

Gülmez, Mesut, (2011b), “Sosyal İnsan Haklarının Gelişimi Temelinde Sosyal Devlet İçin Öneriler”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Beta Yayını, İstanbul, 2011 (baskıda).

İnceoğlu, Sibel, (2001), “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverilme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi”, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, s. 41-70.

İnceoğlu, Sibel, (2006), “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, Sayı 11, s. 45-61.

Keser, Hakan, (2004), “4857 Sayılı İK’na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, **Kamu-İş**, Cilt 7, Sayı 3, s. 37-73.

Süzek, Sarper, (2008), “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 12, Aralık 2008, s. 24-38.

Tuncay, A. Can, (2004), “Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu”, **AB-Türkiye ve Endüstri İlişkileri** (Editör: Alpay Hekimler), 1. Bası, İstanbul: Beta Yayını, s. 45-79.

Ulucan, Devrim, (2000), “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, **Kamu-İş**, Cilt 5, Sayı 3, s. 191-202.

Yazıcı, Serap, (2006), “Eşitlik İlkesinin Değişen Dinamiği Çerçevesinde Kadın Hakları”, “İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın”, **Hukuk Kurultayı 2006**, 03-07 Ocak 2006, Cilt III, 1. Baskı, Ankara: Ankara Barosu Yayını, s. 485-531.

LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX EN DROIT INTERNATIONAL DES DROIT DE L’HOMME

Diane Roman

Université François Rabelais, Tours

Membre de l’Institut universitaire de France

RÉSUMÉ

Présenter la justiciabilité des droits sociaux en droit international des droits de l’Homme implique de dépasser les idées reçues: certes, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 avait exclu tout contrôle juridictionnel et mis en place un examen sur rapport étatique uniquement, ce qui avait entraîné une mise à l’écart des droits sociaux et fait peser sur ces derniers un doute quant à leur qualité de “droits” effectifs et justiciables.

Néanmoins, au fil de ses rapports, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies a étendu son contrôle et a développé une interprétation dynamique, récusant la distinction entre droits civils et droits sociaux et soulignant l’existence de différentes obligations immédiatement exigibles des États: obligation de respecter, de protéger et de réaliser les droits sociaux, en garantissant notamment un accès aux tribunaux. En 25 ans d’existence, l’œuvre du CoDESC a permis ainsi de rejeter l’idée d’une éventuelle particularité des droits sociaux, qui ferait d’eux des «demi-droits», de «pseudo droits» relégués au rang de pétition de principe ou d’engagement moraux.

Relayée par l’interprétation faite, dans leurs domaines de compétences respectifs, par d’autres comités onusiens (Comité des droits de l’Homme, Comité pour l’élimination de la discrimination raciale, Comité pour l’élimination des discriminations à l’égard des femmes), cette position doctrinale novatrice a offert un terrain favorable aux revendications en faveur d’un élargissement des compétences du CoDESC et ouvert la voie à l’adoption, en 2008, d’un protocole facultatif additionnel au PIDESC, garantissant une pleine justiciabilité aux droits sociaux conventionnellement garantis.

Certes, le protocole est subordonné, pour son entrée en vigueur, à des ratifications étatiques que les États semblent hésiter à effectuer. Néanmoins, la procédure de saisine individuelle ou associative que le protocole prévoit, en dépit du maintien d’un certain nombre d’incertitudes, hissera ainsi le CoDESC au rang d’organe majeur des Nations Unies pour la lutte contre la pauvreté et la promotion des droits sociaux.

İNSAN HAKLARI ULUSLARARASI HUKUKUNDA SOSYAL HAKLARIN YARGILANABİLİRLİĞİ*

Diane Roman

Tours François Rabelais Üniversitesi,
Fransa Üniversite Enstitüsü Üyesi

ÖZET

İnsan hakları uluslararası hukukunda sosyal hakların yargılanabilirliğini (dava edilebilirliğini) dile getirmek, kabul edilmiş (hazır) düşüncelerin aşılmasını gerektiriyor: Kuşkusuz, 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (ESKHUS), her tür yargısal denetimi dışlamıştı ve yalnızca devlet raporu temeline dayanan bir inceleme (denetim) uygulamaya koymuştu. Bu da, sosyal hakların bir kenara konulmasını gerektirmişti ve sosyal haklar üzerinde gerçek ve yargılanabilir “haklar” niteliği taşıdıklarına ilişkin bir kuşku yaratmıştı.

Bununla birlikte, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi (ESKHK), kabul ettiği raporları boyunca, denetimini genişletti ve kişi hakları ile sosyal haklar arasında ayırım yapılmasını reddeden ve devletlerin, derhal (yerine getirilmesi) istenebilir farklı yükümlülükleri bulunduğu altını çizen dinamik bir yorum geliştirdi: Bunlar; özellikle mahkemelere erişilmesini güvenceye bağlayan, sosyal haklara saygı gösterilmesi, sosyal hakların korunması ve gerçekleştirilmesi yükümlülükleridir. Böylece, 25 yıllık yaşamı boyunca ESKHK'nin çalışmaları, sosyal hakları, savı kanıtsama** ya da moral yükümlülük düzeyinde ikinci plana itip “yarım yamalak-haklar”, “sözde haklar” konumuna sokan, sosyal hakların olası bir kendine özgülüğü düşüncesinin reddedilmesine olanak verdi.

Bu yenilikçi doktriner tutum (yaklaşım), kendi yetki alanlarında Birleşmiş Milletler'in diğer komitelerince (İnsan Hakları Komitesi, Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Komitesi, Kadınlara Karşı Ayrımcılıkların Kaldırılması Komitesi tarafından) yapılan yorumları izleyerek, ESKHK'nin yetkilerinin genişletilmesi yararına hak istemlerine elverişli bir alan sundu ve 2008'de, sözleşmenin güvenceye aldığı sosyal hakların eksiksiz bir yargılanabilirliğini güvenceye bağlayan ESKHUS'ye ek bir seçmeli protokol kabul edilmesinin yolunu açtı.

Kuşkusuz, bu protokolün yürürlüğe girmesi, devletlerin gerçekleştirmekte tereddüt ettikleri onaylara bağlı tutulmuştur. Bununla birlikte, protokolün öngördüğü bireysel veya birey gruplarınca başvuru usulü, bir dizi belirsizliğin sürmekte olmasına karşın, yoksulluğa karşı savaşım ve sosyal hakların geliştirilmesi için ESKHK'yi Birleşmiş Milletler'in çok önemli bir organı düzeyine yükseltecektir.

Les droits sociaux mettent à l'épreuve l'ambition des juristes de construire des catégories juridiques précises et clairement déterminées... Certes, de nombreuses définitions ont pu être proposées. Ainsi celle tendant à désigner les droits sociaux comme l'ensemble des droits qui visent à garantir aux individus des conditions matérielles d'existence compatibles avec la condition humaine, et la capacité physique et intellectuelle de participer activement à la vie en société. Leur concrétisation exige une double intervention : d'une part, une action matérielle de la part des États et d'autres entités publiques ou privées (entreprises, famille), d'autre part une action normative, relevant de la compétence étatique et destinée à délimiter le contenu des droits et à en garantir l'effectivité.

Pourtant, malgré cet effort de définition, la notion de droit sociaux demeure ambiguë. En effet, non seulement plusieurs expressions peuvent être employées (le droit international lui préfère notamment celle de « droits économiques, sociaux et culturels »), mais plus encore, elle entremêle différentes catégories, parfois opposées : *droits issus de la relation professionnelle* (droits des salariés par rapport à leurs employeurs) contre *droits à des prestations sociales* désignant les bénéfices résultant de la législation sociale (aide sociale et droits contributifs), droits *fondamentaux très généraux* proclamés par les textes constitutionnels et internationaux (Déclaration universelle de 1948, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels – PIDESC –, Charte sociale européenne –CSE–) contre *droits précisément définis* ouverts par des dispositifs législatifs et réglementaires souvent techniques (revenu de solidarité et d'assistance publique, droit à pension de retraite, indemnité chômage, assurance maladie, etc.), *droits individuels* (droit au logement, droit à l'alimentation) contre *droits collectifs* (action syndicale et droit de grève, protection de la famille), *droits libertés* (droits des travailleurs) contre *droits créances* (droits à des prestations). Cette confusion conceptuelle donne au contenu des droits sociaux un caractère hétérogène et rend difficile une approche globale.

Un point commun caractérise toutefois ces différents droits : le sort doctrinal qui leur est historiquement réservé. Présentés comme des droits de la deuxième génération, les droits sociaux sont généralement opposés aux droits « historiques » de tonalité libérale portés par la philosophie des Lumières. Une conceptualisation doctrinale a érigé les droits sociaux en catégorie spécifique, frappée d'une certaine vulnérabilité normative (*les droits sociaux seraient davantage des programmes, des objectifs, des guides d'action des pouvoirs publics que des droits des individus*) et contentieuse (*faiblement déterminés et sans titulaires précis, les droits sociaux ne pourraient bénéficier d'une protection juridictionnelle*).

Cette distinction s'est cristallisée sur la scène internationale lors de la guerre froide : alors même que la Déclaration universelle de 1948 insistait sur l'indivisibilité des droits de l'Homme qu'elle proclamait dans un instrument unique, la scission opérée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966 en deux instruments internationaux a entériné l'idée d'une différence de régime juridique entre les deux catégories de droits. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) consacrait alors des droits dont la violation devait pouvoir faire l'objet de recours au niveau national ainsi que de communications, qu'elles soient interétatiques ou individuelles devant le Comité des droits de l'Homme au niveau international. A l'inverse, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) reconnaissait un certain nombre de droits dont la réalisation était

* Çeviri: Mesut Gülmez.

** Sözlükte (T. Saraç) “savı kanıtsama” olarak çevrilen ve bir Danıştay kararında da aynen kullanılan “pétition de principe” (*petitio principii*), mantık biliminde, kanıtlanması söz konusu olan (gereken) bir şeyin (önerinin) gerçek olduğunun varsayıldığı (biraz farklı biçimde kabul edildiği) hatalı / aldatıcı akıl yürütme yöntemidir (mantık hatasıdır) (MG).

présentée comme progressive et conditionnée au niveau de développement, des ressources disponibles par chaque État et de la coopération internationale (art. 2§1). Cette double limitation (progressivité et conditionnalité) justifiait alors l'exclusion d'un contrôle sur plainte et son cantonnement à un examen sur rapports étatiques remis au Conseil économique et social précisant les progrès accomplis (art. 16).

Comme s'accorde alors à le relever la doctrine, à cette date, la différence de régime entre les deux catégories de droit paraissait indépassable et l'absence de justiciabilité des droits sociaux fermement acquise. Était ainsi mise en place une définition de la « non justiciabilité » des droits sociaux en forme de cercle vicieux : entendue d'abord au sens procédural et institutionnel, comme l'absence de mise en place de garanties judiciaires permettant, par appel à un organe indépendant et impartial, de faire connaître d'une violation de droits proclamés, la notion de « non justiciabilité » des droits sociaux se colore d'un aspect matériel : elle renvoie alors à l'idée de l'incapacité intrinsèque 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. En retour, cette incapacité substantielle justifie l'absence de voie de droit permettant un tel examen. La boucle (logique) semblait ainsi bouclée...

Or, ce cercle vicieux est sur le point de se briser : grâce au travail conceptuel remarquable effectué, depuis 25 ans, par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies (I) ainsi que d'autres comités onusiens (II), la mise en place de voies de droit permettant l'examen de communications individuelles et de procédures d'enquête en matière de violation des droits sociaux a vocation à devenir possible grâce à l'adoption d'un protocole additionnel au PIDESC (III).

I. L'OEUVRE DU COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES SOCIAUX ET CULTURELS DES NATIONS UNIES

Preuve s'il en est de la difficulté à accepter, en 1966, un contrôle international du respect du PIDESC, c'est au Conseil économique et social, organe intergouvernemental des Nations Unies, qu'a été reconnue, en 1966, une compétence pour examiner les rapports étatiques sur la mise en œuvre du PIDESC. Dans un but de rationalisation de cette fonction, le Conseil avait alors créé un groupe de travail composé d'experts gouvernementaux. Celui-ci fut transformé en 1985 en un Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CoDESC), composé d'experts indépendants, siégeant à titre individuel, transformation essentielle qui a donné au CoDESC une autonomie intellectuelle remarquable. En près de 25 ans, ce comité a constamment œuvré au renfort du PIDESC, en remettant en cause la prétendue particularité des droits sociaux (1) et en développant des outils conceptuels novateurs permettant un contrôle approfondi de leur respect (2).

1. « Des droits à part entière » : la remise en cause de la particularité du régime de protection des droits sociaux

Au fil de ses rapports, le CoDESC n'a eu de cesse de définir la nature des obligations générales pesant sur les États au titre du PIDESC et de souligner, à rebours des idées reçues tendant à ne voir dans ce pacte qu'un énoncé programmatique, l'existence d'*obligations de résultat* et le *principe de la justiciabilité des droits sociaux*. Comme le Comité le souligne dans ses Observations générales de 1990, « si le Pacte prévoit effectivement que l'exercice

des droits devra être assuré progressivement et reconnaît les contraintes découlant du caractère limité des ressources disponibles, il impose aussi diverses obligations ayant un effet immédiat, dont deux sont particulièrement importantes pour comprendre la nature précise des obligations des États parties » : l'une est l'obligation de garantir un exercice des droits sans discriminations, l'autre est de prendre des mesures appropriées pour garantir les droits, « obligation qui, en elle-même, n'est pas nuancée ou limitée par d'autres considérations ». Or, « parmi les mesures qui pourraient être considérées comme appropriées figurent, outre les mesures législatives, celles qui prévoient des recours judiciaires au sujet de droits qui, selon le système juridique national, sont considérés comme pouvant être invoqués devant les tribunaux ». L'analyse ainsi développée permet au Comité de présenter la justiciabilité des droits sociaux comme un engagement conventionnel des États... En effet, ajoute-t-il, « il y a lieu de reconnaître que, généralement, les tribunaux s'occupent déjà d'un vaste éventail de questions qui ont d'importantes incidences financières. L'adoption d'une classification rigide des droits économiques, sociaux et culturels qui les placerait, par définition, en dehors de la juridiction des tribunaux serait, par conséquent, arbitraire et incompatible avec le principe de l'indivisibilité et de l'interdépendance des deux types de droits de l'homme. Elle aurait en outre pour effet de réduire considérablement la capacité des tribunaux de protéger les droits des groupes les plus vulnérables et les plus défavorisés de la société ».

Cinq ans après sa création, en affirmant la nécessité d'un contrôle juridictionnel, le Comité rejetait ainsi fermement l'idée d'une éventuelle particularité des droits sociaux, qui ferait d'eux des « demi-droits », de « pseudo droits » relégués au rang de pétition de principe ou d'engagement moraux. Étaient ainsi posées les bases conceptuelles d'une interprétation renouvelée des obligations étatiques, permettant un contrôle renforcé du respect des droits énoncés par le PIDESC.

2. Un enrichissement substantiel du contrôle du respect des droits sociaux

L'intensification du contrôle effectué par le CoDESC depuis 25 ans se manifeste aussi bien d'un point de vue procédural que dans la définition des obligations étatiques.

1) D'un point de vue procédural, d'abord. Alors que le texte initial ne prévoyait qu'un examen des rapports étatiques remis à intervalles réguliers, le Comité a développé une stratégie d'examen plus inquisitoriale. Ainsi, lors de l'examen du rapport étatique, le Comité peut demander au représentant de l'État concerné des précisions sur le respect des droits économiques, sociaux et culturels, voire, *in fine*, la mise en place d'une procédure d'enquête sur site. Le Comité a de surcroît accepté la remise par des organisations non gouvernementales de rapports alternatifs dont il peut tenir compte dans ses observations finales. Une telle démarche a pu prendre une forme plus nouvelle encore lorsque le Comité, alerté d'une violation d'un droit social par une ONG en dehors du processus d'examen des rapports étatiques, a demandé à l'État concerné des précisions sur la situation en cause. De telles évolutions procédurales conduisent ainsi à transformer les conditions de l'examen par le CoDESC, en élargissant et assouplissant les modalités de recueil d'informations dont il dispose.

2) Mais c'est dans la délimitation des obligations imparties aux États que réside l'apport principal de l'œuvre créatrice du CoDESC. Selon celui-ci, « la principale obligation qui incombe aux États parties au regard du Pacte est de donner effet aux droits qui y sont reconnus.

En exigeant des gouvernements qu'ils s'en acquittent "par tous les moyens appropriés", le Pacte adopte une démarche ouverte et souple qui permet de tenir compte des particularités des systèmes juridiques et administratifs de chaque État ainsi que d'autres considérations importantes. Mais cette souplesse va de pair avec l'obligation qu'a chaque État partie d'utiliser tous les moyens dont il dispose pour donner effet aux droits consacrés dans le Pacte ».

Or, c'est dans la définition des obligations mises à la charge des États par le PiDESC que réside un bouleversement conceptuel majeur. En effet, le Comité, à la suite de la doctrine académique, a proposé de dépasser la distinction entre la réalisation des droits civils, qui nécessiterait une abstention des pouvoirs publics, et celles des droits sociaux, qui supposeraient une intervention active de ces derniers, tournant ainsi le dos à la distinction classique entre « droits libertés » et « droits créances ». En réalité, tous les droits, quels qu'ils soient, imposent aux États une triple obligation d'abord de *respecter*, de *protéger* ensuite, de *réaliser*, enfin.

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

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

Enfin, un souci identique se retrouve dans l'obligation de *réaliser* ces droits, qui correspond à une obligation d'intervention de l'État. Cette dernière obligation, loin de caractériser par nature la protection des droits sociaux, vaut aussi pour les droits civils et politiques, dont la réalisation peut avoir un coût pour les finances publiques... Elle constitue toutefois un

aspect essentiel de la réalisation des droits sociaux. Cet aspect économique étant indéniable, il serait irréaliste de demander à chaque État partie d'assurer immédiatement la réalisation de l'ensemble des droits garantis. Ceci n'empêche toutefois pas le Comité de contrôler la nature adéquate des mesures adoptées. Sans fixer de « marche à suivre » générale, le Comité adopte une démarche pragmatique fondée sur une double ligne directrice : d'une part, il interdit toute mesure régressive, notamment lorsqu'elle n'est pas justifiée par des considérations économiques. Ceci conduit le Comité à suivre de près les conséquences sociales des plans d'ajustements structurels mis en place par les États à la demande du FMI ou de la Banque Mondiale et son adéquation aux objectifs de développement pour le Millénaire supposés devoir être réalisés à l'horizon 2015; d'autre part, le Comité affirme que chaque État a une « obligation fondamentale minimum » de réaliser l'ensemble des droits contenus dans le Pacte, dépassant de la sorte très nettement le postulat initial de droits « virtuels », de pseudo-droits, dont le degré de réalisation est insusceptible de vérification, voire de sanction...

Or, c'est sur ce dernier point seulement que différerait l'étendue des obligations au regard de la nature des droits en cause, la mise en œuvre des droits sociaux étant conditionnée par une « clause du possible ». L'État doit tout mettre en œuvre, notamment « au maximum des ressources disponibles » pour garantir le plus tôt possible l'intégralité des droits sociaux. Et encore, la contingence dans la mise en œuvre des droits sociaux résultant de cette progressivité n'est-elle pas absolue. En effet, selon le Comité onusien, le Pacte de 1966 garantit le respect d'un noyau dur (*core content*) de chaque droit qui doit être garanti quelles que soient les ressources financières des États. « Chaque État partie a l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits. Ainsi, un État partie dans lequel, par exemple, nombreuses sont les personnes qui manquent de l'essentiel, qu'il s'agisse de nourriture, de soins de santé primaires, de logement ou d'enseignement, est un État qui, à première vue, néglige les obligations qui lui incombent en vertu du Pacte. Le Pacte serait largement dépourvu de sa raison d'être si de sa lecture ne ressortait pas cette obligation fondamentale minimum. De la même façon, il convient de noter que, pour déterminer si un État s'acquitte de ses obligations fondamentales minimum, il faut tenir compte des contraintes qui pèsent sur le pays considéré en matière de ressources (...). Pour qu'un État partie puisse invoquer le manque de ressources lorsqu'il ne s'acquitte même pas de ses obligations fondamentales minimum, il doit démontrer qu'aucun effort n'a été épargné pour utiliser toutes les ressources qui sont à sa disposition en vue de remplir, à titre prioritaire, ces obligations minimum ». La clause de progressivité a une portée d'autant plus limitée que le CoDESC a dégagé différents critères pour examiner les efforts fournis par les États pour s'acquitter de leurs obligations. Quatre caractéristiques notamment sont utilisées : examen de la *dotation*, c'est-à-dire la mise à disposition de ressources suffisantes; de l'*acceptabilité* par les usagers; de l'*adaptabilité*, au sens où la mise à disposition des ressources doit s'effectuer de telle sorte qu'elle s'adapte aux changements sociaux et, enfin, examen de l'*accessibilité*, ce qui implique l'absence de discriminations, qu'elles soient physique, culturelle ou économique.

On mesure l'importance et l'originalité de l'œuvre du Comité, qui a permis un bouleversement de l'approche de la définition des droits sociaux et des obligations étatiques qui en découlent. Néanmoins, il convient de souligner que son effort ne fut pas isolé, et que le ren-

forcement de la justiciabilité des droits sociaux a été relayé par l'action d'autres comités et organes onusiens.

II. L'APPORT DES DIFFÉRENTS ORGANES INTERNATIONAUX À LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX

Parallèlement au renforcement conceptuel opéré par le Comité des droits sociaux, d'autres organes internationaux ont développé un corpus doctrinal et jurisprudentiel attestant d'une extension de la justiciabilité des droits sociaux.

Une telle évolution est particulièrement mise en exergue dans la position de principe arrêtée par les Comités des Nations Unies en charge du suivi des différentes conventions internationales relatives aux droits de l'Homme. Qu'il s'agisse du Comité des droits de l'Homme, au titre du contrôle du respect du PIDCP, du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale ou du Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, ces différents organes onusiens n'ont eu de cesse de repousser les limites des textes leur attribuant une compétence pour étendre leur examen à des situations mettant en cause des droits de nature économique et sociale.

Deux fondements distincts ont permis une telle extension: d'une part, le principe d'indivisibilité des droits, d'autre part, celui de non discrimination.

1. Le Principe d'indivisibilité des droits dans la «jurisprudence» des Comités onusiens

Une des premières voies ayant permis l'extension au domaine économique et social de stipulations consacrant principalement des droits civils et politiques est l'affirmation de l'indivisibilité et de l'interdépendance des droits, ainsi que du prolongement économique et social de certaines dispositions, notamment celles contenues dans le PIDCP. Cette tendance, bien connue des juridictions nationales ou de la Cour européenne des droits de l'Homme, est particulièrement présente dans la doctrine du Comité des droits de l'Homme, laquelle s'attache à souligner la potentialité sociale de certains droits civils et politiques. Ainsi l'interdiction du travail forcé ou obligatoire (art. 8§3 PIDCP) a été invoquée à l'encontre d'un régime d'assurance-chômage imposant en contrepartie de la prestation sociale un travail dégradant ou déshumanisant. De même, le refus d'un État d'autoriser un avortement thérapeutique a été jugé constitutif d'une immixtion arbitraire dans la vie privée (art. 17 PIDCP), d'une violation de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (art. 7 PIDCP) et d'une violation du droit des mineurs à une protection (art. 24§1). Enfin, l'absence de droits sociaux reconnus aux détenus a été assimilée à un traitement cruel, inhumain et dégradant. De plus, le Comité souligne qu'il s'agit là de « normes minima (qui) doivent être observées quel que soit le niveau de développement de l'État partie » et « même si des considérations économiques ou budgétaires peuvent rendre ces obligations difficiles à respecter ».

2. Le principe de non discrimination dans la jouissance de droits sociaux

C'est principalement grâce au principe de non-discrimination qu'une brèche s'est ouverte dans le mur opposant droits civils et droits sociaux, à la suite de la solution retenue par le Comité des droits de l'Homme en 1987 : s'appuyant sur l'article 26 du PIDCP,

lequel interdit « toute discrimination de droit ou de fait dans tous les domaines relevant de l'autorité et de la protection des pouvoirs publics », le comité a considéré que le principe énoncé ne valait pas seulement à l'égard de la jouissance des droits garantis par le Pacte, mais aussi à l'égard de l'ensemble des droits à pensions ou prestations sociales garantis par la législation nationale. Toutefois, la portée de cette solution est limitée en ce qu'elle se fait à « législation sociale constante » : le Comité se refuse ainsi à imposer aux États l'obligation d'adopter un régime de mise en œuvre des droits sociaux et se borne à condamner des pratiques discriminatoires si la législation sociale est adoptée.

Au regard d'une telle limite, les solutions retenues par le Comité pour l'élimination des discriminations raciales paraissent plus prometteuses. On sait que le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR) peut recevoir des communications individuelles de la part de personnes se prétendant victimes d'une violation par un État partie d'un article de la Convention pour l'élimination des discriminations raciales. Or, en vertu de l'article 5 e) de cette convention, les États s'engagent à éliminer et interdire la discrimination raciale et à garantir le droit de chacun à l'égalité dans la jouissance d'un certain nombre de « droits économiques, sociaux et culturels » comme le droit au travail, à la protection contre le chômage, la liberté syndicale, le droit au logement, à la santé, à la sécurité sociale, à l'éducation. Sur ce fondement, a pu être condamnée l'insuffisante protection accordée à une salariée contre un licenciement discriminatoire, l'inaction face aux discriminations opérées par les agences immobilières ou encore l'insuffisant accès aux logements sociaux des populations Roms.

Doit enfin être mentionnée l'apport des observations du Comité pour l'élimination de la discrimination faite aux femmes. La convention éponyme qu'il est chargé de mettre en œuvre prévoit, outre le principe de non discrimination dans la jouissance de droits reconnus à tous, l'obligation pour les États de prendre des mesures spécifiques de nature sociale afin de lutter contre les discriminations dont sont victimes les femmes. A ce titre, les États doivent instituer « l'octroi de congés de maternité payés » (art. 11§2b), fournir aux femmes enceintes « des services appropriés », « au besoin, gratuits » et « une nutrition adéquate » (art. 12§2) et assurer aux femmes rurales l'accès à un certain nombre de droits et services sociaux (art. 14§2). Or, dans une jurisprudence constante, le Comité a admis l'invocabilité de ces articles par la voie des communications, sans considérer qu'ils sont de réalisation progressive et alors même qu'au niveau interne l'État concerné faisait valoir l'absence d'applicabilité et d'effet directs. Le Comité a ainsi affirmé que méconnaissaient les dispositions de la Convention, l'absence de garantie nationale du droit à des congés maternité ou encore l'absence de soins fournis aux femmes enceintes.

L'œuvre conjuguée des différents comités onusiens, au premier plan desquels le Co-DESC, a permis de reconstruire intellectuellement le contenu des obligations étatiques en matière économique et sociale. Reste à franchir une dernière étape de ce mouvement en faveur de la justiciabilité des droits sociaux, essentielle à bien des égards : celle de l'institution d'un organe spécifique à même d'examiner les plaintes individuelles relatives à la violation des droits sociaux. C'est le projet du protocole additionnel au PIDESC.

III. LE PARACHÈVEMENT: L'ADOPTION DU PROTOCOLE FACULTATIF AU PIDESC

Au début des années 90 et à l'initiative du CoDESC, prend corps l'idée d'un protocole additionnel au PIDESC permettant d'aligner les conditions de saisine du Comité sur celle de la plupart des autres comités onusiens, en ouvrant un droit de communication individuelle. Après une décennie de réflexion, la Commission des Nations Unies nomme alors un expert indépendant, le Pr. Hatem Kotrane, chargé d'examiner le projet. Au sein de deux rapports, celui-ci défend clairement l'adoption d'un protocole au PIDESC, mais il estime parallèlement que de nombreuses questions doivent être approfondies par la création d'un groupe de travail de la Commission chargé d'examiner les différentes options. Ledit groupe de travail, placé sous la présidence de Catarina de Albuquerque, étudie l'opportunité d'un tel protocole, jusqu'à ce que le Conseil des droits de l'Homme, lors de sa première session en 2006, lui demande officiellement d'en commencer la rédaction. Le processus s'accélère alors considérablement, malgré des désaccords persistants : en avril 2008, un premier projet est présenté au Conseil des droits de l'Homme, qui l'approuve 2 mois plus tard et le transmet à l'Assemblée Générale de l'ONU, laquelle l'adopte à son tour à la date très symbolique du 10 décembre 2008. L'entrée en vigueur de ce texte est soumise à signature et ratification des États mais d'ores et déjà, le moment était salué comme historique par de nombreux acteurs.

1. Contenu du Protocole

L'objet du Protocole est de conférer au CoDESC une compétence pour connaître des plaintes (communications) individuelles relatives à la violation du PIDESC, en sus du contrôle abstrait effectué sur rapport. Dans cet esprit, la procédure retenue par les rédacteurs se caractérise par son ambition refondatrice, aussi bien en ce qui concerne les droits susceptibles d'être invoqués, les personnes habilitées à saisir le CoDESC que la procédure retenue. Tout d'abord, parce que l'ensemble des droits énoncés par le PIDESC ont vocation à bénéficier de cette protection. L'option de droits dont l'invocabilité serait « à la carte », un temps défendue, a laissé la place à une approche universaliste, s'alignant de la sorte sur les autres mécanismes de contrôle du respect des traités onusiens qui ne distinguent pas en leur sein quels droits sont invocables et lesquels ne le sont pas. Ensuite, parce que la possibilité de saisir le CoDESC a été reconnue aux « particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un État partie, qui affirment être victimes d'une violation par cet État partie d'un des droits économiques, sociaux et culturels énoncés dans le Pacte ». Or, comme le remarque un commentateur, si la possibilité pour un groupe de saisir le CoDESC était assez prévisible au regard des règles de saisine du Comité des droits de l'homme en matière de droits civils et politiques, en revanche la possibilité de porter plainte *au nom* d'individus ou de groupes d'individus est une avancée significative qui devrait faciliter la représentation des plus démunis par l'intermédiaire d'ONG. Enfin, parce qu'une procédure d'enquête est rendue possible par le Protocole, en plus de la procédure de plainte : cette procédure permettra au CoDESC d'engager et mener des enquêtes sur des violations graves et systématiques des droits

sociaux, sans attendre la soumission du prochain rapport périodique de l'État ou une saisine par des victimes que des menaces de représailles peuvent rendre hypothétique.

Néanmoins, cette ambition est contrebalancée par différentes dispositions plus restrictives. La première, d'ordre procédural, résulte de l'application d'une règle de non chevauchement des procédures. Le CoDESC ne pourra examiner la plainte si celle-ci a déjà été examinée ou si elle 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 au niveau international (art. 3 c). Il ne sera donc pas possible de saisir parallèlement ou successivement le Comité européen des droits sociaux et le CoDESC pour des faits constitutifs d'une violation de la Charte sociale européenne et du PIDESC. Cette règle, plus stricte que celle prévalant devant le Comité des droits de l'Homme, imposera ainsi aux auteurs de communication de choisir scrupuleusement l'enceinte devant laquelle leur plainte sera examinée. La seconde limite concerne la délimitation des États responsables. En effet, le protocole prévoit que les victimes doivent relever de la juridiction de l'État responsable de la violation et que cet État doit être partie non seulement au PIDESC mais aussi au Protocole additionnel, ce qui exclut, *a priori*, la possibilité d'attirer devant le CoDESC des États tiers, même si ceux-ci violent les droits protégés en dehors de leur territoire. En pratique toutefois, la jurisprudence du Comité des droits de l'homme ou de la Cour internationale de justice, démontre qu'il est possible de tenir des États responsables de la violation des droits fondamentaux de personnes vivant à l'étranger. Le CoDESC pourrait adopter une interprétation compréhensive et accepter les plaintes contre ces États tiers, pour autant que ceux-ci soient des États parties au Protocole facultatif se rapportant au PIDESC. En d'autres termes, tout dépendra ici du nombre de ratifications dont bénéficiera ce protocole.

Enfin, dans un souci d'effectivité de la procédure de communication individuelle, différentes mesures sont prévues. D'une part, des mesures provisoires peuvent être ordonnées, afin d'éviter un préjudice irréparable pour la victime d'une violation présumée. D'autre part, le protocole régit la procédure de suivi des observations du Comité. Si une violation du PIDESC est constatée par le Comité, celui transmettra ses constatations et, le cas échéant, ses recommandations aux parties intéressées. L'État devra prendre en compte les constatations du Comité et, dans un délai de 6 mois après la transmission par le Comité de ses recommandations, soumettre au Comité une réponse écrite contenant des informations sur toute action menée à la lumière des constatations et recommandations du Comité. Le Comité pourra demander à l'État partie de lui soumettre un complément d'informations sur les mesures correctives prises en réponse à ses constatations ou à ses éventuelles recommandations dans les rapports périodiques ultérieurs de l'État partie sur la manière dont il aura mis en œuvre ses obligations.

2. Avenir du Protocole

Il est difficile de prédire l'avenir d'un texte de droit, tant celui-ci échappe à l'intention de ses auteurs et acquiert, du fait de la pratique et de l'interprétation qu'en font ses acteurs, une autonomie souvent imprévisible. Néanmoins, sans tenter d'apporter des réponses nécessairement spéculatives, plusieurs questions peuvent d'ores et déjà se poser.

- D'abord celle de son entrée en vigueur. Le protocole additionnel n'entrera en vigueur qu'après que 10 États l'aient ratifié. Or, le moins que l'on puisse dire est que, près de 3 ans

après sa signature, le compte n'y est pas : si 36 États ont signé le texte, seuls 3 l'ont ratifié, en dépit d'une vigoureuse campagne menée par les ONG. L'entrée en vigueur du protocole est donc conditionnée à une volonté politique, qui semble, en l'état, faire défaut.

- Ensuite, celle de la capacité, aussi bien matérielle que personnelle, du CoDESC à s'adapter au système de communications individuelles. L'aptitude du Comité à examiner avec l'expertise voulue des questions socio-économiques complexes, résultant à la fois de choix politiques fondamentaux et de considérations techniques, financières et légales complexes a pu être discutée dès l'origine. Le CoDESC a su jusqu'ici collaborer avec les institutions spécialisées des Nations Unies telle que l'UNESCO, l'OMS, la FAO, l'OIT. Ses nouvelles attributions rendront nécessaires un renforcement de ces liens informels et l'appui d'une expertise technique, en raison des dispositions même du Protocole. En effet, l'article 8 §4 du Protocole prévoit que le CoDESC, pour déterminer si un droit a été violé, devra considérer le caractère *raisonnable* des mesures prises par l'État en vertu de l'article 2§1 du PIDESC, tout en ayant à l'esprit que l'État partie peut adopter une variété de mesures pour mettre en œuvre les droits consacrés. Le protocole additionnel rappelle ici deux caractéristiques phares du PIDESC : d'une part, l'obligation de réaliser progressivement l'ensemble des droits qu'il énonce au maximum des ressources disponibles et de s'abstenir d'une quelconque forme de discrimination et d'autre part, l'ampleur de la marge d'appréciation reconnue aux États pour mettre en œuvre les politiques économiques et sociales nécessaires à la réalisation des droits sociaux. Est ainsi souligné le caractère déclaratoire des constats établis par le CoDESC : comme le rappelle O. de Schutter, « lorsqu'il constatera que l'État 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 à l'État pour aboutir à un résultat plus satisfaisant, au terme d'une appréciation d'opportunité portant sur le choix des moyens à mettre en œuvre, dans les limites des obligations découlant du Pacte dans l'interprétation qu'en aura donnée le Comité ». Or, la voie que le Comité pourra emprunter est étroite, entre respect des prérogatives des États et nécessité d'un suivi permettant d'établir l'effectivité des droits garantis. Des précisions ont d'ores et déjà été données : le Comité, dans le cadre de la réflexion préparatoire à l'adoption du Protocole avait ainsi annoncé que, en présence d'une abstention de l'État ou devant de mesures régressives, il reviendra à l'État de prouver qu'un tel comportement a été adopté sur la base de considérations murement pesées et peut être justifié au regard de l'ensemble des droits garantis par la Convention et de l'ensemble des ressources disponibles. Et si le contrôle que le Comité entend mener est présenté comme respectueux de la marge nationale d'appréciation, des critères objectifs d'évaluation sont d'ores et déjà annoncés : niveau de développement du pays, gravité de la violation, respect du noyau dur de la convention, situation économique globale du pays (et notamment apparition de cycles de récession), crise environnementale, politique ou conflit armé, demande de coopération etc.

- Enfin, dernière question susceptible de se poser : celle de la concurrence ou de la complémentarité des jurisprudences internationales, régionales ou nationales en matière de protection des droits sociaux. A l'échelle nationale, l'œuvre des cours suprêmes s'avérera d'autant plus importante qu'il leur reviendra de juger de la conformité aux différentes sources

(nationales et internationales) des politiques sociales mises en œuvre par les gouvernements et parlements démocratiquement élus. A l'échelle internationale, le droit de communication individuelle devant le CoDESC devra se concilier avec la compétence reconnue à différentes juridictions ou organes internationaux. D'ores et déjà, l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme, de la Convention interaméricaine des droits de l'Homme ou de la Charte africaine des droits des peuples a permis certaines avancées dans la protection des droits sociaux. L'œuvre du Comité européen des droits sociaux, dans le cadre de la Charte sociale européenne des droits sociaux, a contribué, à l'échelle européenne, à renforcer le contenu des obligations étatiques en matière sociale. De leur côté, les juges internationaux font une place croissante aux stipulations du PIDESC : ainsi, la Cour Internationale de Justice s'est référée directement au Pacte dans son avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé ; de même, la CJUE a admis l'applicabilité du PIDESC dans un litige mettant en cause le droit d'accès à l'enseignement supérieur des étudiants européens, sans que ni l'une ni l'autre de ces juridictions ne semble hésiter devant une éventuelle particularité de ces traités internationaux. Dans cet ensemble à plusieurs voix, il reviendra au CoDESC de trouver son pupitre pour éviter que la chorale ne se transforme en cacophonie...

DR

20 septembre 2011