.

dations adoptées en son sein, tout en exprimant par ailleurs le regret que font défaut des standards généralement acceptés au sein de la communauté internationale à partir desquels définir le contenu de droits tels que le droit à l'éducation (22), le droit à l'alimentation (23), le droit à la santé (24), ou le droit à des conditions de travail justes et favorables (25) – alors que, précisément, c'est à travers le travail de ces institutions spécialisées que les obligations des Etats qui correspondent à ces droits ont pu progressivement gagner en consistance. Sur un plan plus fondamental enfin, on peut s'étonner que les auteurs mêmes qui dénoncent le développement par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels d'une interprétation du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels allant au-delà de l'intention des auteurs de ce traité, estiment que trop d'incertitudes subsistent quant au contenu des obligations des Etats parties pour que ce comité puisse se voir confier la tâche de recevoir des communications individuelles.

Avérées ou non, ces incohérences finalement important assez peu. La teneur des arguments mis en avant par les adversaires du Protocole facultatif mérite en revanche l'attention. Ces arguments, auxquels il vient d'être fait allusion, se fondent non pas sur une hostilité aux droits économiques, sociaux et culturels en tant que tels, mais sur un refus de leur reconnaissance en tant que droits susceptibles de donner lieu à un traitement de nature quasi-juridictionnelle. Ces arguments méritent l'examen. La partie suivante de l'étude cherche à les réfuter (II.). Elle approfondit deux questions centrales du débat portant sur l'opportunité du Protocole facultatif : celle de la «justiciabilité» des droits économiques, sociaux et culturels, d'une part, celle des obligations dites «internationales» des Etats parties, d'autre part. Une troisième partie évoque d'autres questions soulevées au cours de la discussion portant sur le Protocole facultatif, mais qui, de nature plus strictement technique, concernent les modalités du Protocole facultatif, plutôt que le principe même de son adoption (III.).

(22) Article 13 du Pacte.

(23) Article 11 du Pacte (reconnaissant, au §1^{er}, «le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture [suffisante]», ainsi que, au §2, «le droit fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim»).

(24) Article 12 du Pacte (évoquant «le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre»).

(25) Article 7 du Pacte.

II. — LE DÉBAT SUR L'OPPORTUNITÉ DU PROTOCOLE FACULTATIF

A. — *Le contexte général*

Le contexte général de cette discussion est bien connu. Après que fut adoptée la Déclaration universelle des droits de l'homme, dont l'article 22 suggérait déjà que les droits dits économiques, sociaux et culturels pourraient faire l'objet de mesures de mise en œuvre différentes des mesures d'application des droits dits civils et politiques (26), s'est posée la question de savoir sous quelle forme l'engagement politique contenu dans la Déclaration – sur l'évolution du statut juridique de laquelle on ne s'étendra pas ici – pourrait se traduire par l'adoption d'un instrument juridiquement obligatoire. Au départ, était envisagée l'adoption d'un pacte unique, prolongeant la Déclaration universelle des droits de l'homme et comprenant les mesures de mise en œuvre de celle-ci. Dans une résolution adoptée à sa cinquième session (1950), l'Assemblée générale des Nations Unies demande ainsi au Conseil économique et social «d'inviter la Commission des droits de l'homme, conformément à l'esprit de la Déclaration universelle, d'énoncer clairement dans le pacte des droits économiques, sociaux et culturels, de façon à les relier aux libertés civiles et politiques» figurant déjà dans le projet alors en cours d'élaboration (27). La même section de cette résolution demandait au Conseil économique et social d'inviter la Commission des droits de l'homme à «prendre toutes mesures nécessaires en vue de s'assurer, pour l'étude de ces droits, la collaboration d'autres organes des Nations Unies et des institutions spécialisées». Sur la base de ces recommandations, qui lui furent transmises par la résolution 349 (XII) du Conseil économique et social, la Commission des droits de l'homme élabora l'année suivante 14 articles sur les droits économiques, sociaux et culturels en se fondant sur les propositions faites par les gouvernements et les suggestions des institutions spécialisées. Sa proposition incluait également dix articles prévoyant un mécanisme de contrôle des obligations imposées par le pacte aux Etats,

(26) L'article 22 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dit d'abord que «Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale». Il poursuit : «...elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays». Cette formule a sa source dans une solution de compromis proposée par le représentant français à la Commission des droits de l'homme, René Cassin : voy. M.J. DENNIS et D.P. STEWART, «Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights : Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health?», *op. cit.*, p. 478.

(27) Rés. 421 (V) de l'Assemblée générale des Nations Unies, «Projet de pacte international relatif aux droits de l'homme et mesures de mise en œuvre; travaux futurs de la Commission des droits de l'homme» (4 décembre 1950) (section E de la résolution). La résolution 421 (V) fut adoptée par 38 votes à 7, avec 12 abstentions. La section (E) de la résolution, demandant l'inclusion dans le projet de pacte des droits économiques, sociaux et culturels, fut adoptée par 35 votes à 9, avec 7 abstentions.

mécanisme fondé sur la remise de rapports périodiques par les Etats parties au pacte. Mais c'est alors que les débats internes de la Commission des droits de l'homme firent apparaître les difficultés qui, selon certains représentants des Etats membres de la Commission, résulteraient du fait d'inclure en un seul instrument aussi bien les droits civils et politiques, qui faisaient l'objet des 18 premiers articles élaborés par la Commission des droits de l'homme, et les droits économiques, sociaux et culturels, qui y furent ensuite adjoints (28). Plusieurs Etats, parmi lesquels notamment la France, les Etats-Unis, le Danemark, le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, estimaient – sans aucunement remettre en cause l'égale importance de l'ensemble des droits et leur interdépendance – que les mécanismes de mise en oeuvre ne pouvaient être identiques pour les droits civils et politiques d'une part, pour les droits économiques, sociaux et culturels d'autre part. Tirant les conclusions de ces débats, le Conseil économique et social demanda à l'Assemblée générale de reconsidérer le point de vue adopté dans la résolution 421 (V) de 1950, et d'accepter l'idée de deux instruments séparés. L'Assemblée générale se rangea à ce point de vue, sans renoncer au principe de l'interdépendance et de l'indivisibilité de l'ensemble des droits de la Déclaration universelle. Lors de sa sixième session, elle pria le Conseil économique et social de demander à la Commission des droits de l'homme de rédiger,

«pour qu'ils soient soumis ensemble à la septième session de l'Assemblée générale, deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, l'un portant sur les droits civils et politiques, l'autre sur les droits économiques, sociaux et culturels, afin que l'Assemblée générale puisse approuver ces deux pactes simultanément et les ouvrir à la signature à la même date, ces deux pactes devant, pour traduire fortement l'unité du but visé et assurer le respect effectif des droits de l'homme, contenir le plus grand nombre possible de dispositions similaires, notamment en ce qui concerne les rapports à présenter par les Etats sur la mise en oeuvre de ces droits» (29).

Il n'est pas nécessaire ici de reconstruire dans le détail les positions adoptées par les Etats membres des Nations Unies au cours des débats de 1950-1952 ayant débouché sur le choix d'élaborer non pas un pacte unique relatif aux droits de l'homme, mais deux pactes séparés, dotés chacun d'un mécanisme de contrôle spécifique (30). Ce qui se dégage clairement de cette discussion est la

(28) Doc. ONU E/1992 (E/CN.4/640), Rapport de la septième session de la Commission des droits de l'homme, 1951, Annexes, pp. 57-85.

(29) Rés. 543 (VI) de l'Assemblée générale des Nations Unies, «Rédaction de deux projets de Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme» (5 février 1952). L'Assemblée générale adopta simultanément une résolution sur la rédaction des articles relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels, demandant que les formulations retenues soient améliorées, «afin d'assurer une protection plus efficace des droits auxquels ils se rapportent» (Rés. 544 (VI) de l'Assemblée générale des Nations Unies, «Rédaction des articles sur les droits économiques, sociaux et culturels» (5 février 1952)).

(30) Le lecteur se reportera aux débats tenus au cours des cinquième (1950) et sixième (1951-1952) sessions de l'Assemblée générale des Nations Unies, dans le cadre de la troisième commission de celle-ci.

conviction à l'époque d'un nombre significatif d'Etats que les droits économiques, sociaux et culturels sont d'une «nature» différente des droits civils et politiques, et que cette différence doit se refléter dans leur régime juridique (31). Alors que des droits tels que la liberté d'expression ou le droit à la liberté et à la sécurité de la personne n'exigeraient de l'Etat que des abstentions, des droits tels que le droit à l'éducation ou à la sécurité sociale exigeraient de lui qu'il intervienne, par l'adoption de mesures mettant en oeuvre ces droits. En outre, tandis que le respect des droits civils et politiques n'aurait pas d'implications budgétaires significatives, la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels serait coûteuse, dès lors qu'elle exigerait de l'Etat qu'il fournisse des prestations aux personnes qui se trouvent sous sa juridiction. Il en résulterait également que, tandis que le respect des droits civils et politiques peut être imposé à l'ensemble des Etats de manière uniforme, les exigences qui pourraient être imposées aux Etats dans la mise en oeuvre des droits économiques, sociaux et culturels, devraient varier selon le degré de développement de chaque Etat, et selon les ressources qu'il a à sa disposition afin de les réaliser. Enfin, la coopération internationale serait requise s'agissant de la mise en oeuvre des droits économiques, sociaux et culturels, tandis qu'elle n'aurait au contraire pas de rôle à jouer dans le cadre du respect dû aux droits civils et politiques. Ce sont ces considérations, déjà apparentes dans la formulation de l'article 22 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui a été rappelée ci-dessus, qui sont à l'origine de la fameuse clause de «réalisation progressive», qui figure à l'article 2, §1^{er} du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels :

Chacun des Etats 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.

A l'origine, la réalisation progressive dont les droits économiques, sociaux et culturels devaient faire l'objet n'impliquait pas, dans l'esprit des rédacteurs des pactes au sein de la Commission des droits de l'homme, que ces droits devraient être considérés comme non justiciables. Au contraire, une proposition de résolution introduite par l'Inde à la septième session de la Commission des droits de l'homme, d'après laquelle c'est la «non-

(31) En doctrine, le débat portant sur la possibilité ou non d'assimiler les droits économiques, sociaux et culturels aux droits civils et politiques a été vif particulièrement entre 1975 et 1995. Contre une telle assimilation, voy. notamment M. BOSSUYT, «La distinction juridique entre droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels», *Human Rights Journal*, vol. 8, 1975, pp. 783-813; et VIERDAG, «The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *Neth. Yearbook of International Law*, vol. 9, 1978, p. 43. Pour une réponse à ces auteurs, voy. G.J.H. VAN HOOF, «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views», in P. ALSTON & K. TOMASEVSKI (eds.), *The Right to Food*, SIM-Martinus Nijhoff Publ., 1984, pp. 97-110.

justiciabilité» des droits économiques, sociaux et culturels qui justifierait le choix d'une autre méthode de mise en œuvre, fut rejetée par la Commission des droits de l'homme par 12 voix contre 5 (32). Par cette expression de «non-justiciabilité», l'Inde entendait souligner, en réalité, que l'Etat ne pouvait se voir imputer dans tous les cas le défaut de réalisation de ces droits, compte tenu de l'existence de facteurs qui pouvaient faire obstacle à leur pleine réalisation alors qu'ils ne dépendent pas de l'Etat (33). Mais aux yeux des Etats ayant rejeté cette proposition de résolution, le risque était que, par l'usage de l'expression de «non-justiciabilité», l'on n'en vienne à nier le caractère juridiquement obligatoire des droits économiques, sociaux et culturels, et l'existence même d'une obligation des Etats de prendre des mesures immédiates visant à en assurer la mise en œuvre.

L'on sait, néanmoins, l'impact qu'a produit, sur la définition des mécanismes de mise en œuvre, le choix fait par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1952 de scinder en deux le pacte international relatif aux droits de l'homme. Lorsque, conformément au vœu émis par l'Assemblée générale, les deux textes furent simultanément ouverts à signature, seul le Pacte international relatif aux droits civils et politiques s'est vu pourvu d'un comité d'experts indépendants, le Comité des droits de l'homme, chargé de veiller au respect par les Etats parties de leurs obligations, par l'examen des rapports périodiques que ces Etats doivent lui remettre. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels prévoyait quant à lui un examen par le Conseil économique et social des rapports remis par les Etats «sur les mesures qu'ils auront adoptées et sur les progrès accomplis en vue d'assurer le respect des droits reconnus dans le Pacte» (article 16 § 1er) (34). De même, seul le Pacte international relatif aux droits civils et politiques contient une disposition faisant obligation aux Etats parties de garantir un «recours utile» à toute personne dont les droits qu'il reconnaît auront été violés (article 2, § 3, a)); aucune clause relative au droit à un recours effectif n'existe dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Enfin, seul le Pacte relatif aux droits civils et politiques a vu son adoption accompagnée de celle d'un Protocole

(32) Doc. ONU E/CN.4/SR.248, p. 26. Le Danemark, les Etats-Unis d'Amérique, la Grèce, et le Royaume-Uni votèrent en faveur de la proposition indienne. Il est significatif que la France, bien qu'elle eut défendu l'idée d'une clause affirmant une obligation de réalisation progressive en matière de droits économiques, sociaux et culturels, ait voté contre, avec 11 autres Etats. Sans doute, est-ce à cet épisode que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels fait allusion, lorsqu'il note dans son Observation générale n° 9 qu'au moment de l'élaboration du Pacte, «les tentatives visant à y inclure une clause tendant à rendre ces droits 'non applicables d'une manière directe' ont été fermement rejetées» (*Observation générale n° 9 : Application du Pacte au niveau national*, adoptée à la dix-neuvième session (1998) (doc. ONU E/1999/22), para. 11).

(33) UN doc. E/CN.4/619/Rev. 1.

(34) Comme dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 40 § 2), les rapports étatiques remis dans le cadre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels peuvent «faire connaître les facteurs et les difficultés empêchant ces Etats de s'acquitter pleinement des obligations prévues» dans ce Pacte (article 17, § 2).

facultatif donnant compétence au Comité des droits de l'homme de recevoir des communications individuelles émanant de particuliers relevant de la juridiction de l'Etat partie au Pacte qui a adhéré au Protocole (35).

Au rythme des évolutions que connaît le droit international des droits de l'homme, 40 ans représentent des siècles. En 1985, près de dix ans après l'entrée en vigueur, le 3 janvier 1976, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Conseil économique et social a choisi de créer le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, transformant ainsi en un comité d'experts indépendants, étroitement inspiré du modèle du Comité des droits de l'homme, le groupe de travail qu'il avait mis sur pied (36) après l'entrée en vigueur du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels afin de s'acquitter de la mission que lui confient les articles 16 et 17 de cet instrument (37). Ce comité a effectué un travail considérable, justifiant une extension de son nombre de sessions annuelles (38). A travers les observations finales qu'il a rendues sur les rapports étatiques initiaux et périodiques qui lui sont présentés et à travers les observations générales qu'il a adoptées, le comité des droits économiques, sociaux et culturels a contribué à la compréhension des obligations découlant pour les Etats parties de leur adhésion au Pacte. C'est dans ce contexte que le débat sur la «justiciabilité» des droits économiques, sociaux et culturels doit être repris.

(35) Début 2005, le premier Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques était en vigueur à l'égard de 104 Etats. Selon des chiffres disponibles au 15 août 2005, depuis l'entrée en vigueur du Protocole facultatif le 23 mars 1976, le Comité des droits de l'homme a achevé l'examen de 1417 communications enregistrées relatives à 78 pays. Il a adopté des constatations dans 499 de ces cas (387 constatations de violations; 112 constatations de non-violation). 408 communications ont été déclarées irrecevables. L'examen de 192 autres communications a été interrompu pour d'autres motifs. 318 autres communications sont actuellement pendantes devant le Comité.

(36) Rés. Ecosoc 1988 (LX) du 11 mai 1976; et Déc. Ecosoc 1978/10 du 3 mai 1978. Cette dernière décision crée le groupe de travail devant assister le Conseil économique et social dans les tâches qui lui sont assignées par la partie IV du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Le Conseil économique et social a dû modifier à plusieurs reprises les méthodes de travail de ce groupe de travail. Le fonctionnement de celui-ci n'a jamais été véritablement satisfaisant : voy. G. WESTERVEEN, «Towards a System for Supervising States' Compliance with the Right to Food», in P. ALSTON & K. TOMASEVSKI (eds.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff Publ., 1984, pp. 119-134, spéc. p. 121.

(37) Rés. Ecosoc 1985/17 (28 mai 1985). La résolution prévoit l'élection par le Conseil économique et social de dix-huit personnalités ayant une compétence reconnue dans le domaine des droits de l'homme et siégeant à titre individuel. Les candidats sont présentés par les Etats parties au Pacte. Une répartition géographique équitable ainsi qu'une représentation des différents systèmes juridiques sont prévues dans la composition du comité. Les experts du comité sont élus pour un mandat de quatre ans et sont rééligibles une fois.

(38) Le Comité se réunit à Genève pour deux sessions par an de trois semaines chacune, ainsi que pour une semaine en pré-session.

B. — *La question de la justiciabilité des obligations figurant dans le Pacte des droits économiques, sociaux et culturels*

Qu'est-ce, d'abord, que cette «justiciabilité» qu'une certaine doctrine tend à dénier aux droits économiques, sociaux et culturels, le défaut de «justiciabilité» de ces droits étant alors présenté faisant obstacle à l'attribution au Comité des droits économiques, sociaux et culturels d'une compétence de recevoir des communications individuelles? Dans ce contexte, la «justiciabilité» ne saurait naturellement s'entendre sans circularité de la possibilité pour l'individu qui en est victime de faire appel audit Comité afin de se plaindre de la violation des droits économiques, sociaux et culturels dont il est victime (39). La notion de «justiciabilité» fait référence ici à la capacité pour les clauses substantielles du Pacte de constituer le point d'appui à la motivation, fondée en droit, d'un constat de violation effectuée par le Comité (40). Cependant, cette simple définition suffit à démontrer la

(39) Dans leur article précité (p. 474), Michael Dennis et David Stewart s'en prennent à la tautologie à laquelle se ramènerait la position de Matthew Craven, selon qui «The justiciability of a particular issue depends, not on the quality of the decision, but rather on the authority of the body to make the decision. *Prima facie* then, in so far as the Committee is given the authority to assume a quasi-judicial role over the rights in the Covenant, those rights will be justiciable» (M. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : A Perspective on Its Development*, Oxford Univ. Press, 1995, p. 102). Il y a cependant une part de vérité dans la position de M. Craven : elle aboutit en somme à mettre en lumière la circularité de la position qui, à l'inverse de la sienne, prétend refuser au Comité des droits économiques, sociaux et culturels la compétence de recevoir des communications individuelles au nom de ce que les critères d'appréciation des violations des droits énoncés dans le Pacte seraient insuffisamment précis, alors justement que, s'il subsiste des incertitudes sur les critères qui seront retenus, c'est justement parce que le Comité n'a pas encore pu exercer cette compétence et clarifier ainsi, dans le contexte concret que permettent les communications individuelles, les exigences du Pacte. C'est ce qu'exprime Ph. Alston, qui relève la nécessité de «break the vicious cycle that currently afflicts international discussions of economic and social rights in which no innovative procedures are adopted on the grounds that the rights remain normatively under-developed and no normative development occurs because new procedures are studiously avoided» (Ph. ALSTON, «Establishing a Right to Petition under the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *op. cit.*, pp. 151-152). L'Expert indépendant sur le protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels estime également que parmi les bénéfices à attendre de l'adoption d'un tel protocole, figure le fait que «the establishment of a procedure for examining complaints under the Covenant would (...) contribute, through the specific cases and real situations that will be examined, to the development of a coherent body of principles covering all the rights set forth in the Covenant» (E/CN.4/2003/53(13 janvier 2003), para. 55, b)). En réponse à l'argument selon lequel l'attribution au Comité d'une compétence de recevoir des communications individuelles permettra de clarifier progressivement les exigences du Pacte, Dennis et Stewart estiment qu'il met la charrue avant les bœufs (article cité, p. 489, note 194). Le point de vue défendu ici ne se ramène à aucune de ces deux positions : l'argument de cette étude est que la prétendue incertitude quant aux critères d'identification des violations du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels est un mythe, et qu'en réalité, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a suffisamment clarifié le contenu des exigences découlant du Pacte, de manière telle que l'attitude qu'il adoptera face aux communications individuelles qui lui sont soumises est parfaitement prévisible.

(40) La justiciabilité a été définie comme «a right's amenability to be subjected to the scrutiny of a court of law or another judicial or quasi-judicial entity» : K. ARAMBULO, *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, p. 55.

part d'illusion que recèle la notion de «justiciabilité», dès lors que cette notion nous est présentée comme une qualité intrinsèque des normes à appliquer, alors qu'il faut la concevoir plutôt comme la combinaison de cette norme avec le contexte dans lequel elle s'insère (41). C'est en effet toujours dans un contexte défini que l'on demande à l'instance juridictionnelle de trancher un litige en faisant application des règles qui lui sont données. La «justiciabilité» n'est dès lors pas une notion univoque : d'après le contexte dans lequel la notion est invoquée, elle peut revêtir des significations profondément différentes. Or de quelle justiciabilité s'agit-il ici ? Sur la base d'une communication individuelle qui lui sera présentée, la question posée au Comité sera de savoir si le traitement dont l'individu a fait l'objet de la part de l'Etat, que ce soit par le fait de l'action des organes de celui-ci ou par le fait de leur omission, est ou non conforme aux obligations que le Pacte impose. Dans ce type de contentieux, la «justiciabilité» dont il est question sera toujours négative et indirecte. Elle sera négative : il ne s'agira pas pour le Comité d'indiquer, positivement, ce que doit faire l'Etat pour s'acquitter des obligations que le Pacte lui impose ; il s'agira pour lui de constater que l'attitude qu'il a adoptée est ou n'est pas conforme à ces obligations. L'Etat conservera toujours le choix des moyens par lesquels s'acquitter des obligations que le Pacte lui impose. S'il résulte d'un constat de violation que telle voie lui est fermée, il peut explorer d'autres voies dans les limites qu'impose le respect du Pacte. La forme de «justiciabilité» qui est requise des clauses substantielles du Pacte est en outre indirecte : que le fait de l'Etat constitue une action ou une omission, c'est toujours le fait de l'Etat (c'est-à-dire de ses organes, législatif, exécutif ou judiciaire) qui sera examiné, et non directement la situation à laquelle est confrontée l'individu, et dont il est victime. Il peut être reproché à l'Etat de n'avoir pas respecté le droit en cause, ou de ne l'avoir pas protégé vis-à-vis des comportements d'autres particuliers, ou encore de n'avoir pas pris des mesures propres à en assurer la réalisation : c'est toujours le manquement de l'Etat dont il s'agit, à qui telle situation doit donc être imputable, avant qu'il puisse être mis en cause.

Le caractère purement déclaratoire des constats que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels – ce qu'on vient d'appeler la justiciabilité purement «négative» du Pacte – signifie que, lorsqu'il constatera que l'Etat n'a pas respecté les obligations que lui impose le Pacte dans certaines situations qui lui sont présentées sur la base de communications individuelles, le Comité ne viendra pas se substituer aux pouvoirs publics internes : à eux et à eux seuls, il reviendra d'examiner les différentes solutions qui s'offrent

(41) Aucune règle juridique d'ailleurs n'a la vertu, par elle-même et de manière décontextualisée, de fournir la solution d'un litige concret. C'est toujours en rapport avec un réseau de normes, notamment celles qui définissent les compétences de la juridiction et les règles de procédure qui la régissent, mais aussi les principes d'interprétation sur lesquelles elle peut prendre appui, qui permettent de faire produire à la règle cette conséquence.

à l'Etat pour aboutir à un résultat plus satisfaisant, au terme d'une appréciation d'opportunité portant sur le choix des moyens à mettre en oeuvre, dans les limites des obligations découlant du Pacte dans l'interprétation qu'en aura donnée le Comité. Et quant à l'exigence que la situation dénoncée puisse être imputée à l'Etat – ce qu'on a qualifié de justiciabilité seulement «indirecte» du Pacte –, elle signifie que ce n'est pas directement la situation de l'individu qui sera en cause, mais cette situation en tant qu'elle peut être rapportée à un manquement de l'Etat qui, par exemple, n'a pas pris les mesures qu'on pouvait attendre de lui pour faire face à une famine ou pour combattre une épidémie.

La question de la «justiciabilité» du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ne doit donc pas se comprendre comme la question de savoir si droit au travail, le droit de toute personne à la sécurité sociale, ou le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, possèdent en soi une signification suffisamment concrète pour que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels puisse fonder sur ces droits une motivation. La question à poser est plutôt de savoir si les obligations que le Pacte impose aux Etats, au départ de ces différents droits, sont suffisamment définies pour permettre au Comité non pas d'indiquer dans le détail quelles mesures doivent être prises, mais d'identifier dans le chef de l'Etat certains comportements qui constituent des violations suffisamment claires de ces obligations. Il est plus opportun à cet égard de s'interroger sur la justiciabilité des obligations que le Pacte impose aux Etats, que sur celle des droits que le Pacte reconnaît à l'individu : le constat de violation auquel aboutirait éventuellement le Comité à la suite d'une communication individuelle sera fondé en effet, non seulement sur une appréciation de la situation que subit un individu, mais aussi, nécessairement, sur une appréciation du comportement des organes de l'Etat, qui peut être jugé satisfaisant ou non.

Ainsi replacée dans son contexte, la question de la «justiciabilité» reçoit une réponse évidemment affirmative. 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. Trois doctrines complémentaires ont servi au Comité à clarifier les exigences découlant du Pacte.

1. *Les trois niveaux d'obligation : respecter, protéger, réaliser*

Premièrement, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a emprunté à la doctrine la classification en trois catégories des obligations que le Pacte impose aux Etats parties, classification en principe valable

quel que soit le droit dont il s'agit (42). L'Etat doit d'abord *respecter* le droit, c'est-à-dire s'abstenir de prendre des mesures qui privent quiconque de ce droit dans la mesure où il est réalisé. L'Etat doit ensuite *protéger* le droit, c'est-à-dire veiller à ce que d'autres particuliers ne puissent en commettre une violation. S'agissant du droit à l'eau par exemple, qui découle à la fois du droit de chacun à un niveau de vie suffisant y compris une nourriture suffisante (article 11, §1^{er} du Pacte) et du droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (article 12 du Pacte), il doit, par exemple, empêcher des tiers «de refuser l'accès en toute égalité à un approvisionnement en eau adéquat, et de polluer ou de capter de manière injuste les ressources en eau», et «veiller à ce que les tiers qui gèrent ou contrôlent les services (...) ne compromettent pas l'accès physique, à un coût abordable et sans discrimination, à une eau salubre et de qualité acceptable, en quantité suffisante» par la mise en place un système réglementaire efficace (43). Enfin l'Etat doit *réaliser* le droit (ou lui *donner effet*), c'est-à-dire soit *faciliter l'exercice* dudit droit par chacun (s'assurer que chacun ait les moyens d'exercer effectivement le droit en cause), soit, lorsque certaines personnes ou populations ne peuvent exercer ce droit par elle-même, *fournir* ledit droit (44). Cette obligation d'assurer la fourniture du droit ne s'impose qu'à

(42) L'on doit à Henry Shue la première conceptualisation, sous cette forme, de ces obligations : voy. H. SHUE, *Basic Rights : Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, 1980, pp. 35-64 (2nd ed. 1996). Celle-ci a ensuite été reprise par A. Eide dans son rapport sur le droit à l'alimentation : voy. A. EIDE, «The Right to Food as a Human Right», doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1983/25. Les principes directeurs de Maastricht sur les droits économiques, sociaux et culturels, adoptés les 22-26 janvier 1997 par un ensemble d'experts réunis par la Commission internationale des juristes, le Centre des droits de l'homme de l'Université de Maastricht et le Urban Morgan Institute for Human Rights de Cincinnati (Ohio), à l'occasion du dixième anniversaire des principes du Limbourg sur la mise en oeuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Doc. ONU E/CN.4/1987/17, Annex; *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, pp. 122-135 (1987)) prennent encore appui sur cette analyse (voy. le para. 6 de ces principes directeurs, tels que reproduits par le *Human Rights Quarterly*, vol. 20, n° 1 (1998), et *Neth. Quarterly of Human Rights*, vol. 15, n° 2, 1997). Pour un commentaire : V. DANKWA, «Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights», *Human Rights Quarterly*, vol. 20, n° 3, 1998, pp. 705-730.

(43) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 15 : Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, adoptée lors de la vingt-neuvième session (2002) (doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003), para. 23-24.

(44) Voy. par exemple Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (article 12)*, adoptée à la vingt-deuxième session (2000), para. 33. En ce qui concerne le droit à la santé, et compte tenu de l'importance de la promotion de la santé notamment dans les travaux de l'OMS, le Comité englobe dans l'obligation de donner effet l'obligation de *promouvoir* : voy. le para. 37 de l'Observation générale n° 14. Cette obligation de promouvoir le droit figure également dans l'Observation générale que le Comité a consacrée au droit à l'eau : voy. *Observation générale n° 15 : Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, adoptée lors de la vingt-neuvième session (2002) (doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003), para. 25 («L'obligation de *promouvoir* requiert de l'État partie qu'il mène des actions pour assurer la diffusion d'informations appropriées sur l'utilisation hygiénique de l'eau, la protection des sources d'eau et les méthodes propres à réduire le gaspillage»).

titre subsidiaire, lorsque les moyens que l'Etat met en oeuvre afin de faciliter l'exercice du droit par chacun à sa propre initiative ne suffisent pas à assurer le résultat voulu : « d'une façon générale, [les Etats] sont tenus d'assurer l'exercice d'un droit donné énoncé dans le Pacte lorsqu'un particulier ou un groupe de particuliers sont incapables, pour des raisons échappant à leur contrôle, d'exercer ce droit avec les moyens dont ils disposent » (45).

L'obligation de respecter le droit est une obligation négative : elle impose à l'Etat une interdiction de s'immiscer dans la jouissance d'un droit reconnu. L'obligation de protéger et l'obligation de réaliser constituent des obligations positives : elles imposent à l'Etat des obligations d'agir. En dépit de quoi, à chacun de ces trois niveaux d'obligations, certaines obligations immédiates peuvent être identifiées (46). C'est immédiatement que l'Etat doit respecter le droit dans la mesure où l'individu en jouit. C'est immédiatement qu'il doit intervenir s'il apparaît que la jouissance par l'individu de son droit est perturbée par les comportements d'autrui. C'est immédiatement que l'Etat doit prendre des mesures lui permettant de progresser vers l'objectif de la pleine réalisation du droit en cause. La notion de réalisation progressive qui figure à l'article 2 § 1^{er} du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ne constitue pas un obstacle à la reconnaissance, aux obligations qui s'imposent aux Etats parties au Pacte, d'un caractère immédiat. Le Comité a relevé que :

le fait que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels prévoit une démarche qui s'inscrit dans le temps, autrement dit progressive, ne saurait être interprété d'une manière qui priverait l'obligation en question de tout contenu effectif. D'une part, cette clause permet de sauvegarder la souplesse nécessaire, compte tenu des réalités du monde et des difficultés que rencontre tout pays qui s'efforce d'assurer le plein exercice des droits économiques, sociaux et culturels; d'autre part, elle doit être interprétée à la lumière de l'objectif global, et à vrai dire de la raison d'être du Pacte, qui est de fixer aux Etats parties des obligations claires en ce qui concerne le plein exercice des droits en question. Ainsi, cette clause impose l'obligation d'œuvrer aussi rapidement et aussi efficacement que possible pour atteindre cet objectif. (47)

(45) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 13 : Le droit à l'éducation (article 13)*, adoptée à la vingt et unième session (1999) (doc. ONU E/C.12/1999/10), au para. 47. Egalement *Observation générale n° 14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (article 12)*, adoptée à la vingt-deuxième session (2000), para. 33; et *Observation générale n° 15 : Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, adoptée lors de la vingt-neuvième session (2002) (doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003), para. 25.

(46) Voy. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 12 : Le droit à une nourriture suffisante (article 11 du Pacte)*, adoptée à la vingtième session (1999) (doc. ONU E/C.12/1999/5), para. 16 : « Certaines des mesures à prendre à ces différents niveaux d'obligation des Etats parties ont un caractère immédiat, tandis que d'autres sont des mesures à long terme, de façon à assurer progressivement le plein exercice du droit à l'alimentation ».

(47) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 3 : La nature des obligations des Etats parties (art. 2, par. 1 du Pacte)*, adoptée à la cinquième session (1990)

Cette approche met l'accent sur les obligations de l'Etat plutôt que sur les droits de l'individu. Ceci permet de rompre notre dépendance vis-à-vis des formulations que contiennent respectivement le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, pour évoquer chacune des catégories de droits auxquelles ces instruments se rapportent. En effet, bien qu'elles ne diffèrent pas de manière significative par leur degré de précision, ces formulations respectives mettent généralement l'accent sur l'obligation négative de non-ingérence dans le cas des droits civils et politiques, et sur l'obligation positive de réalisation dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels (48). Or si l'on reconnaît que ces trois niveaux d'obligations (respecter, protéger, réaliser) trouvent à s'imposer aussi bien dans le cadre des droits civils et politiques que dans celui des droits économiques, sociaux et culturels, la distinction entre ces deux catégories de droits s'affaïsse. A. Eide note ainsi que, tandis que l'accent est mis dans la formulation des droits économiques, sociaux et culturels sur l'obligation de réalisation, c'est-à-dire sur le troisième niveau des obligations de l'Etat, il est placé, dans la formulation des droits civils et politiques, sur le premier niveau d'obligation (49). Un effet de perspective en découle, qui conduit à deux erreurs jumelles : celle qui consiste à considérer que les droits économiques, sociaux et culturels n'imposent pas d'obligations immédiates à l'Etat puisque leur mise en œuvre serait subordonnée à l'existence de ressources suffisantes ; et celle qui consiste à considérer que les droits civils et politiques ne requièrent pas de ressources pour leur mise en œuvre – alors que,

(doc. ONU E/1991/23), au para. 9. Voy. aussi, par exemple, l'*Observation générale n° 13 : Le droit à l'éducation (article 13)*, adoptée à la vingt et unième session (1999) (doc. ONU E/C.12/1999/10), au para. 44 ; ou l'*Observation générale n° 15 : Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, adoptée lors de la vingt-neuvième session (2002) (doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003), para. 17 (« Certes, 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 l'eau : par exemple, celle de garantir son exercice sans discrimination (art. 2, par. 2) et celle d'agir (art. 2, par. 1) en vue d'assurer l'application pleine et entière des articles 11, paragraphe 1, et 12. Les mesures à prendre à cet effet doivent avoir un caractère délibéré et concret et viser au plein exercice du droit à l'eau »).

(48) Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques recourt à des formules qui interdisent : « Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie » (article 6 § 1^{er}) ; « Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » (article 7) ; « Nul ne sera tenu en esclavage » ou en servitude, et nul ne sera astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire (article 8) ; nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires (article 9), ni d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance (article 17). En général, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ne recourt pas à ces formulations négatives, mais identifie certains droits de l'individu, avant d'évoquer les mesures appropriées que doit prendre l'Etat pour la réalisation dudit droit. Certaines dispositions constituent des exceptions, par exemple en ce qui concerne l'obligation pour l'Etat de respecter la liberté des parents en matière d'enseignement (article 13 § 3), ou celle de respecter la liberté de recherche scientifique (article 15 § 3).

(49) A. EIDE, « Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights », *op. cit.*, pp. 24-25.

ainsi que le notent Ph. Alston et G. Quinn, «the full realization of civil and political rights is heavily dependent both on the availability of resources and the development of the necessary societal structures» (50). La question de l'interdiction des expulsions forcées fournit une bonne illustration des implications qui découlent de ces choix de perspective : bien que le droit à un logement suffisant, tel qu'il est reconnu à l'article 11 §1^{er} du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, paraisse subordonné à l'existence de ressources suffisantes – comme les autres droits du Pacte, il semble devoir être réalisé «au maximum des ressources disponibles» de l'Etat (article 2 §1) –, en réalité l'interdiction des expulsions forcées comme élément du droit au logement n'est pas soumis à cette condition, ce que vient confirmer le fait que l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques interdit les immixtions arbitraires ou illégales dans le domicile (51). C'est parce qu'elle fait apercevoir que la mise en œuvre des droits civils et politiques, comme celle des droits économiques, sociaux et culturels, exige de la part des Etats qu'ils prennent les mesures requises pour leur réalisation, y compris notamment d'ordre budgétaire, que la transposition aux droits civils et politiques de cette typologie mériterait d'être approfondie dans ses conséquences (52).

La suspicion qui entoure l'adoption par l'Etat de mesures délibérément régressives, c'est-à-dire entraînant une diminution du niveau de jouissance d'un droit déterminé, peut s'expliquer également en la reliant à ce tryptique d'obligations. Dès son Observation générale de 1990 consacrée à la

(50) Ph. ALSTON et G. 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° 2, 1987, p. 172.

(51) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 7 : Le droit à un logement suffisant (art. 11, par. 1 du Pacte) : expulsions forcées*, adopté à la seizième session (1997) (doc. ONU E/1998/22, annexe IV), para. 8.

(52) En ce sens, W. VANDENHOLE, «Completing the UN Complaint Mechanisms for Human Rights Violations Step by Step», *op. cit.*, p. 431. L'unité des droits civils et politiques et des droits économiques et sociaux que permet de faire apercevoir la perspective des obligations de l'Etat ressort des termes suivants qu'utilise le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) pour décrire la responsabilité juridique de l'Etat. L'évaluation du respect par l'Etat de ses obligations en matière de droits de l'homme, indique le PNUD, «consiste à déterminer si ce dernier respecte, protège et réalise les droits, tout en tenant compte des contraintes liées à ses moyens, de son histoire et de ses conditions naturelles. *Respecter les droits*, c'est s'abstenir de s'immiscer dans les droits des individus, que ce soit par la torture ou l'arrestation arbitraire, par l'expulsion d'individus hors de leur logement ou par l'application de tarifs qui rendent les soins médicaux inaccessibles aux personnes pauvres. *Protéger les droits*, c'est empêcher les violations par d'autres intervenants, qu'il s'agisse de vérifier que les employeurs satisfont aux normes élémentaires de travail, d'empêcher les parents de tenir leurs enfants à l'écart du système scolaire. *Réaliser les droits*, c'est prendre des mesures, notamment législatives, budgétaires et juridiques, par exemple, instaurer une loi qui, à travail égal, prévoit un salaire égal, ou augmenter les dépenses consacrées aux régions les plus défavorisées» (PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 2000. Droits de l'homme et développement humain*, Paris et Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2000, p. 93). Il est significatif que, dans ces exemples, les droits civils et politiques soient mêlés aux droits économiques, sociaux et culturels : l'analyse des obligations de l'Etat revêt des formes identiques, quelle que soit la catégorie à laquelle se rattache le droit de l'individu.

nature des obligations des Etats parties au Pacte, le Comité avait considéré que «toute mesure délibérément régressive dans ce domaine 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» (53). Cette approche a été confirmée par la suite. En matière d'éducation par exemple, le Comité relève que «le Pacte n'autorise aucune mesure régressive s'agissant du droit à l'éducation, ni d'ailleurs des autres droits qui y sont énumérés. S'il prend une mesure délibérément régressive, l'Etat partie considéré doit apporter la preuve qu'il l'a fait après avoir mûrement pesé toutes les autres solutions possibles et qu'elle est pleinement justifiée eu égard à l'ensemble des droits visés dans le Pacte et à l'ensemble des ressources disponibles» (54). Cette approche est également adoptée à l'égard d'autres droits du Pacte (55). Bien que l'adoption de mesures délibérément régressives par l'Etat soit généralement présentée comme distincte de manquements à l'obligation de respecter les droits du Pacte, en réalité elle peut s'y assimiler : est chaque fois en cause une mesure adoptée par l'Etat qui diminue le niveau de protection d'un droit, et qui exige dès lors de la part de l'Etat une justification particulière (56).

2. Les obligations fondamentales de l'Etat

Deuxièmement, tout Etat doit respecter le minimum essentiel («core content») des droits énoncés dans le Pacte; s'il échoue à respecter même ce niveau minimum d'obligation, il lui appartiendra de démontrer qu'il n'a négligé aucun moyen pour s'y conformer, à défaut de quoi il sera considéré comme en violation du Pacte (57). Le Comité des droits économiques,

(53) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 3 : La nature des obligations des Etats parties (art. 2, par. 1 du Pacte)*, adoptée à la cinquième session (1990) (doc. ONU E/1991/23), au para. 9.

(54) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 13 : Le droit à l'éducation (article 13)*, adoptée à la vingt et unième session (1999) (doc. ONU E/C.12/1999/10), au para. 45.

(55) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 15 : Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, adoptée lors de la vingt-neuvième session (2002) (doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003), para. 19 («...le Pacte interdit toute mesure rétrograde s'agissant du droit à l'eau. S'il prend une mesure délibérément rétrograde, l'Etat partie doit apporter la preuve qu'il l'a fait après avoir mûrement pesé toutes les autres solutions possibles et que cette mesure est pleinement justifiée eu égard à l'ensemble des droits visés dans le Pacte, et ce en utilisant au maximum les ressources disponibles»).

(56) Ainsi par exemple, figure parmi les manquements à l'obligation de respecter le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint «la suspension de la législation en vigueur ou l'adoption de lois ou de politiques qui font obstacle à l'exercice de l'une quelconque des composantes du droit à la santé» : *Observation générale n° 14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (article 12)*, adoptée à la vingt-deuxième session (2000), para. 50.

(57) Sur cette notion, voy. A. CHAPMAN et S. RUSSELL (éd.), *Core Obligations : Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Antwerpen, 2002.

sociaux et culturels note ainsi, dans l'Observation générale qu'il a consacrée au droit à une nourriture suffisante que garantit l'article 11 du Pacte :

Il y a violation du Pacte lorsqu'un État n'assure pas au moins le minimum essentiel requis pour que l'individu soit à l'abri de la faim. Pour déterminer quelles actions ou omissions constituent une violation du droit à l'alimentation, il est important de distinguer si l'État partie est dans l'incapacité de se conformer à cette obligation ou n'est pas enclin à le faire. Si un État partie fait valoir que des contraintes en matière de ressources le mettent dans l'impossibilité d'assurer l'accès à l'alimentation à ceux qui ne peuvent le faire par eux-mêmes, 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. Ceci découle du paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte, en vertu duquel chacun des États parties est tenu de faire le nécessaire 'au maximum de ses ressources disponibles', comme le Comité l'a précédemment souligné au paragraphe 10 de son Observation générale n° 3. Il incombe donc à l'État, qui affirme ne pas pouvoir s'acquitter de son obligation pour des raisons indépendantes de sa volonté, de prouver que tel est bien le cas et qu'il s'est efforcé, sans succès, d'obtenir un soutien international pour assurer la disponibilité et l'accessibilité de la nourriture nécessaire. (58)

Ce passage confirme simplement la doctrine traditionnelle du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, telle qu'elle s'exprime notamment dans son Observation générale n° 3 de 1990 portant sur la nature des obligations des États parties (59). Cependant, une hésitation se fait jour ici, à propos de la possibilité pour l'État de justifier, notamment par l'absence de ressources suffisantes, l'inexécution des obligations qualifiées de «fondamentales» qui correspondent au contenu essentiel minimum des

(58) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 12 : Le droit à une nourriture suffisante (article 11 du Pacte)*, adoptée à la vingtième session (1999) (doc. ONU E/C.12/1999/5), para. 17.

(59) Le Comité note dans cette Observation générale que «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. En vertu du paragraphe 1 de l'article 2, chacun des États parties est tenu d'agir 'au maximum de ses ressources disponibles'. 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» (*Observation générale n° 3 : La nature des obligations des États parties (art. 2, par. 1 du Pacte)*), adoptée à la cinquième session (1990) (doc. ONU E/1991/23), au para. 10). Voy. déjà Ph. ALSTON, «Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights», *Human Rights Quarterly*, vol. 9, n° 3, 1987, ici pp. 352-353.

droits que reconnaît le Pacte. Alors que les principes directeurs de Maastricht (60) tendent à affirmer que le non-respect des obligations fondamentales constitue une violation du Pacte, sans que puissent entrer en ligne de compte les difficultés et obstacles rencontrés par l'Etat (61), les passages qui viennent d'être cités tendent à accroître qu'un Etat pourrait justifier par ce motif une inexécution de ces obligations fondamentales. Cependant, dans son Observation générale n°14 relative au «droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint», tel que le reconnaît l'article 12 du Pacte, le Comité – après avoir défini le contenu de ces obligations fondamentales – dit qu'un Etat partie «ne peut absolument dans aucun cas justifier l'inexécution des obligations fondamentales (...) auxquelles il est impossible de déroger» (62).

Les obligations fondamentales dont il s'agit dans cette dernière Observation générale, il est vrai, sont soit de nature procédurale (obligation de garantir le droit d'avoir accès aux équipements, produits et services sanitaires sans discrimination aucune, notamment pour les groupes vulnérables ou marginalisés; de veiller à une répartition équitable de tous les équipements, produits et services sanitaires; d'adopter et de mettre en œuvre au niveau national une stratégie et un plan d'action en matière de santé publique), soit de nature substantielle mais définies à un niveau tel que l'on peut présumer que même les pays les moins avancés devraient pouvoir s'en acquitter (obligation d'assurer l'accès à une alimentation essentielle minimale qui soit suffisante et sûre sur le plan nutritionnel, pour libérer chacun de la faim; d'assurer l'accès à des moyens élémentaires d'hébergement, de logement et d'assainissement et à un approvisionnement suffisant en eau salubre et potable; de fournir les médicaments essentiels, tels qu'ils sont définis périodiquement dans le cadre du Programme d'action de l'OMS pour les médicaments essentiels) (63). Ceci pourra expliquer la formulation retenue dans l'Observation générale n° 14 relative au droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint. Cependant, il ne paraît pas qu'il faille prendre à la lettre cette formulation, et exclure de manière absolue qu'un Etat partie au Pacte puisse être considéré comme n'étant pas en violation des obligations que le Pacte impose même si, sous sa juridiction, chacun ne

(60) Sur le contexte d'élaboration de ces principes, voy. ci-dessus, note 42.

(61) Voy. les principes directeurs de Maastricht sur les droits économiques, sociaux et culturels, adoptés les 22-26 janvier 1997, §10 («Such minimum core obligations apply irrespective of the availability of resources of the country concerned or any other factors and difficulties»). Voy. cependant le §13 des principes directeurs qui, sans énoncer une exception en ce qui concerne les obligations fondamentales, relève sous le titre «Inability to comply» que «In determining which actions or omissions amount to a violation of an economic, social or cultural right, it is important to distinguish the inability from the unwillingness of a State to comply with its treaty obligations».

(62) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (article 12)*, adoptée à la vingt-deuxième session (2000), para. 47.

(63) Ces obligations sont définies au para. 43 de l'*Observation générale n° 14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (article 12)*.

bénéficie pas d'une alimentation essentielle minimale qui soit suffisante et sûre sur le plan nutritionnel. Compte tenu du caractère fondamental de l'obligation de garantir à chacun ce niveau minimum de protection, une telle situation crée une forte présomption que l'Etat n'a pas agi conformément aux exigences du Pacte. Cette présomption n'est pas absolue pour autant. Bien qu'un Etat ne puisse se contenter de tirer argument sur un plan général d'un manque de ressources ou d'une insuffisance de développement pour justifier que le contenu essentiel du droit ne soit pas garanti, il doit demeurer possible à l'Etat de faire valoir que des circonstances échappant à son contrôle (telles, par exemple, qu'une catastrophe naturelle ou un conflit armé, combiné au refus de l'assistance ou de la coopération internationale d'autres Etats) ont fait obstacle à ce qu'il puisse respecter même ce niveau minimum d'obligation. L'on peut relever d'ailleurs que, dans l'Observation générale n° 15 relative au droit à l'eau, l'énumération des obligations fondamentales attachées au contenu essentiel de ce droit (64) ne paraît pas faire obstacle à ce que les Etats en développement, notamment, puissent mettre en avant l'insuffisance de la coopération internationale dont ils bénéficient pour pallier le manque de ressources pour justifier que ce contenu essentiel ne soit pas pleinement garanti : le Comité souligne en effet « qu'il incombe tout particulièrement aux États parties et aux autres intervenants en mesure d'apporter leur concours de fournir l'assistance et la coopération internationales – notamment sur les plans économique et technique – nécessaires pour permettre aux pays en développement d'honorer les obligations fondamentales ». Ainsi le défaut de l'Etat de respecter les obligations dites fondamentales découlant du Pacte ne rend-il pas caduque la distinction entre l'incapacité d'agir de l'Etat et son manque de volonté (65). Bien que l'Etat ne pourra justifier par le manque de res-

(64) Il s'agit de l'obligation « d'assurer l'accès à la quantité d'eau essentielle, suffisante et salubre pour les usages personnels et domestiques, afin de prévenir les maladies; de garantir le droit d'accès à l'eau, aux installations et aux services sans discrimination, notamment pour les groupes vulnérables ou marginalisés; d'assurer l'accès physique à des installations et services qui fournissent régulièrement une eau salubre en quantité suffisante; qui comportent un nombre suffisant de points d'eau pour éviter des attentes excessives; et qui soient à distance raisonnable du foyer; de veiller à ce que la sécurité des personnes qui ont physiquement accès à l'eau ne soit pas menacée; d'assurer une répartition équitable de tous les équipements et services disponibles; d'adopter et de mettre en œuvre, au niveau national, une stratégie et un plan d'action visant l'ensemble de la population (...); de contrôler dans quelle mesure le droit à l'eau est réalisé ou ne l'est pas; d'adopter des programmes d'approvisionnement en eau relativement peu coûteux visant à protéger les groupes vulnérables et marginalisés; de prendre des mesures pour prévenir, traiter et combattre les maladies d'origine hydrique, en particulier en assurant l'accès à un assainissement adéquat » (*Observation générale n° 15 : Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, adoptée lors de la vingt-neuvième session (2002) (doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003), para. 37).

(65) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 12 : Le droit à une nourriture suffisante (article 11 du Pacte)*, adoptée à la vingtième session (1999) (doc. ONU E/C.12/1999/5), para. 17 (« Pour déterminer quelles actions ou omissions constituent une violation du droit à l'alimentation, il est important de distinguer si l'Etat partie est dans l'incapacité de se conformer à cette obligation ou n'est pas enclin à le faire »).

sources le manquement à certaines obligations de nature procédurale, notamment celle de surveiller le degré de réalisation et de non-réalisation des droits du Pacte de de mettre sur pied des stratégies visant à leur réalisation effective (66), l'on ne peut *a priori* exclure que l'Etat soit confronté à une situation de force majeure, au sens de l'article 23 des Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (67), qui l'empêche de respecter intégralement le contenu essentiel de chaque droit (68).

3. La clarification de l'obligation de fournir des prestations

Troisièmement, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a progressivement dégagé les caractéristiques essentielles de droits figurant au Pacte qui peuvent exiger, en vue de leur pleine réalisation, qu'ils soient fournis par l'Etat. A travers les observations générales qu'il a consacrées au droit à un logement convenable (69), au droit à une nourriture suffi-

(66) Voy. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 3 : La nature des obligations des Etats parties (art. 2, par. 1 du Pacte)*, adoptée à la cinquième session (1990) (doc. ONU E/1991/23), au para. 11 (« même s'il est démontré que les ressources disponibles sont insuffisantes, l'obligation demeure, pour un Etat partie, de s'efforcer d'assurer la jouissance la plus large possible des droits pertinents dans les circonstances qui lui sont propres. En outre, le manque de ressources n'élimine nullement l'obligation de contrôler l'ampleur de la réalisation, et plus encore de la non-réalisation, des droits économiques, sociaux et culturels, et d'élaborer des stratégies et des programmes visant à promouvoir ces droits »).

(67) Doc. ONU A/56/10 (2001). L'Assemblée générale des Nations Unies a pris acte du Projet d'Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite : AGNU, Rés. 56/83 (2001). L'article 23 § 1 dit que « L'illicéité du fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'Etat et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation ». Le cas de force majeure s'entend de l'impossibilité matérielle absolue pour des circonstances indépendantes de la volonté de l'Etat; une simple difficulté à respecter son obligation internationale ne dispense pas l'Etat de son obligation. En ce qui concerne plus particulièrement le manque de ressources disponibles, l'on rappellera la Déclaration et le Programme d'action de Vienne adoptés lors la Conférence mondiale sur les droits de l'homme de juin 1993 : « Si le développement facilite la jouissance de tous les droits de l'homme, l'insuffisance de développement ne peut être invoquée pour justifier une limitation des droits de l'homme internationalement reconnus » (§ 10).

(68) Dans sa tentative de résumer la jurisprudence du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, l'Expert indépendant H. Kotrane s'en tient à une position ambiguë : « ...each State party has a minimum core obligation to ensure the satisfaction of the basic content of each of the rights contained in the Covenant. A State in which many people lacked the basics – food, primary health care, housing or education – would ostensibly be failing in its obligations under the Covenant and would thus be violating an obligation of result (...). In all cases where a State party fails to fulfil an obligation of result, its liability should be incurred and recognized from the moment that, through its action or its manifest inaction, the State causes actual damage to individuals or groups of individuals who claim to be victims » (E/CN.4/2003/53 (13 janvier 2003), para. 24 et para. 51, a)). Le fait que le résultat ne soit pas atteint ne semble pas suffire en soi à ce que la responsabilité de l'Etat se trouve engagée, si ceci n'est imputable ni à une action de la part de l'Etat ni à son omission délibérée.

(69) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 4 : Le droit à un logement suffisant (article 11, § 1 du Pacte)*, adoptée lors de la sixième session (1991) (doc. ONU E/1992/23), para. 8.

sante (70), au droit à l'éducation (71), au droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (72), ou au droit à l'eau (73), le Comité a ainsi élaboré des critères permettant d'apprécier le caractère adéquat ou non de la manière dont la prestation est fournie, et d'identifier les carences éventuelles afin d'y remédier. La tentative d'identifier les caractéristiques essentielles de ces droits a conduit à l'élaboration d'une grille analytique qui comprend les éléments suivants (74) :

Disponibilité. Chacun doit pouvoir disposer d'une quantité suffisante du bien en cause, en fonction de ses besoins. En ce qui concerne le caractère suffisant de la nourriture par exemple, le Comité relève que «le régime alimentaire dans son ensemble doit contenir une combinaison des nutriments nécessaires pour assurer la croissance physique et mentale, le développement et la subsistance de l'individu, ainsi qu'une activité physique». La quantité d'eau doit être «suffisante et constante pour les usages personnels et domestiques, qui sont normalement la consommation, l'assainissement individuel, le lavage du linge, la préparation des aliments ainsi que l'hygiène personnelle et domestique». En matière de droit à l'éducation, le Comité exige que «les établissements d'enseignement et les programmes éducatifs doivent exister en nombre suffisant à l'intérieur de la juridiction de l'État partie». En ce qui concerne le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint, il suppose de l'État qu'il mette sur pied «en quantité suffisante, des installations, des biens et des services ainsi que des programmes fonctionnels en matière de santé publique et de soins de santé». Le niveau de fourniture requis pourra être identifié à partir des normes fixées par les agences spécialisées, par exemple l'Organisation mondiale de la santé (OMS) en ce qui concerne l'eau ou la fourniture de médicaments essentiels.

Qualité. Le caractère «convenable» du logement suppose que les bénéficiaires aient un accès permanent à «de l'eau potable, de l'énergie pour cuisiner, le chauffage et l'éclairage, des installations sanitaires et de lavage,

(70) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, , *Observation générale n° 12 : Le droit à une nourriture suffisante (article 11 du Pacte)*, adoptée à la vingtième session (1999) (doc. ONU E/C.12/1999/5), para. 8-12.

(71) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 13 : Le droit à l'éducation (article 13)*, adoptée à la vingt et unième session (1999) (doc. ONU E/C.12/1999/10), au para. 6.

(72) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (article 12)*, adoptée à la vingt-deuxième session (2000), para. 12.

(73) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 15 : Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, adoptée lors de la vingt-neuvième session (2002) (doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003), para. 12.

(74) Soulignons que cette grille n'est pas toujours applicable, sans modification, quel que soit le droit en cause. Le résumé qui est donné ici de l'approche du Comité – qui identifie dans les grandes lignes la démarche qu'il a adoptée – ne dispense pas d'un examen, pour chaque droit déterminé, de ses différentes composantes.

des moyens de conservation des denrées alimentaires, d'un système d'évacuation des déchets, de drainage, et des services d'urgence»; il suppose également que le logement soit «habitable», «en ce sens qu'il doit offrir l'espace convenable et la protection contre le froid, l'humidité, la chaleur, la pluie, le vent ou d'autres dangers pour la santé, les risques dus à des défauts structurels et les vecteurs de maladies». La nourriture doit être «exempte de substances nocives». L'eau nécessaire pour chaque usage personnel et domestique doit être «salubre et donc exempte de microbes, de substances chimiques et de risques radiologiques qui constituent une menace pour la santé».

Accessibilité. Les biens et services dont l'Etat garantit la fourniture, directement ou indirectement, afin de se conformer aux obligations que le Pacte lui impose doivent être accessibles, sans discrimination, à toute personne relevant de la juridiction de l'État partie. Selon le Comité, l'accessibilité comporte quatre dimensions qui se recoupent mutuellement :

Non-discrimination. Le bien ou le service en cause doit être accessible à tous en droit et en fait, notamment aux groupes les plus vulnérables, sans discrimination fondée sur une quelconque des considérations sur lesquelles il est interdit de la fonder.

Accessibilité économique (abordabilité). Le droit à un logement convenable suppose ainsi notamment que le coût financier du logement pour les individus ou les ménages situe «à un niveau qui ne menace ni ne compromet la satisfaction d'autres besoins fondamentaux»: il leur revient le cas échéant de prévoir «des allocations de logement en faveur de ceux qui n'ont pas les moyens de payer un logement, et des modalités et niveaux de financement du logement qui reflètent fidèlement les besoins en la matière». En matière de soins de santé, le Comité encourage les Etats à s'assurer que «le coût des services de soins de santé ainsi que des services relatifs aux facteurs fondamentaux déterminants de la santé [soit] établi sur la base du principe de l'équité, pour faire en sorte que ces services, qu'ils soient fournis par des opérateurs publics ou privés, soient abordables pour tous, y compris pour les groupes socialement défavorisés. L'équité exige que les ménages les plus pauvres ne soient pas frappés de façon disproportionnée par les dépenses de santé par rapport aux ménages plus aisés».

Accessibilité physique. Chacun doit avoir accès aux biens ou services dont l'Etat assure directement ou indirectement la fourniture conformément au Pacte. Une attention particulière doit être prêtée à la situation des personnes les plus vulnérables de la société, notamment les enfants et les personnes âgées, les personnes ayant un handicap, les victimes de catastrophes naturelles ou personnes déplacées, ou les segments les plus démunis de la population. L'accessibilité physique suppose également que les biens ou services essentiels, correspondant aux droits énumérés dans le Pacte, soient accessibles à l'ensemble de la population, qu'elle réside en zone urbaine ou

dans des zones rurales. Ainsi le droit à l'éducation suppose-t-il que l'enseignement soit dispensé «en un lieu raisonnablement accessible (par exemple dans une école de quartier) ou à travers les technologies modernes (par exemple l'enseignement à distance)».

Accessibilité de l'information. L'accessibilité d'un bien ou d'un service suppose une information suffisante quant aux moyens de se le procurer. C'est ce qui conduit le Comité, dans certains cas, à faire figurer une obligation de *promouvoir* le droit en cause au sein du troisième niveau d'obligation, celle de lui donner effet (75). Le Comité estime en outre qu'il faut reconnaître à chacun le droit de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées concernant les questions de santé ou relatives à l'eau.

Acceptabilité. Il ne suffit pas à l'Etat de s'assurer que le bien ou service dont la fourniture correspond à un droit du Pacte soit accessible, en quantité et qualité adéquates, dans les conditions de non-discrimination qui en assurent l'accessibilité pour tous. Il faut encore que le bien ou le service soit acceptable, du point de vue de leurs valeurs culturelles ou religieuses, pour chacun. En matière d'alimentation par exemple, le Comité encourage les Etats pour ce motif à «tenir compte, dans toute la mesure possible, des valeurs subjectives, n'ayant rien à voir avec la nutrition, qui s'attachent aux aliments et à la consommation alimentaire».

Dès lors qu'à travers ces différentes doctrines qu'a développées le Comité des droits économiques, sociaux et culturels à l'appui de son interprétation du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, se trouvent précisées les obligations de l'Etat, les dispositions substantielles du Pacte doivent être considérées comme justiciables. A la suite de l'entrée en vigueur du Protocole facultatif, tout particulier qui estime avoir subi un préjudice résultant du manquement de l'Etat à ses obligations telles que définies ci-dessus devrait pouvoir introduire une communication fournissant au Comité des droits économiques, sociaux et culturels la possibilité de constater que l'Etat a, ou non, manqué à ses obligations. La violation du droit de l'individu ne doit pas être distinguée du manquement de l'Etat à ces obligations; la question de la justiciabilité des droits figurant dans le Pacte se résoud d'elle-même dès lors que la question de la violation alléguée est envisagée, non sous l'angle du droit de l'individu, mais sous celui de l'obligation étatique, dont le contenu a été progressivement clarifié par le Comité, à travers ses observations générales ou ses observations finales rendues à la suite de l'examen des rapports étatiques.

Par exemple, la question de savoir si le décès d'une personne n'ayant pas eu accès à des médicaments essentiels constitue une violation de l'article 12 du Pacte, qui garantit le droit de toute personne «de jouir du meilleur état

(75) Voy. ci-dessus, note 44.

de santé (...) qu'elle soit capable d'atteindre», va conduire à s'interroger sur les actions ou omissions de l'Etat qui ont pu causer cette situation. Un constat de violation s'imposera dans les situations suivantes : l'Etat a privé cette personne d'accès aux médicaments de manière discriminatoire; il a omis de fournir des informations quant à la manière d'avoir accès à ces médicaments; il a conclu avec des Etats d'origine des firmes pharmaceutiques détenant des brevets sur ces médicaments des accords garantissant les droits de propriété intellectuelle de ces firmes sur les médicaments qu'elles mettent sur le marché, ce qui a rendu inabordable l'acquisition de médicaments par l'intéressé; l'Etat n'a pas développé des mécanismes permettant de réagir rapidement face à la pénurie de médicaments essentiels; ou bien, ayant connaissance de cette pénurie, il n'a pas investi les ressources nécessaires à l'acquisition de médicaments permettant de garantir l'accès à ceux-ci à sa population, notamment les couches les plus défavorisées de celle-ci; ou bien encore, n'ayant pas les ressources nécessaires pour acquérir ces médicaments de l'étranger et sans possibilité de les produire localement, l'Etat n'a pas fait appel à l'assistance et à la coopération internationale. Dans cet exemple, le fait que le Comité ait identifié parmi les obligations fondamentales de l'Etat liées au droit à la santé l'obligation de «fournir les médicaments essentiels, tels qu'ils sont définis périodiquement dans le cadre du Programme d'action de l'OMS pour les médicaments essentiels», implique une forte présomption que l'Etat pouvait assurer l'accès à ces médicaments essentiels, et il sera très difficile à l'Etat de tirer argument du manque de ressources disponibles.

C. — *La question des obligations internationales*

L'article 2 §1^{er} du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels engage chaque Etat à agir, «tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice» des droits du Pacte. A propos du droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, l'article 11 §1^{er} du Pacte reconnaît «l'importance essentielle d'une coopération internationale librement consentie» (76). Dans la partie IV du Pacte, qui contient les mesures de mise en œuvre de celui-ci, deux dispositions portent sur la coopération internationale : l'article 22 prévoit que le Conseil économique et social «peut porter à l'attention des autres organes de l'Organisation des Nations Unies,

(76) Cette notion de coopération internationale «librement consentie» («based on free consent») ne signifie pas nécessairement qu'elle est facultative dans le chef des Etats parties au Pacte. L'expression pourrait viser plutôt à indiquer que «while an obligation to international co-operation exists, the form which such co-operation will take is to be determined in accordance with the free consent of the State concerned» (Ph. ALSTON, «International Law and the Human Right to Food», in Ph. ALSTON & K. TOMASEVSKI (eds.), *The Right to Food, op. cit.*, pp. 9-68, ici pp. 40-41).

de leurs organes subsidiaires et des institutions spécialisées intéressées qui s'occupent de fournir une assistance technique toute question que soulèvent les rapports mentionnés dans la présente partie du présent Pacte et qui peut aider ces organismes à se prononcer, chacun dans sa propre sphère de compétence, sur l'opportunité de mesures internationales propres à contribuer à la mise en œuvre effective et progressive du présent Pacte» (77); l'article 23 précise les formes que peuvent prendre les «mesures d'ordre international destinées à assurer la réalisation» des droits reconnus dans le Pacte.

Il ressort de l'examen des travaux préparatoires qu'en inscrivant ces dispositions dans le Pacte, les rédacteurs n'avaient pas l'intention d'imposer aux Etats parties une obligation de fournir une assistance ou une coopération internationale à un niveau déterminé (78). Ceci n'a pas empêché le Comité, prenant appui en particulier sur l'article 56 de la Charte des Nations Unies (qui engage les Etats membres de l'Organisation à coopérer de manière à favoriser le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous) et sur le paragraphe 34 de la première partie de la Déclaration et du programme d'action de Vienne (qui encourage notamment les Etats à «faire davantage d'efforts pour aider les pays qui le demandent à créer les conditions permettant à chacun de jouir des droits universels et des libertés fondamentales de l'homme»), à évoquer «l'obligation que les Etats parties ont d'apporter à l'échelle internationale leur aide et leur concours en vue de la pleine réalisation» des droits que reconnaît le Pacte. Ceci implique notamment selon le Comité que dans le cadre de la négociation et de la ratification des accords internationaux, les Etats parties doivent prendre des mesures pour faire en sorte que ces instruments n'aient pas d'effet préjudiciable sur ces droits (79). Les Etats parties au Pacte sont en outre «tenus de veiller, en tant que membres d'organisations internationales, y compris les organisations internationales financières, à ce que leurs actes prennent [ces droits] dûment en considération» (80). Et ils doivent «s'abstenir d'imposer un embargo ou des

(77) Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a consacré à cette disposition son *Observation générale n° 2 : Mesures internationales d'assistance technique (art. 22 du Pacte)*, adoptée lors de sa quatrième session (1990) (doc. ONU E/1990/23).

(78) Ph. ALSTON et G. QUINN, «The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *op. cit.*, ici pp. 186-192. Cependant, pour une position qui semble plus favorable à l'identification d'une obligation juridique de coopération internationale sur la base de l'article 11 du Pacte, voy. Ph. ALSTON, «International Law and the Human Right to Food», in Ph. ALSTON & K. TOMASEVSKI (eds.), *The Right to Food*, *op. cit.*, pp. 9-68, spéc. pp. 40-43.

(79) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 15 : Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, adoptée lors de la vingt-neuvième session (2002) (doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003), para. 35.

(80) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 13 : Le droit à l'éducation (article 13)*, adoptée à la vingt et unième session (1999) (doc. ONU E/C.12/1999/10), au para. 56; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (article 12)*, adoptée à la vingt-deuxième

mesures restrictives du même ordre sur l'approvisionnement d'un autre État» lorsque ceci peut affecter la jouissance des droits que le Pacte reconnaît (81). En outre, les États doivent respecter l'exercice des droits reconnus dans le Pacte dans les autres pays et «empêcher tout tiers de violer [ces droits] dans d'autres pays s'ils sont à même d'influer sur ce tiers en usant de moyens d'ordre juridique ou politique compatibles avec la Charte des Nations Unies et le droit international applicable» (82). En ce qui concerne le droit à la santé, le Comité a estimé que «les États sont investis collectivement et individuellement de la responsabilité de coopérer aux fins de la fourniture de secours en cas de catastrophe et d'une assistance humanitaire en temps d'urgence, y compris l'assistance aux réfugiés et aux déplacés. Chaque État devrait contribuer à cette entreprise au maximum de ses capacités» (83). Une semblable obligation a été identifiée en ce qui concerne le droit à l'eau (84). Enfin, dans le cadre de l'examen des rapports étatiques périodiques, le Comité demande aux États de lui fournir des données rela-

session (2000), para. 39; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n°15 : Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, adoptée lors de la vingt-neuvième session (2002) (doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003), para. 36. Voy. aussi, par exemple, les les Observations finales relatives à l'Irlande (E/C.12/1/Add.77 (5 juin 2002), para. 37 (où le Comité «encourage l'État partie, en tant que membre d'organisations internationales, notamment d'institutions financières internationales telles que le Fonds monétaire international et la Banque mondiale, à faire tout ce qui est en son pouvoir pour que les politiques et décisions de ces organisations soient conformes aux obligations qui incombent aux États parties en vertu du Pacte, en particulier celles figurant au paragraphe 1 de l'article 2, ainsi qu'aux articles 11, 15, 22 et 23 concernant l'aide et la coopération internationales»). Les principes directeurs de Maastricht relèvent que «It is particularly important for States to use their influence to ensure that violations do not result from the programmes and policies of the organizations of which they are members. It is crucial for the elimination of violations of economic, social and cultural rights for international organizations, including international financial institutions, to correct their policies and practices so that they do not result in deprivation of economic, social and cultural rights» (§19).

(81) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n°14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (article 12)*, adoptée à la vingt-deuxième session (2000), para. 41; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n°15 : Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, adoptée lors de la vingt-neuvième session (2002) (doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003), para. 32. Voy. également, sur un plan général, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n°8 : Rapport entre les sanctions économiques et les droits économiques, sociaux et culturels*, adoptée lors de la dix-septième session (1998), doc. ONU E/1998/22.

(82) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n°14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (article 12)*, adoptée à la vingt-deuxième session (2000), para. 39; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n°15 : Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, adoptée lors de la vingt-neuvième session (2002) (doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003), para. 33.

(83) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n°14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (article 12)*, adoptée à la vingt-deuxième session (2000), §40.

(84) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n°15 : Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, adoptée lors de la vingt-neuvième session (2002) (doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003), para. 34.

tives à l'aide publique au développement qu'il consent (85), et insiste pour que les Etats atteignent l'objectif de 0,7 % du PIB fixé par l'ONU (86).

La question du lien entre le Protocole facultatif et l'obligation d'assistance ou de coopération internationale se pose sur trois plans. Le premier, le plus sensible, concerne l'introduction au sein du Protocole facultatif de la possibilité de communications inter-étatiques, sur le modèle de l'article 41 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'introduction d'une telle clause pourrait permettre aux Etats en développement, qui ne bénéficient pas d'une assistance et d'une coopération internationale leur permettant d'assurer la réalisation des droits que reconnaît le Pacte, d'obtenir de la part du Comité le constat qu'un autre Etat partie au Pacte, et ayant accepté cette compétence du Comité, ne s'acquitte pas des obligations internationales que le Pacte impose. Certains Etats, notamment du groupe africain, se sont déclarés favorables à une telle possibilité (87). Au contraire, dans le rapport qu'il a adopté à la suite des discussions tenues en son sein sur la base des travaux préparatoires de Ph. Alston, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a estimé que l'insertion d'une telle possibilité dans le Protocole facultatif ne se recommandait pas (88). L'argument avancé par le Comité est que, dans le cadre d'autres traités où le mécanisme de communication inter-étatique existe, les Etats n'y ont recouru que très rarement, voire pas du tout, les

(85) Dans ses récentes Observations finales relatives à la Norvège, le Comité «demande à l'Etat partie de fournir dans son prochain rapport périodique des données ventilées sur son aide publique au développement, en indiquant les fonds alloués aux différents secteurs dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels. Il souhaite également obtenir des informations sur les mesures prises par l'Etat partie pour honorer ses obligations en vertu du Pacte dans le cadre de sa coopération internationale pour le développement» (E/C.12/1/Add.109 (23 juin 2005), para. 25).

(86) Voy. ainsi les Observations finales relatives à l'Espagne (E/C.12/1/Add.99 (7 juin 2004), para. 10); ou les Observations finales relatives à l'Irlande (E/C.12/1/Add.77 (5 juin 2002), para. 38). Dans ses dernières Observations finales relatives au Luxembourg, le Comité félicite celui-ci pour avoir dépassé cet objectif, et accueille avec satisfaction le fait que le Luxembourg se soit fixé pour objectif, en 2005, le montant de 1 % en aide publique au développement (E/C.12/1/Add.86 (23 mai 2003), para. 6).

(87) S'exprimant dans le groupe de travail à composition non limitée par l'intermédiaire de l'Ethiopie, le Groupe africain a «suggéré que le futur instrument qui serait établi comporte au moins deux parties, dont l'une serait consacrée à l'assistance et à la coopération internationales et tiendrait compte des résolutions de l'Assemblée générale en la matière. Le Groupe africain s'est érigé contre la proposition tendant à ce que cette question ne soit mentionnée que dans le préambule et a estimé que seule une procédure interétatique devrait être applicable s'agissant de la coopération internationale. Le Groupe a encouragé le Comité à développer sa jurisprudence sur l'application du paragraphe 1 de l'article 2 et indiqué que le Comité ainsi que des personnalités éminentes pourraient être appelées à exprimer leur avis sur la question. Le Groupe a également proposé la création d'un fonds qui aiderait les Etats à donner suite aux recommandations qui leur étaient faites et à mettre en œuvre les mesures qu'il leur était suggéré de prendre pour remédier à d'éventuels manquements au Pacte (...)» (*Rapport du Groupe de travail à composition non limitée chargé d'examiner les options en ce qui concerne l'élaboration d'un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, sur les travaux de sa deuxième session*, préparé par le président-rapporteur M^{me} Catarina de Albuquerque (Portugal), doc. ONU E/CN.4/2005/52 (10 février 2005), para. 105).

(88) Doc. ONU E/CN.4/1997/105 (18 décembre 1996), annexe, para. 14.

Etats préférant régler leurs différends par des moyens diplomatiques ou politiques plutôt qu'en confiant à une instance indépendante le soin de les trancher (89).

L'on aurait tort sans doute d'exagérer l'importance de l'enjeu de la communication interétatique. Même si une telle clause devait figurer dans le Protocole facultatif, la possibilité d'introduire une communication interétatique serait subordonnée à la fois à une déclaration facultative d'acceptation de la part de l'Etat visé, et à une condition de réciprocité, comme dans le cadre de l'article 41 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques; et ainsi qu'on vient de le rappeler, il y a fort peu de chances que les Etats recourent à cette procédure, même si toutes les conditions théoriquement requises se trouvaient réunies. L'insertion de cette possibilité dans le Protocole facultatif aurait ainsi une vertu principalement symbolique. Il est en outre peu probable que, saisi d'une communication alléguant un manquement de l'Etat à une obligation de coopération internationale, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels aille au-delà de la réaffirmation d'une obligation des Etats, pour autant que des mesures qu'ils adoptent affectent la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels dans d'autres Etats, de tenir compte de la nécessité de faciliter la réalisation de ces droits, plutôt que d'y faire obstacle. Pour les Etats qui y sont favorables, la victoire que constituerait l'inscription d'une possibilité de communications interétatiques dans le Protocole facultatif serait donc d'ordre essentiellement symbolique. Il n'est pas certain qu'il vaille la peine de mettre en danger l'existence d'un consensus sur le Protocole facultatif, uniquement afin d'obtenir l'insertion d'une telle possibilité dans le texte.

En effet – et c'est le deuxième niveau auquel se pose la question du lien entre le texte du Protocole facultatif et l'obligation d'assistance ou de coopération internationale –, l'on peut supposer que les obligations internationales de l'Etat qui seraient susceptibles d'être évaluées dans le cadre de l'examen d'une communication individuelle sont des obligations de *respecter* les droits inscrits au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et de les *protéger*, dans la mesure où des mesures adoptées par l'Etat peuvent avoir un impact sur la jouissance de ces droits (90), mais qu'en revanche, si l'on accepte d'examiner les obligations internationales des Etats sous l'angle de ces trois niveaux, le Comité serait hésitant à imposer une obligation de *réaliser* au bénéfice de l'individu. L'obligation

(89) Cette considération a également conduit à ne pas inclure la possibilité de communications interétatiques dans le Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 6 octobre 1999.

(90) En ce sens, W. VANDENHOLE, «Completing the UN Complaint Mechanisms for Human Rights Violations Step by Step», op. cit., pp. 445-446; ainsi que M. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on Its Development*, op. cit., pp. 147-150.

de *respecter* les droits du Pacte signifie que chaque Etat doit évaluer l'impact sur ces droits des mesures qu'il adopte, dans la mesure où ces mesures peuvent affecter la jouissance de ces droits dans un autre Etat – par exemple, là où il décide des mesures d'embargo à l'encontre d'un Etat ou là où il conclut des accords de libre-échange ou d'autres types d'accords susceptibles de produire un tel effet. L'obligation de *protéger* les droits du Pacte dans un Etat étranger signifie que l'Etat doit contrôler ses nationaux, ou les entreprises domiciliées sur son territoire, ainsi que les organisations internationales sur les politiques desquelles il peut exercer une influence, afin de s'assurer que ces acteurs non-étatiques ne portent pas atteinte aux droits que reconnaît le Pacte lorsqu'ils opèrent à l'étranger (91). En revanche, l'obligation de *réaliser* ces droits par une augmentation de l'aide publique au développement, bien que pareille augmentation soit souhaitable et bien que le Comité la recommande, on l'a vu, dans l'examen des rapports étatiques périodiques, ne paraît pas pouvoir faire l'objet de pareille communication individuelle (92). Le motif n'en est pas que, par nature, pareille obligation ne serait pas justiciable – au contraire, l'objectif adopté par la communauté internationale, de porter l'aide publique au développement à 0,7 % du PIB, est parfaitement clair, et susceptible de faire l'objet d'un contrôle par le Comité. Ce qui en revanche semble faire obstacle à ce que le respect de pareille obligation puisse être exigé par l'introduction d'une communication individuelle, c'est la difficulté d'établir un lien de causalité entre la situation de l'auteur de la communication, d'une part, le manquement allégué de l'Etat à son obligation internationale de réaliser les droits du Pacte en portant à ce niveau son aide publique au développement, d'autre part.

Par conséquent, s'il n'est sans doute pas concevable d'écarter l'obligation internationale du domaine des garanties couvertes par l'introduction d'une procédure de communications individuelles, il faut concevoir la portée de

(91) Les principes directeurs de Maastricht relèvent que «The obligation to protect includes the State's responsibility to ensure that private entities or individuals, including transnational corporations over which they exercise jurisdiction, do not deprive individuals of their economic, social and cultural rights» (§18). En ce qui concerne l'obligation pour l'Etat d'origine de contrôler les entreprises transnationales, voy. notamm. M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ. Press, 2004, pp. 182-202; et, du même auteur, «Linking State Responsibility for Certain Harms Caused by Corporate Nationals Abroad to Civil Recourse in the Legal Systems of Home States», in C. SCOTT (ed.), *Torture as Tort. Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publ., 2001, pp. 483-512.

(92) En ce sens, voy. les propos attribués à M. RIEDEL, vice-président du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, devant le Groupe de travail à composition non limitée chargé d'examiner les options en ce qui concerne l'élaboration d'un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : «Dans sa pratique, le Comité [met] l'accent sur l'obligation pour les Etats parties de prendre des mesures délibérées et ciblées, mais il [n'évoque] habituellement pas l'obligation d'atteindre tel ou tel objectif particulier, ce qui [laisse] aux Etats une marge d'appréciation importante quant au choix d'une ligne d'action. Par ailleurs, il serait difficile d'invoquer un droit à l'assistance internationale dans le cadre d'une procédure de communication, mais ce serait peut-être envisageable dans le cadre d'une procédure entre Etats» (rapport précité, para. 79).

cette obligation, dans le contexte d'une telle procédure, et en raison de l'obligation pour l'auteur de la communication de démontrer l'existence d'un lien de causalité entre la situation dont il se plaint et le manquement reproché à l'Etat que vise sa communication, comme une obligation de respecter et de protéger les droits énoncés dans la Partie III du Pacte y compris à l'extérieur du territoire national de l'Etat, mais non pas comme une obligation pour l'Etat de porter à un niveau déterminé son assistance et sa coopération internationale. Cette dernière obligation ne semble pouvoir être imposée qu'à travers un mécanisme des communications inter-étatiques, et non à travers l'introduction d'une communication individuelle. Or il est de bonnes raisons d'estimer que l'inscription de la possibilité de communications inter-étatiques dans le Protocole facultatif n'est pas opportune, et que même si un consensus devait se faire jour pour l'y inscrire, cette clause resterait lettre morte.

Le lien entre le Protocole facultatif et l'obligation internationale peut être établi enfin sur un troisième plan. Ainsi que le confirme le texte de l'article 2 § 1^{er}, l'Etat qui, en dépit de ses efforts, ne parvient pas à obtenir l'assistance et la coopération internationale qu'il exige pour la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels des personnes situées sous sa juridiction, pourra justifier par ce défaut de coopération internationale son incapacité à assurer cette pleine réalisation à laquelle, en principe, il doit tendre. Dès lors, les communications individuelles qui débouchent sur un tel constat peuvent renforcer l'Etat dans sa quête d'une assistance et d'une coopération internationale, de même qu'elles peuvent renforcer sa position dans la négociation d'accords internationaux, par exemple en matière commerciale ou d'investissements, avec d'autres Etats. Tel est d'ailleurs le sens de l'article 22 du Pacte, qui identifie dans les rapports que remettent les Etats conformément aux articles 16 et 17 une opportunité de mieux orienter l'assistance technique que peuvent fournir les organes et institutions de l'ONU qui participent aux activités de coopération internationale pour le développement : de manière homologue, l'on peut aisément concevoir que le Comité, saisi d'une communication individuelle, accepte l'argument de l'Etat contre lequel cette communication est dirigée selon lequel les contraintes extérieures auxquelles il a à faire face ou son incapacité à obtenir l'assistance et la coopération internationale font obstacle à ce qu'il réalise pleinement le droit dont la violation est allégué, et rappelle à cette occasion les obligations internationales des autres Etats.

III. — LES QUESTIONS TECHNIQUES SOULEVÉES PAR LA PRÉPARATION DU PROTOCOLE FACULTATIF

Il n'est pas possible, dans le cadre du présent commentaire, d'aborder l'ensemble des questions techniques soulevées dans le cadre du débat sur

l'adoption d'un Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. L'on se bornera à évoquer quelques-unes des questions les plus controversées que les discussions ont fait apparaître. Trois questions retiennent en particulier l'attention. Il s'agit de la question des titulaires du droit de communication individuelle; de celle des dispositions du Pacte pouvant donner lieu à une communication individuelle; enfin, de celle de l'instance devant laquelle la communication devrait être introduite. L'examen de cette dernière question conduit à établir le lien entre le débat sur le Protocole facultatif et la réforme globale des mécanismes de surveillance des traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme.

A. — Les titulaires du droit de communication individuelle

Dans son rapport présenté en 1997, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels proposait que le Protocole facultatif reconnaisse au Comité la compétence de «recevoir et examiner des communications émanant de tous particuliers ou groupes relevant de sa juridiction conformément aux dispositions du présent Protocole». Cette formulation soulève deux questions.

a) Tierces parties agissant au nom de victimes présumées

La première question est celle de savoir si, au-delà des particuliers qui se prétendent victimes en propre d'une violation des droits du Pacte – qu'il s'agisse de personnes physiques ou, le cas échéant, d'organisations, ayant ou non la personnalité juridique (93) –, il faut admettre que certaines organisations, ayant pour fin sociale de défendre les droits de l'homme ou ayant une compétence reconnue dans un domaine couvert par le Pacte, puissent introduire une communication alléguant une violation du Pacte, sans disposer d'un quelconque mandat de la part de victimes identifiées, c'est-à-dire agissant en leur nom propre plutôt qu'au nom de victimes directes dont ces organisations assumeraient la représentation (94). Le Protocole

(93) Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels reconnaît expressément certains droits aux syndicats (article 8 §1^{er}, b) et c)). L'on ne peut exclure en outre que les syndicats se voient reconnaître un droit propre à la liberté d'association syndicale ou au droit de grève, de la même façon que pareille évolution a été admise dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme sur la base de l'article 11 de celle-ci : voy. généralement O. DE SCHUTTER, «L'accès des personnes morales à la Cour européenne des droits de l'homme», in *Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national. Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 84-108.

(94) La possibilité pour une organisation d'assurer la représentation d'une victime d'une violation du Pacte dans le cadre de l'introduction, au nom de cette victime, d'une communication individuelle, paraît aller de soi. Dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'Homme admet pareille forme de représentation, ainsi que de

facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adopté le 6 octobre 1999, assouplit cependant les conditions auxquelles les victimes de la ou des violations alléguées peuvent être représentées, en prévoyant à titre subsidiaire – c'est-à-dire là où les victimes directes sont dans l'impossibilité soit d'introduire une communication elles-mêmes, soit même de donner mandat à un représentant pour qu'il agisse en leur nom – une substitution de l'auteur de la communication aux victimes directes. L'article 2 du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes prévoit en effet :

Des communications peuvent être présentées par des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un Etat Partie, qui affirment être victimes d'une violation par cet Etat Partie d'un des droits énoncés dans la Convention. Une communication ne peut être présentée au nom de particuliers ou groupes de particuliers qu'avec leur consentement, à moins que l'auteur ne puisse justifier qu'il agit en leur nom sans un tel consentement.

Une même solution est adoptée par le Comité des droits de l'Homme dans son Règlement de procédure (95). Dans son rapport de 1997, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels avait été moins ambitieux, puisqu'il avait seulement estimé devoir recommander «que le droit de présenter une plainte soit aussi accordé aux particuliers ou aux groupes qui agissent au nom des victimes présumées», tout en faisant observer que «cette formulation devait être interprétée comme s'appliquant uniquement aux particuliers et aux groupes qui, de l'avis du Comité, agissent après avoir informé la (les) victime(s) présumée(s) et obtenu son (leur) accord» (96). Cette position a été

nombreux exemples l'attestent (voy. par ex. *Leo Hertzberg et al. c. Finlande*, Communication n° 61/1979, doc. ONU CCPR/C/15/D/61/1979 (constatations finales du 2 avril 1982) (victimes représentées par SETA, une organisation visant à la promotion de l'égalité entre les sexes); ou *Acuña Inostroza et al. c. Chili*, Communication n° 717/1996, doc. ONU CCPR/C/66/D/717/1996 (constatations finales du 23 juillet 1999) (victimes représentées par un conseil de la *Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas*)). En revanche, le Comité des droits de l'Homme exclut qu'une organisation puisse introduire une communication en alléguant la violation des droits de personnes qu'elles n'a pas reçu le mandat de représenter : voy. ainsi *Erkki Hartikainen v. Finland*, Communication n° 40/1978, doc. ONU CCPR/C/OP/1, p. 74 (1984) (à la demande du Comité, l'auteur de la communication, prétendant agir en tant que secrétaire général de l'Union des libres penseurs de Finlande au nom des membres de cette organisation, fournit au Comité une liste de 56 personnes l'ayant autorisé à le représenter devant la Comité).

(95) L'article 96 b) du Règlement de procédure du Comité des droits de l'homme, dans la version consolidée adoptée par le Comité lors de sa 1924^{ième} réunion tenue à sa 71^e session (doc. ONU CCPR/C/3/Rev.7, 4 août 2004), prévoit que le Comité vérifie la recevabilité de la communication individuelle introduite sur la base du Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Cet examen porte en particulier sur la qualité de victime de la violation alléguée. La communication doit en principe être introduite personnellement par la victime de la violation ou par son représentant. Le règlement précise cependant qu'une communication présentée au nom d'une prétendue victime «peut toutefois être acceptée lorsqu'il appert que celle-ci est dans l'incapacité de présenter elle-même la communication».

(96) Doc. ONU E/CN.4/1997/105 (18 décembre 1996), para. 23.

approuvée par l'Expert indépendant M. Kotrane dans son rapport de 2002 (97). Il est cependant probable que, dans la prise de position qu'il doit adopter à la fin 2005, le Comité se déclarera favorable à une formulation comparable à celle qui a été retenue dans le Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et qu'a également adoptée le Comité des droits de l'Homme. Cette solution (98) demeure une solution médiane. Elle admet que les victimes directes des violations dénoncées pourraient être dans l'impossibilité d'agir elles-mêmes en vue d'introduire une communication, et pourraient même se trouver dans l'incapacité de consentir à une représentation. En présence d'une telle situation, une victime «indirecte» pourrait se substituer aux victimes directes, et introduire une communication alléguant une violation de leurs droits y compris sans avoir recueilli leur consentement à cet effet. En revanche, l'introduction d'une communication alléguant une violation des droits que reconnaît le Pacte dans le chef d'autres personnes que l'auteur de la communication demeurerait exclue tant que les victimes directes ne sont pas dans l'impossibilité de donner leur accord. En ce sens, les victimes «directes» demeurent en principe maîtres de la décision de se plaindre, ou non, de la violation dont elles sont victimes : bien que les conditions de la représentation se trouvent assouplies, toute forme d'*actio popularis* demeure exclue.

Il n'est pas aisé d'apprécier l'opportunité de cette solution médiane, compte tenu des incertitudes qui continuent de l'entourer. Ces incertitudes subsistent sur deux plans. Elles concernent d'abord les conditions auxquelles l'auteur d'une communication alléguant l'atteinte portée aux droits d'autrui, lorsque la victime directe n'aura pas été en mesure de consentir à l'introduction d'une communication en son nom, devra satisfaire. Ainsi, il est possible, mais il n'est pas certain, que des conditions de représentativité pourront être imposées de l'auteur de la communication, ou bien que l'auteur devra démontrer qu'il dispose d'une compétence particulière dans les domaines que couvre le Pacte, voire dans la matière spécifique sur laquelle porte sa communication. Il ne paraît guère concevable en tout cas que toute personne quelconque, quelle que soit sa proximité avec les victimes directes, sa représentativité ou sa compétence, pourra introduire une communication alléguant une violation du Pacte, dès l'instant où les victimes directes sont dans l'impossibilité d'accorder leur consentement à se trouver représentées.

Ensuite, cette notion même d'incapacité (99) des victimes directes demeure imprécise. Le Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les

(97) Doc. ONU E/CN.4/2002/57 (12 février 2002), para. 47.

(98) Cette amélioration de la proposition présentée en 1997 par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a également été préconisée par un groupe d'experts réunis à Leuven le 30 novembre 2001 à l'initiative de 11.11.11., la coalition flamande du mouvement Nord-Sud : voy. la présentation de cette initiative en annexe à l'étude précitée de W. VANDENHOLE, «Completing the UN Complaint Mechanisms for Human Rights Violations Step by Step», op. cit., p. 460.

(99) L'expression d'«incapacité» est celle qu'utilise le Règlement de procédure du Comité des droits de l'homme (voy. ci-dessus, note 95); la version anglaise évoque les victimes «unable» d'introduire la communication.

formes de discrimination à l'égard des femmes exige de l'auteur d'une communication alléguant la violation des droits d'autrui qu'il puisse «justifier» qu'il agit en leur nom sans avoir recueilli leur consentement; il demeure silencieux quant à la forme de la justification exigée. Il paraît certain que des situations de violence généralisée ou une impossibilité physique d'avoir accès aux victimes (par exemple en raison de la privation de liberté dont elles font l'objet sans possibilité de rentrer en contact avec elles (100)) peuvent effectivement justifier que l'on se passe de leur consentement explicite. Plus délicate est en revanche la question de savoir si le consentement de la victime peut être exigé lorsque celle-ci a accepté de renoncer au droit que lui reconnaît le Pacte, par exemple moyennant une contrepartie financière, alors que les conditions qui ont conduit à l'atteinte qui a été portée à son droit subsistent. Dans le cadre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, c'est une situation de cette nature qui se présentera le plus souvent : peut-on se passer du consentement de femmes recevant une rémunération moins élevée que des hommes pour un travail de valeur égale, si elles affirment préférer avoir un emploi dans ces conditions que se trouver sans travail ? peut-on se passer du consentement de travailleurs amenés à travailler dans des conditions qui mettent en danger leur santé, mais qui reçoivent une rémunération compensant, à leurs yeux, un tel risque ? Compte tenu des risques que comporte, dans des situations comme celles-là, l'exigence d'un consentement de l'individu à être représenté dans le cadre d'une communication individuelle, il semble indispensable que les conditions mises à l'introduction d'une communication alléguant la violation des droits d'autrui sans son consentement soient clarifiées, avant qu'on puisse juger acceptable la formulation qui figure à l'article 2 du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

Si ces conditions devaient s'avérer trop restrictives, notamment dans l'hypothèse où les victimes directes des violations alléguées seraient tentées de renoncer à l'introduction d'une communication individuelle compte tenu des contreparties qui leur seraient proposées, il faudrait mettre à l'examen la possibilité que des communications individuelles puissent être introduites par certaines organisations dans l'intérêt d'une application satisfaisante du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels par l'ensemble des Etats parties ayant accepté le Protocole facultatif. Une telle forme d'*actio popularis* compenserait utilement l'absence d'une clause relative à la possibilité de communications interétatiques. Elle pourrait être réservée à certaines organisations non gouvernementales jugées suffisamment représentatives, ou ayant une compétence reconnue dans les domaines couverts par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux

(100) Voy. ainsi, parmi beaucoup d'autres, Comité des droits de l'Homme, *A.Z. c. Colombie*, communication n° 244/1987, constatations finales du 22 novembre 1989 (l'auteur de la communication, avocate et compagne de la victime directe, allègue que celle-ci est détenue entre les mains de la police colombienne; le Comité admet que la communication est recevable compte tenu de l'incapacité dans laquelle se trouve la victime directe d'introduire elle-même une communication).

et culturels. Le fonctionnement du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives depuis son entrée en vigueur le 1er juillet 1998 a démontré la possibilité de recourir à de tels critères (101). Le recours à de tels critères rendrait possible une sélection parmi les organisations, ce qui aurait l'avantage de préserver le Comité des droits économiques, sociaux et culturels du risque d'encombrement par des communications abusives ou insuffisamment documentées, les organisations ayant le souci, dans le cadre d'un tel mécanisme, de préserver leur réputation de sérieux et leur crédibilité (102).

b) *Personnes se trouvant sous la juridiction de l'Etat partie*

Ainsi qu'on l'a noté, l'on ne peut exclure dans le cadre de communications individuelles introduites auprès du Comité des droits économiques, sociaux et culturels que ces communications visent à imposer à un Etat partie au Pacte le respect de certaines obligations dites «internationales», c'est-à-dire extra-territoriales, pourvu que ces obligations soient comprises limitativement comme étant de respecter les droits du Pacte sur le territoire d'autres Etats parties et comme étant de protéger ces droits, lorsqu'ils sont menacés par les activités d'un acteur non-étatique sur laquelle l'Etat peut exercer sa juridiction (103). La phrase du Protocole facultatif prévoyant une compétence du Comité de «recevoir et examiner des communications émanant de tous particuliers ou groupes *relevant de [la] juridiction*

(101) Voy. les articles 1, 2 et 3 du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, pour l'identification des organisations habilitées à introduire de telles réclamations devant le Comité européen des droits sociaux. Ces dispositions recourent à des critères formels (statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe, liste spéciale établie par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe) mais aussi à des critères plus souples (représentativité, compétence particulière dans les matières couvertes par la Charte sociale européenne) soumis à l'appréciation du Comité. L'utilisation de ces critères n'a pas jusqu'à présent créé de difficulté particulière.

(102) Dans le cadre de la discussion devant le Comité des droits économiques, sociaux et culturels ayant conduit à sa proposition de 1997, la crainte a été émise que l'autorisation de communications introduites dans des conditions assimilables à l'*actio popularis* «élargirait (...) de façon considérable la portée de l'obligation assumée par les Etats parties, et pourrait ouvrir la voie à des plaintes de caractère spéculatif», créant ainsi le risque «de rendre la procédure applicable à un large nombre de plaintes qui n'auraient pas à répondre à des critères minimums destinés à exclure les plaintes mal fondées ou futiles» (Doc. ONU E/CN.4/1997/105 (18 décembre 1996), para. 22). En réalité, lorsque des organisations dont la représentativité et la compétence sont soumises à l'appréciation du Comité soumettront des communications, celles-ci seront généralement mieux motivées que des communications émanant d'individus victimes directes des violations dénoncées : un premier filtrage, portant sur le caractère apparemment fondé ou non des allégations rapportées, aura été fait au sein même de l'organisation auteur de la communication.

(103) Voy. généralement, sur l'applicabilité extra-territoriale des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, F. COOMANS et M. KAMMINGA (éd.), *Extraterritorial of Human Rights Treaties*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004; Michael J. DENNIS, «Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation», *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, p. 119; Theodor MERON, «Extraterritoriality of Human Rights Treaties», *American Journal of International Law*, vol. 89, 1995, p. 78.

[de l'Etat partie] conformément aux dispositions du présent Protocole» devra tenir compte, dans l'interprétation dont elle fera l'objet, de cette possibilité.

Il ne paraît pas cependant qu'une modification de la formulation retenue doive en résulter. Dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la notion de «juridiction» a été comprise de manière extensive, comme incluant la possibilité d'une responsabilité internationale de l'Etat pour des situations s'étant déroulées à l'extérieur de son territoire, dès lors qu'il exerçait sur ces situations un pouvoir effectif (104). Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels adopte la même position (105). La Cour internationale de justice a consacré ces solutions dans l'avis consultatif qu'elle a rendu le 9 juillet 2004 (106). Un individu peut être considéré comme relevant de la «juridiction» d'un Etat partie au sens requis pour qu'il puisse introduire contre cet Etat une communication individuelle alléguant une violation des droits du Pacte dès lors que le comportement dont il se prétend victime est imputable à l'Etat, qu'il s'agisse d'une action ou d'une omission. L'individu qui introduit contre un Etat partie une communication alléguant une violation s'étant déroulée hors du territoire national ne parviendra que dans des circonstances exceptionnelles à démontrer le lien de causalité qui doit exister entre la situation dénoncée et le comportement de cet Etat. Cependant, pourvu qu'il soit établi, il n'est pas exclu qu'il faille admettre que ce lien suffit pour que cette condition de «juridiction» soit remplie, sans qu'il soit nécessaire en outre que l'Etat défendeur exerce, sur le territoire où la violation alléguée s'est déroulée, une forme de contrôle équivalente, par exemple, à celle qu'Israël exerce sur les territoires palestiniens occupés.

(104) Comité des droits de l'Homme, *Lopez Burgos v. Uruguay* (communication n° 52/1979 (constatations finales du 29 juillet 1981 (13ième session)) (doc. ONU CCPR/C/13/D/52/1979), para. 12.3. Voy. aussi l'affaire jumelle *Celeberti de Casariego v. Uruguay* (communication n° 56/1979 (constatations finales du 29 juillet 1981 (13ième session)), para. 10.3. Ces premières prises de position ont été amplement confirmées depuis par le Comité des droits de l'Homme : voy. les Observations finales sur Israël, (1999) (doc. ONU CCPR/C/79/Add. 93), §10; Observations finales sur Israël (2003) (doc. ONU CCPR/CO/78/ISR), §11. Le Comité des droits de l'Homme considère ainsi que si, aux termes de l'article 2 §1^{er} du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les Etats parties sont tenus de respecter et garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et à tous ceux relevant de leur compétence les droits énoncés dans le Pacte, «un Etat partie doit respecter et garantir à quiconque se trouve sous son pouvoir ou son contrôle effectif les droits reconnus dans le Pacte même s'il ne se trouve pas sur son territoire» (*Observation générale No. 31 : La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte* (doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13)(26 mai 2004), para. 10).

(105) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observations finales : Israël, 23 May 2003 (E/C.12/1/Add.90), au §31.

(106) Cour internationale de justice, Avis consultatif du 9 juillet 2004 rendu sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur sur le territoire palestinien occupé*, para. 107 à 113 et spécialement, pour ce qui concerne l'obligation de respecter le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels hors du territoire national, le para. 112.

B. — *Les dispositions du Pacte pouvant donner lieu
à une communication individuelle*

Dans le système de la Charte sociale européenne de 1961, confirmé lors de l'adoption de la Charte sociale européenne révisée en 1996, les Etats parties identifient, au moment de leur ratification, les dispositions de la Charte par lesquelles ils se considèrent comme liés (107). Ce système «à la carte» était naturellement destiné à permettre aux Etats membres du Conseil de l'Europe hésitants à s'engager pour l'ensemble des dispositions de la Charte de ratifier celle-ci, quitte à ne prendre des engagements supplémentaires par la suite que dans la mesure où les structures de leur droit national paraissent s'y prêter (108). Lors des débats conduits au sein du Comité des droits économiques, sociaux et culturels entre 1991 et 1996 sur la base des rapports établis par Ph. Alston, il s'est trouvé parmi les membres du Comité une forte minorité en faveur d'une telle approche sélective, inspirée par le système de la Charte sociale européenne (109).

Cette approche doit être rejetée. Il semble d'abord difficile de plaider au départ du précédent que constitue le système de la Charte sociale européenne. Le choix des Etats parties à la Charte sociale européenne porte sur les dispositions substantielles qu'ils acceptent, et non – dans le cadre du Protocole additionnel instaurant un système de réclamations collectives – sur les dispositions dont ils acceptent qu'elles puissent faire l'objet d'une procédure quasi-juridictionnelle par l'introduction de réclamations collectives. Au contraire, dans le cadre d'un possible système «à la carte» introduit dans le protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, «l'adoption d'une couverture plus restrictive dans le protocole facultatif ne diminuerait en rien ni ne modifierait en aucune autre manière la large gamme d'obligations dont tous les Etats parties au Pacte sont déjà tenus de s'acquitter» (110). En outre, les Etats membres du Conseil de l'Europe ayant ratifié la Charte sociale européenne ou la Charte sociale européenne révisée présentent entre eux davantage d'homogénéité que n'en présentent les Etats parties au Pacte international

(107) Voy. l'article 20, §1^{er}, de la Charte sociale européenne ouverte à la signature à Turin le 18 octobre 1961 (S.T.C.E., n° 35); et l'article A, §1^{er}, de la Charte sociale européenne révisée ouverte à la signature le 3 mai 1996 (S.T.C.E., n° 163).

(108) Les dispositions citées indiquent clairement le caractère progressif, plutôt que simplement «à la carte», de la définition par chaque Etat des engagements qu'il prend. Un Etat ne peut plus en principe revenir sur son acceptation d'une disposition de la Charte; il est en revanche encouragé à étendre le nombre des dispositions acceptées, et il remet des rapports sur les dispositions non acceptées de la Charte (article 22 de la Charte sociale européenne, rendu applicable aux Etats parties à la Charte sociale européenne révisée par l'article C de celle-ci).

(109) Doc. ONU E/CN.4/1997/105 (18 décembre 1996), para. 28.

(110) Rapport soumis par M. Ph. ALSTON au Comité des droits économiques, sociaux et culturels lors de sa quinzième session (E/C.12/1996/CRP.2/Add.1), cité dans le *Rapport du Comité à la Commission des droits de l'homme concernant le projet de protocole facultatif prévoyant l'examen de communications en rapport avec le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, doc. ONU E/CN.4/1997/105 (18 décembre 1996), para. 26.

relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Transposé au plan universel, un système «à la carte» risque de conduire à des engagements très disparates, en dépit des garanties – telles que la définition d'un «noyau dur» de droits dont un certain nombre au moins devraient être acceptés et l'obligation d'accepter les principes d'interprétation des droits substantiels figurant dans la partie II du Pacte – qui pourraient limiter cette dispersion.

Introduire un système «à la carte» aurait également pour effet de rompre, sur un point essentiel, la symétrie entre le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Premier Protocole facultatif au Pacte relatif aux droits civils et politiques. Cette option viendrait accréditer en outre l'idée que la justiciabilité serait le privilège seulement de certains droits économiques et sociaux, et qu'il ne faudrait pas reconnaître à tous, d'emblée, cette qualité. Un tel message ne serait pas seulement nuisible sur le plan symbolique. Des effets très concrets risqueraient d'en découler : dès lors qu'un des arguments essentiels en faveur du Protocole facultatif est que son adoption encouragerait les juridictions internes des Etats parties à reconnaître devant elles l'invocabilité des droits économiques, sociaux et culturels, d'abord afin de faire cesser les éventuelles violations de ces droits avant qu'elles ne donnent lieu à une réclamation internationale, ensuite parce que ces juridictions internes disposeront progressivement d'un corps de jurisprudence sur lequel elles pourront prendre appui dans les litiges qui leur seront soumis, une sélectivité dans les droits que l'Etat estime pouvoir donner lieu à des communications individuelles risquerait de priver le Protocole facultatif d'une part essentielle de son intérêt, en brouillant le message qu'il s'agit d'envoyer. Enfin, ainsi que les organisations non gouvernementales l'ont souligné dans le cadre des débats entourant le Protocole facultatif, un système «à la carte» permettrait à des Etats de se doter d'une bonne réputation à peu de frais, hors de proportion avec l'étendue véritable de leur engagement (111).

La question des dispositions du Pacte pouvant donner lieu à une communication individuelle se pose également sur un autre plan. Dans son premier rapport publié en février 2002, l'Expert indépendant proposait que la procédure de communication individuelle envisagée par le protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels soit «limitée dans son champ d'application par rapport aux droits ainsi visés». Compte tenu du risque de chevauchements et de conflits d'interprétation avec d'autres mécanismes internationaux d'enquête ou de règlement, l'Expert indépendant proposait «de limiter la procédure nouvelle envisagée, en introduisant un critère nouveau permettant de la circonscrire à 'des situations révélant une sorte de violations ou de défaillances flagrantes et suffisamment caractérisées de l'un quelconque

(111) Sur le risque d'une telle dévaluation des engagements que prend l'Etat dans le cadre des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, voy. O. A. HATHAWAY, «Do Human Rights Treaties Make a Difference?», *Yale L.J.*, vol. 111, 2002, p. 1135.

des droits énoncés dans le Pacte'. L'Expert indépendant estimait en outre qu'un tel critère pourrait en outre permettre «de lever les incertitudes et les doutes exprimés par nombre d'États membres craignant que la procédure envisagée ne soit l'occasion de recours arbitraires pour de simples manquements ou insuffisances de mesures mises en œuvre par l'État partie dans sa politique et programmes visant à la réalisation progressive des divers droits économiques, sociaux et culturels reconnus par le Pacte» (112). Dans cette perspective, le caractère subsidiaire de la compétence du Comité des droits économiques, sociaux et culturels serait clairement marqué. Il ne serait appelé à traiter des communications individuelles que dans des situations particulièrement graves, que les autres mécanismes existant au plan international auraient échoué à prévenir ou à résoudre.

Cependant, ainsi que l'Expert indépendant le reconnaît lui-même dans son second rapport (113), les craintes liées à la coexistence de plusieurs mécanismes internationaux d'enquête et de règlement en matière de droits économiques et sociaux sont largement exagérées. Certes, dans une certaine mesure, qu'ils soient instaurés par les instruments relatifs aux droits de l'homme des Nations Unies ou qu'ils soient organisés au sein de l'Organisation internationale du travail (114) ou au sein de l'UNESCO (115), de tels mécanismes existent – encore qu'ils présentent avec la procédure de communications individuelles envisagée dans le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des différences notables (116). Mais ce problème n'est pas neuf. Quelques dispositifs simples permettent d'éviter le risque de duplication des procédures, comme d'éviter celui de contradictions entre les prises de position des différentes instances appelées à se prononcer sur les obligations internationales de

(112) Doc. ONU E/CN.4/2002/57 (12 février 2002), para. 34. Voy. également le second rapport de l'Expert indépendant, doc. ONU E/CN.4/2003/53 (13 janvier 2003), au para. 66.

(113) Doc. ONU E/CN.4/2003/53 (13 janvier 2003), para. 62-70.

(114) Indépendamment des procédures générales d'examen du respect par les États membres de l'OIT des conventions et recommandations, le Comité de la liberté syndicale, qui est un organe du Conseil d'administration du Bureau international du Travail, et dont il hérite de la structure tripartite, peut recevoir des plaintes alléguant une violation de la liberté syndicale. Ces plaintes peuvent lui être soumises par des gouvernements, par des organisations d'employeurs, ou par des organisations de travailleurs.

(115) La procédure d'examen de plaintes introduites auprès de l'UNESCO se trouve définie dans la Décision 104 EX/3.3 adoptée en 1978 par le Conseil exécutif. Le Comité sur les conventions et recommandations, un organe subsidiaire du Conseil exécutif, examine ces plaintes. La compétence de cet organe intergouvernemental est reconnue à l'égard des États par le seul fait de leur qualité de membres de l'UNESCO. La procédure demeure en principe confidentielle, sauf la possibilité pour la Conférence générale, en présence d'une allégation de violation flagrante ou systématique, d'évoquer la plainte dans un cadre public.

(116) Un tableau comparatif très complet de ces procédures, telles qu'elles sont organisées au plan universel, a été présenté par M. Simon Walker, agent au Haut Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies, lors du séminaire juridique de haut niveau organisé par le Ministère français des Affaires Étrangères à Nantes les 5-7 septembre 2005.

l'Etat (117). En outre, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels collabore déjà de manière régulière avec l'O.I.T., comme – pour les matières relevant des compétences respectives de ces organisations – avec l'UNESCO et, notamment, l'OMS et la FAO.

Il serait souhaitable, dans la rédaction du Protocole facultatif, de définir les conditions de recevabilité des communications individuelles en s'inspirant de l'article 4 §2, a), du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, qui exclut les communications «ayant trait à une question (...) qui a déjà fait l'objet ou qui fait l'objet d'un examen dans le cadre d'une autre procédure d'enquête ou de règlement international» (118). Le texte du Protocole facultatif proposé par le Comité en 1997 était inspiré directement du Premier Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il prévoyait une disposition formulée ainsi :

Le Comité ne déclare aucune communication recevable sans s'être assuré :

- a) que tous les recours internes disponibles ont été épuisés; et
- b) qu'une communication présentée par la victime présumée ou en son nom et soulevant essentiellement les mêmes questions de fait et de droit n'est pas déjà en cours d'examen devant une autre instance internationale d'enquête ou de règlement. Le Comité peut cependant examiner une telle communication lorsque la procédure internationale d'enquête ou de règlement est anormalement longue.

A la différence de la clause citée du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la formule suggérée par le Comité (une communication n'est pas déjà «en cours d'examen») n'exclut pas la recevabilité des communications individuelles examinées par une autre instance internationale d'enquête ou de règlement, pourvu que cet examen ait été *clôturé* au moment où la communication est introduite. Mais ceci crée un risque de redondance qui devrait de préférence être évité. Il ne serait pas souhai-

(117) Il en va ainsi, en particulier, des clauses de sauvegarde, dites de «la protection la plus favorable», que contiennent habituellement les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. L'art. 5 §2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit ainsi : «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». C'est une manière d'aménager la coexistence entre différents instruments internationaux ou internes pouvant prévoir des niveaux de protection variables. Ce type de clause est classique : voy. aussi, par exemple, l'article 41 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, ou l'article 16 §2 de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

(118) C'est, semble-t-il, en faveur d'un tel mécanisme destiné à éviter les duplications entre procédures, que se seraient déclarés favorables la Belgique, le Brésil, la Finlande, le Portugal, la Fédération de Russie, le Portugal et le Mexique : voy. le *Rapport du Groupe de travail à composition non limitée chargé d'examiner les options en ce qui concerne l'élaboration d'un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, sur les travaux de sa deuxième session*, préparé par le président-rapporteur M^{me} Catarina de Albuquerque (Portugal), doc. ONU E/CN.4/2005/52 (10 février 2005), para. 89.

table que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels apparaisse comme une instance d'appel de décisions prises, par exemple, par des juridictions ou autres instances régionales ayant la compétence de recevoir des réclamations individuelles sur la base de dispositions rédigées de manière semblable aux dispositions du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (119). Il serait plus opportun, aussi bien pour des raisons d'économie de procédure que pour assurer une meilleure sécurité juridique et limiter le risque de contradictions entre les positions adoptées sur des mêmes questions juridiques par différentes instances internationales, que l'individu, là où il a la possibilité de présenter une réclamation devant différentes instances, soit tenu de faire un choix qui l'engage de manière définitive (120). Sur les points où des divergences d'interprétation pourront subsister qui ne s'expliquent pas uniquement par les différences de formulation entre les textes qu'elles ont à appliquer, il reviendra aux instances concernées de parvenir progressivement à une position harmonisée, selon un processus de constitution d'un «*jus commune*» dans le droit international des droits de l'homme par le dialogue entre juridictions qui est d'ailleurs, déjà, largement entamé.

C. — *L'organe compétent à recevoir des communications individuelles*

L'ensemble des participants à la discussion entourant le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels partent de l'hypothèse que cet instrument reconnaîtrait au Comité des droits économiques, sociaux et culturels la compétence de recevoir des communications individuelles. Cette solution s'impose naturellement,

(119) Sur l'identité qui doit exister entre les questions de fait et de droit posées dans les deux instances successives, voy. par ex. Comité des droits de l'homme, *M. Mümtaz Karakurt c. Autriche*, Communication n° 965/2000, constatations finales du 4 avril 2002, U.N. Doc. CCPR/C/74/D/965/2000 (2002).

(120) Pour les mêmes motifs, il ne serait pas souhaitable de suivre la suggestion de certains Etats ayant pris part aux discussions du Groupe de travail à composition non limitée créé par la Commission des droits de l'homme visant à imposer une obligation d'épuisement des voies de recours régionales (*Rapport du Groupe de travail à composition non limitée chargé d'examiner les options en ce qui concerne l'élaboration d'un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, sur les travaux de sa deuxième session*, préparé par le président-rapporteur M^{me} Catarina de Albuquerque (Portugal), doc. ONU E/CN.4/2005/52 (10 février 2005), para. 92 (mentionnant l'Angola, l'Argentine, le Costa Rica et la France en faveur de cette solution)). Indépendamment même de la praticabilité de cette solution, qui entraînerait la prolongation de certaines affaires pour dix à quinze ans depuis le moment de la violation alléguée, cette solution aboutirait à suggérer une manière de subordination d'instances régionales au Comité des droits économiques, sociaux et culturels, ce qui non seulement constituerait aux yeux de plusieurs Etats un obstacle à la ratification du Protocole facultatif, mais en outre créerait les conditions mêmes d'un conflit d'interprétations dont il s'agit précisément de limiter le risque.

compte tenu non seulement du souci d'homologie avec la situation existant dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, mais également de l'expérience qu'a acquise le Comité depuis près de vingt ans dans l'interprétation du Pacte. Quatre questions se posent cependant à cet égard.

Une première question est posée par l'Expert indépendant Hatem Kotrane, qui a formulé l'avis qu'il peut exister «une certaine antinomie» entre deux fonctions réunies dans le chef d'un seul comité, celle consistant à examiner les rapports étatiques et à nouer sur cette base un dialogue avec l'Etat concerné portant sur les meilleurs moyens de s'acquitter de ses obligations internationales, d'une part, et celle consistant à recevoir des communications individuelles, c'est-à-dire des plaintes dénonçant une violation du Pacte par l'Etat, d'autre part (121). Cet argument peut paraître séduisant en théorie; il est cependant démenti par la pratique des cinq organes conventionnels créés par les traités des Nations Unies dans le domaine des droits de l'homme, qui réunissent en leur sein ces deux fonctions prétendument incompatibles (122). A l'inverse, il faut souligner la complémentarité qui peut exister entre les deux missions, et ceci à plusieurs niveaux (123) : les communications individuelles peuvent attirer l'attention du comité sur des difficultés que les rapports présentés par l'Etat concerné n'a pas identifiées, et dont le Comité n'a pas pu avoir connaissance par d'autres sources; elles permettent un examen de situations urgentes, se déroulant dans l'intervalle de plusieurs années s'écoulant entre deux rapports étatiques périodiques; elles peuvent

(121) Premier rapport de l'Expert indépendant, doc. ONU E/CN.4/2002/57 (12 février 2002), para. 38-44. M. KOTRANE exprimait comme suit cette «antinomie» : «il est difficile pour un organe de mener la mission consistant, dans un premier temps et dans le cadre de la procédure d'examen des rapports périodiques, à engager un débat constructif et fructueux avec l'Etat partie sur les mesures et mécanismes mis en place en vue de la pleine réalisation des droits énoncés dans telle ou telle convention internationale – activité de nature essentiellement gracieuse et consultative –, et, dans un deuxième temps, à agir comme une instance quasi juridictionnelle d'enquête et de règlement». Dans son deuxième rapport, l'Expert indépendant confirme ce point de vue, quoiqu'il apparaisse moins affirmatif : voy. doc. ONU E/CN.4/2003/53 (13 janvier 2003), para. 71-73.

(122) Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2003, de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille du 18 décembre 1990, cinq organes conventionnels disposent de la compétence de recevoir des communications individuelles dirigées contre les Etats ayant accepté cette compétence. Outre le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, seul le Comité des droits de l'enfant ne s'est pas encore vu reconnaître cette possibilité.

(123) Cette complémentarité signifie non seulement qu'il n'existe pas, entre l'examen des rapports étatiques périodiques et l'examen des communications individuelles, l'«antinomie» qu'on a parfois voulu apercevoir; elle signifie encore que les deux procédures ne se redoublent pas, et ne sont donc pas redondantes l'une par rapport à l'autre. Sur cette question, l'on consultera avec profit la réponse du Comité européen des droits sociaux à l'exception d'irrecevabilité opposée par le Portugal à la première réclamation collective introduite suite à l'entrée en vigueur du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne instaurant un système de réclamations collectives : voy. Comité européen des droits sociaux, réclamation n° 1/1998, *Commission internationale des juristes c. Portugal*, décision sur la recevabilité du 10 mars 1999, para. 10-16.

conduire le Comité à clarifier, sur des points précis liés au traitement de situations individuelles, les obligations qui découlent pour les Etats des engagements qui découlent du Pacte (124); et, de même que l'obligation de présenter des rapports à intervalles réguliers peut inciter l'Etat à tirer toutes les conséquences du constat de violation effectué sur la base d'une communication individuelle présentée au comité (125), l'Etat aura le souci de suivre les recommandations formulées dans les observations finales faites sur la base des rapports étatiques périodiques, compte tenu du risque que, s'il ne s'y conforme pas, une communication individuelle soit introduite contre lui par un individu qui subirait un préjudice résultant du non-respect par l'Etat de son obligation internationale.

D'autres doutes concernent la capacité du Comité des droits économiques, sociaux et culturels à s'acquitter de sa mission. Certains ont interrogé, récemment, la capacité des membres du Comité à examiner avec l'expertise voulue des questions complexes telles que l'adéquation d'une politique de santé, d'éducation, ou de stratégies de lutte contre la pauvreté ou contre la malnutrition (126). Cet argument n'est pas neuf; au contraire, il fait par-

(124) Remarque faite par M. Régis BRILLAT, secrétaire exécutif de la Charte sociale européenne, lors du séminaire juridique de haut niveau organisé par le Ministère français des Affaires Etrangères à Nantes les 5-7 septembre 2005, à partir de l'expérience du Comité européen des droits sociaux depuis 1998.

(125) Cependant, le Protocole facultatif instaurant un mécanisme de communications individuelles auprès du Comité des droits économiques, sociaux et culturels devrait comprendre une disposition relative au suivi des constatations faites sur la base de telles communications, qui ne saurait se limiter à une obligation pour l'Etat de rendre compte, dans son rapport périodique suivant remis conformément aux articles 16 et 17 du Pacte, des mesures qu'il aura prises pour se conformer aux obligations que le Pacte lui impose. Dans sa proposition de 1997, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels demeurait relativement imprécis, mais envisageait une solution souple lui permettant d'inviter un Etat partie à examiner avec lui à une date fixée d'un commun accord les mesures que ledit Etat partie a prises pour donner suite à ses constatations ou recommandations, l'Etat concerné devant, par ailleurs, «faire figurer dans ses rapports établis au titre de l'article 17 du Pacte [relatif à la remise de rapports étatiques périodiques] des détails sur toutes mesures qui ont été prises comme suite aux constatations et recommandations du Comité» (voy. doc. ONU E/CN.4/1997/105 (18 décembre 1996), annexe, para. 50-51). Dans le Protocole du 6 octobre 1999 facultatif à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, il est prévu que l'Etat Partie, ayant reçu les constatations et les éventuelles recommandations du Comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes suite à l'examen d'une communication individuelle, soumet audit comité, dans un délai de six mois, une réponse écrite, informant le comité de «toute action menée à la lumière de ses constatations et recommandations» (article 7 §4). Ceci entame un dialogue entre le Comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et l'Etat concerné, qui peut se poursuivre notamment lors de l'examen des rapports étatiques périodiques (article 7 §5). Bien que relativement court lorsqu'il s'agit, par exemple, de modifier des législations sur des points importants ou de réorienter certaines politiques publiques de manière fondamentale, le délai de six mois présente l'avantage d'imposer à l'Etat de prendre des mesures immédiates à la suite des constatations du comité. La possibilité d'étaler sur une période plus longue le suivi de ces constatations préserve par ailleurs une certaine souplesse dans le mécanisme.

(126) M. J. DENNIS et D.P. STEWART, «Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health?», *op. cit.*, pp. 506-507.

tie du registre habituel des adversaires de la justiciabilité des droits économiques et sociaux en général (127). Or, il ne tient aucun compte de l'expérience acquise par le Comité depuis vingt ans, sur la base de l'examen des rapports étatiques périodiques, ni du souci constant du Comité de collaborer avec les institutions spécialisées des Nations Unies telle que l'UNESCO, l'OMS ou la FAO, ainsi qu'avec l'Organisation internationale du travail, pour le développement des standards du Pacte. Il relève en outre d'une confusion entre l'identification des moyens adéquats à satisfaire aux exigences du Pacte, d'une part, et la vérification de la compatibilité avec ces exigences des moyens auxquels l'Etat a recours, d'autre part : tandis que la détermination des moyens relève essentiellement des autorités étatiques, qui disposent d'une large marge d'appréciation à cet égard – car cela suppose, en effet, une expertise suffisante ainsi qu'une bonne connaissance des réalités propres de chaque Etat –, il revient au Comité des droits économiques, sociaux et culturels de déterminer si les moyens mis en oeuvre sont de nature à satisfaire les exigences du Pacte – or ceci relève de l'interprétation de ces exigences par une instance indépendante prenant appui sur une jurisprudence désormais bien établie – (128). Certes, la séparation n'est pas toujours nette entre les deux dimensions. Le Comité inclut en effet, au titre des exigences qui découlent du Pacte, certaines exigences qui concernent non pas le résultat à atteindre, mais les moyens adéquats à réaliser ces résultats, passant ici de l'identification d'une obligation de « résultat » (à travers les moyens laissés au choix de l'Etat) à une obligation de « comportement » (portant sur les moyens à adopter) (129). Cependant, ces moyens (tels que, notamment, la réalisation d'études d'impact, la mise au

(127) Il est devenu banal de relever que, pris à la lettre, cet argument devrait faire obstacle aussi à la justiciabilité des droits civils et politiques, lesquels réclament également pour leur mise en œuvre que des moyens budgétaires y soient alloués – ce qui implique que la décision judiciaire viendra influencer les choix faits entre différentes priorités du budget de l'Etat –. Comme le note la Cour européenne des droits de l'homme, nombre de droits civils et politiques ont « des prolongements d'ordre économique et social » (Cour eur. D.H., arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, Série A, n° 32, p. 15, §26).

(128) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 3 : La nature des obligations des États parties (art. 2, par. 1 du Pacte)*, adoptée à la cinquième session (1990) (doc. ONU E/1991/23), au para. 4 : «...chaque État partie doit décider pour lui-même des moyens qui sont le plus appropriés, vu les circonstances en ce qui concerne chacun des droits (...). Toutefois, c'est le Comité qui, en fin de compte, doit déterminer si toutes les mesures appropriées ont été prises».

(129) Le caractère progressif de ce passage illustre les difficultés qui résultent de la distinction entre l'obligation classique de « résultat » et l'obligation de « comportement déterminé », telle qu'elle figurait en particulier dans la version Ago du Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. En réalité, cette distinction, si elle avait été maintenue dans le texte final, aurait créé surtout de la confusion : elle ne concernait en fait que le degré de précision avec laquelle la règle internationale définissait l'obligation de l'Etat (en ce sens, voy. J. COMBACAU, « Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse », in *Mélanges Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1987, pp. 181-204 ; ainsi que P.-M. DUPUY, « Reviewing the Difficulties of Codification : On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility », *E.J.I.L.*, vol. 10, 1999, p. 371).

point d'indicateurs, la définition de stratégies nationales visant à la réalisation des droits du Pacte incluant une dimension participative) laissent subsister une large liberté dans le chef de l'Etat quant à l'identité des mesures à prendre pour se conformer au Pacte. Il est incorrect de laisser entendre l'inverse, c'est-à-dire que le Comité se substituerait progressivement aux autorités nationales pour l'élaboration des politiques nationales touchant aux domaines que couvre le Pacte (130). En outre, là où le Comité a dû développer les standards du Pacte – par exemple en définissant les obligations du Pacte en matière de santé ou d'éducation – il a eu largement recours à l'expertise des institutions spécialisées telles que l'OMS ou l'UNESCO, avec le souci de renforcer, par le moyen du Pacte, le poids des standards développés par ces institutions, et d'encourager la prise en compte de ces standards par les Etats.

Une troisième question concerne également la capacité du Comité des droits économiques, sociaux et culturels à exercer une compétence supplémentaire, mais du point de vue ici des ressources dont le Comité dispose. Ces ressources sont déjà insuffisantes pour un examen adéquat et ponctuel des rapports étatiques. Comme les autres comités d'experts créés dans le cadre des traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels ne dispose pas des moyens de remplir l'ensemble des tâches qui sont attendues de lui, compte tenu en particulier de l'augmentation du nombre d'Etats parties à ces différents traités (131). Cette question ne peut être minimisée (132). Mais elle n'en demeure pas moins distincte. Le problème des moyens dont disposent les organes de surveillance des traités relatifs aux droits de l'homme est posé. Il continuera de se poser après l'adoption du Protocole facultatif. Invoquer la nécessité d'une réforme d'ensemble du système de contrôle des traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme pour remettre à

(130) Le Comité relève que la disposition de l'article 2, §1^{er} du Pacte selon laquelle les États parties s'engagent «à agir[...] par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives» «n'exige ni n'empêche qu'une forme particulière de gouvernement ou de système économique serve de véhicule aux mesures en question, à la seule condition qu'elle soit démocratique et que tous les droits de l'homme soient respectés. Ainsi, du point de vue des systèmes politiques ou économiques, le Pacte est neutre et l'on ne saurait valablement dire que ses principes reposent exclusivement sur la nécessité ou sur l'opportunité d'un système socialiste ou capitaliste, d'une économie mixte, planifiée ou libérale, ou d'une quelque autre conception. À cet égard, le Comité réaffirme que l'exercice des droits reconnus dans le Pacte est susceptible d'être assuré dans le cadre de systèmes économiques ou politiques très divers (...)» (*Observation générale n° 3 : La nature des obligations des Etats parties (art. 2, par. 1 du Pacte)*, adoptée à la cinquième session (1990) (doc. ONU E/1991/23), au para. 8).

(131) Voy. notamm. le diagnostic posé dans Ph. ALSTON & J. CRAWFORD (eds.), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2000.

(132) Dans son rapport «Dans une liberté plus grande : développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous» (A/59/2005), le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies met l'accent sur la nécessité d'élaborer des directives harmonisées sur l'établissement des rapports à l'intention des organes de surveillance des traités relatifs aux droits de l'homme, afin que ceux-ci puissent fonctionner comme un système davantage unifié (para. 147). Ce n'est pas le lieu ici de développer les différentes pistes qui sont explorées à cet égard.

plus tard la préparation du Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, revient à créer un lien largement artificiel entre les deux problématiques, puisque celle-là n'est en rien une condition nécessaire de celle-ci. L'on pourrait d'ailleurs soutenir qu'à l'inverse, l'adoption du Protocole facultatif fournira un argument supplémentaire en faveur de la réforme d'ensemble des mécanismes de contrôle des traités, et qu'ainsi, les partisans d'une telle réforme devraient encourager la rédaction à bref délai dudit Protocole, plutôt que tirer prétexte de la nécessité d'aborder le problème d'ensemble pour ne pas se pencher sur le problème immédiat qui concerne l'extension de la compétence du Comité des droits économiques, sociaux et culturels.

Subsiste enfin la question de l'articulation entre l'adoption d'un Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, d'une part, le statut du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, de l'autre. A la différence des autres traités de base des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, le Pacte – on l'a rappelé – ne crée pas un comité d'experts indépendants, mais confie au Conseil économique et social le soin de recevoir les rapports étatiques sur sa mise en oeuvre par les Etats. Dans sa proposition présentée en 1997, le Comité a adopté une attitude prudente sur cette question. Il n'a pas proposé qu'à l'occasion de l'adoption du Protocole facultatif, le statut du Comité soit renforcé par son inscription soit dans le Pacte, soit dans le Protocole facultatif lui-même (133). Cette position est à vrai dire la seule réaliste. Proposer un amendement au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels afin d'y inscrire la composition du Comité, les modalités d'élection de ses membres, et sa compétence de recevoir et d'examiner les rapports étatiques remis en vertu des articles 16 et 17 du Pacte actuel, obligerait à recueillir 154 ratifications, pour ne résulter en fin de compte qu'en une confirmation de la situation actuelle (134). Quant à inscrire dans

(133) Le Comité suggérerait en revanche que le considérant suivant figure dans le Préambule du Protocole facultatif : «Soulignant le rôle du Conseil économique et social et, par son intermédiaire, du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (...) pour ce qui est de favoriser une meilleure compréhension du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (...) et de promouvoir la réalisation des droits qui y sont reconnus». Ceci aurait l'effet de fonder une l'existence du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur une base conventionnelle, ce qui placerait ce comité à l'abri d'une résolution du Conseil économique et social des Nations Unies revenant sur sa résolution 1985/17. Un tel revirement de la part du Conseil économique et social est cependant à l'heure actuelle tout à fait improbable, et l'on ne voit guère pourquoi le risque serait si grand qu'il faudrait le prévenir.

(134) En outre, mandaté par la Commission des droits de l'homme pour «examiner les options qui s'offrent en ce qui concerne l'élaboration d'un protocole facultatif se rapportant au Pacte», le Groupe de travail à composition non limitée n'a pas le mandat d'examiner l'opportunité de proposer un amendement au Pacte : l'examen de cette piste excède donc sa compétence (voy. *Rapport du Groupe de travail à composition non limitée chargé d'examiner les options en ce qui concerne l'élaboration d'un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, sur les travaux de sa deuxième session*, préparé par le président-rapporteur M^{me} Catarina de Albuquerque (Portugal), doc. ONU E/CN.4/2005/52 (10 février 2005), para. 96-97).

le Protocole facultatif de telles dispositions, cela aboutirait à la situation curieuse que le statut du Comité serait différé selon que l'Etat partie au Pacte a, ou n'a pas, ratifié le Protocole facultatif. Aussi l'attitude que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a adoptée sur cette question en 1997 demeure-t-elle pleinement justifiée.

IV. — CONCLUSION

Qui passe en revue les arguments en faveur et à l'encontre du Protocole facultatif, même de manière assez sommaire comme il a été fait ici, ne peut se départir de l'impression qu'il n'est pas possible vraiment de se proclamer à la fois en faveur de la réalisation des droits économiques et sociaux, et contre le Protocole facultatif comme instrument de cette réalisation. Le Protocole facultatif peut constituer un levier important de transformation de notre représentation même de ce que les droits économiques et sociaux impliquent. C'est en raison de cet impact qu'il est souhaitable. L'adoption du Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ne réglerait pas d'un seul coup les problèmes de pauvreté, de sous-alimentation, ou de logement qui sont le lot quotidien de la grande majorité des hommes et des femmes de ce monde. Mais en déduire son inutilité est inacceptable : ce serait dépénaliser l'homicide au motif que son inscription dans le Code pénal n'a pas arrêté le crime. En réalité, l'adoption d'un tel Protocole contribuerait à encourager les juridictions nationales à prendre appui sur les ressources du droit interne et sur les obligations internationales de l'Etat pour exiger de l'Exécutif et du Législatif qu'ils se justifient, face au constat que les droits économiques et sociaux continuent de n'être pas réalisés pour tous. Le message d'un tel Protocole serait clair : les gouvernants doivent justifier leurs choix au regard de l'obligation de réaliser le droit à un logement convenable pour chacun, le droit à une nourriture suffisante, le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint, ou le droit à l'éducation ; sacrifier ces objectifs, que cela soit par simple indifférence, par soumission à des groupes d'intérêt, par l'absence de mesures de lutte contre la corruption, ou pour des motifs de fierté nationale qui conduisent certains gouvernements à ne pas solliciter l'aide étrangère, ne constitue pas seulement une mauvaise gestion que le peuple pourra sanctionner lors d'élections – il s'agit d'une atteinte aux droits de l'homme, que les cours et tribunaux pourront progressivement reconnaître comme telle. Il ne faut pas vouloir le Protocole facultatif parce qu'il serait inoffensif, simple miroir aux alouettes pour les victimes, et donc peu dangereux ; il faut le vouloir parce qu'il peut constituer un instrument, potentiellement efficace, pour remédier à certaines des injustices les plus flagrantes d'aujourd'hui.