

Les droits de l'homme sociaux, économiques et culturels dans le système juridique de l'ordre économique et commercial international

Une étude commandée
par la Friedrich-Ebert-Stiftung
présentée par

Norman Paech

Les droits de l'homme sociaux, économiques et culturels dans le système juridique de l'ordre économique et commercial international

Une étude commandée
par la Friedrich-Ebert-Stiftung
présentée par

Norman Paech

Professeur de droit public Université
de Hambourg d'Economie et de Politique

Edition française
Bonn 2005

ISBN 3-89892-455-6

© Friedrich-Ebert-Stiftung

Editeur: Friedrich-Ebert-Stiftung
Division de la Coopération Internationale au Développement
Programme Syndical Global
Godesberger Allee 149
53175 Bonn, Allemagne
Fax +49 228 883-575

Erwin Schweisshelm (responsable)
Tel. +49 228 883-518, e-mail: Erwin.Schweisshelm@fes.de
Lisette Klöppel
Tel. +49 228 883-517, e-mail: Lisette.Kloepfel@fes.de

Couverture: Pellens Kommunikationsdesign GmbH, Bonn

Impression: bub Bonner Universitäts-Buchdruckerei

Traduction en français: Rachid HAMDANE, Alger

Imprimé en Allemagne 2005

Sommaire

I. Introduction	5
II. Composante et système des droits de l'homme	11
1. Le niveau de l'ONU	11
2. L'O.I.T.	14
3. Le niveau régional: Europe, OEA, UA	19
4. Pratique des résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU	21
III. Contenu juridique et force d'application des droits de l'homme	24
1. Egalité d'obligation juridique pour les droits de l'homme politiques et sociaux	25
2. Niveaux différenciés des obligations de l'Etat	29
3. Classement des droits de l'homme: de la soft law au ‚ius cogens‘	31
4. Le droit international en tant que partie intégrante du droit fédéral allemand: l'article 25 GG	39
5. Attachement des organisations internationales aux droits de l'homme	42
IV. Organisation mondiale du commerce et droits de l'homme	46
1. Propriété et droits sociaux de l'homme	49
2. Constitutionnalisation des droits de l'homme: la „controverse de Petersmann“	52
3. Le droit OMC à la lumière des droits de l'homme – principes d'interprétation	55
V. Application des droits de l'homme	62
1. Application dans le cadre de l'OMC	62
2. L'exemple de l'ALENA (NAFTA)	66
3. Procédures judiciaires à l'encontre des Konzerns internationaux	68
VI. Etude de cas: l'Afrique du Sud	75
VII. Conclusion	89
Bibliographie	94

I. Introduction

Il est rare de rencontrer dans le domaine des relations sociales une contradiction aussi importante entre les normes juridiques et la réalité politique que celle existant dans le domaine des droits de l'homme. C'est en temps de guerre que l'on retrouve un fossé encore plus grand entre ce que les Etats se sont eux-mêmes fixés comme règles, principes et standards aux fins d'humanisation des pratiques de la guerre d'une part et, d'autre part, la réalité déchaînée de ces guerres, favorisée non seulement par le développement rapide des technologies d'armement mais aussi par la rechute dans les formes primitives des guerres civiles jusqu'aux génocides eux-mêmes. Rien n'a changé non plus au fait que les droits de l'homme ont beaucoup moins de chances d'être respectés et appliqués en temps de guerre qu'en temps de paix. Mais que ces mêmes droits de l'homme, en temps de paix, rencontrent autant de difficultés à être respectés et à s'imposer n'est pas seulement étonnant au vu du développement matériel général de l'humanité, mais surtout aussi bien préoccupant. On peut penser en effet que les énormes progrès de la science et de la production ont permis surtout aux sociétés des pays hautement industrialisés d'avoir entre leurs mains les moyens d'assurer la mise en place et l'application des droits de l'homme non seulement dans leurs propres pays mais aussi dans les sociétés des pays les moins développés industriellement. Cette affirmation ne se rapporte pas tellement aux droits de l'homme politiques et civiques traditionnels, qui sont moins une fonction du bien-être social et des moyens financiers de l'Etat que de son système démocratique et juridique. Elle se rapporte plutôt aux droits économiques, sociaux et culturels, qui sont apparus à une époque récente, et qui exigent de l'Etat des actions positives.

Même si le bien-être et la richesse constituent de bonnes conditions de départ pour garantir les droits de l'homme, ces facteurs ne sont pas nécessairement suffisants pour en assurer l'existence, comme le prouvent un grand nombre d'Etats riches. A l'inverse, une société formellement démocratique et possédant des institutions conformes à un Etat de droit ne représente pas une garantie évidente pour les droits de l'homme, comme nous le constatons malheureusement aussi dans de nombreux pays. Plus encore, les mêmes sociétés qui ont donné naissance il y a plus de deux siècles de cela environ à l'idée des droits de l'homme et qui, depuis, n'ont eu de cesse de participer de façon essentielle à les développer, à les préciser et à les compléter, présentent elles-mêmes des déficits en la matière et rencontrent des difficultés dans l'application de ces droits. Elles activent certes en faveur de leur universalisation jusque dans les coins les plus reculés du monde, mais elles se refusent à reconnaître pour elles-mêmes un engagement sans limites et sans restrictions. D'un côté elles mènent la guerre en leur nom, et d'un autre côté elles violent par leurs interventions «humanitaires» l'interdiction difficilement acquise de faire la guerre. C'est à la suite de négociations ayant duré une cinquantaine d'années qu'on a réussi à mettre en place un tribunal pénal international permanent, en mesure de faire expier les violations les plus lourdes des droits de l'homme. Un tribunal international permanent des droits de l'homme pour le renforcement et le contrôle des droits de l'homme individuels n'est cependant même pas en vue encore. La rupture d'accords commerciaux bilatéraux ou multilatéraux peut conduire à une présentation devant un panel de l'OMC dans le cadre d'une procédure d'arbitrage, et entraîner des conséquences de révi-

sion importantes. Par contre, aucun tribunal n'est prévu pour faire face aux conséquences négatives de tels accords sur la situation des droits de l'homme dans un pays ou pour des revendications de dédommagement.¹

Aussi contradictoire que puisse être aujourd'hui encore la force d'application des droits de l'homme, les déficits en la matière ne peuvent occulter le fait que la codification des droits de l'homme constitue l'une des activités les plus réussies de l'ONU. Très peu d'ensembles de réglementations de l'ONU sont aussi complets, aussi largement détaillés en matières et admis par autant d'Etats que ne l'est le code des droits de l'homme, qui se compose de conventions, de déclarations et de résolutions. Il ne faut pas omettre de signaler aussi que les droits de l'homme font partie du droit contractuel international (ou droit des peuples) et qu'ils sont en principe sur le même pied d'égalité que n'importe quel autre droit international. Ils ne peuvent pas par eux-mêmes (per se) revendiquer une légitimité plus élevée que tout autre droit des peuples, que ce soit le droit de conclure un traité ou le droit coutumier. Dans la hiérarchie juridique du droit international, entre le droit simple et le droit contraignant, ils sont classés selon les mêmes principes, comme tous les autres droits. Cela signifie par exemple que les droits de l'homme simples, sans caractère contraignant, doivent être classés au-dessous du droit contraignant que représente l'interdiction de la violence figurant dans la Charte des Nations unies, Article 2 Z. 4. Il ne peut donc pas y avoir de soi disant «intervention humanitaire» en tant qu'exception supplémentaire de l'interdiction de violence à côté de l'Article 39/42 ou 51 de la Charte des Nations unies. A l'inverse, d'autres droits des peuples ou droits internationaux, résultant notamment d'accords commerciaux ou économiques, doivent se ranger au-dessous d'un droit de l'homme con-

traignant tel que celui relatif au travail des enfants ou du travail forcé. Ces principes fondamentaux, aussi clairs qu'ils puissent être, sont tout autant et fréquemment sujets à contestation au moment de leur application concrète et de leur mise à exécution, sans parler de la réalité sociale contraire aux droits de l'homme, tout à fait évidente dans de nombreux cas et contre laquelle on ne peut agir actuellement.

Les forces du développement économique, consécutivement à la vieille loi du marché relative à la concentration et à la centralisation, n'ont pas seulement énormément accru la puissance des entreprises économiques par rapport au pouvoir politique des différents Etats pris individuellement, mais elles ont rendu chaque coin du globe accessible aux griffes de ces dernières et soumis à leurs décisions. Aussi controversées que puissent être les appréciations des résultats du processus de mondialisation, certains points existent néanmoins sur lesquels une large unanimité s'est dégagée.² Il en est ainsi de l'inéluctabilité, on pourrait même dire de la légalité de ce processus, d'une part, et d'autre part, de la possibilité de principe de régularisation par le biais de directives politiques et de réglementations prises par les Etats. Ce n'est pas tant la mondialisation en tant que telle, tout comme la circulation des marchandises, des finances et des technologies, qui doivent être tenues pour responsables des catastrophes économiques et sociales de leurs victimes, mais plutôt la progression forcée du processus avec son dogme néo-libéral du soi disant „consensus de Washington“ qui tend à imposer l'ouverture des marchés, la libéralisation du commerce et la dérégulation. Cela aussi est largement admis. Par contre, il règne une grande mécontente sur le fait de savoir jusqu'où et sur la base de quels objectifs pourrait être menée une régulation de l'économie. Si des pays comme la

1 Cf. cependant maintenant les actions en droits de l'homme intentées aux USA, sur la base de la loi „Alien Tort Claims Act“ de 1789, contre des consortiums US-américains pour crimes d'apartheid en Afrique du Sud et pour complicité de meurtre, viols et travail forcé en Birmanie. L. Girion, *The Los Angeles Times*, 2002; A. Mink, *NZZ*, 2002, P. 27; S. Mertins, *Financial Times Deutschland*, 2002, p. 28.

2 Cf. de manière détaillée W. Sengenber, 2002, p. 12 et suivantes: *The Ambivalence of Globalization*.

Chine, la Corée, la Malaisie, le Vietnam, l'Inde et Singapour, qui se sont ouverts au marché mondial dans les conditions du libre échange et de la privatisation, ont pu atteindre les taux de croissance très élevés qu'ils ont obtenu, c'est parce qu'ils ont appliqué parallèlement un contrôle des importations, une régulation du marché et une protection de leur jeune industrie. Cette voie n'est toutefois permise qu'à un petit nombre de pays.³

Il est tout aussi indiscutable également que le pouvoir économique dans un grand nombre de domaines n'est plus détenu par les Etats, étant donné qu'en agissant de manière transnationale, il se soustrait à l'influence des législations nationales. Soumises qu'elles sont à la seule loi à laquelle elles ne peuvent échapper, celle de la concurrence, les entreprises sont condamnées à jouer les Etats les uns contre les autres et à contourner leurs tentatives de régulation dès qu'il s'agit de leur liberté de mouvement économique, quelles qu'en soient les motifs, que ce soit pour cause de fiscalité, de politique structurelle, d'écologie ou de droit de l'homme. Là où la régulation s'avère la moins opérante, c'est-à-dire sur le marché financier, les Etats les plus faibles sont soumis sans défense à la spéculation monétaire et aux transactions financières, avec des conséquences catastrophiques pour les populations, comme on l'a vu récemment en Argentine. Autrement dit, le processus de mondialisation a fait progresser le transfert de pouvoir du politique vers l'économique, tout en gagnant encore plus de terrain malgré les tentatives de régulation des politiques étatiques.

Même les apologistes des gains apportés par la mondialisation concèdent que ceux-ci se concentrent essentiellement dans les pays hautement industrialisés, alors que les pays déjà faiblement développés sans cette mondialisation continuent à perdre du terrain, sauf que là les gains réalisés le sont uniquement par une petite couche de bé-

néficiaires. En tout cas, les droits de l'homme, notamment les droits économiques, sociaux et culturels, ne se manifestent pas sous la même originalité naturelle et sous la même inéluctabilité que la mondialisation de l'économie. Tous les deux, dans leur progression, ne sont pas suffisamment couplés l'un avec l'autre pour que la dynamique de la mondialisation puisse tirer avec elle l'expansion des droits de l'homme. C'est plutôt le contraire: alimentation, santé, logement, éducation et travail pour tous les hommes, dans le courant de la révolution technologique et de la rationalisation des postes de travail, ne font pas partie des conditions inséparables de l'accumulation et des calculs de gains. La Banque mondiale, dans son «rapport sur la mondialisation, la croissance et la pauvreté»⁴ a du consacrer une attention toute particulière non pas à la richesse mais à ce dernier aspect, sachant que la pauvreté, de par l'accroissement de l'inégalité, détermine le destin de la plus grande partie de l'humanité dans le contexte néo-libéral du marché mondial. Les documents empiriques sur le fossé existant entre la richesse des Etats industriels et la pauvreté des Etats dont la subsistance est largement conditionnée par l'agriculture font ressortir d'année en année une image de plus en plus dramatique, de même que les rapports séparés consacrés à la faim, à la sous-alimentation, aux maladies, aux sans-logis, à l'analphabétisme et au chômage, ne parlent que de leur propagation et de leur aggravation. Même les pays qui ont la réputation d'être soi disant des pays au seuil du développement, qui ont franchi depuis longtemps le seuil de l'industrialisation et se trouvent sur la bonne voie du développement économique et de la stabilisation, sont sans défense contre les crises financières qui ont pour conséquence la précipitation de la majeure partie de la population dans la pauvreté.

3 Cf. J. Jeter, 2002, sur les conséquences ruineuses de l'ouverture des marchés exigée par le FMI, dans le cas de l'industrie textile de la Zambie.

4 World Bank Group, (2001).

Sous l'angle de vue des droits de l'homme cela signifie que les conséquences de la mondialisation se manifestent par de graves violations de la dignité humaine et de nombreux droits particuliers, des violations qui ne sont ni excusables ni tolérables.⁵ Les rapporteurs spéciaux pour les droits à l'éducation, à la nourriture et au logement, installés depuis 1998 par la Commission des droits de l'homme, réclament de manière de plus en plus urgente la mise en œuvre juridique effective des droits de l'homme par le biais de programmes spéciaux et d'accords spécifiques, la mise en place d'institutions de mise en œuvre et de contrôle dans un cadre national, et l'extension des obligations en la matière aux acteurs non étatiques tels que les entreprises transnationales et les institutions internationales commerciales et financières.⁶

Si nous considérons toutefois que les possibilités étatiques nationales d'une politique active des droits de l'homme sont trop limitées à cause du manque de ressources internes ou d'influences externes pour qu'elles puissent garantir un niveau d'application suffisant des droits de l'homme, il se poserait alors la question de savoir quand ce déficit politique pourrait être remplacé par des normes et des institutions internationales. Qu'est-ce qui nous autorise à croire que le déséquilibre croissant entre le pouvoir politique et le pouvoir économique, qui réduit l'espace politique national de l'Etat, ne réduit pas également les chances d'imposer les droits de l'homme au plan international et les réduit même à néant? Les bilans des droits de l'homme élaborés aussi bien par le FMI que par la Banque mondiale apparaissent plutôt négatifs⁷, cependant que l'efficacité politique des institutions de l'ONU, comme l'OIT par exemple ou bien la Commission des droits de l'homme, incite traditionnellement au scepticisme.⁸ Posons la

question autrement, plus directement: qu'est-ce qui justifie l'espoir de voir les intérêts qui peuvent s'imposer à un niveau étatique national contre une politique effective des droits de l'homme avoir moins d'influence au plan international, et de voir la relation précaire entre le pouvoir économique et l'impuissance politique s'inverser?

La réponse positive que l'on peut finalement donner à cette question malgré certaines restrictions exige quelques réflexions fondamentales quant à la dogmatique des droits de l'homme, à leur force de droit et de validité, et à la construction et au fonctionnement d'institutions internationales. Il ne suffit pas dans ce cadre de se référer uniquement à l'exemple européen avec sa charte détaillée des droits de l'homme et la prise en compte juridique jusqu'ici unique des droits devant un tribunal international, étant donné que les conditions politiques et socio-économiques de ce modèle sont justement spécifiquement européennes et que leur transposition à des institutions d'autres régions de par le monde induirait d'énormes problèmes (cf. par exemple les plans de création d'un tribunal africain des droits de l'homme). Car la validité et l'utilité d'un système de droit ne s'imposent que là où la situation politique et économique s'oppose à sa réalisation, c'est-à-dire là où cette situation est hostile au droit.

Dans le cadre de la présente étude il est particulièrement important que la pression sur les droits de l'homme émane d'une constitution sociale pouvant elle-même se prévaloir d'un fondement juridique qui, pendant toute la période d'après guerre et parallèlement aux droits de l'homme, a pu être obtenu sous la forme d'un consensus international et à travers un grand nombre de conventions ayant force obligatoire reconnue: je veux parler de l'ordre mondial éco-

5 Cf. Cl. J. Dias, (2001), p. 143 et suivantes, M. Windfuhr, (2001), p. 155 et suivantes

6 Pour le droit à l'éducation cf. les rapports de Katarina Tomasevski: UN DOC. E/CN.4/1999/49, UN DOC. E/CN.4/2000/6 + Add. 1 et 2; UN DOC. E/CN.4/2001/52; UN DOC. E/CN.4/2002/60 + Add. 1 et 2.

Pour le droit à la nourriture cf. les rapports de Jean Ziegler: UN DOC. E/CN.4/2001/53; UN DOC. E/CN.4/2002/58

+ Add. 1. Pour le droit au logement cf. les rapports de Miloon Kothari: UN DOC. E/CN.4/2001/51; UN DOC. E/CN.4/2002/59.

7 Cf. aussi K. Horta, 2002, p. 167 et suivantes, R. Falk, 1998.

8 Cf. aussi Ch. Hainzl, N. Marschick, 2002, p. 239 et suivantes, H. G. Bartolomei de la Cruz, 1994.

nomique et commercial. Ce n'est pas seulement le fait qu'un système de droit, particulièrement compliqué, consistant et effectif en soi, se soit constitué au fil des décennies, mais c'est surtout le fait qu'il ait trouvé à s'appuyer sur les droits de l'homme eux-mêmes et à fonder ainsi sa légitimité. Ces derniers se retrouvent des deux côtés de la lutte pour les droits de l'homme: du côté des „forces motrices“ de la mondialisation, avec tous les droits de liberté et de propriété dont peuvent se réclamer le commerce, les investissements et les associations économiques d'une part, comme, d'autre part, du côté des victimes de la mondialisation qui certes ne peuvent pas se passer des droits de liberté, mais ont besoin pour leur réalisation de la protection et du soutien des droits sociaux, économiques et culturels. Ce n'est pas sans raison que Philip Alston considère que la relation entre les droits de l'homme et le commerce constitue l'une de ces questions centrales qui représentent pour les juristes les défis de ce début du 21^e siècle.⁹

Les deux côtés se trouvant impliqués dans ce débat ne sont pas de la même force. Nous observons depuis bien longtemps une identification totale des droits de l'homme, de la démocratie et de l'ordre économique capitaliste à un principe moral de liberté et de propriété. Cette identification est ainsi appropriée tout au mieux à transmettre un message tout aussi totalitaire pour un ordre mondial fait sur mesure en fonction des prétentions impériales des Etats capitalistes dominants. Mais si les droits de l'homme et la démocratie se réduisent de manière de plus en plus claire aux libertés de la circulation capitaliste, ils perdent complètement leur caractère émancipateur, cependant que le caractère antinomique de leur contenu politique et social, qui les avait distingués pendant les moments historiques de leur mise en application, n'est plus reconnu. Ils servent à légitimer des institutions prétendant à un ordre mondial, comme l'OMC, le FMI et la Banque mondiale, qu'ils ont consacrés – à cause de leur

qualité d'institutions centrales de l'ordre mondial économique et commercial – en tant que gardiens inattaquables de la liberté, ainsi qu'en tant que promoteurs du développement économique mais aussi de la démocratie. Les catastrophes de la pauvreté et du sous-développement, du chômage et de l'exploitation, des banqueroutes d'Etats, des guerres et des flux d'émigrés doivent être acceptées comme dommages collatéraux quasiment inévitables, en fin de compte comme prix à payer pour la liberté et le progrès, selon la devise: „per aspera ad astra“ (N. du tr.: «c'est par les chemins difficiles que l'on accède aux astres»).

Enfin – et cela constitue un des développements les plus dangereux de l'époque récente – le conglomérat formé de droits de l'homme et de valeurs entre marché et démocratie se réduit en une formule de lutte qui doit contourner l'ordre instauré par le droit des peuples et les constitutions des Etats sous l'appellation, au choix, de „communautés de valeurs occidentales“ ou de «sécurité nationale». C'est au nom des droits de l'homme et de la démocratie que des situations d'urgence et des catastrophes touchant aux droits de l'homme sont proclamées, et dont on affirme ensuite qu'on ne peut y faire face qu'au moyen d'interventions militaires. On ne se contente pas seulement alors, par de telles interventions, de renoncer de plus en plus ouvertement à la seule légitimation pouvant les justifier, à savoir la Charte de l'ONU et le droit international; mais les destructions de biens matériels et les exterminations de vies humaines qu'elles entraînent sont de moins en moins acceptables par rapport aux valeurs qu'elles prétendent vouloir sauvegarder. Nonobstant les victimes et les dégâts occasionnés par toute guerre, l'érosion de l'ordre formel du droit international par un ordre de valeurs nulle part codifié constitue par ailleurs une menace bien dangereuse pour l'ordre international de la paix.

Il est une vieille loi de la dialectique qui dit que les contradictions inhérentes à cette domina-

9 Ph. Alston, 2002, p. 5.

tion produisent elles-mêmes des forces contraires. Mais il n'appartient pas à cette loi cependant de faire en sorte que les forces en question acquièrent la même puissance. Et il s'ensuit ainsi que, pour l'essentiel, ce sont seulement les institutions libres de recherches, les syndicats et les ONG qui dénoncent et critiquent l'extension des conceptions néo-libérales des droits de l'homme, qui les identifient aux libertés du marché, et qui organisent d'une manière tout à fait générale la résistance aux conséquences de la mondialisation. Leur efficacité vis-à-vis de l'opinion publique ne devrait pas être confondue toutefois avec leur influence politique réelle.¹⁰ Leur potentiel théorique est considérablement plus important que leurs chances d'application, comme le démontre l'exemple des droits de l'homme à la lumière de la dynamique de l'organisation mondiale du commerce dans la répartition des richesses.

Il revient à la dissolution de l'identification exclusive des droits de l'homme dans les postulats de liberté de l'ordre commercial mondial d'être le point de départ de la critique. Une telle relation ne peut se justifier de toute façon que par sa limitation à son origine citoyenne libérale. Marquée par de profondes discussions, elle met néanmoins entre parenthèses l'ensemble du développement des droits de l'homme sociaux et collectifs en faveur des générations à venir.

La question qui se pose alors de prime abord est de savoir quels sont les droits de l'homme qui peuvent être mis en avant pour corriger l'ordre commercial mondial et aider à lutter contre ses désastreuses conséquences dans de nombreuses nations en Afrique, en Asie et en Amérique latine. Y a-t-il donc des droits:

- qui puissent garantir un travail suffisant aux 160 millions de chômeurs et aux 310 millions de personnes sous-employées?
- Qui puissent promouvoir l'éducation des 130 millions d'enfants entre 6 et 12 ans qui ne vont pas à l'école?
- Qui puissent permettre un approvisionnement en médicaments moins coûteux aux 25 millions de victimes du SIDA en Afrique, et de soigner les 35 000 enfants qui meurent quotidiennement suite à des maladies guérissables?
- Ou qui puissent garantir le droit à l'alimentation et à un niveau de vie raisonnable au milliard et demi de personnes dont le revenu ne dépasse pas un dollar par jour?¹¹

La question qui en découle doit tendre à éclaircir le statut normatif et l'obligation juridique des droits sociaux et économiques, avant même que leur influence sur les institutions de l'ordre commercial mondial et que leurs possibilités d'application ne puissent être discutées.

10 Cf. S. George, 2002, au sujet de l'inégalité de poids structurelle entre les gouvernements et les firmes transnationales d'une part, et leurs critiques d'autre part, sur la base de l'exemple de la résistance contre les revendications de libéralisation de large portée dans le cadre de l'OMC, du GATS („General Agreement for Trade in Services“) et du TRIPS („Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights“).

11 Les rapports périodiques suivants: Human Development Reports (rapports sur le développement humain) du PNUD, Trade and Development Reports (rapports sur le commerce et le développement) du CNUCED, World Development Reports (rapports sur le développement mondial) de la Banque mondiale, ainsi que les World Employment Reports et World Labour Reports de l'OIT (rapports sur l'emploi dans le monde et rapports sur le travail dans le monde), disposent d'un riche matériel statistique sur les déficits sociaux et économiques ainsi que sur l'augmentation de la pauvreté dans ce que l'on appelle le tiers-monde. Un choix partiel et un résumé peuvent être consultés chez W. Sengenber, 2002.

II. Composante et système des droits de l'homme

1. Le niveau de l'ONU

La Charte des Nations unies de 1945 est restée nettement en deçà d'une définition concrète des droits de l'homme, parce que les Alliés n'avaient pas pu dépasser leurs conceptions fondamentalement différentes sur un contenu et un traitement normatif, et convenir d'un compromis formel.¹² Elle se limite ainsi à l'exigence générale «du respect et de la réalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans différence de race, de sexe, de langue et de religion» (Article 55 c, 2 Z. 3, 76 c). Il faut dire cependant que le consensus de la coalition anti-hitlérienne au sujet de la reconstruction économique commune de l'Europe trouva son expression dans la mission confiée à l'ONU consistant à «promouvoir l'amélioration du niveau de vie, le plein emploi, et les conditions nécessaires au progrès économique et social» (Article 55 a de la Charte des Nations unies). Quant aux droits économiques et sociaux, ils sont faiblement pris en charge par la Déclaration Générale des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 que la Commission des droits de l'homme avait élaboré à la demande du Conseil économique et social (ECOSOC) (Article 68 de la Charte des Nations unies). On a critiqué à juste titre le fait que la Déclaration correspondait largement aux conceptions classiques, c'est-à-dire bourgeoises, des droits de l'homme tels qu'elles prédominaient et qu'elles prédominent encore dans les milieux culturels des Etats occidentaux¹³. Effectivement, tous les droits traditionnellement

libéraux, y compris ceux du noyau dur des droits des libertés citoyennes, se retrouvent dans cette Déclaration. Ce n'est que dans la deuxième partie, que l'on ne doit pas ignorer cependant, que suit une série de droits de l'homme économiques, sociaux et culturels: le droit à la sécurité sociale (Article 22), le droit au travail, à l'égalité des salaires, et à la liberté de coalition (Article 23), au repos et aux loisirs (Article 24), à l'encadrement social c'est-à-dire à un niveau de vie raisonnable aux plans de l'habillement, du logement, de la prise en charge médicale etc. (Article 25), de l'éducation et de l'encadrement culturel (Article 26), ainsi que de la liberté de la vie culturelle (Article 27).

Quelle qu'ait été la faiblesse de la liste des droits économiques et sociaux dans la Déclaration, leur évocation représentait déjà un compromis avec les pays socialistes, qui avaient insisté en faveur d'un catalogue plus important.¹⁴ Les Etats capitalistes occidentaux ne se sont intéressés à ce catalogue que parce qu'ils étaient unanimes à penser que la Déclaration n'avait pas de caractère juridiquement contraignant et qu'elle ne devait revêtir au contraire qu'un caractère programmatique. La résistance aux revendications sociales et aux droits collectifs nécessaires à leur application fait partie des discussions autour de la question sociale depuis leurs débuts en 1919. Certes, le mouvement ouvrier et ses organisations avaient réussi à faire intégrer dans la Constitution de Weimar des droits sociaux fondamentaux, et même la Constitution de Mexico des Etats-Unis en 1917 disposait d'un catalogue de droits so-

12 Cf. N. Paech, G. Stuby, 2001, p. 524, 644 et suivantes.

13 Cf. par exemple M. Bedjaoui, 1987, p. 123 et suivantes.

14 Les Etats socialistes se sont abstenus au cours du vote de la Déclaration au motif que le compromis était insuffisant. La situation devient plus claire quand on se souvient qu'en même temps que la Charte des Nations unies et la Déclaration des droits de l'homme on discutait également des documents fondamentaux de la liberté de marché et de commerce: les accords de Bretton Woods de 1944, le General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) de 1947 et la Charte de La Havane pour une Organisation internationale du commerce de 1948.

ciaux fondamentaux. Cependant, ni la Constitution espagnole de 1931 et ni celles de l'Italie et de la France notamment après 1945 ne prirent en compte les revendications sociales et économiques, en ne leur accordant pas les mêmes niveaux juridiques que ceux accordés aux droits de libertés politiques.

Ce n'est qu'au niveau international que la coalition des Etats socialistes et des pays en voie de développement a pu réunir un nombre de voix suffisamment élevé qui lui permit de se faire mieux entendre et de mieux représenter les droits sociaux et économiques dans les discussions ultérieures sur la Convention des droits de l'homme. Il a fallu attendre 18 ans pour que deux projets de conventions aient pu être présentés à l'Assemblée générale des Nations unies: le Pacte international sur les droits civiques et politiques¹⁵ et le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels¹⁶, tous deux adoptés par l'Assemblée générale des Nations unies le 19 novembre 1966. La séparation des droits de l'homme en deux pactes avait été proposée par l'Inde au sein de la Commission des droits de l'homme, étant donné que la réalisation des droits de l'homme économiques, sociaux et culturels nécessitait un système différent de celui des droits civiques et politiques.¹⁷ Ce détachement du droit social et sa prise en charge dans un pacte séparé (le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels) donnait la possibilité aux Etats capitalistes, réticents de toute façon à envisager même toute ratification des pactes¹⁸, de séparer la contrainte juridique et de ne pas l'appliquer ainsi au Pacte social.¹⁹

Le Pacte politique normalise tous les droits classiques, civiques et politiques, mais renonce toutefois à la garantie de la propriété, alors qu'elle était encore incluse dans l'Article 17 de la Dé-

claration Générale de 1948. Il est plus complet que le Pacte social, puisqu'il détaille dans son chapitre IV les prescriptions relatives à la création, aux procédures et aux missions de la Commission pour les droits de l'homme, qui reçoit et traite toutes les communications et les rapports des Etats. Ce n'est qu'en 1987 que fut créée une commission d'experts pour les droits économiques, sociaux et culturels, comparable à la Commission des droits de l'homme, et chargée d'examiner les rapports des Etats (Article 16, paragraphe I Pacte social), sans que le Pacte social n'y fasse en aucune façon allusion.

Le Pacte social consacre des chapitres nombreux et détaillés à la sécurité matérielle des hommes, et il est largement comparable dans ses définitions à la Charte sociale européenne.²⁰ Tout un réseau de droits de l'homme est tissé par le Pacte social afin d'assurer la sécurité de la vie humaine et afin aussi de donner une base matérielle au concept de la dignité humaine, un réseau qui va du droit au travail (article 6) dans des conditions satisfaisantes (article 7) au droit à la création de syndicats (article 8) et à la sécurité sociale (article 9), ainsi qu'aux droits à une alimentation suffisante, à l'habillement et au logement (article 11), de même qu'au droit à l'assistance de l'Etat en matière de santé (article 12) et d'éducation (article 13), et enfin au droit de participation à la vie culturelle (article 15). De nombreux articles se recourent avec des formulations retenues dans le Pacte civil, ce qui démontre l'unicité du contenu politique et social des droits de l'homme. Les deux Pactes élèvent chacun en leur article premier le droit à l'autodétermination des peuples au niveau d'un droit de l'homme. «En vertu de ce droit ils décident librement du statut politique et organisent en toute liberté leur développement économique, social et cultu-

15 Cf. BGBl 1973 II, p. 1534. Entré en vigueur le 23.03.1976 (BGBl = bulletin du tribunal fédéral allemand).

16 BGBl. 1973 II, p. 1570. Entré en vigueur le 03.01.1976.

17 Cf. P. A. Koehler, 1987, p. 916 et suivantes.

18 Le Pacte civil a été ratifié par 147 Etats, le Pacte social par 145 Etats. La RP de Chine a finalement consenti à ratifier le Pacte social mais pas encore le Pacte civil. Au contraire, les USA ont ratifié le Pacte civil mais pas le Pacte social.

19 N. Paech, G. Stuby, 2001, p. 659.

20 Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, entrée en vigueur depuis le 26 février 1965, BGBl. 1964 II 1262.

rel», est-il inscrit dans le paragraphe 1. Le début identique des deux Pactes ne souligne pas seulement les liens étroits de leur contenu mais surtout aussi le caractère inséparable et indivisible des différents droits pour le développement des communautés sociales.

Il est clair cependant qu'il existe des degrés différents de contrainte juridique selon la nature du cas. Alors que le Pacte civil exige de chaque Etat membre la garantie de «respecter les droits reconnus dans ce Pacte et de les assurer...à toutes les personnes se trouvant sur son territoire et soumises à son pouvoir de gouvernement» (article 2 I Pacte civil), les Etats signataires du Pacte social s'engagent par contre à «prendre toutes les mesures nécessaires jusqu'à épuisement de toutes leurs possibilités aux fins d'arriver petit à petit à réaliser totalement les droits reconnus dans ce Pacte» article 2 I Pacte social). On est choqué surtout par l'article 2 paragraphe 3 du Pacte social qui accorde une exception au dogme commercial du traitement des nationaux. Les pays en voie de développement disposent par ce biais de la possibilité d'octroyer uniquement à leurs propres citoyens les droits économiques reconnus par le Pacte, sous réserve d'une prise en considération convenable des droits de l'homme et des exigences de leur économie nationale, à l'exclusion des étrangers qui ne pourront donc pas en bénéficier²¹.

Tout autour de ces composantes essentielles des droits de l'homme s'est constitué un réseau normatif comprenant un grand nombre de conventions, qui ont entre-temps alimenté le système des Nations unies d'un code remarquable pour la protection des droits de l'homme. Pratiquement tous

les domaines pouvant représenter des dangers intenses (génocides, tortures), un danger pour des groupes particulièrement faibles ou menacés (travail des enfants, commerce de jeunes filles et de femmes, réfugiés) ou une discrimination d'ordre général (femmes, races), tous ont été codifiés dans des conventions séparées²². L'accord international sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale du 07.03.1966²³, l'accord sur l'élimination de toutes formes de discrimination de la femme du 18.12.1979²⁴, l'accord contre la torture et autres traitements ou châtiments cruels, inhumains ou avilissants du 10.12.1984²⁵, ainsi que l'accord sur les droits de l'enfant du 20.11.1989²⁶, tous ceux-là possèdent leurs propres organes de surveillance afin de contrôler leur application nationale, contrairement à d'autres conventions importantes des droits de l'homme, telle que la convention sur la prévention et la condamnation des génocides du 09.12.1948²⁷, l'accord sur la lutte contre le crime d'apartheid et sa condamnation du 30.11.1973²⁸, l'accord sur l'esclavage dans sa formulation du 07.12.1947²⁹, l'accord international sur la répression du commerce des femmes et des enfants dans sa formulation du 12.11.1947³⁰, l'accord international sur l'octroi d'une protection efficace contre le commerce de filles dans sa formulation du 04.05.1949³¹ ou bien encore l'accord international sur la lutte contre le commerce de filles dans sa formulation du 04.05.1949³². Tous ces accords se caractérisent dans leur majorité par le nombre élevé des ratifications les concernant. Cette large acceptation leur a octroyé le caractère d'une obligation universelle, qui ne peut être réduite ou limitée par des réserves individuelles, même nombreuses.

21 Cf. au sujet de la critique qui redoute la dissuasion des investisseurs, E. Klein, Conventions des droits de l'homme, Pacte International sur les droits civiques et politiques, dans: H. Volger, 2000, p. 354 et suivantes.

22 Aperçu général chez N. Paech, G. Stuby, 2001, partie B, chapitre IV, p. 660 et s. et K. Ipsen, 1999, chapitre 11, § 487, p. 668 et suivantes.

23 BGBl. 1969 II, p. 961.

24 BGBl. 1985 II, p. 647.

25 BGBl. 1990 II, p. 247.

26 BGBl. 1992 II, p. 122.

27 BGBl. 1954 II, p. 729.

28 UNGV ainsi que 3068 (XXVIII) en vigueur depuis le 16.07.1976.

29 BGBl. 1972 II, p. 1473.

30 BGBl. 1972 II, p. 1489.

31 BGBl. 1972 II, p. 1478.

32 BGBl. 1972 II, p. 1482.

2. L'O.I.T.

L'Organisation internationale du travail OIT a contribué de manière particulièrement efficace à la protection sociale des droits de l'homme en faisant accepter entre-temps 181 conventions obligatoires³³ et 190 recommandations dans le domaine des relations de travail. Tandis que les conventions engagent les Etats membres en vertu de leur ratification, les recommandations par contre ne revêtent aucun caractère contraignant. Mais comme elles sont liées avec les conventions en raison de la mise en œuvre de ces dernières et de leur concrétisation, elles finissent par perdre ce caractère de recommandations purement formelles. Ces droits fondamentaux de la main-d'œuvre, rassemblés sous le concept d'«international labour standards» (standards internationaux de travail), différencient et concrétisent dans un premier temps les droits politiques généraux de liberté pour la protection de la liberté de coalition et de la liberté de conclusion de conventions tarifaires, mais aussi contre l'esclavage, le travail forcé et le travail des enfants, contre la discrimination dans le monde du travail, et se recoupent fréquemment avec les dispositions des deux Pactes sus-mentionnés ainsi qu'avec d'autres conventions des droits de l'homme. Les droits économiques et sociaux de la main-d'œuvre, les soi disant standards sociaux, sont pour l'essentiel une concrétisation des droits sociaux généraux des Pactes tels que les règles sur l'emploi et la formation, la sécurité et la santé au poste de travail, le salaire minimum, les durées maximales de la journée et de la semaine de travail, la durée minimale des pauses de travail, les congés payés, la protection de la mère, la poursuite du paiement du salaire en cas de maladie, le licenciement, le handicap et l'âge, ainsi que les règles

pour la résolution de conflits, la représentation du personnel etc. Dans l'ensemble donc un code de règles hautement différenciées, qui ne laissent de côté pratiquement aucun domaine des relations de travail.

En liaison avec les exigences du Secrétaire général de l'OIT en 1944 d'ancrer les clauses sociales dans le cadre d'un avenant adéquat à l'article XX GATT³⁴, certains standards sociaux fondamentaux ont été définis, qui ont depuis pris valeur de domaine nodal des droits sociaux du travail («core labour laws» – lois nodales du travail). Au cours de sa 86e session à Genève en 1988, l'OIT adopta la «Declaration on Principles and Rights at Work»³⁵ (déclaration sur les principes et les droits du travail) comprenant quatre droits fondamentaux:

- (1) la liberté de coalition et la liberté de conclure des conventions collectives,
- (2) l'élimination de toute forme d'esclavage et de travail forcé,
- (3) l'éradication totale du travail des enfants, et
- (4) l'élimination de la discrimination dans les métiers et l'emploi.

Ces standards sociaux fondamentaux («core labour laws»), qui sont contenus dans huit conventions centrales de l'OIT, peuvent être considérés comme ayant largement valeur d'obligation compte tenu du grand nombre de ratifications les caractérisant. Il s'agit, dans l'ordre chronologique, des conventions suivantes (entre parenthèses le nombre de ratifications):

Convention OIT n° 29 sur le travail forcé et le travail obligatoire, du 28.06.1930 (161)³⁶. L'article 2, paragraphe 1 définit le travail forcé et le travail obligatoire comme étant «toutes sortes de travaux ou de prestations de services exigées d'une personne sous la menace d'une quelconque sanction et pour laquelle elle ne se serait pas por-

³³ Seuls 76 d'entre eux ont été ratifiés par le Reich allemand et la République Fédérale Allemande. Cf. R. Birk, 2000, § 17 Rz. 71 f.

³⁴ Art. XX GATT: „Sous réserve que les mesures ci-après ne seront pas utilisées de façon à conduire à une discrimination arbitraire et injustifiée entre les pays dans lesquels règnent des situations comparables ou à une limitation camouflée du commerce international, aucune disposition de cette convention ne doit être interprétée d'une manière telle qu'elle empêcherait une partie contractante de décider et de mettre en oeuvre les mesures ci-après: „ Suivent 10 types de mesures pour la protection des biens matériels et immatériels les plus diversifiés. Cf. Ch. Scherrer, 2001.

³⁵ Déclaration de l'OIT du 18 juin 1998, 137 ILR 253 (1998).

tée volontaire». Certaines exceptions sont toutefois acceptées, telles que le service militaire, les urgences et celles faisant suite à une décision juridique.

Convention OIT n° 87 sur la liberté d'association et la protection du droit d'association, du 09.07.1948 (141). Elle garantit le droit de créer sans autorisation préalable des organisations ou d'y adhérer, et dont les activités sont assurées par une série de garanties sans ingérence des autorités³⁷.

Convention OIT n° 98 sur l'usage des principes fondamentaux du droit d'association en vue de négociations collectives, du 01.07.1949 (152).³⁸ Elle protège contre toute discrimination anti-organisationnelle et ingérence réciproque des syndicats et des organisations patronales, et elle participe à promouvoir les accords collectifs.

Convention OIT n° 100 sur l'égalité de rémunération des hommes et des femmes pour des travaux identiques, du 29.06.1951 (160).³⁹ Dans la mesure où elle fait référence à des «taux de rémunération fixés sans différenciation de sexe» elle n'exclut pas complètement des différenciations spécifiques au sexe.

Convention OIT n° 105 sur l'abolition du travail forcé, du 25.06.1957 (157).⁴⁰ Elle élargit le domaine de prévention prévu par la convention sur les travailleurs soumis au travail forcé de 1930, dans la mesure où elle interdit le travail forcé et obligatoire en tant que moyen de contrainte politique ou d'éducation, comme moyen également pour condamner des opinions politiques ou idéologiques ou pour être utilisé à des fins de développement économique, comme mesure disciplinaire au travail, comme sanction de participations à des grèves ou enfin comme discrimination.

Convention OIT n° 111 sur la discrimination dans l'emploi et la profession, du 25.06.1958 (1566).⁴¹ Elle oblige la politique nationale à éliminer toute discrimination quant à l'accès à des relations de travail, au perfectionnement et à des conditions de travail pour des raisons de race, de sexe, de religion, d'opinion politique, d'origine sociale, etc.

Convention OIT n° 138 sur l'âge minimum requis pour l'autorisation d'emploi, du 26.06.1973 (116).⁴² Le but de cette convention est d'éliminer le travail des enfants. L'âge minimum ne doit pas être inférieur à l'âge prévu pour la fin des études scolaires.

Convention OIT n° 182 sur les types les plus graves du travail des enfants, du 17.06.1999 (129).⁴³ En extension de la convention OIT n° 138 sur l'élimination de l'esclavage, de la prostitution, de la pornographie, des activités non autorisées et des travaux qui mettent en danger la santé, la sécurité et la morale des enfants.

Ces huit conventions pourraient être complétées par d'autres qui poursuivraient les mêmes buts centraux que la Convention OIT n° 102 du 28.06.1951, par exemple, sur les normes minimales de la sécurité sociale⁴⁴, ou la Convention OIT n° 103 du 28.06.1952 sur la protection de la mère⁴⁵, ou encore la Convention n° 35 du 23.06.1971 sur la protection et les facilitations pour les représentants des travailleurs dans l'entreprise.⁴⁶ Le faible nombre de ratifications démontre néanmoins qu'elles contiennent des règles dont le caractère obligatoire n'est pas accepté malgré l'accord d'ensemble sur les objectifs généraux à atteindre.

La prise en considération de ces standards sociaux dans les contrats commerciaux sous forme de clauses sociales, ainsi que la mise en place

36 Déclaration de l'OIT du 18 juin 1998, 137 ILR 253 (1998).

37 BGBl. 1956 II, p. 2072.

38 BGBl. 1995 II, p. 1122.

39 BGBl. 1956 II, p. 23.

40 BGBl. 1959 II, 441.

41 BGBl. 1961 II, p. 97.

42 BGBl. 1976 II, p. 201.

43 N'était pas encore ratifiée par la République Fédérale Allemande en l'an 2000.

d'un comité pour le respect des standards sociaux dans le cadre de la création de l'OMC (analogue au comité de surveillance de questions ayant trait à l'environnement) ont été soutenues par les USA particulièrement ainsi que par le parlement européen, mais elles font l'objet de fortes contestations au plan international non seulement entre les Etats industriels et les pays en voie de développement, mais également entre les syndicats, les ONG, et pendant longtemps enfin au sein même de l'OIT.⁴⁷ Les deux initiatives ont été pour l'instant stoppées au cours de la Conférence ministérielle de l'Organisation mondiale du commerce de Singapour en 1996: pas seulement parce que les pays en voie de développement craignaient qu'une violation de leur part des clauses sociales (concernant par exemple le travail des enfants) ne fasse l'objet de sanctions commerciales ou de mesures protectionnistes de la part des pays industriels à leur encontre, mais aussi parce que l'OMC s'est déclarée incompétente en matière de droits des travailleurs et voudrait se limiter à l'échange d'informations avec l'OIT dans le cadre d'une coopération institutionnalisée. Dans la déclaration finale de la Conférence ministérielle de Singapour les divergences ont été rendues dans le passage suivant:

« 4. Nous renouvelons notre engagement à respecter les droits fondamentaux des travailleurs internationalement reconnus. L'Organisation internationale du travail est l'organisme adéquat pour le développement et le traitement de ces standards et nous réaffirmons notre soutien aux efforts déployés en vue de les promouvoir. Nous pensons que la croissance économique et le développement par le biais d'un commerce en expansion ainsi que d'autres libéralisations du commerce contribueront à la promotion de ces standards. Nous

refusons l'utilisation de standards de travail dans des buts protectionnistes, et nous déclarons que les avantages comparatifs de coûts des pays, particulièrement de ceux qui se développent grâce aux faibles coûts de main-d'œuvre, ne doivent en aucun cas être remis en question. A cet égard, nous constatons que les secrétariats de l'OMC et de l'OIT poursuivront la coopération déjà existante entre eux...»⁴⁸

Bien que l'objectif de l'amélioration des conditions de travail et des conditions de vie de la main-d'œuvre soit mondialement reconnu au jour d'aujourd'hui, et que personne ne s'élèvera contre cette amélioration, il n'en reste pas moins vrai que les voies et moyens de parvenir à sa réalisation et à son application sont extrêmement contestés tout autant qu'auparavant. Surtout en ce qui concerne la question de savoir si on doit en rechercher la solution par la voie juridique avec les standards internationaux comme le conçoit l'OIT depuis le début de ses activités. La théorie économique dominante s'est toujours déclarée, à l'aide d'arguments variés et changeants, contre la compatibilité entre d'une part un programme politique devant servir à protéger la main-d'œuvre et ses droits, et d'autre part, les lois de l'économie de marché.⁴⁹ Il est surtout argumenté que l'introduction de programmes de sécurité du travail empêcherait le libre développement de la concurrence alors que cette dernière constitue la condition essentielle du développement économique et par conséquent le relèvement automatique des standards de travail. La controverse principale réside dans le fait que le dogme économique classique considère que l'amélioration et la garantie des conditions de travail sont assurées par le développement sans entraves de l'économie de marché, cependant que l'OIT de son côté, en sa qualité de chef de file de la représen-

44 BGBI. 1957 II, p. 201.

45 UNTS tome 214, p. 321, non encore ratifiée par la RFA en l'an 2000.

46 BGBI. 1973 II, p. 953.

47 Cf. Ch. Scherrer, Greven, Frank, 1998, p. 12 et suivantes

48 Cité d'après W. Kreissl-Dörfler, 1997, p. 40.

49 Informations résumées chez W. Sengenberger, 2002, p. 39 et suivantes, avec d'autres documents.

tation syndicale des intérêts des travailleurs, considère qu'elle ne peut imposer la sécurité du travail qu'à l'aide d'interventions correctrices sur la base de droits juridiques et de conventions internationales.⁵⁰ Depuis les années vingt l'OIT, malgré les énormes changements des conditions économiques cadre, a dû faire face à cette controverse qui rappelle les débats sur la manière d'agir face à la crise économique, et elle a dû également lutter contre la résistance à des programmes de sécurité du travail et de droits du travail.

C'est ainsi que le directeur du Harvard Institut pour le développement économique, Jeffrey Sachs, rétorquait à l'OIT que:

«le plus grand préjudice causé à la croissance est dû à des standards de travail hors limites qui imposent soit des standards minimaux soit des conditions minimales pour des salaires plus élevés ou plus justes ou bien, ce qui est pire, contribuent à l'extension des salaires à travers les économies; en bref, le système allemand appliqué à l'Afrique du Sud ou à certains autres pays en voie de développement»... par contre, «nous devons rechercher de meilleurs systèmes d'imposition fiscale ou même de zéro impôt, ainsi que d'autres mécanismes, et non pas ... imposer des conditions minimales de travail ou même des stratégies institutionnelles de négociations collectives pour les pays en voie de développement. De mon point de vue, le coût de telles conditions et de telles stratégies pourrait être tout à fait substantiel pour les pays en voie de développement, et n'entraîner que des gains tout au plus modestes, si ce n'est nuls, pour les pays développés.»⁵¹ (N. du tr.: citation originale, en anglais)

Cette argumentation, qui associe la réalisation des standards de travail à la libre concurrence

du marché, exerce par delà son cadre académique une énorme influence sur la politique des puissances commerciales et économiques dominantes, ainsi que sur les institutions internationales qui sont responsables de la mise en forme de l'ordre économique mondial. C'est ainsi qu'il y a eu de tous temps des conditions émises pour l'obtention de crédits ou d'autres aides, aux fins de suppression de réglementations «excessives» ou «dommageables» par rapport au marché du travail. De plus, cette théorie s'accorde avec les voix de certains Etats dits du tiers-monde, qui voient dans l'imposition de droits de sécurité du travail dans leurs pays une forme de protectionnisme caché de la part des pays hautement industrialisés, ces derniers voulant ainsi avec leurs mesures ou leurs conditions voler aux pays en voie de développement leurs avantages propres vis-à-vis de la concurrence.⁵² Même le droit fondamental de la liberté d'association n'est plus tellement à l'abri devant le reproche d'atteinte aux législations du marché.

En sus de l'argument de l'atteinte au marché, l'OIT se voit reprocher d'agir de manière contre-productive avec ses «faux» programmes de sécurité du travail. Elle empêcherait le progrès social et l'amélioration rapide des conditions de travail plutôt qu'elle ne les promouvrait, alors que les efforts déployés parallèlement pour plus d'emplois et de meilleurs postes de travail seraient incompatibles entre eux.⁵³ Il est indéniable qu'un marché du travail régulé et à fort contenu d'éléments de bien-être social apparaît moins attractif pour le capital international, qui préfère s'investir plutôt sur un marché ne présentant pas de tels préalables. Liée à cela, il existe aussi une autre réalité, indéniable, où les salaires justement n'augmentent pas nécessairement avec une raréfaction du travail, où le chômage ne disparaît pas automatiquement avec une crois-

50 La justification de cette position ne sera pas développée plus avant ici même, mais seulement sous-entendue. En ce qui concerne l'argumentation en faveur de la nécessité de standards sociaux internationaux cf. W. Sengenberger, 2002, p. 39 et suivantes, avec d'autres documents.

51 J. Sachs, 1996, p. 23, 24.

52 Aperçu général chez D. K. Brown, 2002.

53 G. Fields, 1990, R. B. Freeman, 1992, et M. Wilkinson, 1995.

sance de la demande de travail, et où la permanence de la pauvreté est tout à fait compatible avec la croissance de l'économie. Autrement dit, la réalité convainc constamment le modèle de marché selon la théorie orthodoxe de ses propres contradictions et anomalies de prétendues autorégulation et auto adaptation, alors qu'elles ne garantissent automatiquement ni le progrès économique ni le progrès social.

Un des arguments les plus frappants contre les conventions et la mise en œuvre de standards sociaux de travail réside dans l'affirmation que ces dernières seraient trop coûteuses pour le processus de production. Elles dépasseraient de beaucoup les avantages que les personnels pourraient en espérer. Surtout dans les pays dépendant d'un progrès économique rapide, le renchérissement de la main-d'œuvre à cause des standards sociaux mènerait à la suppression de ses avantages naturels en matière de concurrence. En d'autres termes, avant qu'un pays donné n'ait atteint un standard économique plus élevé, des standards sociaux de travail seraient un luxe irresponsable qui freinerait plutôt qu'il ne promouvoirait le développement; ces droits ne constitueraient pas une partie intégrante du développement mais au contraire et à la limite une conséquence de ce dernier, ou bien même, comme l'exprime le *Financial Times*: les gens dans les pays en voie de développement ont besoin de jobs et de revenus, et non pas de droits de l'homme⁵⁴.

Nonobstant le fait que le surplus de dépenses occasionné par les standards sociaux est la plupart du temps exagéré⁵⁵, il est avéré que ses effets positifs sont tout aussi souvent ignorés, tels que ceux concernant une amélioration de la productivité, une meilleure morale de travail, des taux d'absences moins élevés, de même que les taux d'accidents. Il ne fait aucun doute que les mesures relatives à la sécurité du travail exigent des coûts plus élevés au moment de leur mise en place, mais elles sont toutefois, y compris les réductions de temps de travail, compensées rapide-

ment et sur une longue durée par une augmentation de la productivité. Beaucoup de ces coûts sont portés à la charge des travailleurs et des consommateurs.

Enfin, la séparation du processus de production en deux parties, la partie économique et la partie sociale, constitue la base fondamentale de la stratégie de défense académico-théorique et politico-pratique contre les standards et les droits du travail. Toutes deux sont considérées sous cette forme comme indépendantes l'une de l'autre, de sorte que le développement économique peut non seulement être réalisé sans les droits sociaux et sans le progrès social, mais il peut également déterminer la conception du développement sans être «pollué» par une composante sociale. Sans vouloir approfondir plus avant cette perception tronquée du développement, un aspect qui se situe en dehors du sujet de la présente étude, il faut quand même remarquer que la séparation et la marginalisation du concept social à côté du concept économique de développement doit avoir une influence décisive sur la perception juridique des droits qui doivent justement renforcer la partie sociale. Cet aspect va jouer un rôle certain dans la question de l'universalité des droits, de leur contenu juridique et de leur capacité de mise en œuvre.

Parmi les plus que centaine d'accords bilatéraux et multilatéraux sur la protection des droits de l'homme, les plus importants d'entre eux se sont vus adjoindre des comités devant servir à la concrétisation effective des droits. Ce sont:

- le comité sur l'élimination de la discrimination raciale (première session en 1970),
- le comité des droits de l'homme du Pacte civil (1976),
- le comité sur l'élimination de la discrimination de la femme (1982),
- le comité pour les droits économiques, sociaux et culturels (1987),
- le comité de lutte contre la torture (1988),
- et le comité sur les droits de l'enfant (1991).

⁵⁴ *Financial Times* du 09 février 2000.

⁵⁵ Il existe une série d'études élaborées par l'OIT qui démontre que les suppléments de coûts sont relativement faibles; cf. OIT 2001 et OIT 2002.

Ces comités ont pour mission d'établir des rapports et de surveiller l'exécution des droits relevant de leur domaine, de mettre au point des standards de contrôle et de vérification de leur application pratique par les Etats, et élaborent aussi des commentaires plus généraux sur la mise en œuvre et la concrétisation des droits du point de vue de leur contenu. C'est ainsi que le comité pour le Pacte social a publié des commentaires généraux sur le droit au logement et le droit à la nourriture, sur le droit des personnes âgées et des personnes handicapées, ainsi que sur l'influence de sanctions sur les droits économiques, sociaux et culturels des populations concernées. Cela démontre la signification politique particulière mais aussi juridique que la communauté des Etats accorde justement à ces droits de l'homme.

Le rôle le plus important cependant, en matière de formulation, d'interprétation et de standardisation des droits de l'homme, revient incontestablement à la Commission des droits de l'homme des Nations unies. Le fait que des diplomates fassent partie de ses effectifs souligne le caractère politique primaire qui sous-tend cette commission et qui reflète, par rapport au caractère beaucoup plus technique et de conseil des comités spéciaux, l'étendue de ses missions de propagation des droits de l'homme dans l'ensemble du système onusien et de surveillance de leur application. La conséquence en est que ses droits juridiques d'observation, de rapports et de contrôle sont bien plus étendus, et qu'ils ne sont dépassés que par les droits attribués à la Commission européenne des droits de l'homme.

3. Le niveau régional: Europe, OEA, UA

Avant de nous pencher cependant, dans le cadre de cette enquête, sur la question de la capacité de mise en vigueur de ces droits, nous devons évoquer certaines codifications régionales des droits

de l'homme afin d'avoir un tableau complet de l'importance, de la forme, de l'effectivité et de la propagation des droits. Tout à fait au premier plan on trouve les codifications européennes telles qu'elles ont été mises en forme dans la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDHL) de 1950⁵⁶ et dans la Charte sociale européenne de 1961⁵⁷. Nous donnerons ensuite un aperçu sur la Convention des droits de l'homme de l'Organisation des Etats américains (OEA) de 1978⁵⁸ ainsi que sur la «Charte africaine des droits de l'homme et des droits des peuples», appelée Charte de Banjul de 1981.⁵⁹

La CEDHL a été élaborée dans le cadre du Conseil européen à partir de la Déclaration générale des droits de l'homme de 1948. Elle engage ses 40 Etats membres à garantir à «toutes les personnes se trouvant sous leur autorité dominante les droits et libertés définis dans la première partie de cette Convention» (article 1). Ces garanties matérielles concordent largement avec celles contenues dans la Déclaration universelle de 1948 et bien d'autres catalogues nationaux de droits fondamentaux, mais elles se limitent toutefois pour l'essentiel aux droits civiques classiques et à ceux de l'exercice politique, qui ont été à leur tour complétés par l'interdiction de la torture, de l'esclavage et du travail forcé.

Dans le but de combler ce déficit en droits sociaux, et dans le cadre du Conseil européen également, il a été entrepris dans les années suivantes l'élaboration de la Charte sociale européenne, qui ne fut mise en vigueur cependant que par 22 des 40 Etats membres. De plus, ces derniers n'ont besoin de reconnaître comme les engageant que 10 articles seulement sur les 19 en tout que contient la Charte, et qui traitent de l'obligation d'assurer les droits en question. Exprimé autrement, la Charte ne contient que 45 paragraphes sur les 72 que comportent à leur tour ces 19 articles. Ainsi donc, le cadre obligatoire dans son ensemble est bien individuelles

56 BGBl. 1952 II, 685, 953; 1968 II, 1111, 1120; 1989 II, 546.

57 BGBl. 1964 II, 1261.

58 Traduction allemande dans EuGRZ 1980, 435.

59 Traduction allemande dans EuGRZ 1986, 677.

d'ordre social ou économique, mais au contraire dans l'engagement des parties contractantes à prendre en considération les standards sociaux dans leur réglementation juridique. Le «droit au travail» (article 1er) n'est pas conçu en conséquence comme un droit subjectivement public de la personne prise individuellement, mais comme engagement des Etats contractants à adapter leurs objectifs juridiques au sein de leurs réglementations juridiques de sorte «que l'exercice efficace du droit au travail soit garanti». De la même manière, il leur est fait obligation d'adapter leur réglementation sociale nationale au respect des autres droits, tels que le droit à des conditions de travail saines et sécurisées, le droit à une rémunération juste, le droit d'association et de négociations collectives, le droit à l'orientation et à la formation professionnelles ainsi qu'à la protection des enfants, des adolescents et des travailleuses, et le droit à la sécurité et à l'assistance sociales. Quels que puissent être la substance, le contenu et l'étendue de ces droits dans le détail, ils comportent tous en tout état de cause la même obligation d'intégration législative et d'ancrage des droits sociaux dans la propre réglementation juridique nationale. C'est ce qu'exprime clairement la IIe partie de la Charte sociale européenne.

«L'Organisation des Etats américains» a repris très tôt l'héritage européen des droits de l'homme et adopté dès 1948 à Bogota lors de sa Conférence constitutive une Déclaration américaine des droits et devoirs des hommes, qui fut adoptée en tant que simple résolution de la Conférence. Ce n'est qu'en 1969, à l'occasion de la Conférence de l'OEA à San José, au Costa Rica, qu'elle a été transformée en une convention, l'«American Convention on Human Rights». Elle est entrée en vigueur au mois de juillet 1978 à l'issue de la 12e ratification; elle engage aujourd'hui 25 Etats membres, sans les USA toutefois, qui l'ont signée certes mais pas encore ratifiée à ce jour. Le cata-

logue des droits de l'homme correspond en grande partie au catalogue de la Convention européenne des droits de l'homme, avec cependant quelques particularités comme le droit à un nom (article 14) et à une citoyenneté (article 20). Par ailleurs, les droits sociaux et économiques ont été complètement négligés, étant donné qu'il n'y a aucun équivalent américain de la Charte sociale européenne. Les choses se présentent tout à fait différemment en ce qui concerne la «Charte Africaine des droits des Hommes et des Peuples», qui fut adoptée en 1982 par l'«Organisation de l'Unité Africaine» (OUA, puis Union africaine – UA – depuis 2002), et qui est entrée en vigueur en 1986. A côté des droits individuels, elle prévoit également des devoirs vis-à-vis de la famille, de la société et de l'Etat, et elle prend en compte aussi une série de droits économiques, sociaux et culturels; citons entre autres le droit à des conditions de travail acceptables, à un salaire égal pour un travail égal (article 15), le droit à la protection sanitaire (article 16), et le droit à l'éducation (article 17). Elle est la seule Charte des droits de l'homme à avoir codifié des droits collectifs dits de troisième génération⁶⁰: en sus du droit à l'autodétermination (article 20), elle a introduit le droit des peuples à disposer de leurs ressources naturelles (article 21), ainsi que le droit des peuples au développement économique, social et culturel (article 22), à la paix nationale et internationale (article 23), et à un «environnement acceptable et favorable au développement» (article 23).

La querelle sur le caractère séparable des «droits inséparables de l'homme» en droits civiques-politiques et économique-sociaux se reflète également dans les documents régionaux des droits de l'homme. Elle ne fut dépassée que dans la Charte africaine des droits de l'homme, qui de plus, grâce à la prise en compte des droits collectifs, est la seule codification actuellement à refléter l'état d'avancement le plus moderne de l'évolution des droits de l'homme.

60 Cf. N. Paech, G. Stuby, 2001, p. 690 et suivantes.

4. Pratique des résolutions de l'Assemblée générale

Les efforts déployés en vue de continuer à consolider la densité de la protection des droits de l'homme, à combler les lacunes existantes et à faire face aux échappatoires à l'obligation d'application des droits de l'homme, l'ont été au niveau de l'ONU par l'intermédiaire de la pratique des résolutions de l'Assemblée générale. Bien que les résolutions représentent la forme la plus faible des obligations juridiques en raison de leur caractère de pures recommandations, elles sont quand même en mesure de revêtir une énorme importance grâce à leur nature de fondement et de point de départ du droit contractuel international sous la forme de conventions ou en tant qu'élément confortant sur la voie du droit coutumier international. La Charte de l'ONU introduit parmi les objectifs et les principes fondamentaux, dans son article 1, paragraphe 3 «la promotion des droits de l'homme et des libertés fondamentales». Cette mission incombe certes à tous les organes et à tous les organismes de l'ONU, mais elle n'est acceptée comme mission principale et mise en œuvre par des initiatives propres que par quelques-uns d'entre eux. C'est ainsi notamment que le Conseil de sécurité de l'ONU s'est abstenu de manière conséquente à ce jour de jouer un quelconque rôle dans le développement et la concrétisation des droits de l'homme, de même que l'ECOSOC, qui n'a pas développé d'initiatives notables dans la mise en place du Comité pour les droits économiques, sociaux et culturels. Seule l'Assemblée générale s'est saisie de cette mission depuis le début par un engagement sans relâche et par des initiatives constamment re-

nouvelées. Sur la base des trois textes fondamentaux déjà mentionnés, à savoir la Déclaration des droits de l'homme de 1948 et les deux Pactes de 1976 et 77, qui constituent aujourd'hui encore la base juridiquement valable du code des droits de l'homme, nous pourrions citer les nombreuses résolutions et déclarations qui constituèrent les fondements des conventions multilatérales conclues ainsi que des déclarations, mais qui, en raison de leur contenu innovant si ce n'est même révolutionnaire, font aujourd'hui encore l'objet d'âpres discussions au sujet de leur teneur juridique.

La Déclaration sur le droit au développement⁶¹ adoptée par l'Assemblée générale en 1986 fait partie de ces (rares) résolutions, et elle porte sur un droit que seule à ce jour la Charte de Banjul a codifié dans une convention.⁶² Dans le même temps, il s'agit là d'un point culminant dans les nombreuses initiatives entreprises depuis de longues années afin d'ancrer solidement ce droit dans le canon des droits de l'homme.⁶³ L'objectif de cette résolution très détaillée est la reconnaissance de tous les droits de l'homme, notamment des droits économiques, sociaux et culturels en tant que partie inhérente et indépendante de tout développement, et qui doivent être tout particulièrement protégés en raison justement de leur rôle dans le processus de développement. Il en découle le droit de tous les hommes à participer au processus de développement – mais néanmoins pas le droit des Etats à un certain niveau de développement avec des obligations correspondantes de développement et de performances des Etats riches, comme c'est exigé quelquefois par des pays en voie de développement. C'est ainsi qu'il est dit dans l'article 1:

61 UNGV Res. 41/128 du 04 décembre 1986. Voix contre: USA; abstentions: RFA, Danemark, Finlande, Grande-Bretagne, Islande, Japon, Suède.

62 l'article 22 de la Charte de Banjul précise: «1. Tous les peuples ont droit à leur propre développement économique, social et culturel sous réserve de respecter de manière adéquate leur liberté et leur identité ainsi que le droit de participer de manière égale à l'héritage commun de l'humanité. 2. Les Etats sont engagés chacun de son côté ou ensemble à garantir l'exercice du droit ou développement.»

63 Cf. les trois études détaillées sur le droit au développement de l'expert indépendant Arjun K. Sengupta du 27 juillet 1999, à la demande de la Commission des droits de l'homme et de l'Assemblée générale, E/CN.4/1999/WG.18/2; du 17 août 2000, GA A/55/306 et du 02 janvier 2001, E/CN.4/2001/WG.18/2.

«Le droit au développement est un droit inaliénable de l'homme en vertu duquel toute personne humaine et tous les peuples sont habilités à participer et à contribuer au développement économique, social, culturel et politique, et à en bénéficier, et par lequel tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales peuvent être pleinement réalisés.»

(N. du tr.: citation originale, en anglais).

L'article formule trois principes:

1. il existe un droit de l'homme qui s'appelle droit au développement, et qui est inaliénable,
2. il existe un processus particulier du «développement économique, social et culturel», dans lequel «tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales peuvent être totalement réalisées», et
3. le droit au développement est un droit de l'homme, sur la base duquel «toute personne humaine et tous les peuples» ont le droit «de participer et de contribuer» à ce processus particulier du développement «et d'en profiter».

Le point de départ de ces efforts en vue d'intégrer et de garantir tous les droits de l'homme, et donc les droits civiques, politiques, économiques, sociaux et culturels sans différences et sans discrimination juridique, fut la Déclaration de Philadelphie de la Conférence internationale de 1944, qui fut reprise par la Conférence de l'ONU à San Francisco une année plus tard ainsi que par la Déclaration des droits de l'homme en 1948. L'échec de cette conception avec l'existence des deux Pactes de 1967 a donné lieu une année plus tard déjà, dans la Proclamation de Téhéran de 1968, à une critique sans équivoque, «depuis que les droits de l'homme et les libertés fondamentales sont indivisibles, la réalisation totale des droits civils et politiques sans le bénéfice des droits économiques, sociaux et culturels est impossible» (N. du tr.: citation originale, en anglais dans le texte). La Déclaration sur le progrès social et le développement

de 1969⁶⁴ soulignait de la même manière l'interdépendance de ces deux domaines du droit. Au début des années soixante-dix, et dans le prolongement de cette nouvelle vision, commença à prendre forme le concept de droit au développement an tant que droit de l'homme; il fut ensuite mentionné et clairement reconnu pour la première fois expressément en 1979 par la Commission onusienne des droits de l'homme dans sa résolution 4 (XXXV) du 02 mars 1979. Bien que la confirmation de ce droit au développement eut lieu à une écrasante majorité de la part de l'Assemblée générale des Nations unies en 1986, son caractère juridique reste encore controversé⁶⁵. La résistance à sa reconnaissance en tant que droit contraignant émane essentiellement des pays hautement industrialisés, qui s'opposent à son utilisation à des fins de prestations concrètes d'aide au développement. Mais cette compréhension instrumentale ne touche pas au noyau du droit, même si certains pays en voie de développement le mettent sur la table des discussions contre les anciennes puissances coloniales. L'article 3, paragraphe 3 de la résolution 41/128 avance des exigences plutôt réservées en conséquence:

«Tous les Etats ont pour devoir de coopérer les uns avec les autres afin d'accéder au développement et d'en supprimer les obstacles. Les Etats doivent prendre leurs droits en considération et leurs devoirs à cœur de façon telle que soit promu un nouvel ordre économique international sur la base de l'égalité souveraine, de l'interdépendance, des intérêts communs et de la coopération entre les Etats, tout comme sur la base de la sauvegarde et de la réalisation des droits de l'homme.»

La raison du droit au développement ne réside pas dans la création d'un nouveau droit, mais plutôt dans le soutien ferme au fait que chaque

64 Cf. Th. Schaber, 1996, p. 169.

65 Cf. sur le point de cette controverse N. Paech, G. Stuby, 2001, p. 700 et suivantes.

développement humain durable est impossible sans le respect total et indivisible de l'ensemble des droits de l'homme. C'est pour cela qu'on peut voir dans le concept du droit au développement une tentative précoce de ce que l'on appelle aujourd'hui dans le système de l'ONU un «mainstreaming» (courant principal) des droits de l'homme.⁶⁶ Cette voie a été poursuivie par l'ONU dans les années quatre-vingt-dix dans le cadre d'une série de conférences mondiales, à l'occasion desquelles elle a insisté sur la reconnaissance de l'interdépendance et de l'indivisibilité des droits de l'homme mais aussi sur leur mise en œuvre et la volonté de les appliquer au moyen de programmes d'action. Dans cet esprit, certains aspects jusque là négligés des droits de l'homme et du développement ont été placés sous les feux de l'actualité. Citons ainsi: Environnement et Développement (à Rio en 1992), Droits de l'Homme à Vienne (en 1993), Droits de la Femme à Pékin (en 1995), Développement Social à Copenhague (en 1996), Population au Caire (en 1997), Habitat à

Istanbul (en 1997) et Alimentation à Rome (en 1998). Le dénominateur commun de toutes ces conférences mondiales était d'une part la mise en évidence de la relation étroite et indispensable entre toutes les formes de développement et les droits de l'homme, et, d'autre part, le rappel soutenu de l'interdépendance indissociable et de l'indivisibilité des droits de l'homme. A y regarder de près, les droits de l'homme économiques, sociaux et culturels furent au centre de tous les débats, et il s'agissait de les faire sortir de leur position au deuxième rang derrière les droits de l'homme civiques et politiques, et de les mettre aussi bien au plan politique que juridique sur le même pied d'égalité que ces derniers. Un pont méthodique pour cette revalorisation des droits sociaux passait par le droit au développement. C'était en même temps la «pince» qui manquait pour intégrer et maintenir ensemble le développement et les droits de l'homme ainsi que les différentes générations des droits de l'homme.

66 Cf. également R. Normand, 2000, p. 12.

III. Contenu juridique et force d'application des droits de l'homme

Le principal problème des droits de l'homme économiques et sociaux n'est donc pas le recensement complet de situations vécues nécessitant une protection, mais au contraire la question de l'obligation juridique ou de leur force de droit et donc de la capacité d'application des exigences induites par les droits de l'homme. Cette dernière est généralement niée au motif d'une insuffisance de définition ou de la dépendance de ressources elles-mêmes faiblement disponibles, cependant que les droits de l'homme de la soi disant deuxième génération ont été considérés de manière tout à fait dogmatique comme des éléments de programmes plutôt politiques parmi les droits de l'homme civiques et politiques de la première génération avec obligations directes et impératives d'application.⁶⁷ De cette façon, ce ne sont pas seulement les individus qui sont privés de la possibilité de se référer aux droits de l'homme⁶⁸, mais

également les gouvernements et les parlements qui ne se sentent en aucune façon obligés d'élever l'effectivité et la pratique du Pacte.⁶⁹ Récemment encore une demande émanant du parlement allemand et relative au renforcement des droits économiques et sociaux ainsi qu'à la mise en place d'une prise en compte plus large par la justice des droits de l'homme évoqués ci-dessus dans le cadre du système juridique international fut refusée par le Bundestag sur recommandation de la Commission des droits de l'homme.⁷⁰ Cette situation correspond au refus du gouvernement britannique, dans le cadre de l'Assemblée de l'UE, d'inclure dans la nouvelle Charte de l'UE des standards européens susceptibles d'être portés devant la justice. Un refus britannique qui a été suivi maintenant par le représentant du gouvernement fédéral dans l'Assemblée.⁷¹

67 Cf. notamment W. Graf Vitzthun, K. Hailbronner, 1997, III Rz. 208; R. Higgins, 1994, p. 95 et suivantes

68 C'est ainsi par exemple qu'échoua la plainte déposée par l'association des étudiants de l'université de Zurich contre le canton de Zurich et dont le but était de faire annuler l'augmentation du forfait d'études. La plainte se basait entre autres sur l'article 13 du Pacte social garantissant le droit à l'éducation. Le rejet de la plainte fut motivé par le tribunal fédéral au motif que ces dispositions revêtaient un caractère uniquement programmatique et n'assuraient fondamentalement à personne, en dehors de quelques exceptions, un quelconque droit subjectif ou justiciable. A cela s'ajoutait le fait que la définition de l'article 13 paragraphe 2 alinéa 2 du Pacte manquait de la clarté nécessaire. BGE 120 Ia 1.

69 L'ambassadeur des USA à l'ONU justifiait devant la Commission des droits de l'homme des Nations unies la non ratification du Pacte social par son pays par la crainte que les citoyens ne puissent déposer plainte contre son gouvernement pour l'application de leurs droits. *The Economist* du 18 août 2001.

70 Demande introduite par la fraction du PDS (parti allemand) du 13.03.2002, réf. BTDrucksache 14/8502. Recommandation de rejet de la Commission des droits de l'homme et de l'aide humanitaire en date du 13.06.2002, réf. BTDrucksache 14/9486. Rejet par le Bundestag en date du 28 juin 2002. Dans sa demande, le PDS avait revendiqué entre autres l'accélération de la mise en œuvre d'une procédure de plainte individuelle, la ratification d'un certain nombre de conventions juridiques internationales sur les droits des peuples, telles que la Convention de l'ONU sur la protection des travailleurs migrants et des membres de leurs familles, la Convention de l'OIT n° 169, la Charte européenne révisée, le Protocole facultatif sur la Convention de l'ONU pour les droits de l'enfance; le PDS avait également demandé le retrait des réserves émises quant à la Convention sur les droits de l'enfance.

Le rejet en question n'a nullement empêché le Bundestag d'exiger le même jour du Vietnam et du Soudan de respecter les conventions des droits de l'homme ratifiées par ces mêmes pays. Il leur était reproché essentiellement des manquements à la liberté d'opinion, de la presse et de la religion. Dans le cas du Soudan, s'ajoutait le fait que ce pays n'avait pas signé les Conventions sur la torture et sur la discrimination des femmes. Dans l'accord de la nouvelle coalition incluant le SPD (parti socialiste) et l'alliance des Verts en date du mois d'octobre 2002 il est dit que désormais: «Nous nous engagerons à poursuivre le développement des standards internationaux au plan social et environnemental et à accorder la même importance aux conventions relatives à l'environnement et au climat qu'à celles concernant les échanges commerciaux.»

71 Cf. le quotidien *Tageszeitung* daté du 29 septembre 2002. Le refus allemand se base sur la crainte que l'Allemagne, qui est déjà le plus grand payeur en valeur nette ne soit prié encore de passer à la caisse pour l'introduction de meilleurs standards dans les pays voisins.

1. Egalité d'obligation juridique pour les droits de l'homme politiques et sociaux

Aussi peu que puisse être politiquement acceptable le refus des Etats de rendre effectifs les droits sociaux, aussi peu également s'avère-t-il juridiquement valable. Les deux pactes de droits de l'homme comportent pour les Etats les ayant ratifié le même degré d'obligation juridique et ne se différencient nullement l'un de l'autre sur ce plan là. Il s'agit du droit contractuel international que tous les Etats ont ratifié et qui les engage par conséquent. Le classement et la catégorisation des droits de l'homme en droits de la première, de la deuxième et de la troisième génération ou dimension⁷² se réfèrent tout d'abord à la date de leur naissance historique, liée à chaque fois à des bouleversements sociaux révolutionnaires. De la même manière que les droits classiques de libertés politiques avaient trouvé pour la première fois leur codification à la suite de la Révolution française, de même les droits économiques, sociaux et culturels, en tant que droits de la deuxième génération, ont été le fait des résultats de la Révolution russe et de ses conséquences en Allemagne, sans lesquels ils n'auraient pas pu être introduits dans la Constitution de Weimar. Les droits de la soi disant troisième génération, c'est-à-dire le droit à l'autodétermination, le droit au développement ou à la paix, doivent leur formulation au processus non moins révolutionnaire de la décolonisation après 1945, qui ne peut finalement réaliser sa percée définitive à l'ONU que dans les années soixante-dix seulement avec la reconnaissance des mouvements de libération et de leur lutte pour l'indépendance politique. Cette réminiscence historique montre clairement à elle seule qui furent les instigateurs de ces nouveaux droits et des exigences y afférentes, et où se trouvent les racines du refus et de la résistance aux nouvelles représentations réglementaires qui en découlent. Au plan juridique les luttes amères et souvent sanglantes pour la libération du joug co-

lonial, de la pauvreté et du sous-développement, se reflètent dans ces discussions.

La catégorisation attire également l'attention sur une autre différence qui est avancée de la même manière en tant que déviation de la typicité des droits de l'homme classiques de la première génération, considérés quant à eux comme droits de défense contre les générations futures: l'exigence de prestation des droits économiques et sociaux ainsi que la charge de responsabilité collective des droits ayant pour objectifs la paix, l'autodétermination et le développement. Le contenu et les modalités de la réalisation sont tout à fait différenciés, comme il est de notoriété dans la différenciation classique entre les droits de défense et les droits de prestations. Les dispositions du Pacte social sont effectivement programmatiques, ce qui n'affaiblit cependant en rien leur caractère obligatoire. L'Etat engagé contractuellement est dans l'obligation selon le droit international de mettre en oeuvre des programmes dans le sens de l'article 2 paragraphe 1 du Pacte social, et de «prendre des dispositions jusqu'à épuisement de toutes ses possibilités en vue de réaliser au fur et à mesure par tous moyens appropriés, surtout législatifs, la réalisation totale des droits reconnus dans le cadre de ce Pacte». Cette obligation est directe et juridiquement contraignante, comme l'a souligné à maintes reprises le Comité des droits de l'homme du Pacte social, mais elle se réalise toutefois autrement que par une sentence juridique comme c'est le cas chez les droits de défense classiques de la première génération.

Les Etats sont astreints à mettre au point des programmes détaillés en vue d'une mise en oeuvre progressive des droits. Comme il s'agit d'une obligation directe et actuelle, ils doivent également présenter à la Commission à des intervalles réguliers un programme basé sur un échéancier réaliste, au cours duquel ils envisagent de mener à bien les mesures y afférentes. La Commission est en mesure d'apporter son soutien à l'élaboration du contenu du programme par l'envoi d'experts

72 Cf. E. Riedel, 1989, p. 9 et suivantes.

et par des actions d'évaluation. Naturellement, il existe des critères généraux pour la détermination des besoins fondamentaux en nourriture, eau, logement, santé ou éducation, ainsi que pour leur réalisation; ces critères nécessitent cependant des exigences différenciées de la part des différents gouvernements selon le pays et le niveau de développement atteint. Il existe également des représentations de référence de l'OIT pour des standards minimaux de conditions de travail qui peuvent être reproduits avec l'aide de cet organisme dans des programmes à mettre en œuvre dans les différents pays. L'objectif de ces organismes internationaux est d'aider à réaliser et à garantir les droits de l'homme en coopération avec les Etats engagés, ainsi qu'à observer les suites qui y sont données, afin de rendre effectif le processus de mise en œuvre et de l'accélérer.⁷³

Par ailleurs, la séparation typologique en droits de défense, de prestations et en droits collectifs n'est pas assez conséquente au point que des exigences dogmatiques de droit puissent être déduites quant à leur force d'application. Un certain nombre de droits de libertés ne peut pas du tout être pris en charge sans prestations (préalables) de l'Etat, de la même manière que des droits de prestations doivent être nécessairement accompagnés de droits de défense. Le Comité des droits de l'homme du Pacte civil a lui-même fait remarquer que, pour garantir effectivement les droits de libertés, il est souvent indispensable pour l'Etat de prendre des mesures positives. C'est ainsi que l'article 17 du Pacte civil exige de l'Etat qu'il protège la vie privée, de sorte que l'Etat doit s'abstenir de s'immiscer dans la vie privée, dans la famille, dans le logement, et dans la correspondance des citoyennes et citoyens. Cela n'est toutefois pas suffisant: le Comité a fait

remarquer en effet que, dans un monde devenu de plus en plus compliqué, il devient nécessaire pour la protection et l'efficacité des droits de créer des instruments et des procédures législatifs, administratifs et juridico-techniques qui puissent permettre d'identifier les limites du droit et du pouvoir d'immixtion, et de contrôler les abus de ce dernier. La Commission des droits de l'homme a exigé des Etats de lui transmettre des informations sur les mesures qu'ils auraient mis en œuvre pour garantir le droit à la vie privée.⁷⁴ Même l'interdiction de la torture et des traitements inhumains exige très souvent des mesures positives: les gardiens de prison et les agents de police doivent être instruits, et formés et des programmes doivent être mis au point afin de s'assurer qu'ils sont bien familiarisés avec les règles du droit international et les standards minimaux relatifs au traitement des prisonniers, de même que des institutions juridiques doivent être créées pour d'éventuelles poursuites en cas de manquements.⁷⁵

La prise en compte du droit à l'autodétermination, un droit collectif dans son essence même, dans les deux Pactes de droits de l'homme, et tout particulièrement dans l'article 1⁷⁶, montre à quel point les droits sont imbriqués les uns dans les autres et interdépendants. La prise en compte «a-systémique» d'un droit de l'homme collectif dans ces deux Pactes justement distincts pour des raisons systémiques constitue bien la meilleure preuve de la non validité de cette séparation artificielle. Seule la réalisation du droit à l'autodétermination donne vraiment à chacun des individus d'un peuple la possibilité d'être conscient de ses droits de libertés et d'en faire usage. C'est l'acte collectif seul de la liberté de décision quant au statut politique de sa propre société qui crée les conditions permettant à l'individu de prendre

73 Concernant le Comité des droits de l'homme du Pacte social cf. P. Alston, G. Quinn, 1987, p. 157 et suivantes; P. Alston, 1992, p. 473 et suivantes. Concernant l'OIT, cf. R. Birk, 2000, § 17, Rz. 46 et suivantes.

74 Cf. General Comment 6 (16) du 27 juillet 1982; General Comment 16 (32) du 28 mars 1988.

75 Cf. General Comment 20 (44) (article 7) et General Comment 21 (44) (article 10) du 7 avril 1992.

76 L'énoncé identique est le suivant:

- (1) «Tous les peuples ont droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit ils décident librement de leur statut politique et choisissent en toute liberté leur développement économique, social et culturel.»
- (2) «Tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs moyens naturels pour leurs propres besoins, sans préjudice de toutes les obligations nées de la coopération économique internationale sur la base du bien-être mutuel ainsi que du droit international. En aucun cas un peuple ne peut être dépouillé de ses moyens d'existence.»

conscience de ses droits politiques. L'acte collectif de l'Etat en devenir constitue la condition logique de la défense individuelle contre les immixtions menaçant sa liberté. De la même façon que les droits de défense, les droits de prestations sont également orientés contre l'Etat, tandis que les droits collectifs donnent d'abord seulement la possibilité d'une Constitution libre et autodéterminée de la société. Ce fut d'ailleurs là le message de la Révolution française, qui mentionnait pour la première fois le droit à l'autodétermination.⁷⁷ Ce lien fut cependant irréfutable par rapport aux luttes de libération menées par les peuples colonisés après 1945, au premier plan desquelles on retrouvait certes la revendication d'un Etat indépendant mais qui concernaient au fond la dignité humaine et les droits de l'homme d'êtres humains jusque là opprimés. Et cette unicité des trois «générations» a été confirmée jusqu'à aujourd'hui en tant que principe du code des droits de l'homme: si l'une seulement des «générations» devait être supprimée ou tout simplement affaiblie, les autres s'écrouleraient. Le Conseil de l'Europe, à l'occasion d'une consultation sur la pauvreté en Europe menée en 1986, a souligné fortement cette interdépendance des droits de l'homme:

«Les droits de l'homme que soutient le Conseil de l'Europe ne peuvent pas être respectés de manière sélective. Ils sont tous d'égale importance. Par conséquent, des efforts doivent être déployés afin de concrétiser le respect des droits fondamentaux comme un tout, qu'il s'agisse de droits sociaux, culturels et économiques ou de droits civiques et politiques... Le premier droit est celui de construire sa propre destinée, ce qui signifie d'abord et avant tout qu'il faut donner aux gens l'opportunité réelle de se li-

bérer des restrictions imposées par leur environnement et de prendre part à la construction de leur vie.»⁷⁸

(N. du tr.: citation originale, en anglais)

Il existe une autre série de remarques contre la qualité juridique des droits sociaux, ayant trait à leur caractère vague et à la difficulté de constater des violations à leur encontre. Ils sont finalement concernés par l'objection principale du soi disant manque de prise en compte par les règles juridiques.

La fixation sur la prise en compte des droits de l'homme par les réglementations juridiques n'est pas juste toutefois par rapport au caractère protecteur, qui ne s'exprime pas uniquement dans la défense vis-à-vis de l'Etat, mais qui comprend également, comme nous venons tout juste de le démontrer, la possibilité et la garantie de leur perception. Les droits de l'homme sont des droits de statut, qui ne doivent pas être seulement protégés contre des attaques mais qui doivent être créés avant tout par l'action et la prestation, ce qui est d'ailleurs tout autant valable pour les droits politiques classiques de défense. Les droits de l'homme relatifs à l'opinion et à la liberté de réunion ne sont pas seulement violés par la censure et l'interdiction, ils n'existent pratiquement pas aux yeux de ceux qui ne peuvent en aucune manière percevoir de tels droits aux libertés en raison de la faim, des épidémies et de la pauvreté dans lesquelles ils sont plongés, sans parler évidemment du fait qu'ils en ignorent totalement l'existence. Les pratiques variées de leur mise en œuvre et la garantie de droits de l'homme politiques et sociaux s'expriment certes en différentes procédures de protection mais non pas en différents degrés d'obligation.⁷⁹

⁷⁷ Cf. N. Paech, 1989, p. 762 et suivantes, p. 768 et suivantes.

⁷⁸ Council of Europe: Exchange of views on poverty in Europe (échange de vues sur la pauvreté en Europe), 30 sept.-1er octobre 1986. Résumé du rapporteur spécial G. Sarpellon, EVP (86) 5, paragraphe 35.

⁷⁹ Cf. à ce sujet aussi B. Simma, 1998, p. 191 et suivantes, M. Scherf, 1990, p. 233 et suivantes. N'a pas été encore prise en considération ici la problématique importante pour la dogmatique des droits de l'homme de l'effet 'erga omnes' («entre tous») et du «ius cogens», c'est-à-dire la question de savoir s'il existe des droits de l'homme dont il ne faut absolument pas dévier selon l'article 53 de la Convention du droit de contrat de Vienne. Ceci est une question extrêmement controversée, sans parler des interdictions de torture, de génocide, d'esclavage et d'apartheid. Cf. plus bas p. 24 et suivantes, ainsi que E.-U. Petersmann, 2001, p. 13 et suivante.

Il est vrai que le fait de garantir de façon normative un espace de libertés au moyen d'une simple décision de droit constitutionnel coûte beaucoup moins cher en général que de le créer par un approvisionnement suffisant en produits alimentaires, ou par la mise en place d'un système de santé fonctionnel ou même par la réalisation d'une réforme agraire pour de larges couches de la population. Il en est de même également de la définition des droits dans lesquels l'Etat ne doit pas s'immiscer, une définition généralement plus facile à préciser que la mise au point de programmes et de mesures à la charge de l'Etat dans le but de garantir les droits sociaux, économiques et culturels. Au contraire, il est plus simple de constater avec précision l'immixtion dans le domaine des droits civiques et politiques que de décider de la question de déterminer à partir de quel moment une mesure ou une omission peut avoir une influence telle sur la situation vitale des hommes, qu'elle puisse être considérée comme une violation des droits de l'homme.⁸⁰ Néanmoins, même ce manque de sûreté n'a aucune influence sur l'obligation juridique de tous les droits de l'homme et ne les classe pas en droits de première ou de deuxième classe. En outre, de nombreuses dispositions des droits de l'homme sociaux peuvent être directement introduites, comme par exemple toutes les interdictions de discrimination auxquelles appartient aussi la protection de la liberté d'association.

Le refus du Bundestag allemand d'exiger du gouvernement au moins un renforcement des mécanismes et des instruments du Pacte social, n'est pas un acte d'arrogance politique seulement, mais aussi une violation de l'obligation normative

prévue à l'article 2 du Pacte social, quels que soient les termes généraux de sa rédaction. Le Comité du Pacte social a exprimé, dans ses remarques clôturant son troisième rapport ordinaire sur l'Allemagne, sa préoccupation quant à cette situation: «il n'y a pas de système global en place qui assure que le Pacte est pris en compte dans la formulation et la mise en œuvre de toute législation et des politiques concernant les droits économiques, sociaux et culturels.»⁸¹ (N. du tr.: citation originale, en anglais). Cela constitue une critique prudente d'un manquement fondamental dans la politique des droits de l'homme du gouvernement fédéral.

Depuis que le Pacte social a été imposé à la signature des Etats le 19 décembre 1966, il a donné lieu à des discussions animées quant à l'interprétation, à la concrétisation et à la mise en œuvre effective des droits sociaux, économiques et culturels. Afin de regrouper les arguments de ces interminables débats et de les transposer dans le cadre d'un consensus international, des experts se sont rencontrés à Maastricht en 1986 dans une conférence internationale, au cours de laquelle ils se sont accordés sur les lignes directrices de la mise en œuvre du Pacte social, qui sont connus aujourd'hui sous le nom de «Principes de Limbourg» (Limburg Principles).⁸² Onze années plus tard, au même endroit, eut lieu à nouveau une rencontre d'experts internationaux sur invitation de la Commission internationale des juristes, de l'Urban Morgan Institut et du Center for Human Rights de l'Université de Maastricht, afin de se concerter sur le contenu et l'ampleur des violations des droits sociaux en se basant sur les Principes de Limbourg, et de proposer des ré-

80 La restructuration de l'économie chinoise en conséquence de son adhésion à l'OMC peut servir d'exemple. Certes, le Development and Research Center of the State Council prévoit déjà pour l'année 2010 un PSB qui serait d'un tiers plus élevé en raison de l'adhésion qu'il ne l'aurait été sans participation à l'OMC, et la création de 10 millions d'emplois supplémentaires. Dans le même temps cependant il est prévu la perte, à cause de la restructuration, de 140 millions de places de travail. Cf. Roland Berger & Partner, 200. Wolfgang Voegeli, 2002. Si l'on se réfère à des études sociales scientifiques, il semblerait tout aussi difficile d'obtenir une réponse à la question de savoir à partir de quel moment les droits de l'homme de la population sont définitivement violés quand on pense que le FMI exige d'un gouvernement de démanteler des institutions sociales et économiques comme condition préalable à l'octroi de crédits. Cf. entre autres W. Van der Geest, R. van der Hoeven, 1999.

81 ONU ECOSOC E/C 12/1/Add. 68 du 31 août 2001. Voir aussi M. Windfuhr, 2001, p. 44 et suivantes.

82 Cf. Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Principes de Limbourg sur la mise en œuvre de la Convention internationale des droits...), 9 Human Rights Quarterly, 1987, p. 121 et suivantes; E.O.V. Dankwa/C. Flinterman, 1988, p. 275 et suivantes.

ponses et des moyens juridiques adéquats. Les résultats de cette conférence reflètent l'évolution du droit international au cours de la décennie précédente, et ont été publiés sous la dénomination de «Maastricht Guidelines» (Directives de Maastricht).⁸³ D'après leur contenu, les deux déclarations constituent une interprétation authentique du Pacte social qui reflète l'opinion représentative des praticiens et des spécialistes. Néanmoins, les deux assemblées ne sont pas revêtues de la même position autoritaire que la CIJ par exemple (Cour Internationale de Justice) pour que l'on puisse accorder à leurs directives une qualité et une dimension autres que celles d'un exposé d'une opinion générale et du droit sur la question. L'équivalence juridique des deux Pactes constatée cependant par les Directives de Maastricht en leur ligne 4 est bien plus que la simple opinion de quelques experts.⁸⁴

2. Niveaux différenciés des obligations de l'Etat

Dans les débats sur le droit des peuples il s'est dégagé entre-temps une entente sur la prise en compte par la justice des droits de l'homme, une entente qui ne fait pas de différence entre les générations et les différents types de droits de défense, de prestation et collectifs, mais qui a abouti à l'élaboration de différents niveaux d'obligation de l'Etat face aux droits de l'homme dans leur ensemble. On doit ce modèle à Asbjörn Eide, qui l'introduisit pour la première fois dans un rapport sur le droit à la nourriture dans le cadre d'une commande de la «Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities».⁸⁵ Il définit dans ce rapport trois niveaux d'engagement des Etats par rapport aux droits de l'homme: le niveau du «respect» (respect), de

la «protection» (protect) et celui de l'«accomplissement» (fulfil) des droits de l'homme.⁸⁶ Bien qu'il ait été développé dans le cadre d'un droit social, à savoir le droit à la nourriture, la validité de ce modèle mérite d'être étendue à tous les droits de l'homme.

Au niveau de l'«obligation to respect» il est exigé de l'Etat d'être réservé au plan de l'intégrité des individus. Il est attendu de lui qu'il se tienne à l'écart de toute intervention dans les initiatives et les activités de ses citoyens quand celles-ci concourent à l'épanouissement et à la sécurisation de leur existence matérielle. De cette façon ce sont les droits classiques de libertés qui sont directement garantis, et qui constituent justement la condition préalable à la réalisation des revendications sociales, telles que le droit à la nourriture ou bien les droits fondamentaux au travail.

L'«obligation to protect» exige de l'Etat et de ses organes qu'ils prennent des mesures de protection contre les activités de tiers, qu'il s'agisse d'individus ou de groupes d'individus, qui pourraient menacer l'épanouissement de la personne. Cette obligation est endossée par l'individu qui doit assumer la responsabilité de réaliser les droits de l'homme, mais elle doit le protéger cependant contre de possibles atteintes et immixtions. Ce niveau opère à la limite entre la répartition classique en droits aux libertés et en droit de prestations. La défense contre des obstacles sociaux par l'Etat signifie en même temps la «prestation» de créer réellement les conditions nécessaires à l'exercice des droits aux libertés. Cela ne peut pas se faire si l'Etat renonce seulement à des activités propres, mais il doit au contraire s'engager également à user de son pouvoir souverain contre les activités d'autres forces sociales privées, dans la mesure où celles-ci s'en pren-

83 Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, Maastricht, 22-26 janvier 1999. http://www1.umn.edu/humanrts/instree/Maastrichtguidelines_.html.

84 Maastricht Guidelines ligne 5: «Il est devenu indiscutable maintenant que tous les droits de l'homme sont indivisibles, interdépendants et interrelationnels ainsi que d'égale importance pour la dignité humaine. Par conséquent, les Etats sont responsables des violations des droits économiques, sociaux et culturels de la même manière qu'ils le sont vis-à-vis des violations des droits civiques et politiques.» (n. du tr.: citation originale, en anglais).

85 A. Eide, 1987; A. Eide, 1989, p. 2 et suivantes.

86 A. Eide, 1989 a, p. 35 et suivantes.

nent aux droits de tiers. Cette situation rappelle tout particulièrement la «tête de Janus» (N. du tr.: divinité représentée avec deux visages tournés en sens contraire), c'est-à-dire l'interdépendance et l'indivisibilité des droits de l'homme, dont l'accomplissement ne peut être réduit ni à la défense ni à la prestation d'une activité étatique.

Ce n'est qu'au troisième niveau, celui de l'«obligation to fulfil», qu'apparaît clairement au premier plan l'obligation de prestations de l'Etat. Là où l'individu n'est pas en mesure de par ses propres initiatives de se garantir à lui-même ses droits de l'homme et que lui manquent notamment les ressources matérielles pour satisfaire ses besoins de base, c'est là aussi qu'apparaît le devoir de l'Etat de s'immiscer par son aide et sa prévoyance. Même si dans le détail il n'est pas clairement défini quelle ampleur doit revêtir cette «obligation to fulfil», c'est-à-dire quelles prestations minimales sont exigibles de l'Etat en matière de droits à la nourriture, à la santé, à l'eau ou au travail, pour que l'on puisse parler de la réalisation des droits, il n'en reste pas moins vrai qu'il ne fait aucun doute qu'il s'agit là de droits juridiquement contraignants, donc pouvant faire l'objet de plaintes.⁸⁷ La tension entre le caractère étatique juridique et le caractère social qui en découle dans la dogmatique juridique interne à l'Etat⁸⁸ est reflétée au plan du droit international par les trois niveaux d'obligations allant du «respect» au «fulfil».

D'un autre côté, la disponibilité de ressources représente pour chaque Etat une condition supplémentaire pour l'accomplissement de ses obligations sans que ces dernières cependant ne soient par là-même atteintes directement dans leur qualité juridique.⁸⁹ Citons les termes des Directives de Maastricht de 1997:

«Dans de nombreux cas, de telles obligations pourraient être facilement adoptées par la plupart des Etats, sans incidence significative sur les ressources. Dans d'autres cas cependant, la pleine réalisation des droits pourrait dépendre de la disponibilité de ressources financières et matérielles adéquates. Néanmoins, et comme établi dans les Principes de Limbourg 25 et 28, puis confirmé par la jurisprudence développée par la Commission des droits économiques, sociaux et culturels, la rareté des ressources ne doit pas décharger les Etats de certaines obligations minimales et du respect de la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels.»

Afin de continuer à rendre opérationnelle la prise en compte par la justice, Eide fait la différence entre le caractère obligatoire de l'action et du comportement («conduct») et l'obligation de résultat («result»). Tandis que le comportement peut s'exprimer dans une action positive ou même négative, comme par exemple dans l'engagement de l'Etat à ne pas torturer ou à ne pas empêcher l'organisation syndicale, l'obligation de résultat par contre est moins concernée par le moyen et par l'activité que par l'état qui doit être atteint, comme par exemple l'élimination de la faim ou de la sous-protection médicale ou aussi la sécurisation de l'accès à l'eau. Si l'«obligation de respect» dans les droits à la liberté des individus sera naturellement le fait d'un lien avec l'action, il ne faut pas en déduire pour autant que l'obligation de résultat ne pourra être remplie qu'au moyen de la mise à disposition de biens matériels. Il peut arriver en effet dans certains cas que l'Etat puisse mieux éviter la faim en renonçant à intervenir et en ne s'immisçant pas dans la liberté de ses cito-

87 La différenciation en trois niveaux d'obligations a été entérinée par les Directives de Maastricht de 1997: «6: Tout comme les droits civils et politiques, les droits économiques, sociaux et culturels imposent trois différents types d'obligations de l'Etat: les obligations de respect, de protection et d'accomplissement. Tout manquement à accomplir l'une de ces trois obligations constitue une violation de ces droits...» (N. du trad.: citation originale, en anglais).

88 Cf. AK-GG-D. Schiek, 2001, article 20 paragraphe 1-3 V, Rz. 38 et suivantes.

89 Cf. R. Normand, 2000, p. 3 et suivantes. D'une manière différente mais sans explications K. Hailbronner/W. Vitzhum, 1997, paragraphe 3, Rz. 208, p. 243. Dans la littérature sociale spécialisée la même qualité juridique des droits cités dans le Pacte civil et social est reconnue; cf. M. Windfuhr, 1999, p. 176 et suivante.

yens et dans le contrôle de leurs ressources. Le droit au logement ne se réalise pas seulement dans la disponibilité d'un standard minimum d'espace habitable, mais il se concrétise également dans l'interdiction faite à l'Etat d'expulser arbitrairement les citoyens de leur logement ou de détruire leur logement. Il en ressort que les droits de l'homme justement, bien qu'ils puissent revendiquer pour eux une contrainte juridique internationale étant donné qu'ils sont basés sur des contrats, peuvent être considérés par rapport à une partie de leur effet comme des droits imparfaits à faible capacité de prise en compte par la justice. C'est un déficit que nous pouvons constater également dans des droits intérieurs aux Etats, et qui ne se limitent donc pas seulement à des droits internationaux en général faiblement munis de pouvoir de sanction.⁹⁰

Nous pouvons donc considérer qu'il n'y a pas de différence normative dans l'obligation juridique des droits du Pacte civil et social, et que cela s'est d'ailleurs petit à petit imposé dans la littérature et chez les spécialistes.⁹¹ Indépendamment des différents processus de mise en œuvre et des différentes formes de garantie, les droits sociaux, économiques et culturels engagent et obligent les Etats de la même manière que les droits politiques et civiques.

3. Classement des droits de l'homme : de la loi soft au ,ius cogens'

Une particularité du droit international – par conséquent des droits de l'homme aussi – réside d'ailleurs dans la différence d'obligation des règles entre des programmes non contraignants et des normes absolument impératives. Le canon des sources du droit en droit international est limité et, selon l'article 38 des statuts de la Cour

internationale, il se compose pour l'essentiel du droit de contrat et du droit coutumier. «Les principes généraux de droit reconnus par les peuples civilisés», également mentionnés dans cet article 38, ne peuvent déjà revendiquer un caractère juridique que dans le cas seulement où ils font partie du droit coutumier. La difficulté la plus fréquemment rencontrée concerne la définition du droit coutumier, qui englobe un large éventail de différentes validités juridiques, à commencer par le statut vraiment peu contraignant de la loi appelée «soft law», loi soft, jusqu'au droit absolument contraignant, le «ius cogens»⁹².

Le concept devenu populaire de la soft law désigne une règle de comportement, qui se situe toutefois en dehors des sources reconnues de droit du droit des peuples (droit international). Elle ne revêt aucun caractère juridique, et n'est donc pas en mesure de justifier une obligation pour un usage, un modèle de comportement ou une coutume. L'utilité du concept réside par conséquent tout au plus dans la désignation dans le droit coutumier international non contractuel de l'une des plus basses marches de l'évolution du droit à partir de laquelle, sous certaines conditions particulières, une source juridique contraignante du droit coutumier pourrait naître un jour. La soft law pourrait donc tout au plus caractériser quelques droits de la Déclaration Générale des Droits de l'Homme (DGDH) de 1948 ou de la Charte d'Helsinki de 1975, puisque les deux documents ont été adoptés par leurs signataires avec la mention expresse qu'ils ne revêtaient aucun caractère programmatique contraignant. Les droits de l'homme de la Déclaration de 1948 ont été cependant repris largement dans les deux Pactes de 1967 et ont acquis de cette façon le caractère de droits contractuels contraignants. D'autres droits, comme par exemple le droit de propriété de l'ar-

90 Même la différenciation entre ,obligation of conduct' (comportement) et ,obligation of result' a été reprise par les Directives de Maastricht: „7. Les obligations de respect, de protection et d'accomplissement contiennent chacune des éléments d'obligations de comportement et de résultat. L'obligation de comportement exige une action raisonnablement calculée en vue de concrétiser la jouissance d'un droit particulier. Dans le cas du droit à la santé par exemple, l'obligation peut entraîner l'adoption et la mise en œuvre d'un plan d'action visant à réduire la mortalité maternelle.

91 Cf. par intérim R. Higgins, 1994, p. 100 et suivantes Maastricht Guidelines de 1997 ligne 4.; cf. remarque 82. Cela est également valable pour le droit à l'autodétermination. Controversés comme auparavant: le droit au développement et le droit à la paix.

92 Cf. en général W. Heintschel von Heinegg dans: K. Ipsen, 1999, § 15 Rz. 36 et suivantes, § 19, Rz. 20; N. Paech, G. Stuby, 2001, B II, Rz. 137 et suivantes, p. 482 et suivantes, 484 et suivantes.

ticle 17 de la DGDH, qui ne figure pas toutefois dans les deux Pactes des droits de l'homme de 1967, ne peuvent acquérir le statut d'une source de droit contraignant que s'ils passent par le long processus de maturation vers le droit coutumier. Ce processus de formation de droit non contractuel constitue la grande exception dans le domaine des droits de l'homme, étant donné qu'il n'existe pratiquement pas de droits qui ne soient garantis par des contrats multilatéraux – à l'exception des droits collectifs au développement et à la paix. Malgré tout, la validité juridique du droit coutumier revêt une grande importance pour tous les peuples dont le gouvernement, comme les USA dans de nombreux cas, n'ont pas ratifié les conventions, et ne sont donc pas astreints à les appliquer. Mais dans les cas où les droits ont acquis une validité juridique de droit coutumier par delà le cadre des contrats, ils deviennent alors contraignants même pour les Etats non liés par contrat. De l'avis général, c'est justement le cas pour tous les droits essentiels de l'homme, mais non pas pour les droits collectifs au développement et à la paix.

Si l'on peut donc affirmer que l'on doit se baser sur la validité juridique du droit coutumier et du droit contractuel dans les droits de l'homme, il n'aura été rien dit encore sur le rang dans la hiérarchie des sources de droit. Par delà la contrainte juridique générale des normes contractuelles, le droit des peuples ou droit international connaît le droit absolument obligatoire, à savoir le «*ius cogens*», qui est extrait de toutes dispositions contractuelles et devient ainsi pour tous les Etats une norme d'obligation irréfutable. L'accord de Vienne sur le droit des contrats de 1969⁹³ a donné dans son article 53 une définition de la norme impérative et de son effet qui reste aujourd'hui encore reconnue:

«Un contrat est caduc si, au moment de sa conclusion, il est en contradiction avec une norme impérative du droit international général. Dans le sens de cette convention une norme impérative du droit international général est une norme qui est acceptée et reconnue dans son ensemble par la communauté internationale des Etats en tant que norme dont on ne peut dévier et qui ne peut être modifiée que par une norme ultérieure du droit international général de même nature juridique.»

En ce qui concerne l'application de ces normes impératives du droit international, il est essentiel qu'elles soient valables «*erga omnes*» (entre toutes). Cela signifie qu'une violation des obligations codifiées par elles peut être reprochée par n'importe quel sujet de droit international sans tenir compte d'une relation contractuelle. La Cour internationale de justice (CIJ) a défini les «normes *erga omnes*» comme des normes par lesquelles «des droits peuvent être fondés qui seraient tellement importants que tous les Etats trouveraient un intérêt juridique à leur protection».⁹⁴ Cela signifie que des normes impératives du «*ius cogens*» ont toujours un effet «*erga omnes*», mais par contre des normes qui fondent des obligations «*erga omnes*» ne se trouvent pas nécessairement dans le «*ius cogens*».

La CIJ a désigné expressément dans ce cadre l'interdiction d'agression, l'interdiction de génocide ainsi que les principes et les règles relatives aux droits fondamentaux de l'homme, y compris la protection contre l'esclavage et la discrimination raciale. Tandis que la CIJ, dans une procédure ultérieure, a repris clairement l'interdiction de la violence de l'article 2 ligne 4 de la Charte de l'ONU dans le «*ius cogens*»⁹⁵, et la Cour pénale internationale pour l'ex-Yougoslavie a également

93 BGBl. 1985 II p. 927. La Convention est entrée en vigueur après sa ratification par 35 Etats le 27 janvier 1980. Sachant que, de l'avis général, elle a codifié pour l'essentiel un droit coutumier qui existait déjà auparavant, elle est contraignante même pour ceux des Etats qui ne l'auraient pas ratifiée.

94 Jugement CIJ du 5 février 1970 (cas appelé Barcelone-Traction), ICJ Reports 1970, 2.

95 Jugement CIJ du 27 juin 1986 (cas appelé Nicaragua), ICJ Reports 1986, 14 et suivantes 190.

désigné l'interdiction de la torture comme «ius cogens»⁹⁶, il est rare cependant que de semblables déclarations aient été faites pour d'autres normes impératives.⁹⁷ Certes, il est reconnu que les droits fondamentaux de l'homme font partie du «ius cogens» ou possèdent à tout le moins un effet «erga omnes», mais le fait de savoir de quel droit il est question concrètement fera toujours et à chaque fois l'objet de controverses.

La décision à ce sujet est toutefois d'une énorme importance comme le montrent deux exemples en Tanzanie et au Brésil. La Tanzanie devait lever des frais de scolarité pour l'école élémentaire comme exigé par les institutions financières internationales dans le cadre des réformes structurelles. Mais voilà que l'article 13 du Pacte social que la Tanzanie a ratifié prescrit que la scolarité en école primaire doit rester gratuite. Autrement dit donc, les institutions financières ont obligé la Tanzanie à prendre des mesures qui constituaient une violation flagrante des obligations nées du Pacte social. Est-ce que la Tanzanie aurait pu se défendre contre les impératifs du programme d'adaptation structurelle, en se référant à l'article 13 du Pacte social, c'est-à-dire sans que le crédit ne lui soit retiré en cas de refus de se soumettre à l'injonction? L'obligation aurait été caduque selon l'article 53 de la Convention de Vienne sur le Droit des Contrats (CVDC) s'il s'était agi d'un «ius cogens» dans cet article 13. Quelles sont les possibilités de résistance que pourrait

donner le droit à l'éducation s'il doit être seulement un simple droit contractuel international? Est-ce qu'un droit international simple ou contraignant ne peut être efficace que face à des Etats, ou bien peut-il l'être aussi face à des organisations internationales? Finalement, qui sera tenu pour responsable du fait que le taux de fréquentation des écoles primaires ait baissé et que le nombre des analphabètes ait augmenté?⁹⁸ Le deuxième exemple concerne le Brésil. Ce pays avait besoin au cours de l'automne 1998 d'un paquet d'aide urgente après la crise asiatique, qui lui fut octroyé par le FMI. L'accord était cependant conditionné par des réductions budgétaires substantielles. Ces réductions touchaient essentiellement le domaine social. La question factuelle est de savoir si le gouvernement brésilien avait éventuellement la possibilité d'autres alternatives. Quant à la question juridique, elle consistait à savoir si les réductions budgétaires étaient aussi radicales que cela, au point de toucher à la substance même des droits de l'homme.⁹⁹

La pratique internationale du droit considère aujourd'hui que les droits nodaux au travail font partie des droits fondamentaux de l'homme avec caractère de «ius cogens», tels qu'ils ont été définis par la Conférence internationale du travail du 18 juin 1998 dans l'article 2 de la Déclaration sur les droits fondamentaux au travail.¹⁰⁰ Ils s'accordent largement avec les droits correspondants du Pacte social et constituent ainsi un noyau ab-

96 Jugement ICTY du 10 décembre 1998 (Furundzija), ILM 38 (99), 317 et suivantes, paragraphe 153 et suivantes.

97 La Suisse, dans son message à l'occasion de son adhésion à la Convention de Vienne sur le droit contractuel, a attiré l'attention sur les difficultés à énoncer des définitions précises: „La question de savoir quelles sont les normes impératives à l'intérieur du droit coutumier trouve sa réponse dans ce même droit coutumier mais pas dans la Convention. La question reste un point de controverse. Selon la Commission internationale des juristes, le droit de la Charte des Nations unies sur l'interdiction de la violence représente un „ius cogens”. D'autres exemples ont été cités pendant la conférence et dans la doctrine: l'interdiction de l'esclavage, de la piraterie, de la torture et du génocide, ainsi que le principe de base de l'égalité des Etats et de l'autodétermination, de même que certaines règles du droit humanitaire international.“ Cité selon J. P. Müller, L. Wildhaber, 2001, p. 104.

98 Selon des données de la Banque mondiale les inscriptions dans les écoles primaires en Tanzanie sont passées depuis 1986 de 68% à 48%, tandis que le taux d'analphabétisme s'élevait à la fin du siècle dernier chez les hommes à 18% et chez les femmes à 38%, World Bank Development Report 1999/2000, World Bank, 2000.

99 Selon de récents rapports de la Banque mondiale, l'Indonésie réfléchit à la possibilité de ne pas reconduire un crédit de 5 milliards de dollars du FMI qui arrive à échéance cette année (n. du tr.: 2003). La raison en est l'existence de troubles contre le programme d'épargne ordonné par le FMI qui touche justement les millions de pauvres de ce pays (entre autres: augmentation de l'essence et de l'électricité)

100 L'article 2 énonce „que tous les membres, même s'ils n'ont pas ratifié les conventions en question ont l'obligation, en raison de leur qualité de membre de l'organisation, de respecter, de promouvoir et de réaliser, en bonne foi et en accord avec la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux faisant l'objet de ces mêmes conventions, plus précisément: (a) liberté d'association et reconnaissance effective du droit aux conventions collectives; (b) l'élimination de toutes formes de travail forcé ou obligatoire; (c) l'abolition effective du travail des enfants, et (d) l'élimination des discriminations en matière d'emploi et de poste.“ (N. d. tr.: citation originale, en anglais) Cf. ci-dessus p. 7 et suivante.

soulement contraignant auquel aucun gouvernement ne peut se soustraire, même s'il n'est pas lié par contrat.¹⁰¹ Quant au fait de savoir quels sont les autres droits des deux Pactes qui font partie du cercle des normes absolument impératives, il n'existe à ce sujet aucune décision faisant autorité, comme celle de la CIJ par exemple; cela reste du domaine de l'analyse au cas par cas.¹⁰² A condition tout de même d'avoir une idée des conditions ayant mené à la naissance du droit impératif concerné.

Il est généralement admis que les fondements du droit impératif sont constitués par les sources classiques du droit international que sont notamment le contrat, le droit coutumier, mais aussi par les principes généraux de droit. L'évolution vers le ‚ius cogens‘ peut se réaliser dans le cadre d'un processus historique progressif de densification croissante du droit, comme nous pouvons l'observer dans le cas du droit à l'auto-détermination. Le ‚ius cogens‘ peut aussi naître directement et simultanément avec sa première introduction en tant que norme juridique dans les relations inter-étatiques, l'exemple pouvant en être l'interdiction de la violence énoncée dans l'article 2, ligne 4 de la Charte de l'ONU. Concernant la question relative au si et au comment de la possibilité de naissance d'autres normes du «ius cogens», il n'est pas important de décider de pencher plutôt vers un concept volontariste dont le caractère contraignant des normes reposerait seulement sur la volonté et l'accord des sujets de droit international, que de partir par contre d'un concept de droit naturel¹⁰³ qui rangerait les nor-

mes impératives sous l'«ordre public» (N. du tr.: en français dans le texte) international qui comprend un éventail de valeurs sociales et éthiques inéluctables sans lesquelles la communauté des Etats ne pourrait pas exister. En effet, même les partisans de la conception juridique naturelle ne défendent pas la thèse selon laquelle on ne peut pas rajouter d'autres normes absolument impératives à celles déjà acceptées et figurant dans l'éventail existant. Si par conséquent la création d'un nouveau «ius cogens» est possible en principe, ce processus devra se baser, dans le cadre de la doctrine classique des sources du droit, notamment sur l'expérience et la pratique des Etats. Cette position éminemment positiviste ne s'est pas imposée seulement dans l'article 53 de la CVDC (Convention de Vienne..) mais aussi dans la doctrine dominante du droit international. Citons à cet égard la formulation avancée par Heintschell von Heinegg:

«En ce qui concerne les normes inéluctables, il ne s'agit pas dès lors de parties intégrantes d'un ordre de valeurs indépendantes, mais plutôt de certaines normes de droit international créées par les sujets du droit international conformément à l'une des procédures reconnues de création de droits, et auxquelles ils ont attribué un caractère inéluctable.»¹⁰⁴

On constate entre-temps également une contribution des tribunaux à la mise en évidence d'un droit international contraignant. Mais dans les cas généralement acceptés, des tribunaux, no-

101 Cf. par exemple E. U. Petersmann, 2001, p. 13 et suivantes.

102 La même remarque est soulevée aussi par l'International Law Commission dans le paragraphe 5 de son commentaire sur l'article 26 des règles relatives à la responsabilité des Etats (UNGV Res. A 56, 83 du 12 décembre 2001): «Les critères d'identification de normes péremptoires de la loi internationale générale sont rigoureux. L'article 53 de la Convention de Vienne ne requiert pas seulement que la norme en question doive répondre à tous les critères de reconnaissance en tant que norme de la loi internationale générale, contraignante en tant que telle, mais qu'elle soit de plus reconnue comme ayant un caractère péremptoire auprès de la communauté internationale des Etats dans son ensemble. Cependant, différents tribunaux, nationaux et internationaux, ont soutenu l'idée de normes péremptoires dans des contextes non limités à la validité de traités. De telles normes péremptoires qui ont été clairement acceptées comprennent l'interdiction d'agression, de génocide, d'esclavage, de discrimination raciale, de crimes contre l'humanité et de torture, et le droit à l'autodétermination.» (N. du tr.: citation originale, en anglais) Rapport de l'International Law Commission lors des travaux de sa cinquante-troisième session, procès-verbal officiel de l'assemblée générale, cinquante-sixième session, supplément n° 10 (A/56/10), chap. IV.E. 2., p. 208 (N.. du tr.: citation et références en anglais dans le texte).

103 Cf. en général sur les théories représentées S. Kadelbach, 1992, p. 130 et suivantes.

104 W. Heintschell von Heinegg dans: K. Ipsen, 1999, § 15 Rz. 42, p. 159.

tamment le StCIJ et la CIJ, ont attiré plutôt l'attention sur des «ius cogens» déjà acceptés, appliqués en tant que tels et confirmés par leurs verdicts, apportant ainsi en ce sens leur contribution propre à leur nouvelle naissance. L'article 38 des statuts de la CIJ mentionne aussi dans son paragraphe d) les sentences juridiques et «les opinions enseignantes des spécialistes les plus capables en matière de droit international» en les qualifiant seulement de «moyens d'appoint pour la constatation de normes juridiques». Compte tenu de cela, l'article 53 de la CVDC laisse de côté les jugements prononcés et définit qu'une norme de droit n'est considérée comme contraignante que si elle est reconnue par «la communauté des Etats dans son ensemble». Au cours des négociations de Vienne à l'occasion de la tenue de la Conférence sur le droit contractuel, on était certes d'accord pour dire que cette reconnaissance n'a pas à être prononcée expressément, mais on ne s'est pas entendu par contre pour dire si cette reconnaissance devait recevoir l'acceptation unanime de tous les Etats ou si une majorité importante des Etats devait y suffire.¹⁰⁵ Le comité de rédaction reprit finalement une proposition disant que la reconnaissance du caractère contraignant d'une norme doit avoir l'aval d'une importante majorité d'Etats avec la participation de tous les systèmes juridiques importants du monde.¹⁰⁶

Ce compromis donna naissance cependant à un autre problème, déjà connu dans la doctrine des sources du droit en matière de droit international coutumier, mais qui revêt une certaine importance notamment dans les débats toujours en cours et controversés sur les droits de l'homme: le «persistent objector». L'Etat qui s'oppose de manière répétitive et insistante à la naissance d'une norme par le biais du droit coutumier ne doit pas y être soumis.¹⁰⁷ Si cette règle devait être

également valable pour le droit contraignant, on ne pourrait plus alors justifier l'absolue inéductibilité d'une norme ni son effet contractuel destructif. Il peut même advenir qu'un contrat soit caduc pour une partie, conformément à l'article 53 de la CVDC, mais qu'il soit valable pour le «persistent objector». Afin d'éviter des situations aussi absurdes, et de ne pas mettre en danger le rang exceptionnel du «ius cogens», une opinion largement majoritaire s'est dégagée pour dire qu'il ne peut y avoir de possibilité de dérogation en faveur d'Etats objecteurs et que ces derniers doivent assumer les conséquences qu'une violation de telles normes contraignantes pourrait entraîner.¹⁰⁸ Si l'inéductibilité des normes devait servir à protéger certains biens juridiques qui seraient particulièrement plus importants et plus fondamentaux pour la communauté des Etats, cela serait alors lié également à la revendication d'universalité et ne souffrirait aucune exception en faveur des Etats objecteurs. Dans ce cadre, le Tribunal constitutionnel fédéral allemand a considéré comme étant un droit contraignant les principes juridiques qui seraient indispensables pour la persistance du droit international, profondément enracinés dans la conviction juridique de la communauté des Etats et dont le respect peut être exigé par tous les membres de la communauté des Etats.¹⁰⁹

Au cours des réunions préparatoires à la Conférence de Vienne au sein de l'International Law Commission il fut longuement question des normes contraignantes de l'article 53 dans le but de contribuer à clarifier cette règle abstraite. Outre les interdictions tout à fait indiscutables que sont l'usage de la violence de l'article 2 ligne 4 de la Charte des Nations unies, les crimes internationaux, la torture, le commerce d'esclaves, le travail forcé et la piraterie, ainsi que le génocide

105 Cf. S. Kadelbach, 1992, p. 41 et suivantes.

106 Cf. la Conférence des Nations unies sur la Loi des Traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, rapport officiel I, 317, documents de la Conférence, U.N. Doc. A/Conf.39/11/Add.2.

107 On peut citer comme exemple l'opposition permanente des Etats de l'OTAN et d'autres puissances nucléaires à rendre l'usage des armes nucléaires illégal selon le droit coutumier.

108 Cf. la nombreuse littérature chez S. Kadelbach, 1992, p. 196 remarque 135.

109 BverfGE (Trib. Constitu. Féd.) 18, p. 448 et suivante.

et la discrimination raciale, d'autres droits ont été également cités, à savoir l'égalité et l'indépendance souveraine des Etats, le droit à l'autodétermination, l'obligation de règlement pacifique des conflits et les droits de l'homme. Mais comme aucune entente n'avait pu être obtenue sur des exemples concrets, on renonça déjà au niveau du projet de la commission à élaborer un catalogue d'exemples qui devait être soumis à l'Assemblée générale de l'ONU.¹¹⁰ Les discussions menées au cours de cette Conférence de Vienne sur le droit des contrats furent à nouveau reprises mais ne donnèrent aucun résultat, de sorte que l'on se contenta de quelques remarques formelles sur l'article 53.

Aussi bien pendant les négociations de l'International Law Commission que lors de la Conférence de Vienne il devint cependant tout à fait évident que seul un haut degré d'intégration et de cohérence d'un système de relations internationales pouvait offrir les conditions les plus favorables à la formation et à l'énoncé de normes contraignantes. Un accord sur des normes fondamentales et inéluctables des relations communes suppose autant que possible des intérêts politiques et juridiques de même orientation, qui ne peuvent être réunis tout au mieux que par le biais d'institutions acceptées ayant un caractère d'universalité dans ce domaine des règles contraignantes. C'est pourquoi l'on pense que les Nations unies seraient l'organisme le plus approprié à cet effet, le plus apte à réaliser cette performance d'intégration et à garantir l'ouverture la plus sûre en passant par «le consensus et le dissensus».

Il en fut de même pour les droits de l'homme sans aucun doute qui, en raison de la mésentente entre les Alliés, ne furent évoqués dans la Charte des Nations unies qu'en différents points n'ayant aucun lien entre eux (article 1 paragraphe 1 ligne 3; article 13, paragraphe 1 b; article 55 c; article 62 paragraphe 2; article 76 c de la Charte des

Nations unies). Le dissensus n'a pu être surmonté dans la Déclaration générale des droits de l'homme de 1948 qu'en n'accordant aucun caractère obligatoire à la Déclaration, mais seulement une signification programmatique. Dans les deux Pactes des droits de l'homme de 1966 le dissensus fut même institutionnalisé, et il a fallu attendre jusqu'à nos jours pour voir reconnaître aux droits sociaux et économiques le même degré d'obligation juridique que celui accordé aux droits civiques et politiques. Le fait que de nombreux accords de droits de l'homme contiennent des règles d'urgence qui autorisent la suspension de certains droits de l'homme en cas de guerre ou d'un état d'urgence public a conduit à une différenciation entre les droits de l'homme [par exemple l'article 15 II CEDH (Convention européenne des droits de l'homme), l'article 4 Pacte politique, l'article 27 II CADH (Convention américaine des droits de l'homme), l'article 4 Pacte social – pour «promouvoir le bien être général dans une société démocratique»]. D'une manière générale, les seuls standards minimaux intangibles qui restent maintenus dans les conventions sont pour l'essentiel seulement le droit à la vie, l'interdiction de la torture et les traitements inhumains comme l'esclavage par exemple. Il en découle ainsi que l'inéluctabilité et la qualité de «ius cogens» ne sont reconnus en général qu'aux droits de l'homme fondamentaux et élémentaires¹¹¹, bien que l'interdiction de la torture, de la discrimination raciale et du travail forcé soit toujours mise en exergue.

L'OIT représente une institution internationale d'une universalité et d'une intégration comparables à celles de l'ONU, et au sein de laquelle s'est développée, parallèlement et conformément à l'évolution des droits de l'homme dans le cadre de l'ONU, une propre évolution juridique déjà décrite plus haut¹¹² pour la mise en pratique et le renforcement des droits du travail. L'OIT se con-

110 Yearbook (annuaire) of the International Law Commission (YILC) 1963-I, p. 314, ILC-Report, YILC 1966-II, p. 247 et suivantes.

111 Ainsi par exemple la CIJ dans le cas *Barcelona-Traktion*, ICJ-Report 1970, 3 et suivantes, 32; W. Heintschell von Heinegg, dans: K. Ipsen, 1999, § 15 Rz. 59, p. 163.

112 Cf. plus haut chapitre II 2, p. 9 et suivantes.

sacre depuis la 81e session de la Conférence internationale sur le travail tenue au mois de juin 1994 essentiellement aux questions relatives à la poursuite et à l'application plus efficace des droits de l'homme. La mondialisation de l'économie exige, selon les conférenciers, que les droits fondamentaux de l'homme soient universellement appliqués.¹¹³ Les discussions portèrent notamment sur les droits fondamentaux du travail reconnus déjà pour la plupart comme «ius cogens»; il en a été ainsi de l'interdiction du travail des enfants et du travail forcé, de la liberté d'organisation, de création de syndicats et de la conclusion de conventions de travail, de l'égalité des salaires entre les hommes et les femmes ainsi que de l'élimination de la discrimination sur le poste de travail. La Commission des questions légales et des standards internationaux de travail (LILS: Committee on Legal Issues and International Standards) a mis tout son poids dans la balance en faveur de la ratification et de la promotion des conventions fondamentales de l'OIT ainsi que du renforcement de son système de surveillance. Tous les Etats qui n'avaient pas encore ratifié l'ensemble des sept conventions sur les droits fondamentaux¹¹⁴ – à l'époque ils étaient seulement 21 à l'avoir fait – ont été expressément priés de le faire.

Le rôle joué par l'OIT dans la mise en œuvre des droits fondamentaux de l'homme fut renforcé les années suivantes par les déclarations d'autres organisations, telle que la Conférence mondiale

au sommet pour le développement social tenue à Copenhague en 1995¹¹⁵, ainsi que par la Conférence ministérielle de Doha tenue au mois de décembre 1996¹¹⁶, malgré le refus de collaborer étroitement avec l'OIT, de la même manière qu'il le fut également par l'adoption d'un projet de déclaration sur les droits fondamentaux du travail. Afin de répondre à l'avance aux nombreuses inquiétudes manifestées, le directeur général s'était vu obligé d'assurer que cela ne signifiait en aucune façon que de nouvelles obligations allaient être imposées aux Etats membres, en dehors de celles auxquelles ils avaient librement souscrit en adhérant à l'OIT. La déclaration devait être comprise seulement dans le sens d'un éclaircissement des obligations centrales. Cet objectif fut à nouveau confirmé en 1997 lors de la présentation du projet de déclaration:

«A la lumière des plus récentes déclarations, une chose devrait être très clairement exprimée: la Déclaration en tant que telle ne vise pas à établir le caractère fondamental des droits en question. Leur prééminence découle de leur objet et du fait qu'ils ont été déjà reconnus comme fondamentaux à la fois au sein de l'OIT et en dehors de celle-ci. En d'autres termes, les droits fondamentaux ne sont pas fondamentaux parce que la Déclaration le dit; la Déclaration dit qu'ils sont fondamentaux parce qu'ils sont fondamentaux, parce qu'ils le sont. L'objectif

113 Cf. OIT: Defending values, promoting change. Social justice in a global economy. Un agenda de l'OIT. Rapport du directeur général, Conférence internationale sur le travail, 81e session, Genève, 1994.

114 La 8e résolution 182 de 1999 évoquée plus haut page 13, qui est une extension de la résolution 138 de 1973, ne pouvait pas encore être traitée séparément à l'époque.

115 Cf. Déclaration d'engagement 3 (i) des chefs d'Etat et de gouvernement:

«Nous nous engageons à promouvoir l'objectif de plein emploi en tant que priorité fondamentale de notre politique économique et sociale, et à permettre à tous les hommes et à toutes les femmes d'arriver à s'assurer des moyens de subsistance sûrs de façon durable par le biais d'emplois productifs et d'un travail librement choisis. A cet effet, et au niveau national, nous: ...

(i) poursuivrons l'objectif d'assurer des emplois de qualité, et de sauvegarder les droits fondamentaux et les intérêts des travailleurs et, dans ce but, de promouvoir librement le respect des importantes conventions de l'Organisation Internationale du Travail, y compris celles concernant le travail forcé et le travail des enfants, la liberté d'association, le droit d'organisation et de négocier des accords collectifs, ainsi que le principe de la non discrimination.»

Paragraphe 54 (b) du programme d'action:

«Sauvegarder et promouvoir le respect des droits fondamentaux des travailleurs, y compris l'interdiction du travail forcé et du travail des enfants, la liberté d'association et le droit d'organisation et d'accords collectifs, d'égalité des salaires entre les hommes et les femmes pour des travaux d'égale valeur, la non discrimination dans le travail, la mise en œuvre totale des conventions de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) dans le cas des Etats ayant accepté ces conventions, et la prise en compte des principes énoncés dans ces conventions par les pays qui n'y auront pas adhéré ainsi que mener à bien une croissance économique véritablement soutenue et un développement éprouvé» (N. du tr.: citations originales, en anglais).

116 Cf. plus haut chap. II.2, p. 11.

particulier de la Déclaration est en réalité de promouvoir une mise en œuvre universelle chez tous les membres de l'OIT, afin que ces droits soient reconnus comme fondamentaux sur le poste de travail entre autres, au moyen d'une assistance technique additionnelle devant faciliter la ratification des sept Conventions fondamentales .»¹¹⁷

(N. du tr.: citation originale, en anglais)

La Déclaration n'avait donc pas été conçue pour créer un nouveau droit ou pour pousser à le faire, mais bien plutôt pour rappeler à ceux des Etats membres qui n'avaient pas encore ratifié les conventions spéciales que leur seule adhésion à l'OIT les avait déjà mis dans l'obligation de respecter et d'en mettre en œuvre les principes fondamentaux. Il a été clairement affirmé à plusieurs reprises au cours de différents débats sur la Déclaration de 1998 que le contenu de celle-ci ne sortait pas des limites des statuts (la Constitution) de l'OIT et de la Déclaration de Philadelphie de 1944, et qu'elle ne créait nullement de nouvelles obligations:

«Il devrait être tout d'abord souligné que, fondamentalement, la Déclaration ne tend nullement à poser, établir ou à extrapoler une nouvelle charte des droits fondamentaux ou à y introduire plus de détails; elle vise à souligner, dans le contexte décrit dans le Préambule, la pertinence renouvelée et l'importance des droits fondamentaux, dont le principe est déjà ancré dans la Constitution et dans la Déclaration de Philadelphie... En résumé, la Déclaration ne requiert rien de plus de la part des membres de l'OIT que d'être consistants avec eux-mêmes et de se conformer à leur engagement de départ; et sert à les encourager dans leurs efforts. Elle

ne vise certainement pas à leur imposer davantage d'obligations¹¹⁸.»

(N. du tr.: citation originale, en anglais).

Une déclaration – qui, selon la définition de l'ONU, n'est qu'«un instrument formel et solennel approprié en de rares occasions quand les principes d'importance durable sont énoncés»¹¹⁹ (N. du tr.: citation originale, en anglais dans le texte) – ne peut ni créer un nouveau droit ni transformer un droit simple en droit contraignant. Elle a un effet déclaratif mais nullement constitutif. Elle indique cependant une voie importante qui doit être suivie si l'on veut protéger la norme de droit obtenue, et en même temps la faire évoluer. D'un côté, une telle déclaration basée sur le consensus de la majorité écrasante des Etats érige une barrière contre le retour au niveau des garanties consolidées de droit. Elle détermine les acquis de la lutte pour des positions juridiques et les consignes par écrit pour tous les Etats et toutes les organisations. Elle y ajoute un système de comptes rendus, d'examins et de contrôle à intervalles réguliers. D'un autre côté, elle constitue le point de départ du développement de nouvelles résolutions et conventions qui, en se fondant sur les anciens problèmes sociaux et conflits, sont mieux adaptées aux exigences des nouveaux. Les seules actions déjà qui précisent et concrétisent d'anciennes résolutions renforcent la qualité juridique des anciennes résolutions et les transfèrent aux nouvelles.

Les actions visant à préciser et à élargir la résolution 138 de 1973 sur le travail des enfants par la résolution 182 de 1999 en sont un exemple. L'interdiction du travail des enfants est interprétée par certains pays, dans lesquels le travail des enfants fait partie des pratiques traditionnelles de production, comme une limitation protectionniste de la concurrence plutôt qu'un droit de l'hom-

117 OIT, Conférence Internationale du Travail, 86e session, Genève, juin 1998, rapport VII; Considération d'une possible déclaration de principe sur l'Organisation Internationale du Travail relative aux droits fondamentaux et aux mécanismes appropriés de leur suivi (N. du tr.: citation originale, en anglais).

118 Rapport de l'OIT VII (Remarque 117), p. 13.

119 Memorandum de l'Office des Affaires Juridiques des Nations unies, E/CN.4/L.610 (1962), 2 avril 1962.

me.¹²⁰ Il est nécessaire de répéter et de préciser constamment les arguments afin de convaincre non seulement ces pays mais aussi leurs partenaires commerciaux de l'inéluctabilité d'une telle interdiction en tant que droit élémentaire de l'homme et de les contraindre à la respecter. Le chemin qui va de l'exigence politique à l'inscription dans un catalogue des droits fondamentaux dans la Déclaration de 1998, en passant par la reconnaissance juridique en droit coutumier, a conduit à la consolidation de ce droit malgré la résistance d'un pays aussi important que l'Inde. Cela se reflète d'ailleurs dans les différentes déclarations faites dans le cadre de l'OMC, de l'OCDE et de la rencontre au sommet de Copenhague¹²¹, dont l'approbation a confirmé le renforcement de cette interdiction en un droit contraignant. On peut considérer de la même manière le droit du salaire égal à travail égal pour l'homme et la femme, un droit qui n'est pas encore appliqué à une grande échelle, même dans les pays hautement industrialisés. Ce droit s'est développé à partir de l'interdiction de la discrimination en général et de l'injonction à l'égalité des chances et à l'égalité de traitement, qui sont déjà contenus dans la Constitution de l'OIT et dans la Déclaration de Philadelphie. D'un autre côté, l'interdiction du travail forcé n'est pas incluse expressément dans le texte de la Déclaration, mais elle s'en déduit nécessairement toutefois à partir des principes fondamentaux de la Constitution de l'OIT et de la Déclaration de Philadelphie ainsi qu'à partir de l'interdiction contraignante de l'esclavage. Même cette interdiction, malgré de nombreuses violations, est reconnue indiscutablement comme droit de l'homme contraignant.

De semblables réflexions ont pour conséquence d'inclure des besoins élémentaires de l'homme, tels que la nourriture, l'eau et l'assistance médicale, dans l'éventail du *ius cogens*. Ils découlent du droit contraignant indiscutable à la

vie, qui perd toute sa substance sans la disponibilité d'un standard minimal de ces biens. La difficulté à déterminer positivement aussi bien ce standard minimal qu'une obligation de sa mise à disposition ne change rien à l'obligation juridique. Cette dernière ne revêt même aucune importance quand on se retrouve face à des situations d'urgence et d'insuffisances évidentes d'approvisionnement en cas de famines et de sous-alimentation grave, de rareté aiguë de l'eau (par exemple dans les cas d'augmentation du prix après privatisation) ou de maladies épidémiques (par exemple de tuberculose, de malaria, de SIDA).¹²²

L'importance fondamentale de l'inéluctabilité de ces droits repose sur la nullité des accords qui leur sont opposés et de leur prééminence par rapport à d'autres droits (par exemple les droits de propriété et de brevets), qui entrent en conflit avec eux. Cet état de fait offre aux gouvernements le cadre juridique qui leur permettrait de se libérer d'obligations contractuelles même sans prestations de dommages et intérêts, et de passer outre les droits de brevets par exemple des entreprises pharmaceutiques afin de garantir l'approvisionnement de la population avec des médicaments à prix accessibles. Les possibilités juridiques ne correspondent pas toujours aux espaces de manœuvres politiques, mais elles constituent cependant la condition la plus importante pour une politique efficace des droits de l'homme.

4. Le droit international en tant que partie intégrante du droit fédéral (allemand): l'article 25 GG

L'engagement de la République fédérale dans le cadre des obligations juridiques internationales et des institutions correspondantes fut depuis le début un objectif important de la reconstruction démocratique de l'Allemagne après la fin de la deuxième guerre mondiale. C'est la raison pour

120 Cf. plus bas page 33.

121 Voir plus haut note 115, ainsi que OIT, rapport VII (note 117)

122 Voir le cas de l'Afrique du Sud, où la cour suprême a dû finalement condamner le gouvernement à développer un plan de traitement contre l'épidémie de SIDA. Voir plus bas le chapitre VI, page 63 et suivantes.

laquelle, dès les consultations préparatoires à la formulation de la Loi fondamentale (la Constitution), il avait été décidé de reprendre l'ancien article 4 de la Constitution de Weimar, après que les règles générales reconnues du droit des peuples aient été validées comme parties intégrantes engageantes du droit du Reich allemand. Néanmoins, on avait tiré les enseignements des discussions datant de l'époque de Weimar, qui avaient fait dépendre la validité des règles de droit international de leur reconnaissance par le Reich allemand, en remplaçant les «règles généralement admises» par les «règles générales» afin de rendre à l'avenir leur validité indépendante de leur reconnaissance par le nouvel Etat. De plus, on choisit dans l'article 25 GG (N. du tr.: GG = Grundgesetz = Loi fondamentale) une formulation («elles passent avant les lois») qui devait garantir la prééminence des règles générales du droit des peuples devant le simple droit fédéral allemand tel que le droit constitutionnel fédéral.¹²³ Toutefois, cette façon de voir, exprimée au cours des consultations préparatoires, fut controversée. D'autres avis voulaient attribuer à ces règles le rang de règles constitutionnelles, alors que le droit constitutionnel allemand leur reconnaît uniquement un rang intermédiaire entre le droit simple allemand et le droit constitutionnel.¹²⁴ L'article 25 définit ainsi que les règles générales du droit international se placent au-dessus du droit allemand simple mais au-dessous de la Constitution.

Dans le droit international lui-même il n'existe aucune définition pouvant déterminer ce qu'est une règle générale de droit international. La Constitution a laissé le Tribunal constitutionnel allemand statuer sur la question (article 100 paragraphe 2 GG), sans donner pour cela toutefois des éclaircissements préalables sur le contenu. Si l'on tient compte de l'article 59 paragraphe 2 GG,

il en découle cependant que le droit contractuel international n'acquiert pas sa validité inter-étatique par le biais de l'article 25 GG, mais au contraire par le biais d'une loi appelée loi de transformation ou d'adoption.¹²⁵ Ainsi, les règles générales se composent essentiellement de droits coutumiers à validité internationale, complétées par des principes juridiques conformément à l'article 38 des statuts du TPI.¹²⁶ Dans la mesure où il s'agit de droit contraignant (*ius cogens*) il ne fait aucun doute qu'elles appartiennent aux règles générales du droit international. Elles ne se limitent pas cependant au droit contraignant. Dans l'optique d'une définition ultérieure, le Tribunal constitutionnel fédéral a seulement fait remarquer que les règles de droit international doivent reposer sur une pratique générale et consolidée des Etats, dans le sens de l'article 25 GG, avec la conviction juridique que ce comportement est légal.¹²⁷ Ni l'exercice permanent de la pratique étatique, ni la condition préalable subjective de la conviction juridique ne doivent être remplies par tous les Etats. Il suffit que ces deux critères soient présents chez la plus grande majorité représentative des Etats concernés par le contenu des règles, et pouvant prendre part également à la pratique justificative du droit.¹²⁸ Ce sont ainsi exactement les critères exigés aujourd'hui en droit international pour l'existence de droit coutumier auxquels il est fait appel.

Compte tenu de ces définitions largement incontestables, il en ressort que l'éventail général des droits de l'homme, dans la mesure où ils ont acquis force de droit coutumier sur la base de la Déclaration des droits de l'homme de 1948 et des deux Pactes de 1966 et 1976, passe également immédiatement avant le droit fédéral en tant que «règles générales du droit international». Cela est valable aussi et surtout pour les droits de l'homme économiques et sociaux. Même si des

123 Cf. AK-GG-Zuleeg, 2001, AK-GG article 24 paragraphe 3/25 Rz. 4.

124 Tribunal (Conseil) constitutionnel allemand (BVerfGE) 37, p. 271 et suivantes, 279.

125 Cf. BVerfGE 1, p. 396 et suivantes, 410 et suivante; 6, p. 290 et suivantes, 294.

126 Cf. BVerfGE 23, p. 288 et suivantes, 317.

127 Cf. BVerfGE 46, p. 342 et suivantes, 367.

128 Cf. BVerfGE 15, p. 25 et suivantes, 35; 46, p. 342 et suivantes, 367. R. Geiger, 1985, p. 164.

voix isolées comme Zuleeg ne partagent pas cette déduction, au motif que «les droits de l'homme n'aient pas encore été élevés à travers le monde à une force de droit international coutumier»¹²⁹, elles méconnaissent de toute évidence l'évolution du droit international, du moins celle des dix dernières années. Comme il a été indiqué plus haut déjà, les droits de l'homme essentiels, qu'ils aient été basés indifféremment sur la Déclaration des droits de l'homme de 1948 ou sur les deux Pactes internationaux de 1966, ont acquis entre-temps force de droit coutumier contraignant. L'exception en est notamment le droit de propriété.

La constatation d'une règle générale ne donne cependant aucune indication sur son degré d'efficacité inter-étatique. En effet, la simple validité de droit international dans le cadre inter-étatique ne dit pas si et dans quelle mesure quels organismes d'Etat peuvent ou même doivent appliquer «les règles générales». Pendant longtemps on ne savait pas très bien si le degré d'engagement qui concerne l'Etat dans son ensemble constitue également une obligation pour l'ensemble de l'autorité administrative et des tribunaux quant à l'application directe du droit international. Même si l'article 25 paragraphe 2 GG énonce que les règles générales du droit international produisent des droits et des devoirs directs vis-à-vis de la population du territoire fédéral, les rangeant ainsi au plus haut degré d'efficacité, il n'en reste pas moins vrai que de l'avis général, il revêt une importance déclarative seulement.¹³⁰ Si, d'une part, les règles générales procurent à chaque individu des avantages particuliers, l'article 25 GG, d'autre part, les renforce dans leur qualité de

droits subjectifs. Par exemple, le simple citoyen peut se référer devant un tribunal à ces règles, dans le cas où elles peuvent être soulevées en tant que question préalable.¹³¹ Il peut faire également valoir un acte de souveraineté au motif de violation des règles générales du droit international en se basant sur une violation de l'article 2 paragraphe 1 GG sur la voie de la plainte constitutionnelle.¹³² Les accords relevant du droit international sont soumis dans leur totalité aux règles d'interprétation du droit international conformément à l'article CVDC (Conférence de Vienne..) selon lesquelles «tout principe de droit international applicable et s'y rapportant (doit être pris en considération) dans les relations entre les parties contractantes». Sur la base de ces différents effets, on peut déduire dans l'ensemble une obligation directe d'action de l'Etat d'action et de mise en œuvre par lui-même des règles générales qui confèrent des droits subjectifs par le biais de l'article 25 GG. L'Etat doit procurer aux règles une efficacité directe dans tous les domaines d'activité étatique, qu'il s'agisse de législation, d'administration ou de jurisprudence.¹³³ Cette obligation ne reconnaît de limites que là où elle serait en violation de principes constitutionnels indiscutables.

Pour les droits de l'homme économiques et sociaux les conséquences ne sont pas différentes de celles qui concernent les droits civiques et politiques. Tous, et pas seulement le cercle restreint des droits contraignants du «*ius cogens*», appartiennent aux «règles générales du droit international» et, contrairement à l'opinion encore généralement admise¹³⁴, déclenchent des droits directs des bénéficiaires et des obligations directes chez

129 AK-GG-Zuleeg, 2001, article 24 paragraphe 3/25 GG, Rz. 44. Il en était ainsi déjà dans la première édition de 1989. Cette position est contradictoire dans la mesure où il classe les droits de l'homme contenus dans la Déclaration européenne des droits de l'homme comme règles générales du droit des peuples dans le cadre régional. Cf. Rz. 19.

130 Cf. BVerfGE 15, p. 25 et suivantes, 33.

131 Cf. BVerfGE 46/342 et suivantes, 363, 403 et suivante.

132 Cf. BVerfGE 23, p. 288 et suivantes, 300. R. Geiger, 1985, p. 192 et suivantes.

133 Le Tribunal (Conseil) constitutionnel allemand exprime ce principe dans la constatation suivante: «Les autorités et les tribunaux de la République Fédérale Allemande sont, en vertu de l'article 25, empêchés par principe d'interpréter et d'appliquer le droit inter-étatique de façon telle que les règles générales du droit international soient violées, et ils sont dans l'obligation de s'abstenir de tout ce qui pourrait rendre efficace une action entreprise par des non-Allemands dans le domaine de validité de la Constitution en violation des règles générales du droit international, et ils sont empêchés de coopérer de façon déterminante à une action violant les règles générales du droit international entreprise par des non Allemands porteurs de souveraineté.» BVerfGE 75, p. 1 et suivantes, 19.

134 Cf. plus haut chapitre III, p. 18 et suivantes

les organes de l'Etat chargés de leur application. Dans la mesure où il s'agit des droits du travail contraignants énoncés dans les conventions de l'OIT, les organes de l'Etat ne peuvent pas se contenter de les appliquer et de les garantir à l'intérieur de la République fédérale, mais ils doivent également les respecter dans leurs contrats internationaux et fonder leurs contrats sur ces mêmes droits. En effet, en tant que règles du droit international, l'article 25 GG leur confère aussi l'engagement de l'Etat à agir dans le cadre des relations internationales. Dans la mesure par ailleurs où il s'agit des droits de l'homme sociaux, ils développent au plan inter-étatique pour le moins les mêmes obligations que celles qui sont imposées aux organes de l'Etat par le principe constitutionnel de l'Etat social.¹³⁵ Même si les nombreux accords de l'OIT que la République fédérale s'est engagée à réaliser ne peuvent pas être comptés en tant que droit contractuel parmi les règles générales du droit international, les principes sociaux et de droit du travail qu'ils contiennent sont cependant suffisamment imprégnés et renforcés de droit coutumier pour qu'ils doivent être mis en œuvre non seulement en raison de l'engagement contractuel correspondant mais aussi du fait qu'ils sont «partie intégrante du droit fédéral» conformément à l'article 25 GG. Ainsi donc, il n'est pas permis à la République fédérale dans les échanges économiques internationaux de s'engager dans des relations contractuelles dans lesquelles le respect des droits de l'homme sociaux et économiques n'est pas garanti. Par exemple, les accords d'investissements ou d'octroi de crédits doivent exclure des conséquences contraires aux droits de l'homme, de même que leur conclusion doit être rendue dépendante du respect des standards en vigueur en matière de droits de l'homme (par exemple dans le cas du financement ou de la participation à des projets de construction de barrages, où il devra

être question non seulement des conditions de travail de la main-d'œuvre utilisée mais aussi du destin de la population concernée). Il en est de même des accords commerciaux, dont les produits qui en font l'objet ne doivent pas être fabriqués en violation des standards élémentaires des droits de l'homme, comme le travail forcé, des conditions de travail inhumaines, de l'interdiction de s'organiser en syndicats,¹³⁶ etc..

La prise en compte, dans le droit fédéral allemand, des droits de l'homme sociaux et économiques en tant que règles générales du droit international signifie un renforcement de leur force d'application et de validité vis-à-vis de tous les organes de l'Etat. Cette prétention n'a pas été encore suffisamment mise à profit et nécessite plus de respect, notamment dans le cas de la formulation de contrats relatifs à des relations d'économie extérieure ou dans le cas de la jurisprudence. Une insistance ferme sur la responsabilité individuelle des Etats à appliquer les droits de l'homme également dans les relations internationales est d'autant plus importante que le travail de l'ONU, malgré toute son importance en faveur de la normalisation, ne dispose pas des mêmes possibilités de garantie des droits de l'homme que chacun des Etats en matière de mise en œuvre et d'application de ces droits.

5. Attachement des organisations internationales aux droits de l'homme

Le dernier problème relatif à la validité juridique reste celui posé par les organisations internationales telles que le Fonds monétaire international (FMI) ou l'Organisation mondiale du commerce (OMC) quant à leur attachement aux droits de l'homme dans le cadre de leur politique et de leurs relations contractuelles, sachant qu'elles disposent indubitablement des plus grandes possibilités d'influence dans ce domaine de protec-

¹³⁵ Cf. pour plus de détails AK-GG-M. Kittner, 1989. Article 20 paragraphe 1-3 IV. Principe de l'Etat social.

¹³⁶ Une décision d'importation d'amiante (fabriquée à l'étranger en violation des standards élémentaires juridiques de sécurité du travail), telle celle qui fut prise par la Cour suprême fédérale allemande (cf. NJW 1980, p. 2018) est indéfendable aujourd'hui. Voir déjà AK-GG-M. Kittner, 1989, Rz. 84.

tion et de mise en pratique des droits de l'homme. Ces institutions inter-étatiques ou multilatérales se considèrent elles-mêmes tout à fait en dehors du cadre de validité des droits de l'homme, étant donné que ces derniers concernent les relations entre les individus et l'Etat alors qu'elles, en leur qualité d'institutions, ne sont concernées que par les relations entre les Etats seuls.¹³⁷ Tout à fait caractéristique de cette attitude est la réponse donnée par l'OMC à un sondage correspondant réalisé par les deux rapporteurs de la Sous-Commission de promotion et de protection des droits de l'homme, J. Oloka et Deepika Udagama. L'OMC justifie son indépendance par rapport aux droits de l'homme entre autres pour les motifs suivants:

«...alors que le système de commerce multilatéral peut aider à créer les conditions économiques qui contribuent à favoriser l'accomplissement des droits de l'homme, il n'est pas dans le mandat de l'OMC de poser ou d'imposer des standards de droits de l'homme. A la différence de la plupart des législations relatives aux droits de l'homme, les conventions de l'OMC spécifient généralement les droits et obligations entre les Etats et non pas entre les Etats et les individus. Les conventions de l'OMC ne créent pas ou ne formulent pas des droits de l'homme en tant que tels, mais servent plutôt à faciliter le climat nécessaire à la prospérité économique (et) à la situation de droit, et tendent à réfréner les actions unilatérales et les abus de pouvoir dans le commerce international. Tous ces faits constituent des éléments importants nécessaires au respect des droits de l'homme.»¹³⁸

(N. du tr.: citation originale, en anglais).

Le vice-président de la Banque mondiale, Ibrahim Shihata, avait donné des arguments semblables au cours d'une conférence de la Commission juridique internationale tenue à Abidjan en 1998:

«Chacune de ces organisations est une personne morale, dont les pouvoirs légaux sont délimités par leurs mandats respectifs tels que définis dans leur charte. On ne doit pas minimiser une organisation internationale si sa charte spécifie ses fonctions particulières d'une manière telle qu'elle exclut certains aspects des droits de l'homme. Par contre, cela rabaisserait l'organisation que d'ignorer sa charte et d'agir en dehors de ses pouvoirs légaux. C'est tout simplement une question de spécialisation des organisations internationales.»¹³⁹

(N. du tr.: citation originale, en anglais)

Les deux prises de position se basent sur deux arguments complémentaires l'un de l'autre, dont elles tirent leur décharge juridique du respect et de la promotion des droits de l'homme: puisque d'un côté les Etats membres sont déjà liés aux droits de l'homme, il n'existerait alors aucune obligation pour l'organisation elle-même. Cela résulterait également d'un autre côté du fait que les accords des institutions multilatérales ne créent pas d'obligations entre les Etats et les individus, mais seulement entre les Etats eux-mêmes ou entre les Etats et les institutions multilatérales.

Cette position n'est nullement convaincante.¹⁴⁰ Il est juste que la protection des droits de l'homme constitue une mission centrale des gouvernements, dont la majorité des législations juridiques prévoient qu'elle peut être revendiquée par leurs citoyens. Il est juste également que les institutions en question, comme l'OMC, le FMI et

137 Cf. J. Oloka-Onyango/D. Udagama, 2001, p. 25 et suivantes, Rz. 54 et suivantes.

138 Cité selon J. Oloka-Onyango/D. Udagama, 2001, p.26, Rz. 57et suivantes.

139 I. Shihata, 1998, p.145. Pour ce qui est du FMI, son conseil général F. Gianviti refuse la validité des deux Pactes de droits de l'homme, F. Gianviti, 2001, p. 10.

140 Elle est également refusée par J. Oloka-Onyango/D. Udagama, 2001, p. 27, Rz. 57.

la Banque mondiale, ne peuvent certes pas prétendre à une subjectivité de droit international, mais elles peuvent cependant agir et conclure des accords de manière juridiquement indépendante.¹⁴¹ Elles sont composées exclusivement d'Etats et elles sont elles-mêmes un produit du système juridique international défini par la Charte de l'ONU et par les droits de l'homme. Elles agissent par l'intermédiaire des Etats, leurs activités sont liées au mandat des Etats membres et elles se meuvent aussi bien politiquement que juridiquement dans ce système juridique. Elles ne peuvent pas se soustraire à ce dernier, que ce soit en partie ou en totalité, en rejetant des parties de ce système juridique. Il est également impossible à ces Etats de se soustraire à leurs obligations juridiques en se «cachant» derrière les institutions multilatérales.¹⁴² Les Etats et les organisations retirent du système juridique international aussi bien des droits que des devoirs. Même si les organisations ne peuvent pas être restées en justice par de simples individus, cela ne signifie pas pour autant qu'elles peuvent agir au plan international de manière indifférente aux principes fondamentaux tels qu'ils sont ancrés dans la Charte des Nations unies et dans le droit coutumier international. Si nous considérons l'exemple évident suivant, nous constatons qu'aucune institution multilatérale ne peut imposer à des Etats, par des moyens politiques ou juridiques, une politique de crédit ou de commerce qui s'accommoderait d'une violation évidente du «*ius cogens*» sous la forme d'une discrimination raciale ou sexuelle, de la promotion du travail des enfants ou de la tolérance de la torture.

Les missions de ces organisations consistent tout d'abord à réaliser des prestations très pratiques visant à la réalisation et à la concrétisation d'accords commerciaux plurilatéraux (article III Accord sur la création de l'Organisation mondiale du commerce de 1994), à la facilitation de la croissance du commerce international, à la promotion d'un degré élevé d'emplois, au développement du potentiel de production et, d'une manière générale, à la promotion de la stabilité des monnaies (article I Accord FMI de 1944), ainsi qu'à la reconstruction des régions détruites pendant la deuxième guerre mondiale et de leurs économies, et enfin à la promotion de l'activité d'investissements étrangers et à la stabilisation des balances des paiements (article I statuts de la Banque mondiale de 1945). Ces missions techniques grossièrement esquissées peuvent se résumer à l'objectif central du développement humain et du bien-être social. Aucune de ces missions techniques concrètes ne constitue une fin en soi, mais au contraire elle ne constitue toujours qu'un pas sur la voie de la promotion du développement humain. Que ce soit le relèvement du niveau de vie, le plein emploi ou la croissance du revenu réel, tous ces facteurs s'adressent seulement à l'homme et, de la même manière que l'ordre commercial mondial pris comme un tout ou la stabilisation de l'équilibre de la balance des paiements, ils n'acquiescent leur justification que de leur contribution à la garantie et à l'amélioration de l'existence humaine. Comme l'exprime la Commission de l'ONU pour les droits de l'homme économiques, sociaux et culturels: «la libéralisation du commerce doit être comprise

141 Cf. article VIII de l'accord sur la création de l'OMC de 1994: «(1) l'OMC possède la personnalité morale; à chacun de ses membres est accordée la capacité juridique qui lui est nécessaire pour l'accomplissement de ses missions.»

142 Ceci est formulé dans le chapitre 19 des Directives de Maastricht de 1997 de la manière suivante: «Les obligations de protection des droits économiques, sociaux et culturels s'étendent par conséquent à leur participation à des organisations internationales, au sein desquelles elles agissent collectivement. Il est particulièrement important pour les Etats d'user de leur influence afin de s'assurer que des violations ne résultent pas des programmes et des politiques des organisations dont elles sont membres. Il est crucial pour l'élimination des violations des droits économiques, sociaux et culturels que les organisations internationales, y compris les institutions internationales financières, corrigent leurs politiques et leurs pratiques de sorte qu'elles ne conduisent pas à la dépossession de droits économiques, sociaux et culturels....» (N. du tr.: citation originale, en anglais)

comme un moyen ,et non pas comme une fin. La finalité que la libéralisation du commerce doit servir est l'objectif de bien-être humain, auquel les instruments des droits humains internationaux donnent une expression légale.»¹⁴³ Si l'OMC et les institutions de Bretton Woods poursuivent les mêmes buts que l'ONU sur la base de sa Char-

te (article 55), elles sont également liées aux mêmes standards juridiques. Pour ce qui est de la Banque mondiale et du FMI, cet état de fait est encore plus marqué, parce que ces deux institutions sont liées par des accords avec l'ECOSOC en leur qualité d'organisations spéciales de l'ONU (article 57).¹⁴⁴

143 Documentation ONU E/C. 12/1999/9-26 novembre 1999.

144 Au cours de la 53e session de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme tenue le 8 août 2001, une représentante de l'OMC, Gabrielle Marceau, a reconnu publiquement que l'OMC également ainsi que ses Etats membres sont liés par les Pactes des droits de l'homme.

IV. Organisation mondiale du commerce et droits de l'homme

Il est généralement admis aujourd'hui que le processus de mondialisation entraîne des conséquences extrêmement négatives, notamment pour les personnes vivant dans des pays économiquement sous-privilegiés et politiquement faibles. Les détériorations dramatiques que la radicalisation croissante du concept de commerce libre provoque non seulement chez les pays les moins développés tout à fait en marge du marché mondial, mais aussi aux dépens des pays appelés émergents qui remplissent tant bien que mal les prérequis et les conditions du FMI – comme l'Argentine par exemple –, affaiblissent les conditions de vie d'une grande partie des populations ainsi touchées jusqu'à un niveau inférieur au seuil du standard ouest-européen des droits de l'homme. La disparité sans cesse plus grande de la répartition des revenus entre les pays du nord et ceux du sud, mais aussi à l'intérieur même des pays a été élevée au rang de thème pour la première fois au niveau des Nations unies à l'occasion du sommet social mondial tenu à Copenhague en 1995. C'est J. Bengoa, rapporteur spécial, qui fut chargé d'élaborer une analyse sur la relation entre les droits de l'homme et la répartition des revenus. Dans le rapport qu'il publia en 1998¹⁴⁵ il arrive à la conclusion évidente, tout comme le rapport de la CNUCED de 1997 sur le commerce et le développement¹⁴⁶, que la mondialisation a eu pour conséquence l'augmentation des disparités de revenus et de la polarisation économique. Tous deux sont d'accord pour dire que la libéralisation croissante du commerce mondial renforce en premier

lieu la puissance des sociétés transnationales, qui agissent pratiquement en dehors du code des Nations unies et n'assument que le minimum de responsabilités vis-à-vis du droit international. La CNUCED prévient que des troubles politiques auront lieu de plus en plus souvent si on n'arrive pas à enrayer les dommages sociaux causés à des groupes de populations importants ainsi que leur exclusion effective de la responsabilité de l'Etat. Bengoa souligne le danger que constitue la concentration croissante du capital et du sol entre les mains d'entreprises de moins en moins nombreuses mais de plus en plus puissantes.

Malgré tout, les institutions de l'organisation mondiale du commerce, responsables des forces polarisantes et destructives de la mondialisation, telles que le FMI, la Banque mondiale et l'OMC, ainsi que les catéchismes contractuels de leur politique de crédit et de commerce que sont le GATT, le GATS, le TRIPS etc. [– GATT = General Agreement on Tariffs and Trade (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce), GATS = General Agreement on Trade in Services (Accord général sur le commerce dans les services), TRIPS = Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (Accord sur les droits de propriété intellectuelle et commerciaux, ADPIC) –], agissent de manière incontestée comme garants irremplaçables du développement économique et du progrès social. Peu d'hommes politiques sont aussi impartiaux que Zbigniew Brzezinski qui les appelait ouvertement pour ce qu'elles sont en réalité, c'est-à-dire «une partie du système américain».¹⁴⁷ Leur posi-

145 J. Bengoa, 1998.

146 UNCTAD (CNUCED), 1998; cf. également UNRISD, 1995.

147 „Par ailleurs, le réseau d'étendue mondiale que constituent les organisations spéciales, et tout particulièrement les organisations financières, peut être considéré comme étant une partie du système américain. Officiellement, la Banque mondiale et le Fonds monétaire international (FMI) représentent des intérêts globaux et assument une responsabilité mondiale. En réalité, ces organisations sont cependant dominées par les USA, qui ont effectué leur baptême en même temps que la Conférence de Bretton Woods en 1944.“ Z. Brzezinski, 1999, p. 49.

tion n'est pas remise en question non plus parce qu'elles doivent dégager de plus en plus de moyens et de ressources de leur instrumentaire pour réparer les catastrophes et les ruines qu'elles ont provoquées par leur politique.

Il existe une certaine concordance de vues en général sur le fait que la mondialisation n'est pas un processus exclusivement naturel mais au contraire accessible largement à l'orientation politique. C'est la raison pour laquelle la dérégulation de l'influence étatique, autrement dit donc légale, sur la dynamique de la mondialisation, ainsi que le transfert des décisions politiques de l'Etat vers les marchés considérés comme mécanismes de la coordination et de l'orientation, constituent un pas conscient vers la dépolitisation du développement sociétal et vers le transfert de la responsabilité aux forces du marché. Ces dernières à leur tour sont totalement étrangères au concept des droits de l'homme. Les quelques engagements inclus de manière hésitante sous forme de dispositions relatives aux droits de l'homme dans les contrats ne suscitent d'intérêt uniquement que lorsqu'il s'agit de garantir ou de renforcer les droits de libre exercice du commerce, des investissements et de la circulation du capital.¹⁴⁸ On peut même se demander sérieusement si le cheminement suivi depuis longtemps de la politique vers la dépolitisation, c'est-à-dire vers le déchaînement des marchés, peut être rattrapé et réorienté par une conception des droits de l'homme. Mondialisation des droits de l'homme contre mondialisation des marchés?

L'application des droits de l'homme rencontre toutefois également des réserves et de la résistance par ailleurs, pas tellement là où l'enjeu est de réorienter les marchés du point de vue social et d'intégrer du point de vue juridique des

activités économiques transnationales, alors que celles-ci appartiennent de longue date déjà aux rares domaines des pays en voie de développement, à savoir l'industrie textile et de la confection, la production de chaussures et de jouets, ainsi que les entreprises de plantations agricoles. Ce domaine-là est celui dans lequel les sociétés transnationales opérant dans le monde entier acceptent volontiers les standards sociaux, non pas sous forme de contrainte juridique mais à la rigueur sous forme de codes de bonne conduite mis au point par elles-mêmes¹⁴⁹. Cependant, les pays en voie de développement eux-mêmes se sont opposés par exemple à ce que la proposition avancée par la France et les Etats-Unis, consistant à reprendre des clauses sociales dans l'œuvre réglementaire de l'OMC.¹⁵⁰ Les raisons qui expliquent cette résistance ont été résumées par un critique exclu de la Banque mondiale et du FMI, Martin Khor du Third World Network (Réseau Tiers-Monde), en Malaisie, en ces termes:

«La tentative ... d'introduire les standards de travail et les droits des travailleurs comme thèmes pour l'OMC ne doit pas être, et c'est indiscutable, interprétée comme un bon vouloir en faveur des travailleurs du tiers-monde, mais bien plutôt comme une tentative protectionniste d'empêcher la migration de places de travail du nord vers le sud.»¹⁵¹

Les critiques sont conscients du fait que leur critique rencontre le refus des employeurs et des gouvernements. Ils attirent toutefois l'attention sur la différence de leur critique, qui se nourrit surtout du rejet de ces derniers des organisations personnalisant au plan institutionnel l'ordre mondial du commerce. Cela est clairement exprimé

148 Cf. E.-U. Petersmann, 2001.

149 L'OCDE comptabilisait en l'an 2000 246 codes de conduite, qui ont été en règle générale élaborés par les directions des entreprises elles-mêmes. Le «global compact» lancé par le secrétaire général de l'ONU en 1999 à Davos n'est pas un code de conduite mais au contraire une initiative volontaire consistant à amener les entreprises, à l'aide de nouveaux principes, à respecter des standards minimaux dans les domaines des droits de l'homme, des normes de travail et de la protection de l'environnement. Cf. B. Hamm, 2002, 2002 a.

150 Cette proposition a été soutenue par une série de fédérations et de confédérations syndicales nationales et internationales, entre autres par le DGB (Confédération allemande) et un grand nombre d'ONG telles que Oxfam. Cf. Ch. Scherrer, Th. Greven, V. Frank, 1998, p. 18/ et suivantes.

151 Cité selon Ch. Scherrer entre autres, 1998, p. 22.

dans les déclarations finales de deux conférences tenues en 1995 par des fédérations syndicales, des groupes défendant les droits des femmes et des hommes, ainsi que par des instituts de recherche, l'une à New Delhi et l'autre à Bangalore. Dans la déclaration de Delhi on peut lire ceci:

«Les participants soulignent leur inquiétude quant à la situation totalement insatisfaisante relative au respect des standards de travail...

- 1. Il existe un accord total sur le fait que la clause sociale en tant que partie de l'OMC est motivée par des intentions protectionnistes. Leurs dispositions doivent agir comme des barrières non tarifaires au commerce en faveur des pays développés... La Consultation constate par ailleurs que la résistance des gouvernements, des employeurs et des exportateurs du sud contre la clause sociale s'explique par la défense d'intérêts propres, qui n'ont rien à voir avec les intérêts et les droits de l'immense majorité de la population travaillante...*
- 5. Il existe également un accord sur le fait que la clause sociale ne peut pas remplacer une politique sociale qui garantit les droits de la population travaillante.*
- 6. Il existe pour l'essentiel deux réactions au lien entre d'une part les standards de travail, d'environnement et de droits de l'homme, et d'autre part les accords multilatéraux de commerce. D'un côté, certains pensent que ces liens, étant partie d'un ordre international plus étendu et plus exploiteur, doivent être totalement refusés dès le départ... Il faut signaler ici qu'un tel refus se distingue fortement de la position du gouvernement (l'Inde) étant donné que le refus comprend l'OMC / GATS.»¹⁵²*

La Banque mondiale rencontre selon ses propres données¹⁵³ la même résistance dans la mise en application des Core Labor Standards (standards nodaux du travail). Surtout en ce qui concerne le droit d'association et le droit aux négociations collectives, on dénie à de nombreux gouvernements le droit de s'engager en faveur de la création ou de la protection des syndicats au motif que ceux-ci sont perçus non seulement comme des associations économiques mais également comme des associations politiques. La pression exercée sur la Banque mondiale par quelques pays bailleurs de fonds, notamment par la République Fédérale Allemande, afin qu'elle s'engage de manière plus décidée en faveur des droits syndicaux, fait dire à celle-ci que les pays bénéficiaires utilisent «volontairement» ses conseils et son assistance et que l'on ne peut pas en faire une «condition de la coopération».¹⁵⁴ Elle se réfère à cet égard aux Articles of Agreement de la charte de la Banque mondiale, qui l'autorise à se baser uniquement sur des critères économiques et lui interdit tout engagement politique. Elle retombe ainsi dans la différenciation vieille et dépassée entre les droits politiques d'un côté et les droits sociaux et économiques de l'autre. La lutte contre la pauvreté – un objectif central de la Banque mondiale – exige aussi bien la prise en compte des droits sociaux et économiques que celle des droits politiques.

Par contre, la Banque mondiale et le FMI se comportent de manière bien moins réservée dans la mise en application d'autres conditions. Lorsqu'il s'est agi de soutenir le «Western China Poverty Reduction Project» (Quinghai-Component) (Projet de réduction de la pauvreté en Chine occidentale), la Banque mondiale avait conditionné son accord à l'octroi de crédits par des préalables relatifs à l'environnement et à la sécurité de la partie tibétaine de la population dans la région

¹⁵² Déclaration finale de la Consultation nationale sur la question de la clause sociale dans des accords commerciaux multilatéraux, 20 – 22 mars 1995, New Delhi, cf. K. Piepel, 1995, p. 119 et suivantes.

¹⁵³ Cf. H. Schaffer, 2002, 181.

¹⁵⁴ Cf. K. Horta, 2002, p. 168 et suivantes.

de réalisation du projet. Ce dernier préalable politique constituait indubitablement une des conditions prétendues inacceptables selon les Articles of Agreement. Le gouvernement chinois, soutenu en cela par les pays en voie de développement siégeant à la direction de la Banque mondiale, rejeta cette condition au motif qu'elle constituait une ingérence inacceptable dans ses affaires intérieures. Mais comme la Banque mondiale, sous la pression des pays bailleurs de fonds, maintint ses conditions préalables, le gouvernement chinois retira sa demande. La Chine finance maintenant seule et par ses propres moyens le projet en question, tout en éliminant ainsi toute influence sur sa politique au Tibet. Même dans ce cas le caractère «volontaire» de l'acceptation par le pays bénéficiaire a été préservé. L'application de conditions relatives aux droits de l'homme, qu'elles soient de nature politique ou sociale, dépend beaucoup plus des capacités financières et économiques du demandeur que des Articles of Agreement.

1. Propriété et droits de l'homme sociaux

Un aspect particulier de la mondialisation est apparu récemment au premier plan. Il concerne le rôle central de la propriété et son rôle tout aussi fondamental que problématique pour l'ordre mondial du commerce.

Depuis le mois d'août 2000 la Sous-Commission pour la Promotion et la Protection des Droits

de l'Homme essaye d'attirer l'attention des gouvernements, à l'aide de plusieurs résolutions, sur le caractère prioritaire des obligations issues des droits de l'homme par rapport à la politique économique, ainsi que sur «les conflits évidents entre le régime de la propriété intellectuelle dans l'accord TRIPS sur la propriété intellectuelle d'une part, et les droits internationaux de l'homme d'autre part».¹⁵⁵ Dans le même temps la Sous-Commission élaborera le projet d'une déclaration sur les principes des droits fondamentaux de l'homme pour les entreprises d'affaires («Fundamental Human Rights Principles for Business Enterprises»),¹⁵⁶ qui devait être soumis pour signature aux gouvernements dans le but d'explicitier et de concrétiser les obligations juridiques des entreprises opérant à un niveau transnational.¹⁵⁷ L'accord TRIPS, qui complétait la protection des droits d'auteurs, les marques, les indications d'origine, les modèles industriels, les brevets, etc., et qui a eu une influence considérable en faveur des industries à haute intensité de recherche et d'investissement, peut avoir par contre et parallèlement des conséquences catastrophiques sur le droit à la nourriture, à la santé et à l'autodétermination. La pratique récemment mise à jour de la société Monsanto, qui chargeait des détectives de découvrir les fermiers qui stockaient les semences de leurs variétés brevetées pour les poursuivre ensuite en justice, n'est possible que grâce à l'arrière-plan formé par ce concept extrême

155 Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Resolution: The Realization of Economic, Social and Cultural Rights du 17 août 2000, E/CN.4/Sub.2/Res. 2000/7, du 15 août 2001, E/CN.4/Sub.2/Res. 2001/4 et du 14 août 2002, E/CN.4/Sub.2/Res. 2002/11.

Il n'est pas question dans ce cadre de traiter des efforts entrepris depuis les années soixante-dix afin de contraindre les sociétés transnationales à respecter certains droits sociaux au moyen des soi-disant codes de conduite. On doit considérer que ces efforts ont échoué depuis que les pays industrialisés ont empêché en 1991 une entente sur la question dans le cadre de l'ONU. Il en fut de même avec les codes volontaires qui suivirent et qui, au nombre de 500 environ à l'heure actuelle, n'ont mené à aucun résultat acceptable, à cause principalement d'un manque de contrôle et de suivi. Cf. Ch. Scherrer, Greven, Frank (1998); ICHRP, 2002, p. 143 et suivantes.

156 Draft (projet) Fundamental Human Rights Principles for Business Enterprises, addendum 1, du 4 décembre 2001, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/X/Add.1, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/WG.2/WP.1/Add.1.

157 Il est écrit dans le préambule que même si «les gouvernements sont les tout premiers à assumer la responsabilité de promouvoir et de protéger les droits de l'homme, les entreprises transnationales et autres firmes, en leur qualité d'organes de la société, sont également responsables de la promotion et de la présence des droits de l'homme.» Dans l'article 1 il est ensuite dit: «...les entreprises transnationales et les autres entreprises d'affaires ont par conséquent également la responsabilité de respecter, d'assurer le respect, de prévenir les abus, et de promouvoir les droits internationaux de l'homme à l'intérieur de leur sphère respective d'activité et d'influence.» (N; du tr.: citations originales, en anglais).

Avant participé à l'élaboration de ce projet de principes des droits fondamentaux de l'homme des syndicats, des fédérations d'entreprises, quelques gouvernements et entreprises, des ONG et l'OIT; cf. Report of the Seminar to Discuss Human Rights Guidelines for Companies, Genève 29-31 mai 2001, UN Doc E/CN.4/Sub.2/2001/WG.2/WP.1/ Add.3.

des droits de propriété qui met en danger l'existence et la survie de nombreuses familles de fermiers.¹⁵⁸

Les conséquences de la protection des brevets pour la médication des personnes infectées du virus HIV, et donc le conflit entre les droits de propriété et les droits sociaux de l'homme, ont été particulièrement mises en évidence à l'occasion des discussions menées par les gouvernements sud-africain et brésilien avec les sociétés pharmaceutiques internationales. La majorité des pays en voie de développement n'est pas en mesure d'édifier sa propre recherche pharmaceutique ainsi que l'industrie y afférente. Ces pays ne peuvent donc pas assumer l'obligation issue de l'article 12 du Pacte social relative à la mise à disposition de leurs populations de médicaments provenant de ressources nationales, et sont par conséquent contraints de recourir à l'importation. Compte tenu des coûts excessifs liés à l'importation de médicaments anti-SIDA des sociétés pharmaceutiques transnationales¹⁵⁹, certains pays comme le Brésil, l'Inde et l'Afrique du Sud, ont pris la décision de décréter que, sur la base de la clause d'exception de l'article 31 de l'accord TRIPS, la production de médicaments génériques anti-SIDA/hiv était autorisée sous condition de licences obligatoires dans leur propre pays ou que l'importation de tels produits bon marché de substitution l'était également.¹⁶⁰ L'Afrique du Sud avait adopté en 1997 une loi correspondante, le «Medicines and Related Substances Amendment Act n° 90». Le Brésil, avec sa loi n° 9.279 intitulée Industrial Property Law du 14 mai 1996, avait fait dépendre la protection des brevets par la condition que les détenteurs de brevets doivent au

bout d'un certain temps en réaliser la production sur place.

39 sociétés pharmaceutiques ont introduit une plainte contre la loi sud-africaine auprès de la High Court (Haute Cour) à Pretoria; le procès débuta le 5 mars 2001¹⁶¹. La procédure fut courte à vrai dire, parce que les sociétés se trouvèrent confrontées à une énorme pression publique à cause d'une campagne massive de nombreuses ONG, et elles retirèrent leur plainte dès le 19 avril sur tous les points. Certaines de ces sociétés offrirent immédiatement après ce retrait au gouvernement sud-africain des médicaments à des prix fortement réduits et même gratuitement pour certains d'entre eux.

La résistance à la loi brésilienne suivit par contre un autre cours. Dans ce cas, le gouvernement US prit l'offensive sous la pression du lobby pharmaceutique et appela le gouvernement brésilien à des consultations dans le cadre de l'OMC le 20 mai 2000.¹⁶² Les USA incriminaient l'obligation faite d'implanter localement des unités de production, la considérant comme une discrimination et une violation des articles 27 et 28 de l'accord TRIPS qui décrivent les droits nés des brevets, ainsi que de l'article III GATT 94, qui réglemente l'égalité juridique des marchandises étrangères et locales. Le Brésil avait réussi à mettre sur pied une production de substituts génériques et par là même à assurer un approvisionnement gratuit en médicaments des personnes infectées par le virus HIV, réduisant ainsi de moitié le nombre de décès dus au SIDA. Le 16 juin 2000 l'UE entra elle aussi dans ces consultations en raison de ses propres intérêts économiques. La procédure fut entamée le 29 juin au siège de

158 L'alinéa 2 de la résolution prescrit: „Déclare toutefois qu'étant donné que la mise en œuvre de l'accord TRIPS ne reflète pas de manière adéquate la nature fondamentale et l'indivisibilité de tous les droits de l'homme, y compris le droit de chacun de jouir des bénéfices des progrès scientifiques et de leurs applications, le droit à la santé, le droit à l'alimentation, et le droit à l'autodétermination, il y existe des conflits apparents entre le régime des droits de propriété intellectuelle édicté par l'accord TRIPS d'une part et, le droit relatif aux droits internationaux de l'homme, d'autre part.“ (N. du tr.: citation originales, en anglais).

159 Un traitement à base de médicaments de marque coûte aux USA 10 000 US\$ par an et par patient. Cf. B. Döpp, 2001, p. 23 et suivantes.

160 Cf. Ph. Rivière, 2001, p. 9.

161 Cf. M. Faden, 2002, p. 19 et suivantes. Parmi les plaignants il y avait également sept entreprises allemandes, respectivement leurs filiales sud-africaines. Voir plus de détails à ce sujet dans l'étude de cas figurant au chapitre VI, p. 68 et suivantes.

162 La base en est constituée par l'article 4 DSU, l'article XXII GATT 94, l'article 64 TRIPS-Agreement. Cf. M. Faden, 2002, p. 22 et suivantes

l'OMC à Genève. Elles se terminèrent cependant sans résultat dès le mois de décembre de la même année. A la suite de cela, les USA demandèrent au mois de janvier 2001 auprès du Dispute Settlement Body (Organe de règlement des différends, ORD) de l'OMC la constitution d'un panel, dans le cadre duquel les deux parties finirent par s'entendre sur un accord au mois de juillet 2001. Les deux parties maintinrent leurs positions juridiques respectives et différentes. Les USA renoncèrent cependant au panel, étant donné que le Brésil renonçait lui aussi de son côté à entamer sinon une procédure contre la loi US sur les brevets, qui contient les mêmes obligations de production locale que la loi brésilienne en question.¹⁶³

Ce qui apparaît ici comme étant un recul tactique et un marchandage de maquignons est toutefois le signe d'une capacité plus grande à imposer des droits de l'homme sociaux contre les postulats classiques de liberté et de propriété de la politique économique. Il se peut qu'on ne puisse pas transposer actuellement un tel cas à d'autres droits sociaux. Mais il n'en reste pas moins évident que là où se crée quand même une situation d'une telle ampleur catastrophique pour des millions d'êtres humains des forces apparaissent qui sont capables d'imposer la primauté des droits de l'homme sur les intérêts économiques. C'est ainsi enfin qu'à Doha (Emirat du Qatar), où les ministres du commerce, au cours de la IVe Conférence ministérielle de l'OMC du mois de novembre 2001 – à l'issue de négociations serrées et d'une prolongation d'une journée de la Conférence – adoptèrent finalement une déclaration sur l'accord TRIPS qui devait mettre fin au conflit relatif aux brevets pharmaceutiques.¹⁶⁴ Cette déclaration accorde à tous les gouvernements le

droit de prendre les mesures nécessaires à la protection de la santé de leur propre population sans craindre de subir des sanctions en retour.¹⁶⁵ Cette déclaration autorise ainsi donc les gouvernements à contourner à l'avenir les droits nés de brevets pouvant les empêcher d'accéder à des médicaments moins coûteux, que ce soit par l'octroi de licences obligatoires en vue d'une production locale ou par des actions parallèles d'importation si les sociétés pharmaceutiques ne consentent pas à réduire leurs prix.

En arrière plan à ces problèmes, la Sous-Commission de l'ONU pour la promotion et la protection des droits de l'homme a adopté au cours de sa 52e session tenue en date du 17 août 2000 une résolution par laquelle elle prévient instamment des conséquences négatives sur les droits sociaux de l'homme, notamment les droits relatifs à l'alimentation, à la santé et à l'autodétermination, si l'accord TRIPS devait être mis en œuvre dans sa forme actuelle.¹⁶⁶ La Commission rappelle aux gouvernements que leurs obligations nées des droits de l'homme sont prioritaires par rapport à leur politique économique et elle renvoie aux «conflits apparents entre le régime des droits de propriété intellectuelle incarné par l'accord TRIPS d'une part, et d'autre part la loi sur les droits internationaux de l'homme». (N. du tr.: citation originale, en anglais). La résolution met une fois de plus en évidence que les droits de propriété ne revêtent pas le caractère de droits de l'homme, mais au contraire celui de droits subordonnés et instrumentaux. Avec un regard sur la Conférence ministérielle de l'OMC tenue à Doha au mois de novembre 2001, la Sous-Commission adopta au mois d'août 2001 deux autres résolutions qui mirent fortement l'accent sur la

163 Cf. M. Faden, 2002, p.27, avec d'autres références.

164 Declaration on the TRIPS agreement and public health (santé publique), cf. M. Faden, 2002, p. 30.

165 Ce qui apparaît comme étant une évidence est mentionné comme suit dans l'article 12 paragraphe Pacte social: «Les démarches à entreprendre par les Etats contractants afin de réaliser ce droit comprennent les mesures nécessaires... c) pour la prévention, le traitement et la lutte contre les maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres.»

166 UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights: Intellectual property rights and human rights, Resolution 2000/7 (17 août 2000), UN Doc. E/CN.4/Sub.2/Res/2000/7.

De la même teneur déjà les deux résolutions suivantes: Human Rights as Primary Objective of Trade, Investment and Financial Policy, Res. 1998/12 (du 20 août 1998), UN Doc.- E/CN.4/Sub.2/Res/1998/12 et Trade liberalization and its impact of human rights, Res. 1998/30 (du 26 août 1999), UN Doc. E/CN.4/Sub.2/Res/1999/30.

primauté des droits de l'homme sociaux, économiques et culturels par rapport à toute politique économique en général et à l'accord TRIPS en particulier.¹⁶⁷

2. Constitutionnalisation des droits aux libertés: la «controversé de Petersmann»

Il ne s'agit pas seulement, dans cette discussion sur les droits de brevets, de la sécurité et de l'utilisation de la propriété intellectuelle, mais d'une manière générale de la position des droits généraux aux libertés dans la hiérarchie des droits de l'homme et de leur intégration dans le droit des organisations commerciales et économiques d'envergure mondiale. C'est sur ce problème et sur ses aspects juridiques que s'est penché le plus intensivement Ernst-Ulrich Petersmann depuis de nombreuses années. Petersmann réclame, par le biais du concept de constitutionnalité des droits de l'homme, l'intégration globale et sous forme contraignante des standards des droits de l'homme dans le droit et dans les institutions de l'ordre mondial du commerce.¹⁶⁸

Le concept de constitutionnalisme n'est pas saisi de manière très précise par Petersmann.¹⁶⁹ Il y voit de manière tout à fait générale le processus historique de «trial and error» (tâtonnement) afin de protéger les droits aux libertés contre les abus du pouvoir (étatique). Il le lie à la reconnaissance de six principes fondamentaux liés les uns aux autres:

1. *«La situation de droit;*
2. *la limitation et la séparation des pouvoirs de gouvernement par les contre-pouvoirs;*
3. *l'auto-gouvernement démocratique;*
4. *les droits de l'homme;*
5. *la justice sociale et;*
6. *l'expérience historique universelle selon la quelle la protection des droits de l'homme et ,la paix démocratique' ne peuvent pas demeurer en vigueur sans loi internationale qui puisse satisfaire à la fourniture de ,biens publics' internationaux (telle que la sécurité collective) et à la limitation réciproque et lé-gale internationale des abus des pouvoirs de politique étrangère.»¹⁷⁰*

(N. du tr.: citation originale, en anglais).

Même ces principes, qui englobent de manière abstraite les droits de l'homme et sont généralement controversés, ne rendent pas le concept plus concret et plus explicite. Si l'on tient compte de la relation existante entre ses revendications maintes fois réitérées d'une «mondialisation des droits de l'homme et de la loi de l'intégration économique», de «l'intégration des droits de l'homme dans la loi des organisations de dimension mondiale» et d'une «place centrale faite aux droits de l'homme dans le droit de l'OMC» (citation originale, en anglais), il apparaît cependant très clairement, à partir de sa représentation d'une fusion du droit économique et commercial avec les droits de l'homme, que le droit commercial et

167 UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights: Globalization and its impact on the full enjoyment of all human rights (la mondialisation et son impact sur la jouissance de tous les droits de l'homme), Res. 2001/5 (du 15 août 2001, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/Res/2001/5: la sous-commission «presse tous les gouvernements et tous les forums internationaux de politique internationale de prendre totalement en compte les obligations et les principes des droits de l'homme internationaux dans la formulation de leur politique économique internationale, y compris à l'occasion de la IVe Conférence ministérielle de l'Organisation mondiale du commerce devant se tenir prochainement à Doha.» Res. 2001/21 (du 16 août 2001), UN Doc. E/CN.4/Sub.2/Res/2001/21, Intellectual property and human rights: la sous-commission «rappelle à tous les gouvernements la primauté des obligations nées des droits de l'homme (contractées) sous la loi internationale par rapport aux politiques économiques et aux accords... en appelle à tous les gouvernements de s'assurer que la mise en œuvre de l'accord TRIPS n'aura pas d'impact négatif sur la jouissance des droits de l'homme tels que prévus par les instruments de droits internationaux auxquels ils sont liés.» (N;du tr.: les deux citations sont en texte original anglais). Concernant la primauté des droits de l'homme dans le droit commercial et économique et tous les détails y afférents cf. aussi R. Elliott, 2001 a, p. 27 et suivantes.

168 Cf. E.-U. Petersmann, 1998, 2000a, b, 2001, 2002a-c, ceci n'est qu'un petit extrait de ses nombreuses publications sur le même thème.

169 Cf. surtout la critique de R. Howse, 2002, p. 651 et suivantes.

170 E.-U. Petersmann, 2002b, p. 621 et suivantes. Remarque 76, 2001b, p. 3 et suivantes.

ses institutions (notamment donc l'OMC) doivent garantir l'application des droits des individus «tels que l'émancipation des citoyens, la limitation par les Constitutions des pouvoirs de contrôle à l'échelle nationale et internationale, et tels que l'exigence faite aux gouvernements de protéger et de promouvoir les droits de l'homme dans tous les domaines politiques au-delà des frontières nationales.»¹⁷¹ (N. du tr.: citation originale, en anglais). En effet, une de ses critiques qui traverse tous ses écrits concerne le manque d'effectivité et de capacité d'application des droits de l'homme, l'absence d'un cadre institutionnel pour les défendre devant la justice et les garantir.

L'approche principale de Petersmann toutefois, qui consiste en l'élimination justement de ces déficits par l'intégration des droits de l'homme dans le droit commercial international et par l'OMC, constitue le point de départ d'une critique forte et, ces derniers temps, plus appuyée.¹⁷²

Elle se base surtout sur la perception néo-libérale des droits de l'homme¹⁷³, qui se préoccupe elle-même pour l'essentiel de faire appliquer «les libertés économiques, les droits de propriété et la liberté de concurrence». Sans plus de façons, il les déclare droits de l'homme économiques, «essentiels à rendre les individus capables d'acquiescer, de posséder, d'utiliser et de disposer des ressources nécessaires à la jouissance des droits de l'homme.»¹⁷⁴ (Citations originales, en anglais). La conception des droits de l'homme de Petersmann se concentre sur les droits aux libertés économiques, qu'il élève au rang de droits de l'homme,

en commençant par la propriété et en allant jusqu'à la concurrence en passant par la non discrimination. Il ne laisse subsister aucun doute sur le fait qu'il intégrerait les droits et les libertés économiques dans le cercle des droits de l'homme essentiels («core human rights») en leur accordant le caractère de «ius cogens».¹⁷⁵

«Pourtant, la Convention des Nations unies de 1966 sur les droits économiques, sociaux et culturels ne protège pas les libertés économiques, les droits de propriété, les conditions non discriminatoires de concurrence et l'état ou la situation de droit nécessaires à la division du travail créatrice de bien-être et satisfaisant aux demandes des consommateurs grâce aux investissements privés et à l'approvisionnement efficace en biens et services et en opportunités. L'expérience des agences de l'ONU et l'OMC sont très loin de régler les questions économiques autant que les problèmes des droits de l'homme, et de régler les droits de protection économiques et sociaux en conformité avec les droits de l'homme à accéder à la justice.»¹⁷⁶

(N. du tr.: citation originale, en anglais).

Il espère pouvoir compenser ce manque évident par une intégration solide dans le code des droits internationaux économiques et commerciaux, et donc par l'obtention de leur «constitutionnalisation».

Ce qui est frappant dans son raisonnement c'est le caractère très vague de ses conceptions,

171 Cf. E.-U. Petersmann, 2002b, p. 621.

172 Cf. la controverse entretenue entre Philip Alston et Robert Howse dans le cahier 13, 2002, de l'European Journal of International Law.

173 Ce qui caractérise cette perception que l'on retrouve à la base de tous ses travaux c'est la reprise de l'analyse néo-libérale du sous-développement: «Le fait paradoxal que beaucoup parmi les pays en voie de développement restent pauvres malgré leur richesse en ressources naturelles (par exemple plus de 90 % des ressources biogénétiques dans le monde) est attribué par de nombreux économistes à leur manque de garanties effectives des droits de l'homme et à l'absence de lois libérales sur le commerce et la concurrence. Le manque de protection effective légale et judiciaire des droits aux libertés et des droits de propriété freine les investissements et agit en tant qu'incitation à la réduction du bien-être et aux restrictions privées et gouvernementales en matière de concurrence et de collaboration entre les industries cartelisées et les tenants de l'autoritarisme.» (N. du tr.: citation originale, en anglais). Petersmann, 2002b, 3D remarque 23, avec référence à H. de Soto, *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere*, 2001.

174 E.-U. Petersmann, 2001a, p. 1 f.

175 E.-U. Petersmann, 2001a, p. 14 f.; Faden, 2002, p. 61-62.

176 E.-U. Petersmann, 2002b, p. 621 et suivantes, remarque 49, identique à E.-U. Petersmann, 2001a, p. 26-27.

que Philip Alston critique lui aussi.¹⁷⁷ Petersmann parle par exemple une fois de «la dimension économique des droits de l'homme» dont il dit que «les économies, les investissements et les transactions économiques dépendent des droits de propriété», mais dont il définit par contre le contenu comme étant «la liberté de contracter et de transférer des droits de propriété». Les «libertés économiques» sont comprises comme «des libertés de produire et d'échanger des biens et des services incluant le travail et les idées de l'individu.»¹⁷⁸ Une autre fois, il parle de «droits fondamentaux» et il leur attribue «des fonctions importantes de droits de l'homme.»¹⁷⁹ L'imprécision et le manque de clarté s'expliquent d'une part par le fait que Petersmann, comme nous l'avons déjà mentionné, sait très bien que ces droits aux libertés ne sont reconnus ni dans les importantes conventions ni dans le droit coutumier international, ni enfin dans l'immense majorité de la littérature y afférente, comme devant être des droits de l'homme dans la pleine acception du terme. D'un autre côté, il contourne de cette façon une définition précise du caractère juridique de ces «droits» afin de ne pas trop s'éloigner de la doctrine dominante. Sa tentative cependant d'amener la jurisprudence de la Cour européenne de justice à qualifier les droits aux libertés économiques de droits de l'homme a été déjà rejetée par Steve Peers.¹⁸⁰

La transformation des droits aux libertés économiques en droits de l'homme débouche aussi chez Petersmann sur l'effet d'une hiérarchisation qui permettrait alors seulement aux gouvernements de poursuivre les droits sociaux de l'homme et autres droits positifs dans la me-

sure où ils pourraient les qualifier de restrictions «nécessaires» des libertés de marché. Bien que Petersmann avoue que «les statuts de l'OMC accordent clairement la priorité aux droits souverains de restreindre le commerce en cas de nécessité de protéger les droits de l'homme», la phrase décisive est la suivante:

«La reconnaissance universelle des droits de l'homme exige de nous d'interpréter les nombreuses clauses d'intérêt public comprises dans les règlements de l'OMC conformément aux exigences des droits de l'homme selon lesquelles les libertés individuelles et la non discrimination peuvent être restreintes seulement s'il est nécessaire de protéger d'autres droits de l'homme.»¹⁸¹

(N. du tr.: citations originales, en anglais).

Ce test de nécessité fait que les droits aux libertés économiques et à la non discrimination deviennent automatiquement un critère en vue d'évaluer dans quelle mesure ils pourraient être limités en faveur par exemple des droits sociaux de l'homme.¹⁸² De cette manière, on laisse le soin aux institutions de l'OMC de peser le pour et le contre et de donner plutôt leur préférence aux droits aux libertés.¹⁸³

Dans cette hiérarchie, les droits sociaux occupent une place secondaire dans le classement des droits. Cela ne tient pas au fait qu'il ne les reconnaisse pas comme des droits de l'homme totalement valables, mais ils occupent toutefois dans ses études une place tout à fait marginale dans leur ensemble et en tout cas un rang économiquement fonctionnel: «pour le propre fonc-

178 E.-U. Petersmann, 2002b, p. 629 et suivante.

179 «Étant donné que la libération vis-à-vis de la faim et le bien-être économique sont des conditions préalables à la jouissance de beaucoup d'autres droits de l'homme, les garanties de l'OMC quant aux libertés économiques et à une coopération au-delà des frontières favorable au bien-être social servent à d'importantes fonctions liées aux droits de l'homme.» (N. du tr.: citation originale, en anglais). E.-U. Petersmann, 2000a, p. 1375.

180 Cf. St. Peers, 2001, 123 et suivantes.

181 E.-U. Petersmann, 2002b, p. 645. R. Howse, 2002, p. 655 et suivante.

182 Article XX GATT, qui réglemente les exceptions utilise également le terme «nécessaire» dans ses paragraphes a, b et d, ainsi que le terme «essentiel» dans le paragraphe j.

183 R. Howse, 2002, remarque 13, évoque dans ce cadre le cas des «Cigarettes Thai», dans lequel le gouvernement thaïlandais ne réussit pas à justifier l'arrêt des importations des cigarettes en argumentant qu'elles représentent un danger pour la jeunesse. Le panel de l'OMC pencha plutôt pour des mesures alternatives moins restrictives de régulation, à l'aide de prescriptions de publicité et de marketing.

tionnement des ‚marchés politiques‘ et économiques et pour une concurrence ‚se mettant elle-même en vigueur‘ du fait de l’attribution de libertés individuelles, de droits de propriété et de règles responsables en faveur de tous les acteurs économiques, et des ressources rares.»¹⁸⁴ (N. du tr.: citation originale, en anglais).

La conception de Petersmann des droits de l’homme reste focalisée sur les droits aux libertés économiques auxquels tous les autres droits de l’homme sont fonctionnellement subordonnés – une impression renforcée encore par les références bibliographiques auxquelles se réfère Petersmann,¹⁸⁵ ainsi que sa conviction que l’OMC et le FMI sont les organisations les plus appropriées pour l’imposition des droits de l’homme.¹⁸⁶ Chez tout autre auteur moins avisé que Petersmann une telle appréciation serait considérée comme naïve, puisque ni les deux institutions ne sont créées pour une telle mission ni toute leur structure organisationnelle, leur conception et leurs procédures ne sont constituées pour l’application des droits de l’homme. Elles sont dominées par les intérêts des grandes sociétés capitalistes et non pas par les besoins sociaux, économiques et culturels de larges couches de populations. Et comme elles rejettent elles-mêmes pratiquement toute relation avec les droits de l’homme, il apparaît immédiatement qu’il existe peu de chances de les voir accepter d’assumer encore la mission de fonctionner comme des institutions centrales d’application des droits de l’homme.

Il ressort de tout ce qui précède que ce concept de la ‚constitutionnalisation‘ et de l’intégration des droits aux libertés représente un projet visant à fonctionnaliser les droits de l’homme pour répondre aux objectifs de la liberté de commerce et des fondements politiques de cette liberté en matière de propriété, de concurrence, de privatisation et de dérégulation. Elever ces concepts essentiels de l’ordre mondial du commerce

au niveau des droits de l’homme et leur attribuer les instruments de leur mise en œuvre juridique ne pourra pas de toutes façons bouleverser et redéfinir sensiblement le système consolidé des droits de l’homme. Il n’est que trop évident que l’objectif fixé à cette conception vise à une hiérarchisation des droits de l’homme, notamment les droits aux libertés économiques et les droits de propriété, comme le réclame un autre partisan de cette conception, McGinnis, quand il affirme que: «les libertés économiques, y compris les droits de propriété et de contrats, doivent être placées en tête d’un nouvel agenda pour les droits de l’homme à l’échelle internationale» (citation originale, en anglais). Il affirme sérieusement en même temps que des études empiriques auraient apporté la preuve de l’efficacité d’un tel principe pour garantir le bien-être social, la stabilité sociale et les droits civiques.¹⁸⁷ Ils ne représenteront pas, sans aucun doute, une concurrence gênante pour les droits de l’homme classiques, politiques et civiques, de la première génération, et vice-versa, mais ils le seront quand même – quoiqu’en pensent McGinnis et Petersmann – pour les droits de l’homme sociaux et économiques ainsi que collectifs des soi disant deuxième et troisième générations. Une telle hiérarchisation des droits de l’homme aurait pour conséquence un renversement de valeur, puisque, au lieu d’être fondés sur la préservation de la dignité humaine, ils se rattacheraient alors à un système économique dans lequel les êtres humains seraient beaucoup moins des sujets que des objets du processus sociétal.

3. Le droit OMC à la lumière des droits de l’homme – principes de l’interprétation

La constatation générale selon laquelle les droits sociaux de l’homme ont le cas échéant la primauté sur les droits aux libertés économiques dans le cadre d’un ordre social moderne doit également

184 E.-U. Petersmann, 2000a, p. 1032 et suivantes.

185 Cf. la critique très approfondie de Ph. Alston, 2002, p. 815 et suivantes.

186 Cf. par exemple E.-U. Petersmann, 2002b, p. 631; E.-U. Petersmann, 2000b, p. 24 et suivantes.

187 Cf. McGinnis, 1999, p. 1032 et suivantes.

s'imposer dans l'utilisation et l'interprétation du droit dans des cas concrets. Le fait que tous les droits de l'homme sont conditionnés et dépendants les uns par rapport aux autres ne conduit pas nécessairement et automatiquement à un ordre bien équilibré et contrebalancé. Par contre, sous la pression de la puissance économique écrasante du marché, ils sont 'tordus' et hiérarchisés comme nous l'avons décrit dans le chapitre précédent. La question se pose par conséquent de rechercher de quelle manière et avec quelle efficacité les droits de l'homme peuvent conforter leur priorité dans le droit contractuel de l'OMC. A cet égard, il s'agit finalement de savoir si les obligations des Etats, nées des droits sociaux de l'homme, ne sont pas prises en compte déjà dans le droit de l'OMC de façon telle que cela ne puisse pas être utilisé pour bloquer des politiques étatiques dans l'intérêt public. Récemment encore dans le cadre de l'accord TRIPS, on a retrouvé cette problématique dans le cas des pays qui, dans des buts d'intérêt général comme celui par exemple d'approvisionner leur population en médicaments peu coûteux, se sont vus rappeler que de telles mesures ne pouvaient pas être prises sans violation de l'accord ou du moins sans être en concordance avec ce même accord.

Cela dépendra donc de l'interprétation que l'on fera des différentes dispositions de ces conventions, pour lesquelles la «Convention de Vienne sur le Droit des Contrats» (CVDC) tenue en 1969¹⁸⁸ a posé dans ses articles 31 et 32 des règles qui sont généralement reconnues aujourd'hui comme un droit coutumier international par le cercle des Etats membres.¹⁸⁹ Au cœur des éléments de ces règles d'interprétation se trouve notamment le texte des différentes dispositions, leurs liens réciproques dans l'œuvre réglementaire d'ensemble à laquelle vient s'ajouter la prise en compte des accords et des usages convenus par la suite et aussi «toute thèse correspondante

utilisable dans les relations entre les parties contractuelles» (article 31, alinéa 3 c), ainsi que ses buts et ses objectifs. L'article 32 mentionne de plus les moyens d'interprétation que sont par exemple les travaux préparatifs à la conclusion des contrats et les circonstances y afférentes.

Si on devait analyser à l'aide de cet instrumentaire les différentes dispositions de l'accord TRIPS, on trouverait toute une série de prescriptions accordant aux Etats de larges possibilités de décision en matière d'objectifs de développement et humanitaires. Dès le préambule il est fait mention «des besoins particuliers des pays les moins développés ... relativement à la plus grande flexibilité possible dans la mise en œuvre localement de lois et de prescriptions, afin de leur permettre de créer une base technologique saine et efficace». L'article 1 confirme cette flexibilité quand il formule que: «Les membres sont libres de fixer la méthode appropriée pour la mise en œuvre de cet accord dans leur système et leur pratique juridiques».

L'article 8 de l'accord TRIPS revêt une importance particulière, puisqu'il souligne les possibilités de formulation des Etats membres «en ce qui concerne la protection de la santé publique et de l'alimentation, ainsi que la promotion de l'intérêt public dans les secteurs vitaux pour leur développement socio-économique et technique», et qu'il admet en même temps des mesures contre les abus de la propriété intellectuelle. Cet article, dans le cadre de la «règle de l'interdépendance» (article 31 de la CVDC), est naturellement important par rapport à l'interprétation d'autres prescriptions de l'accord comme par exemple de l'article 30 de l'accord TRIPS.

L'article 27 paragraphe 2 de l'accord TRIPS exclut les découvertes de la possibilité du dépôt de brevets quand cela «est indispensable à la protection de l'ordre public ou bien des bonnes mœurs y compris la protection de la vie ou de la

188 BGBl. [Bulletin de la Cour fédérale (allemande)] 1985 II, p. 927. Entrée en vigueur: 1980.

189 Cet état de fait a été reconnu en particulier par la Cour d'appel de l'OMC à l'occasion de différentes décisions. Il en fut ainsi dans le cas *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US-Gasoline)*, rapport de la Cour d'appel, WT/DS2/AB/R (29 avril 1966), p. 17; cf. aussi le cas *Inde – Patent Protection (protection des brevets) for Pharmaceutical and Agricultural Products*, rapport de la Cour d'appel, WT/DS50/AB/R (19 décembre 1997), paragraphe 46.

santé des êtres humains, des animaux ou des plantes ou bien encore pour empêcher un préjudice sérieux à l'environnement.» A cet égard, il est généralement admis aujourd'hui que l'on doit se référer aux droits de l'homme pour définir «l'ordre public» et les «bonnes mœurs», tel que le droit à la nourriture ou à la santé par exemple.¹⁹⁰ On retrouve de telles mesures également dans le GATT et le GATS. L'article XX GATT (1947) interdit par exemple l'interprétation d'une disposition si elle devait empêcher une partie contractante de prendre des mesures pour protéger la moralité publique, la vie et la santé d'êtres humains, d'animaux et de plantes ou bien pour la conservation de richesses naturelles épuisables etc..¹⁹¹ L'article XIV GATS permet des exceptions, «qui sont indispensables pour préserver la moralité publique ou l'ordre public ... (ou) ... pour protéger la vie ou la santé d'êtres humains, d'animaux et de plantes.» Si le contrat précise de plus que «la réglementation d'exception relative à l'ordre public ... ne peut être prise en considération que s'il existe une menace réelle, suffisamment grave, qui pèserait sur les valeurs fondamentales de la société», il va de soi alors que les droits de l'homme font partie en tout état de cause de ces valeurs fondamentales.¹⁹² Les principes appelés ‚Principes de Limbourg‘ de 1986 relatifs

au Pacte social vont également dans le même sens dans leur définition de «l'ordre public»:

«L'expression ,public order (ordre public)‘, telle qu'elle est utilisée dans la Convention, peut être définie comme étant la somme des règles qui assurent le fonctionnement de la société ou l'ensemble des principes fondamentaux sur lesquels est fondée la société. Le respect des droits économiques, sociaux et culturels font partie du public order (ordre public).»¹⁹³

(N. du tr.: citation originale, en anglais).

L'article 30 de l'accord TRIPS formule une autre exception aux droits d'exploitation exclusifs d'un brevet, quand il affirme qu'en plus de l'appréciation des différences d'intérêts, «il faut prendre en considération les intérêts justifiés de tiers». En arrière-plan de l'article 8 paragraphe I de l'accord TRIPS, qui mentionne expressément «la protection de la santé publique et de la nourriture» – tous les deux sont des droits de l'homme – il ne fait aucun doute que ces droits peuvent être le contenu d'«intérêts justifiés de tiers».¹⁹⁴ Un précédent panel du GATT avait décidé que l'interdiction de la publicité sur les cigarettes était une mesure justifiée par la protection de la santé publique conformément à l'article XX GATT.¹⁹⁵

190 Cf. F. M. Abbott, 1999, p. 730.

191 Cela est expressément confirmé par la décision de la Cour d'appel de l'OMC dans le cas de l'US-Gasoline, où il est déclaré, sous référence à l'article XX GATT: «Les membres de l'OMC disposent d'une large autonomie pour déterminer leur propre politique de l'environnement (y compris sa relation avec le commerce), ainsi que leurs objectifs et leur législation, qu'ils promulguent et mettent en œuvre en matière d'environnement.» US-Gasoline, remarque 152, p. 29.

192 Cf. également le Haut Commissaire (aux droits de l'homme) dans son rapport du 25 juin 2002, ‚la libéralisation du commerce des services et des droits de l'homme‘, E/CN.4/Sub.2/2002/9, paragraphe 63: «La protection de la moralité publique, de la vie et de la vie privée constituent des thèmes familiers des cadres juridiques relatifs aux droits de l'homme; leur intégration dans le GATS peut être perçue comme un lien pour la protection et la promotion des droits de l'homme, comme le droit à la vie, le droit à la santé et des aspects du droit à la vie privée. Tandis qu'une approche par les droits de l'homme aurait placé la promotion des droits de l'homme au centre des objectifs du GATS plutôt que sous la forme de dérogations, ces liens fournissent un ancrage pour une approche de la libéralisation par les droits de l'homme et un moyen d'assurer que les objectifs commerciaux essentiels du GATS peuvent être mis en œuvre en ce qui concerne les droits de l'homme.» (N. du tr.: citations ci-dessus en texte original, en anglais).

193 Limburg Principles on the Implementation (mise en œuvre) of the International Covenant (convention) on Economic, Social and Cultural Rights, Maastricht, 2-6 juin 1986, 66, 67.

194 Voir par exemple aussi R. Howse, 2000, p. 503 et suivantes: «En interprétant la nature de la ‚santé‘ comme étant un intérêt légitime dans le cadre de l'article 30 de l'accord TRIPS, il serait approprié de considérer, en tout premier lieu, que la santé publique est l'un de ces intérêts qui sont explicitement mentionnés dans 8:I et susceptibles d'être promus ... en conformité avec les dispositions de cet accord... Considérer le contenu de l'Article 30 en cohérence avec la politique mondiale de la santé signifierait que l'on donne clairement la priorité à ces intérêts légitimes de santé en question par rapport à tout autre intérêt de concurrence du détenteur de droits.» (N. du tr.: citation originale, en anglais).

195 Cf. les restrictions de la Thaïlande sur l'importation des cigarettes et sur les taxes internationales sur les cigarettes (Thai-Cigarettes), rapport du panel (7 novembre 1990), DS10/R, BISD 37S/200, 30 ILM 1122.

En sus des exceptions à l'article 30, l'article 31 de l'accord TRIPS autorise «l'utilisation autre de l'objet d'un brevet sans l'accord du détenteur des droits». Il ne s'agit là de rien d'autre que de l'obligation de licence tout à fait d'actualité ces derniers temps et que combat l'industrie pharmaceutique. L'article 31 souligne les limites des droits privés de brevets qui peuvent être violés dans l'intérêt public, si cela s'avère nécessaire et approprié. «Dans le cas d'un état d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence» ou bien «dans le cas d'une utilisation publique, non commerciale», le gouvernement peut utiliser le brevet sans faire l'effort d'obtenir au préalable l'accord du détenteur. Il doit simplement «s'acquitter d'une compensation appropriée en fonction des circonstances du cas afférent». Enfin, l'article 40 de l'accord TRIPS autorise les membres de l'OMC à se défendre contre les abus de propriété privée au moyen de prescriptions juridiques propres.

Si l'on rassemble toutes ces prescriptions, on s'aperçoit que de nombreuses possibilités d'exceptions sont offertes aux Etats dans le cadre de leur propre législation par rapport aux droits de propriété, de sorte qu'ils ne sont pas livrés pieds et poings liés à l'exclusivité des droits de propriété. Mieux encore, ces prescriptions permettent de conclure, comme il en a été décidé d'ailleurs par le Haut Commissaire aux droits de l'homme,¹⁹⁶ que le droit de l'OMC accepte tout à fait de postuler à son intégration dans le droit international (droit des peuples) défini par les droits de l'homme, et non pas au contraire à l'intégration des droits de l'homme dans et sous le code des contrats. Cela devient encore plus clair quand on étend l'analyse aux aspects suivants de la question.

L'accord TRIPS est lié (article 31, alinéa 1 de la CVDC) à l'œuvre réglementaire d'ensemble de Marrakech, dont le noyau est l'Accord de l'OMC,

que cette même OMC a érigé en 1994. En font partie le GATT de 1947, les accords GATS et TRIPS, ainsi que d'autres accords et conventions. Le préambule de l'Accord OMC revêt une importance particulière dans la mesure où il constitue la déclaration la plus complète sur les buts et objectifs de l'œuvre d'ensemble des règles contractuelles. Citons-en seulement l'extrait suivant, qui fait toute la lumière sur le fait que la garantie des droits aux libertés dans le cadre de l'économie internationale et du commerce n'est pas perçue en soi comme étant son objectif propre, mais qu'elle est comprise comme étant un instrument d'autres objectifs sociaux et de société. Les Etats membres déclarent dans le préambule:

«que leurs relations commerciales et économiques sont orientées vers l'élévation du niveau de vie, l'assurance du plein emploi et la réalisation d'un revenu réel élevé et en constante croissance ..., mais elles doivent également permettre une utilisation optimale des ressources secondaires du monde en harmonie avec l'objectif d'un développement durable».

L'objet et le but du contrat sont concrétisés dans l'article 7 de l'accord TRIPS en ce qui concerne la fonction de la propriété intellectuelle; elle doit contribuer à «la promotion de l'innovation technique» et «au transfert et à la propagation de la technologie», comme elle doit «servir à avantager mutuellement le créateur et l'utilisateur du savoir technique» et «se réaliser d'une manière supportable pour le bien de la société et de l'économie».

Si, conformément à l'article 31 alinéa 3 de la CVDC, on y ajoute également «tout accord ultérieur entre les parties contractantes sur l'interprétation du contrat ou sur l'utilisation de ses dispositions,» on fait intervenir alors les décisions des conférences ministérielles de l'OMC depuis 1996. Lors de la première de ces conféren-

¹⁹⁶ Commission on Human Rights, Liberalization of Trade in services and human rights, Report of the High Commissioner du 25 juin 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/9, paragraph 7, ainsi que The Impact of the Agreement on Trade- Related Aspects of Intellectual Property Rights on human rights, Report du 27 juin 2001, paragraph 22.

ces déjà les Etats membres reconnurent «que l'Accord OMC contient des mesures qui confèrent aux pays en voie de développement des traitements différenciés et plus avantageux, incluant une attention particulière à la situation également particulière des pays les moins développés». ¹⁹⁷ (N. du tr.: citation originale, en anglais). A l'occasion de la dernière conférence ministérielle de Doha il a été question essentiellement de la relation entre les droits aux libertés économiques et les droits sociaux de l'homme. La conférence adopta une prise de position tout à fait claire en faveur de la primauté de la protection de la santé sur les intérêts de l'industrie pharmaceutique, qui se réfère aux droits brevetés de la propriété industrielle. Il est écrit entre autres dans le document en question:

«4. Nous convenons de dire que l'accord TRIPS n'empêche pas et ne devrait pas empêcher les Etats membres de prendre des mesures en vue de protéger la santé publique. En conséquence, tout en réitérant notre engagement quant à l'accord TRIPS, nous affirmons que l'accord peut et doit être interprété et mis en œuvre de manière à soutenir les membres de l'OMC dans leur droit de protéger la santé publique, et en particulier de promouvoir l'accès pour tous aux médicaments. Dans ce cadre, nous affirmons le droit des membres de l'OMC à utiliser, dans leur totalité, les mesures contenues dans l'accord TRIPS qui donnent une flexibilité à cet effet.

5. En conséquence, et à la lumière du paragraphe 4 ci-dessus, et tout en maintenant notre engagement quant à l'accord TRIPS, nous reconnaissons que cette flexibilité inclut:

a) en application des règles du droit coutumier relatives à l'interprétation du droit public international, chaque mesure de l'accord TRIPS pourra être lue à la lumière de l'objet et du but de l'accord tel qu'il s'expri-

me en particulier dans ses objectifs et ses principes.

b) Chaque membre a le droit d'octroyer des licences obligatoires et d'être libre de déterminer les bases sur lesquelles de telles licences peuvent être octroyées.

c) Chaque membre a le droit de déterminer ce qui constitue une mesure de sauvegarde nationale ou d'autres circonstances d'urgence extrême, étant bien entendu que les crises de santé publiques, y compris celles relatives au VIH/SIDA, à la tuberculose, au paludisme et à d'autres épidémies, peuvent représenter une urgence nationale ou d'autres circonstances d'urgence extrême.

d) L'effet des mesures de l'accord TRIPS quant à leur pertinence en matière de déchéance des droits de propriété intellectuelle est de permettre à chacun des membres d'élaborer librement son propre régime pour ladite déchéance sans remise en question, sous réserve de la clause NPF (N. du tr.: clause de la nation la plus favorisée) et des dispositions relatives au traitement national prévues aux articles 3 et 4.

6. Nous reconnaissons que les membres de l'OMC disposant de capacités insuffisantes de fabrication dans le secteur pharmaceutique, ou n'en disposant pas du tout, pourraient rencontrer des difficultés à faire effectivement usage de la procédure de licences obligatoires prévue dans l'Accord TRIPS. Nous instruisons le Conseil du TRIPS de trouver une solution rapide à ce problème et de le soumettre au Conseil général avant la fin de l'année 2002.»

(N. du tr.: citation originale, en anglais)

Même si le Conseil n'a trouvé aucune solution de ce genre jusqu'ici, et si les USA exigent entre-temps un moratoire sur cet arrangement, la référence consciente aux règles d'interprétation du droit des peuples prouve quand même que les

¹⁹⁷ Singapore Ministerial Declaration, 13 décembre 1996, paragraphe 13.

gouvernements savaient très bien qu'ils ne formulaient pas au moyen de ce document une réglementation d'exception par rapport à l'accord TRIPS, mais qu'ils réalisaient plutôt une description de leurs droits et obligations juridiquement correcte et inhérente à l'accord.

Enfin, il existe déjà toute une série de décisions du panel de l'OMC et des Cours d'appel qui reconnaissent la primauté des droits de l'homme sur les autres droits. C'est ainsi par exemple que la Cour d'appel de l'OMC a utilisé, dans le cas US-Shrimp/Turtles de 1998¹⁹⁸, l'expression «ressources naturelles épuisables» dans un conflit commercial avec référence à l'environnement et aussi à des espèces animales menacées. La Cour s'est appuyée à ce sujet sur le droit international de l'environnement, tel qu'il s'était formé avant même les négociations sur le texte du GATT, et décida que ce droit international de l'environnement devait être pris en considération en tant que critère approprié pour interpréter le concept de «ressources naturelles épuisables».¹⁹⁹ La même chose doit être également valable pour l'ensemble constitué par les règles des droits de l'homme, un ensemble qui s'était également formé bien avant la création de l'OMC. Dans le cas des cigarettes de Thaïlande le panel de l'OMC reconnaissait que l'article XX (b) GATT «permet clairement aux parties contractantes de donner la priorité à la santé publique sur la libéralisation du commerce».²⁰⁰ (N. du tr.: citation originale, en anglais). Et dans une décision relativement récente la Cour d'appel a souligné la liberté accordée aux membres de l'OMC d'agir dans l'intérêt public. Dans le cas EC – Asbestos²⁰¹ le tribunal d'appel devait décider si une interdiction d'importation d'amiante et de produits à teneur d'amiante était «nécessaire pour la protection de la vie ... humaine et de la santé» et par conséquent per-

mise selon l'article XX GATT. La décision fut formulée ainsi:

«Il est incontestable que les membres de l'OMC ont le droit de déterminer le niveau de protection sanitaire qu'ils considèrent comme étant approprié dans une situation donnée ... En outre ... plus les intérêts communs ou valeurs recherchées sont vitaux, plus facile il sera d'accepter comme «nécessaires» des mesures tendant à atteindre ces objectifs. Dans ce cas, les objectifs poursuivis par une telle mesure consistent en la préservation de la vie et de la santé humaines à travers l'élimination ou la réduction des risques sanitaires bien connus et porteurs de dangers mortels que constituent les fibres d'amiante. La valeur en question est autant vitale qu'importante au plus haut degré.»²⁰²
(N. du tr.: citation originale, en anglais).

Justement, il est bon de se remémorer également, en marge de la phase préparatoire à la Cinquième Conférence ministérielle de l'OMC qui doit se tenir au mois de septembre de cette année (N. du tr.: septembre 2003, à Cancon), la recommandation de la Commission des droits de l'homme économiques, sociaux et culturels, qui fut élaborée par un groupe d'experts indépendants et présentée en 1999 à l'occasion des délibérations de la Troisième Conférence ministérielle de l'OMC:

«Les normes des droits humains doivent guider le processus de formulation de la politique économique internationale, de telle sorte que les bénéfices pour le développement humain attendus de l'évolution du régime du commerce international soient partagés équitablement entre tous, en particulier au profit des secteurs les plus vulnérables. ... La libéralisation du

198 United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US-Shrimp/Turtles), rapport de la Cour d'appel, WT/DS58/AB/R (12 octobre 1998).

199 US-Shrimp/Turtles (remarque 157), paragraphe 130.

200 Thai-Cigarettes, p. 1137

201 European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos – Containing Products (EC-Asbestos), rapport de la Cour d'appel, WT/DS135/AB/R (12 mars 2001)

202 EU-Asbestos (remarque 162), paragraphes 168, 172.

commerce doit être comprise comme étant un moyen et non pas une fin. La finalité que le commerce international devrait servir réside dans les objectifs de bien-être auxquels les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme donnent une expression légale. A ce sujet, la Commission souhaite rappeler aux membres de l'OMC le caractère central et fondamental des obligations relatives aux droits de l'homme. Au cours de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, tenue à Vienne, 171 Etats ont déclaré que la promotion et la protection des droits de l'homme est la première responsabilité des gouvernements.»²⁰³

(N. du tr.: citation originale, en anglais).

En somme, il ne fait absolument aucun doute que les droits internationaux en matière d'économie et de commerce, ainsi que les droits de l'homme, malgré leur séparation institutionnelle dans différentes organisations et procédures, constituent au plan du dogme juridique un alliage dans lequel les droits ne peuvent pas se mouvoir les uns sans les autres. Cette revendication d'intégrer les autres codes, formulée depuis bien longtemps déjà par le système des droits de l'homme, ne peut plus être encore longtemps rejetée au motif du désir d'autonomie relative et de non influence. Les buts des droits de commerce, de libertés et de propriété ne peuvent plus, dans le cadre des conceptions de justice de la société internationale actuelle, continuer à être poursuivis et imposés tout en restant isolés des droits de l'homme. A cet égard, ce sont les droits de l'homme qui formulent les objectifs et les perspectives sociales fondamentales auxquelles les droits aux libertés et de propriété doivent se conformer. Cela ne signifie pas à chaque fois subordination, étant donné que la concurrence de droits différents peut très bien dans des cas particuliers prendre plus fortement en considération les droits aux libertés, mais toujours quand même en tant que

résultat d'un examen approfondi. Dans l'ensemble toutefois, comme le formule ci-après Audrey Chapman, la relation s'instaure ainsi:

«En dernier ressort, une approche des droits de l'homme requiert que la protection de la propriété intellectuelle serve les objectifs du bien-être humain, auxquels les droits internationaux de l'homme donnent une expression légale. Les droits de l'homme constituent des revendications inaliénables et universelles appartenant à des individus, et dans certaines situations à des communautés, mais jamais à des entreprises. Les droits de l'homme sont compris comme existant indépendamment de toute reconnaissance ou de toute mise en œuvre, tandis que les droits de propriété intellectuelle sont octroyés par l'Etat en accord avec les critères définis par la législation nationale. A l'inverse des droits de l'homme qui établissent des droits permanents et irrévocables, les droits de propriété intellectuelle sont temporaires; ils existent pendant une période limitée et peuvent être révoqués, faire l'objet d'autorisation ou attribués à quelqu'un d'autre.»²⁰⁴

(N. du tr.: citation originale, en anglais).

Un résultat essentiel de l'analyse qui précède réside dans le fait que le droit de l'OMC, malgré toutes les critiques adressées à son orientation parce qu'elle est consacrée presque exclusivement aux intérêts économiques et commerciaux, reconnaît l'intégration de ces derniers dans les besoins publics généraux, et dans certains cas particuliers leur subordination à ceux-ci dans de nombreuses prescriptions. Les droits aux libertés et à la propriété ne sont pas aveugles au côté humain dans les codes de l'OMC, même si ces mêmes codes n'y consacrent pas un seul mot. Les prescriptions d'exceptions permettant des interventions de l'Etat autorisent cependant une large considération.

203 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Statement (= déclaration) to the Third Ministerial Conference of the World Trade Organisation (Seattle, 30 novembre – 3 décembre 1999), E/C.12/1999/9 (26 novembre 1999), paragraphes 5 et 6.
204 A. Chapman, 2002.

V. Application des droits de l'homme

L'intégration au dogme juridique des droits de l'homme sociaux et aux libertés ne signifie cependant pas encore qu'elle représente une garantie pour l'application des droits sociaux traditionnellement beaucoup plus désavantagés. L'exigence politique et la mise en œuvre ont beau être démontrées légalement et légitimées juridiquement, des efforts politiques considérables restent quand même encore nécessaires tout comme auparavant pour les imposer dans la société. Même si la Commission des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies garantit sans aucune équivoque que «tout régime de propriété intellectuelle qui rendrait plus difficile à une partie étatique de se conformer à des obligations fondamentales relatives tout spécialement à la santé, à l'alimentation, à l'éducation ou à tout autre droit proclamé dans la Convention, est en contradiction avec les obligations liant légalement la partie étatique»²⁰⁵ (N. du tr.: citation originale, en anglais), il n'est par contre encore rien dit des possibilités et des voies d'application.

1. Application dans le cadre de l'OMC

La Déclaration de Doha faisant suite à la Conférence ministérielle de l'OMC tenue au mois de novembre 2001 est un exemple supplémentaire de ces difficultés. Elle constitue un document sans équivoque sur la primauté de la protection de la santé sur les intérêts économiques, étant donné qu'elle tire les conclusions adéquates de la contradiction ouverte entre le besoin urgent de protection sanitaire d'une population éprouvée par une épidémie d'une part, et d'autre part les droits aux libertés et de propriété d'une industrie phar-

maceutique internationale; cette dernière dispose certes de la clé permettant de lutter efficacement contre l'épidémie, mais elle refuse de la donner pour des raisons de gains financiers. L'arrière-pensée de la Déclaration a résidé sans aucun doute dans la demande croissante aux Etats-Unis et au Canada de médicaments contre l'anthrax, qui était considéré en ce temps là, après le 11 septembre 2001, comme le poison le plus dangereux. Le groupe Bayer a été obligé par ces pays de vendre le contrepoison Ciprofloxacine à des prix considérablement réduits, pour échapper au recours aux licences obligatoires. Le parallèle avec la demande de médicaments anti-SIDA est évident, et explique que la Conférence ministérielle ait reconnu que l'accord TRIPS n'empêche pas les pays de prendre les mesures pour protéger la santé publique, et que les membres de l'OMC sont habilités à faire usage à cet effet des prescriptions de l'accord TRIPS. Il est écrit dans ladite Déclaration notamment que:

- b) *Chaque membre a le droit d'octroyer des licences obligatoires et d'être libre de déterminer les bases sur lesquelles de telles licences peuvent être octroyées.*
 - c) *Chaque membre a le droit de déterminer ce qui constitue une mesure de sauvegarde ou d'autres circonstances d'urgence extrême, étant bien entendu que les crises de santé publiques, y compris celles relatives au VIH/SIDA, à la tuberculose, au paludisme et à d'autres épidémies, peuvent représenter une urgence nationale ou d'autres circonstances d'urgence extrême.*²⁰⁶
- (N. du tr.: citation originale, en anglais).

²⁰⁵ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 20021, paragraphe 12.

²⁰⁶ World Trade Organisation, Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, WT/MIN (01)/DEC/2.

La Déclaration prolonge en outre, en faveur des pays les moins développés, le délai de respect des obligations nées de l'accord TRIPS jusqu'à l'année 2016, donc en faveur de l'Inde mais pas du Brésil, de la Thaïlande ou des Philippines. Elle reconnaît également les difficultés de beaucoup de pays à faire un usage correspondant de la licence obligatoire en raison de l'absence de capacités industrielles. Le Conseil compétent pour l'accord TRIPS a été ainsi chargé d'élaborer à fin 2002 au plus tard une solution à ce problème. Il ne se passa cependant pas quatre mois avant que les USA ne se retirent de ladite Déclaration et ne réclament un mémorandum pour les conséquences qui en découleraient.²⁰⁷

Malgré une reconnaissance indiscutable de «l'approche par les droits de l'homme» (human rights approach), qui considère la protection et la promotion des droits de l'homme, et tout particulièrement les droits sociaux et du travail, non pas comme une exception par rapport à d'autres droits mais au contraire comme le noyau qui les définit et leur donne forme, beaucoup de questions restent encore sans réponses et pourraient être la cause de conflits à venir. Elles figurent à l'ordre du jour (l'agenda) de la prochaine Conférence de l'OMC à Cancun, au Mexique, au mois de septembre de cette année (N. du tr.: 2003).²⁰⁸ Il resterait à discuter notamment de quelle manière et à l'aide de quels instruments pourrait être ancrée la primauté des droits de l'homme dans les conventions internationales sur le commerce, les investissements et la politique financière de l'ONU. Il faudrait également discuter du rôle que les instruments des droits de l'homme pourraient jouer aussi bien dans la garantie des droits dans les conventions que dans leur mise en vigueur effective.

Des efforts intensifs en vue de clarifier ces questions ont été déployés par la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits

de l'homme. Elle chargea plusieurs fois depuis 1998 Joseph Oloka-Onyango et Deepika Udagama d'analyser les possibilités d'imposition des droits économiques, sociaux et culturels à la lumière de la globalisation, en tenant compte tout particulièrement du rôle et de l'influence des institutions multinationales qui assument la responsabilité principale de la mondialisation avec leurs instruments juridiques et politiques: le FMI, la Banque mondiale et l'OMC. Trois études ont été livrées jusqu'à présent²⁰⁹, qui traitent surtout du commerce international, avec ses instruments organisationnels les plus importants tels que l'OMC, le GATS, et le TRIPS, mais aussi de la tentative qui avait échoué dans un premier temps consistant à imposer un «Multilateral Agreement on Investment» (accord multilatéral sur les investissements – AMI). Ces mêmes études devaient étudier les possibilités d'intégration et de garantir dans ces institutions la primauté des droits de l'homme.

Les résultats de ces analyses ne sont pas spectaculaires mais utiles. Elles ne laissent planer aucun doute tout d'abord sur le caractère éminemment obligatoire des droits sociaux, quelquefois également pas seulement pour les Etats mais aussi pour les institutions multilatérales, chose qui a été jusqu'à présent contestée par l'OMC.²¹⁰ Les créations d'organismes par les Etats comme c'est le cas de l'OMC sont, comme nous l'avons déjà fait remarquer, et en leur qualité de sujets de droit international, tout autant soumises aux principes du droit international, et donc aux droits de l'homme, que les Etats eux-mêmes. Les études recommandent ainsi donc de surmonter la vieille séparation existant entre le droit économique international d'une part et les droits de l'homme d'autre part, c'est-à-dire un état de fait qui s'exprime également au plan des institutions, d'autant que celles-ci opèrent de manière séparée et communiquent à peine entre elles

207 Cf. B. Loff, M. Heywood, 2002, p. 627.

208 A l'ordre du jour figure la suppression des subventions agricoles et des tarifs douaniers, l'accord sur les prestations de services GATS, les initiatives anti-dumping et la protection de la propriété intellectuelle dans le cadre de l'accord TRIPS.

209 J. Oloka-Onyango, D. Udagama, 1999, 2000, 2001.

210 Cf. Réponse de l'OMC à une demande du secrétaire général de l'ONU d'informations sur le rapport programmé par la sous-commission sur les droits de propriété intellectuelle et sur les droits de l'homme.

bien qu'elles soient placées sous le même toit de l'ONU.²¹¹ Les études en question sont en accord avec l'approche présentée dans la présente étude, à savoir qu'en dernière instance le commerce, les investissements et la circulation des capitaux doivent agir en faveur de la promotion du bien-être de l'homme et que, par conséquent, le droit économique international ne doit pas agir de manière séparée ou même hostile par rapport aux droits de l'homme, mais qu'au contraire il doit prendre racine dans ces mêmes droits justement. Le droit économique et les droits de l'homme ne doivent pas être traités comme des systèmes juridiques séparés et en conflit entre eux; il en est de même pour la séparation factice entre l'OMC et les institutions de Bretton Woods d'une part, ou de l'incompatibilité réciproque des organisations onusiennes des droits de l'homme d'autre part, qui ne devrait pas exister. Il faut dire toutefois que les initiatives d'une telle approche et d'une stratégie commune sont clairement le fait des représentants des organisations des droits de l'homme.²¹²

A l'inverse de Howse/Mutua, les deux rapporteurs de l'étude ne sous-estiment pas la prédominance de principe qui a été réservée dans le droit commercial aux droits de propriété et aux libertés, comme dans les accords TRIPS et GATS par exemple. Ils essaient dans ce cadre de faire ressortir l'importance et les possibilités des dispositions d'exception et soutiennent une représentation plus conséquente des pays en voie de développement au sein du mécanisme d'arbitrage de l'OMC.²¹³ Leur proposition d'inclure dans les accords internationaux économiques et commerciaux une clause obligeant les institutions multilatérales à ne pas promouvoir ou à ne pas entreprendre eux-mêmes des mesures pouvant

mettre en danger les progrès sociaux déjà acquis, ou entraîner des reculs dans le processus de développement,²¹⁴ pourrait constituer un correctif efficace contre les conséquences négatives bien connues des programmes d'adaptation structurelle (PAS) ainsi que des facilités d'adaptation structurelle élargies (FASE) du FMI.²¹⁵ Cela pourrait conduire à une révision de la politique néolibérale d'adaptation structurelle telle qu'elle a été constamment réclamée.²¹⁶ En effet, la prise en compte précoce, dès le premier stade de formulation de la politique et non pas seulement plus tard et après coup, en tant que cadre de référence pour corriger et éliminer les développements erronés, représente une approche décisive en vue d'imposer les droits de l'homme.

Finalement, le problème ne réside donc pas tellement dans le contenu matériel et dans la position dogmatique des droits sociaux que dans la procédure plutôt, c'est-à-dire dans les voies et instruments politiques de leur imposition. Cela suppose un secteur public fort, qui serait également en mesure d'imposer les positions de droit vis-à-vis du capital transnational et souvent aussi vis-à-vis des administrations de ces mêmes pays qui se cachent derrière ce capital. Cela dépendra cependant tout autant et de manière notable des forces sociales – syndicats et organisations non gouvernementales par exemple – à qui il reviendra de revendiquer de l'Etat et même de le contraindre à inclure les droits dans la mise en œuvre d'une politique adéquate. Sur ces deux plans, l'étude de cas présentée au chapitre VI du présent document (page 63 et suivantes), qui porte sur l'imposition d'une politique efficace de lutte contre le SIDA en Afrique du Sud et qui met face à face d'une part une industrie pharmaceutique internationale exigeant le respect de ses droits de

211 C'est aussi une revendication de R. Howse et M. Mutua, 2001, p. 4 et suivantes. Ils souhaitent que la primauté des droits de l'homme sur la libéralisation du commerce soit reconnue dans le droit international du commerce lui-même tout en respectant l'interprétation correcte de la hiérarchie des normes, p. 21.

212 Citons à cet égard la proposition de la sous-commission de la commission des droits de l'homme d'organiser un round d'experts sur les conséquences de la libéralisation, à laquelle devraient être invités de toutes façons des représentants des institutions de Bretton Woods et de l'OCDE.

213 J. Oloka-Onyango, D. Udagama, 2001, p. 17 et suivantes.

214 Cf. également A. Eide, 1989.

215 Cf. également W. van der Geest, R. van der Hoeven, 1999.

216 Cf. R. Gerster, 1998, R. Falk, 1998.

brevets et d'autre part une politique étatique de santé ayant d'autres intérêts majeurs, constitue une intéressante matière à réflexion.

Compte tenu de la proche tenue de la 5e Conférence ministérielle de Cancun, le processus commencé à Doha mais interrompu entre-temps devrait être relancé. La reconnaissance des Etats membres d'être liés en tout premier lieu également dans le système réglementaire de l'OMC par l'obligation de respecter, de protéger et d'accomplir les droits de l'homme devrait être documentée par une nouvelle Déclaration formelle. Cette dernière devrait comprendre au moins quatre obligations ou éléments²¹⁷:

1ère: En cas de conflit entre droits et obligations pouvant survenir pour un Etat à cause de contrats conclus dans le cadre de l'OMC et du code international des droits de l'homme accepté par lui-même, ces dernières obligations citées doivent conserver la primauté.

2e: Rien de ce que contient le système réglementaire de l'OMC ne doit empêcher l'Etat membre de prendre les mesures nécessaires à la réalisation, à la protection et au respect des droits de l'homme, comme particulièrement le droit à la santé, à la nourriture y compris l'eau, au logement et à l'éducation ainsi que les droits nodaux du travail.

3e: Tous les contrats économiques et commerciaux qui auront été conclus entre des Etats dans le contexte de l'accord OMC, doivent contenir des prescriptions expresses d'où découlent les différentes obligations de respect, de protection et de réalisation relatives aux droits de l'homme. Cela est également valable pour les accords TRIPS et GATS eux-mêmes, qui doivent être complétés dans le sens où, dans le cas d'une collision entre d'une part les obligations étatiques nées de contrats, et les droits de l'homme d'autre part, ces derniers conservent la priorité.

4e: Dans le cas des discussions d'arbitrage devant le Dispute Settlement Body (l'Office de règlement des différends, l'ORD), toutes les prescriptions contenues dans les différents accords conclus dans le cadre de l'OMC et dont découlent les obligations pour les Etats doivent être interprétées à la lumière de leur compatibilité avec les différentes codifications des droits de l'homme.

Il existe par ailleurs un grand nombre de mesures concrètes que les Etats doivent ou peuvent prendre eux-mêmes afin de garantir et d'appliquer les différents droits de l'homme.²¹⁸ L'idée de base réside dans l'approche préventive qui anticipe les possibles conflits pouvant surgir entre les droits contractuels et les droits de l'homme. Dans ce but, une prise en compte précoce, dans le contrat même, des obligations nées des droits de l'homme est nécessaire, dans la mesure où elles peuvent entrer en concurrence ou en conflit avec le contenu réglementé du contrat. Cela ne pose pas de problèmes quand il s'agit de partenaires contractuels ayant les mêmes convictions sociales (ou socio-économiques), qu'il s'agisse de droits nodaux du travail (droit d'association, organisation syndicale, interdiction du travail des enfants etc.) ou des droits civiques et politiques à caractère général. Dans cette configuration, la mention expresse dans les contrats n'est pas indispensable. Mais dans le cas des droits sociaux déjà, pour l'application et la protection desquels l'intervention de l'Etat est nécessaire et qui gagneront considérablement en importance avec la poursuite de la libéralisation des échanges économiques internationaux (santé, alimentation, éducation, etc.), l'introduction de clauses sociales dans les contrats liant même des partenaires originaires de la zone atlantique deviendra nécessaire pour la protection des compétences d'action des Etats.

217 Cf. également R. Elliott, 2001 a, p. 63; Commission de l'ONU des droits de l'homme, rapport du Haut Commissaire, 2002, paragraphes 68 et suivantes.

218 Cf. par exemple les propositions du Haut Commissaire sur le droit à la santé dans le TRIPS, dans: Commission on Human Rights, 2001, paragraphes 59 et suivants.

2. L'exemple de l'ALENA (NAFTA)

(Accord nord-américain de libre échange)

La proposition de J. Oloka et de D. Udagama d'inclure des clauses même dans les systèmes de règles qui fixent l'obligation de respecter les droits de l'homme et tous les autres droits fondamentaux et permettent dans le même temps leur contrôle, a trouvé dans l'accord de libre échange nord-américain (ALENA)²¹⁹ conclu en 1992 et impliquant les USA, le Canada et le Mexique, une concrétisation plutôt problématique. La critique de l'accord se concentre notamment sur la possibilité donnée aux entreprises privées d'ester en justice les gouvernements des trois pays contractants devant un tribunal d'arbitrage s'ils devaient violer les droits des investisseurs protégés par l'accord ALENA.²²⁰

Afin de faire face aux critiques, qui craignaient que l'accord ALENA ne conduise à une dégradation rapide des conditions environnementales et de travail, deux avenants contractuels ont été conclus, qui donnent la possibilité à de simples citoyens comme à des groupes également d'ester l'Etat en justice si ce dernier venait à violer ses propres lois (et non pas les lois internationales) relatives à la protection de l'environnement et des conditions de travail.

Dans la première convention, à savoir l'accord nord-américain de coopération sur l'environnement («The Environmental Side Accord»), les Etats s'engagent à protéger l'environnement et demandent aux trois gouvernements de promulguer et d'imposer une législation sur l'environnement. Une commission de coopération sur l'environnement («Commission on Environmental Cooperation», CEC) a été créée; sa mission est de traiter les réclamations des citoyens contre les omissions ou les violations des gouvernements. La CEC est composée d'un conseil formé de re-

présentants des trois gouvernements, d'un comité conjoint consultatif avec le public («Joint Public Advisory Committee») pour le soutien technique et économique, ainsi que d'un secrétariat. Chaque citoyen ou chaque ONG de l'un des trois Etats peut introduire des plaintes pour violation par les gouvernements de leurs propres législations sur l'environnement. Le secrétariat peut cependant rejeter une plainte s'il n'est pas convaincu que la plainte «semble vouloir promouvoir le renforcement de l'industrie plutôt que son harcèlement».²²¹ (N. du tr.: citation en anglais dans le texte). Les plaintes peuvent se référer aux atteintes et aux préjudices actuels et futurs d'intérêts privés et publics. Dans le cas où le gouvernement critiqué ne répondrait pas de manière satisfaisante, le conseil de la CEC peut, à la majorité des deux tiers, charger le secrétariat d'élaborer un exposé des faits. A cet effet, le secrétariat recueille des informations tirées d'enquêtes publiques ou recueillies auprès d'ONG et d'experts et, en y ajoutant aussi bien la plainte que la réponse de l'Etat, les rassemble sous forme de rapport. Ce dernier peut être publié si le conseil en décide ainsi à la majorité des deux tiers. Contrairement aux procédures en cours au niveau de l'OCDE et de l'OIT, les entreprises accusées d'infractions à l'environnement ne peuvent pas être directement enquêtées, et leurs actes qui n'auront été ni contrôlés ni sanctionnés par le gouvernement seront seulement soumis à discussion. De cette façon, le comportement du gouvernement tout autant que celui de l'entreprise sont dévoilés à l'opinion publique et peuvent servir de preuves pour une plainte civile. Dans de rares cas cependant, si le rapport devait mettre à jour une violation permanente du droit local relatif à l'environnement, un panel de contentieux pourra être mis sur pied; il pourrait conduire à infliger des amendes et dans des cas extrêmes à suspendre des privilèges ac-

²¹⁹ The North American Free Trade Agreement, du 7 décembre 1992. Dans: International Legal Materials (1993), p. 605.

²²⁰ Articles ALENA 1115 à 1138. C'est ainsi que le Mexique a été condamné en 2002 à payer une somme de 16,7 millions de \$ US à la Matalclad Corporation sise en Californie, après que le gouvernement ait rompu un accord qui autorisait la Metalclad à ériger une usine de traitement et d'élimination de déchets dangereux. L'entreprise avait avancé que le gouvernement avait par cette décision pratiquement exproprié les gains à venir.

²²¹ Council Provision 99-06, paragraphe 5.4.

cordés dans le cadre de l'accord ALENA. De telles infractions peuvent se compliquer dans des cas particuliers d'atteintes aux droits de l'homme, par exemple au droit à la vie et à la santé. C'est ainsi qu'un groupe indigène de l'Etat de Chihuahua au nord du Mexique a introduit récemment une plainte auprès du conseil de la CEC dans laquelle il accuse le gouvernement mexicain d'avoir omis de protéger sa région d'origine contre les dégradations croissantes de l'environnement et de faire en sorte que les dommages causés soient éliminés.²²²

Même le deuxième accord, le „NAFTA Labor Agreement“²²³ ne prévoit pas de standards minima dans les relations de travail, ni ne se réfère aux conventions reconnues au plan international. Il exige seulement des Etats signataires de garantir les droits existants en matière de travail²²⁴, qu'il classe dans les trois groupes hiérarchiques suivants:

Groupe I: liberté d'association et protection du droit de s'organiser; droit aux négociations collectives; droit de grève.

Groupe II: interdiction du travail forcé; élimination de la discrimination dans les relations de travail, que ce soit pour des raisons de race, d'âge et de sexe ou pour d'autres raisons prescrites par le droit national; rémunération égale pour les hommes et les femmes; poursuite de la rémunération dans le cas de blessures ou de maladies liées au travail; protection des travailleurs migrants.

Groupe III: protection du travail pour les enfants et les adolescents; standards minima en cas d'emploi, tels que salaires minimaux et rémunération des heures supplémentaires et quelquefois aussi pour des salariés non protégés par des conventions de travail; mesures

préventives contre les accidents du travail et les maladies professionnelles.

Ces trois groupes prennent certes en considération les standards internationaux essentiels en matière de droits du travail, mais leurs déficits apparaissent toutefois dans la différenciation et dans la gradation des instruments devant les protéger et les imposer. En outre, comme pour la convention sur l'environnement, l'accord en question prévoit lui aussi une «Commission for Labor Cooperation» (CLC), avec un conseil de niveau ministériel et un secrétariat indépendant. Par ailleurs, un «National Administrative Office» (NAO) (un bureau administratif national) doit se charger dans chacun des trois pays de faire appliquer l'accord et d'assurer les relations entre les trois Etats membres. Là aussi de simples individus tout comme des ONG ou des syndicats peuvent déposer des plaintes. L'accord prévoit quatre méthodes de traitement des plaintes:

1) consultations entre les NAO, 2) consultations ministérielles, 3) enquêtes d'experts et procédures d'arbitrage, et enfin 4) poursuites judiciaires, le tout cependant sur la base d'audition de témoins et de droit de preuves.

En ce qui concerne le premier groupe, qui comprend les droits fondamentaux du travail selon les normes internationales, par conséquent donc un droit contraignant, l'accord prévoit seulement des consultations entre les NAO et à un niveau ministériel. Des entorses aux droits du deuxième et du troisième groupe ne peuvent faire l'objet de plaintes que de la part des Etats eux-mêmes et uniquement dans la mesure où ces entorses ont une relation avec le commerce entre les trois Etats («trade-related»). Si les négociations devaient échouer, un Etat pourra s'adresser à un comité d'experts évaluateurs („Evaluation

222 Cf. ICHRP, 2002, p. 94. (ICHRP = „International Council on Human Rights Policy“)

223 North American Agreement on Labor Co-operation du 14 septembre 1993, 32 International Legal Materials 1993, p. 1499.

224 Il est écrit ceci dans le préambule: „Dans ce qui suit, il s'agit de principes directeurs que les parties contractantes s'engagent à promouvoir sous réserve de la législation nationale de chacune des parties, mais qui n'établissent aucun standard commun minimal pour leurs lois nationales. Ils indiquent de larges domaines concernés où les parties ont développé, chacune selon sa propre voie, des lois, des règlements, des procédures et des pratiques protégeant les droits et les intérêts de leurs forces de travail respectives.“

Committee of Experts'), qui pourra à son tour étudier les reproches et soumettre des propositions non contraignantes pour l'application des droits du travail. Le rapport des experts sera soumis au conseil pour discussion. Ce n'est que pour le troisième groupe de droits qu'une procédure de contentieux est prévue, avec possibilité de sanctions. Si maintenant aussi bien les consultations ministérielles que les enquêtes d'experts n'auront mené à aucun résultat, deux des trois ministres du travail pourront alors enclencher une procédure d'arbitrage. Si le panel ainsi créé confirme que les reproches sont justifiés, l'Etat incriminé dispose de 60 jours pour commencer la mise en application des droits, au risque sinon d'être condamné à une amende. S'il n'aura pas assumé ses obligations relatives à la mise en application des droits au bout de six mois, il pourra faire l'objet de sanctions commerciales. Toutes ces mesures sont facultatives et n'ont pas été appliquées jusqu'ici. Des discussions directes entre un NAO et l'Etat accusé ainsi que les représentants des plaignants ont fait la preuve jusqu'à maintenant de leur caractère pratique. Des séminaires internationaux sur des aspects particuliers de droits de l'homme menacés ont soutenu les enquêtes des experts. Sur 23 plaintes déposées jusqu'en 2002 dans le cadre de ce 'Labor Agreement' 19 ont conduit à des consultations, cependant qu'aucune sanction financière dans aucun des cas soulevés n'a été prononcée à ce jour.²²⁵

Les faiblesses des deux accords sont évidentes: ils opèrent sans relation directe avec le niveau atteint par le droit international afin de définir clairement un standard minimum. En matière d'application le Labor Agreement offre essentiellement de la diplomatie, des négociations et des enquêtes d'experts, et seul le groupe 3 de droits donne lieu à la possibilité d'amendes et de sanctions. Il manque une organisation indépendante de suivi des procédures de négociations et d'expertises ainsi que des réalisations des procédu-

res d'ensemble, qui durent souvent des années et ne disposent pas d'un véritable système d'appel. Il faut néanmoins noter les progrès réalisés. Ils résident entre autres dans la faculté offerte aussi bien aux citoyennes et citoyens concernés qu'aux groupes et organisations qui le souhaitent de faire examiner par les deux autres gouvernements étrangers les entorses commises par leur propre gouvernement en matière de contrôle des entreprises locales et des sociétés transnationales. Par ailleurs, on ne devrait pas sous-estimer l'effet produit par une publication des enquêtes et rapports comportant les noms des entreprises sur leur comportement et sur celui de leurs gouvernements. Enfin, les deux accords secondaires de l'ALENA sont actuellement les tentatives les mieux articulées en vue de relier le droit économique et la libéralisation du commerce avec les besoins et les exigences en matière sociale. En ce qui concerne le Labor Agreement, l'ONG Human Rights Watch estime que malgré toutes ses faiblesses «il demeure le lien le plus ambitieux entre le travail et le commerce qui ait jamais été mis en œuvre.»²²⁶

3. Procédures judiciaires à l'encontre de Konzerns transnationaux

Une certaine pratique s'est faite jour ces dernières années, consistant à ce que des personnes seules ou des organisations telles que des syndicats ou des ONG intentent des procès devant des tribunaux nationaux à des sociétés transnationales au motif qu'elles avaient violé des droits de l'homme mais surtout aussi des droits du travail. C'est ainsi par exemple que la Clean Clothes Campaign (CCC), un regroupement de syndicats et d'ONG de 11 Etats européens ayant pour objectif l'amélioration des conditions de travail dans l'industrie textile à travers le monde entier, s'est auto-saisie, en 2001 seulement, de 26 cas de violations du droit du travail en Asie, en Afrique, en Europe

225 Cf. Human Rights Watch, 2001, p. 24 et suivantes.

226 Cf. Human Rights Watch, p.1.

de l'Est ainsi qu'en Amérique centrale et du Nord. Il s'agit la plupart du temps de violations du droit local et un peu également du droit international, qui est codifié de manière contraignante dans les conventions de l'OIT et dans le Pacte social, et il s'agit de manière plus précise presque toujours de violations de règles internes à l'entreprise mais non contraignantes et faisant partie de leurs propres Codes of Conduct (codes de conduite). Quant aux actions juridiques transnationales entreprises généralement contre des sociétés auprès de tribunaux compétents en fonction du siège social de ces entreprises, au motif de violations des droits de l'homme ou d'autres motifs graves, elles rencontrent un grand nombre de difficultés et se trouvent par conséquent encore au tout début de leur histoire; elles soulèvent toutefois un intérêt croissant.²²⁷

Nonobstant l'attention publique remarquable que de semblables procédures judiciaires attirent sur les pratiques contraires aux droits de l'homme des sociétés opérant dans certains pays en Afrique, en Asie et en Amérique latine, de tels procès sont souvent liés à des coûts considérablement élevés. C'est ainsi que l'on peut s'attaquer, surtout aux USA, à des sociétés qui, soit dans le cadre d'un joint venture ou directement elles-mêmes, ont pris part à des violations de droits de l'homme, comme par exemple le seul fait d'acheter des marchandises fabriquées grâce au travail d'esclaves profitant ainsi des coûts très bas de production pratiqués dans un autre pays. Ascoly et Oldenziel citent l'exemple d'un avocat engagé dans de tels procès et qui déclarait ceci sur les conséquences positives qui peuvent en découler:

«Une fois que les compagnies y voient un coût financier substantiel pour leurs affaires, elles modifieront leur comportement. Leurs activités s'inscrivent logiquement dans la voie de la maximisation des profits. Aussi, si elles consta-

tent qu'en s'engageant dans un partenariat avec un gouvernement qui utilise le travail des esclaves ou qui bombarde les populations civiles, et que cela peut les conduire à des amendes financières très élevées, alors elles refusent dès le départ de s'engager dans de telles activités. Le gouvernement ne sera pas capable de bénéficier d'un usage efficace des ressources des multinationales s'il n'est pas en mesure d'attirer ces entreprises dans des partenariats avec lui. On aura ainsi une situation où les gouvernements doivent concrètement commencer à changer leur politique vis-à-vis des droits de l'homme s'ils veulent participer à l'économie mondiale.»²²⁸

(N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

Les objectifs de telles procédures s'orientent tout d'abord vers le dédommagement des violations subies. Elles sont comprises cependant également comme des avertissements lancés aux sociétés en vue de les pousser à éviter à l'avenir de commettre de telles pratiques, et elles visent aussi le comportement d'ensemble des entreprises et au-delà le comportement de leurs partenaires qui sont dans la plupart des cas les gouvernements des pays hôtes.

En tout cas, des victimes isolées ou des groupes de personnes lésées peuvent aller en justice, ce qui s'avère cependant très difficile au vu des coûts élevés des procès et de la pauvreté des plaignants. Les victimes ne veulent pas toujours s'impliquer elles-mêmes directement dans des procédures judiciaires, de peur de représailles et d'isolement social. C'est ainsi que dans certains pays des organisations ont le droit d'intenter des procès au nom et dans l'intérêt des victimes. Plus rares sont les cas où des législations autorisent de telles actions dans l'intérêt général, comme par exemple dans le cas de la protection de l'environnement, quand il n'est pas possible de citer des victimes individuelles. La législation indien-

²²⁷ Cf. N. Ascoly, J. Oldenziel, 2002.

²²⁸ Cf. N. Ascoly, J. Oldenziel, 2002, p. 12 et 13.

ne garantit par exemple à chaque citoyen qui se soucie de manière légitime de l'intérêt public le droit de présenter des pétitions auprès de la Cour suprême, ce qui a pour conséquence que le tribunal suprême indien doit débattre de plus en plus de problèmes relatifs aux droits de l'homme et se sente encouragé à accepter d'assumer aussi une fonction politique.²²⁹ Il en est de même aux Pays-Bas où les organisations disposent du droit de porter plainte si leurs statuts mentionnent clairement la représentation des intérêts des plaignants et que cet état de fait ressorte également de leurs activités des années précédentes.

Ce qui est décisif pour le succès d'une plainte c'est dans de nombreux cas le choix du tribunal, plus précisément du lieu où la plainte doit être introduite. De cette décision dépendent non seulement le droit applicable mais aussi la pratique des jugements dans de telles plaintes, et enfin les possibilités purement techniques de la représentation juridique, l'infrastructure éventuellement insuffisante de tout le système judiciaire et l'absence de moyens financiers. Les plaignants doivent réfléchir longuement et sérieusement aux chances de succès par rapport au lieu choisi. Conformément à l'article 2 de la Convention de Bruxelles sur les jugements et l'application des décisions de justice en matières civiles et commerciales de 1968²³⁰ c'est le tribunal du lieu où l'entreprise a son siège social qui est compétent. Généralement, c'est là où elles ont leur siège principal, mais il se peut aussi selon le droit néerlandais que ce soit le lieu où elles ont été créées et où elles ont été enregistrées. Richard Meeran, un habitué de telles procédures judiciaires, écrit au sujet du choix du lieu de la plainte:

«L'obstacle majeur à la mise en œuvre de la responsabilité est constitué par l'accès à la justice. Cela est dû en tout premier lieu à la grande disparité d'accès à la justice, d'autant que

les sociétés multinationales souhaitent être entendues par des tribunaux locaux de pays développés tandis que les victimes préfèrent être entendues par les tribunaux où sont basées les multinationales. Le facteur principal en matière d'accès à la justice est le financement. Dans de nombreux pays en voie de développement il n'existe pas de système légal d'aide judiciaire, et les avocats représentant l'intérêt public opèrent sur des budgets réduits à leur plus simple expression.»²³¹

(N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

Une des raisons principales pour laquelle de nombreuses victimes préfèrent choisir des tribunaux dans la zone de compétence juridique du siège principal de la société multinationale et non pas de la filiale locale par rapport aux plaignants réside dans le système d'organisation de la majorité des sociétés. En effet, les statuts et l'organisation de ces dernières sont faits de telle sorte qu'elles ne sont ni solvables ni assurées, et qu'elles sont par conséquent très peu attractives pour des dédommagements éventuels. De plus, de tels procès dans le pays hôte ne présentent en aucune façon un caractère dissuasif pour les sociétés transnationales, et ne représentent même pas une raison pour interrompre leurs pratiques abusives:

«Dans certains pays, il semble que le niveau des dommages qui pourraient être accordés ou les amendes qui pourraient être infligées aux compagnies serait tellement bas qu'il serait souvent moins coûteux pour les grandes sociétés de s'acquitter des amendes ou des dommages plutôt que d'investir dans des changements de management ou de structures qui prévendraient un renouvellement du dommage.»²³²

(N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

229 Cf. ICHRP, 2002, p. 79.

230 Article 2: sous réserve des clauses de la présente Convention, les personnes domiciliées dans un Etat contractant doivent ester auprès des tribunaux de cet Etat, quelle que soit leur nationalité. Les personnes qui ne sont pas des nationaux de l'Etat dans lequel elles sont domiciliées sont soumises aux règlements de la juridiction applicable aux nationaux de cet Etat. (N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

231 R. Meeran, 2001, p. 10.

232 ICHRP, 2002, p. 79.

Par contre, des plaintes introduites au niveau du siège principal de l'entreprise ont une influence publique bien plus efficace et représentent pour la question des droits de l'homme une valeur démonstrative plus élevée.

«De tels cas contiennent la promesse d'une extension au profit des victimes (ou de victimes potentielles) de la protection d'un système judiciaire indépendant et fonctionnant correctement, dans des pays où les sociétés peuvent être avantagées par l'absence d'une situation de droit ... ils démontrent d'une manière convaincante la dimension internationale des droits de l'homme. Le cas juridique est fondé sur la conviction que les compagnies ne doivent pas s'engager dans des activités à l'étranger qui les mettraient hors la loi dans leur propre pays.»²³³
(N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

L'objection principale des sociétés multinationales contre le choix du lieu de dépôt de plaintes au niveau de leur siège principal repose sur la doctrine du «forum non conveniens» (place non convenable) qui est valable surtout dans le système de la «common law» (système législatif des USA et de Grande-Bretagne). L'objection comprend trois arguments: 1) l'autre juridiction serait plus proche des faits, des témoins et des preuves; 2) l'autre tribunal aurait la capacité en matière de moyens et de temps de garantir un procès loyal, et enfin 3) il faudrait mettre un terme à cette mauvaise habitude du «forum-shopping», c'est-à-dire à cette façon de choisir le tribunal selon le point

de vue de la rentabilité. Un certain nombre de jugements prononcés à une date récente en Grande-Bretagne²³⁴ et un autre par la Cour suprême des USA²³⁵ ont toutefois rejeté ces objections et limité considérablement leur importance à l'avenir.²³⁶

Une autre stratégie de défense des sociétés transnationales réside dans le rejet de la responsabilité exclusivement sur les sous-traitants ou les fournisseurs qui agiraient de manière tout à fait indépendante juridiquement. C'est surtout dans l'industrie du vêtement que s'est instauré un système dans lequel les firmes locales fabriquent, souvent par l'intermédiaire d'agents, des vêtements sous la marque de la société transnationale en agissant en qualité de producteurs juridiquement indépendants. C'est justement dans cette industrie de la confection que ces chaînes de sous-traitants se sont étendues dans le monde entier sous la forme de petites fabriques, d'ateliers et de travail à domicile. On ne peut contrer avec succès cette stratégie de défense que si l'on peut prouver que la violation des droits (esclavage, travail forcé, travail des enfants, interdiction de représentation syndicale, etc.) a été commise dans le pays d'origine de la transnationale, par exemple en prouvant que la pratique a été ordonnée là-bas ou du moins y a été sciemment tolérée, ou bien que les relations entre la société et le lieu de production sont tellement étroites que la direction de la transnationale ne dirige et ne contrôle pas seulement la fabrication mais surveille également les conditions de travail, et qu'elle décide pratiquement de l'ensemble des conditions de production.

233 ICHRP, 2002, p. 105 et suivante.

234 Il en fut ainsi par exemple au mois de juillet 2000 dans l'affaire Cape Asbestos-Case jugée par le House of Lords, qui rejeta l'objection selon laquelle l'Afrique du Sud serait la meilleure juridiction, au motif que là-bas les circonstances de la contamination par l'amiante avancée par les victimes plaignantes pourraient être mieux évaluées; l'argument du tribunal fut que les fonds nécessaires à la plainte étaient insuffisants en Afrique du Sud. Cf. N. Ascoly, J. Oldenziel, 2002, p. 24, 54 et suivante.

Pour les mêmes raisons, l'objection de la Rio Tinto Zinc Corporation devant le tribunal britannique, selon laquelle la Namibie serait la juridiction la plus juste au motif que l'on pourrait bien mieux y examiner les dommages prétendument causés selon la victime plaignante par la poussière d'uranium (cancer) au cours de son travail dans la mine de Rössing, a été rejetée par le House of Lords au mois de juillet 1997. Cf. N. Ascoly, J. Oldenziel, 2002, p. 24 et 56.

235 Le 26 mars 2001, la Cour suprême des USA confirma le jugement du tribunal d'appel dans l'affaire de la veuve de Ken Saro-Wiwa en tant que représentant du peuple Ogoni contre la Royal Dutch Petroleum et Shell pour complicité dans de graves violations des droits de l'homme et de crimes contre l'humanité, en maintenant le choix de New York comme étant la juridiction compétente et non pas les Pays-Bas ou l'Angleterre, comme l'avait affirmé l'objection du 'forum non conveniens'. Cf. N. Ascoly, J. Oldenziel, 2002, p. 63 et suivantes.

236 De même également ICHRP, 2002, p. 105.

En ce qui concerne les plaintes déposées contre des transnationales auprès de la juridiction compétente par rapport à leur siège social aux USA, le ‚Alien Tort Claims Act‘ (ATCA) (loi sur les plaintes pour délits commis à l'étranger) de 1789 s'est avéré constituer dans une série de cas la base juridique adéquate.²³⁷ Grâce à cette loi des citoyens étrangers ont pu porter plainte auprès de tribunaux US-américains contre des sociétés transnationales étrangères également pour des délits qu'elles avaient commis en dehors des USA.²³⁸ La société transnationale étrangère doit toutefois disposer d'une présence en Amérique du Nord, situation qui peut être démontrée non pas par son siège principal mais par un représentant, une joint venture, une filiale ou même par une activité d'affaires sur de longues années. Quant aux délits, ils peuvent aller de la violation de droits internationaux reconnus, tels que l'esclavage, le génocide, la torture, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, mais aussi des violations de droits de l'homme y compris des droits fondamentaux du travail.

Un autre exemple a été également donné par l'affaire Chentex, où cinq importants dirigeants syndicaux ont introduit une plainte auprès de l'US-Federal District Court de Los Angeles contre la firme Chentex Garments, une filiale nicaraguayenne de la Nien Hsing Textile Co. enregistrée à Taiwan, et qui avait licencié en tout 700 ouvriers et ouvrières organisés en syndicats. Leur plainte se basait sur l'Alien Tort Claims Act (liberté de réunion et d'association; traitements cruels, inhumains et avilissants; violation du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité). La plainte a pu être retirée au mois de mai 2001, après que l'accusée reconnut le syndicat et le droit des plaignants à des activités syndicales, qu'elle ait réintégré les

employés licenciés et qu'elle ait retiré de son côté toutes les plaintes contre les membres du syndicat.²³⁹ Dans trois autres cas, de nombreux ouvriers et ouvrières de Saipan, une île au nord des Îles Marianne, déposèrent plainte contre une série de firmes internationales de l'industrie de la confection à cause de soi disant ‚sweatshop-conditions‘ (conditions d'ateliers de transpiration), c'est-à-dire de conditions de travail non sécurisées, d'heures supplémentaires non payées, de sur-exploitation etc. Les plaintes furent introduites sur la base de l'ATCA et de la loi Racketeer influenced and Corrupt Organizations (RICO) (loi sur le trafic d'influence et les organisations corrompues). Jusqu'en 2002, et à l'exception de Levi Strauss & Co, toutes les entreprises accusées acceptèrent un arrangement extra-judiciaire par lequel elles s'engagèrent à maintenir le niveau de postes de travail et à créer un fonds de dédommagement.²⁴⁰ Une autre plainte a été basée elle aussi sur l'ATCA et la loi RICO, celle déjà évoquée du peuple Ogoni contre Shell datant de l'année 1996, pour cause de graves violations des droits de l'homme (exécution sommaires, tortures, traitements cruels et inhumains, coups et blessures, exécution illégale dans le cas Saro-Wiwa et John Kpuien etc.). L'affaire n'a toujours pas été jugée.²⁴¹

L'affaire Unocal enfin revêt elle aussi une signification particulière. Dans cette affaire, des habitants d'un village birman ont introduit une plainte auprès de l'U.S. Federal District Court à Los Angeles contre la société Unocal Corporation, dont le siège se trouve en Californie, au motif d'une utilisation consciente du travail forcé et d'autres graves violations des droits de l'homme (décès de membres des familles, viols, pertes de leurs logements et de leurs biens etc.) au cours de

237 Cf. ICHRP, 2002, p. 103 et suivantes.

238 28 United States Code Section 1350. Il y est écrit: «Le tribunal régional représentera la juridiction originale de toute action civile introduite par un étranger pour un acte dommageable lorsque cet acte a été commis en violation de la loi internationale ou d'un traité des Etats Unis.» (N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

239 Cf. N. Ascoly, J. Oldenziel, 2002, p. 50 et suivante.

240 Voir N. Ascoly, J. Oldenziel, 2002, p. 59 et suivantes.

241 Voir remarque ci-dessus 235. Une plainte semblable a été introduite contre la Chevron Texaco Corp. par d'autres habitants, cette fois du delta du Niger, qui l'accusaient d'avoir, au cours de manifestations non violentes contre les activités de la firme pétrolière de San Francisco, détruit leurs conditions fondamentales de vie et d'avoir été à l'origine de morts, de blessés et de

la construction d'un gazoduc à travers la région de Tenasserim en Birmanie. Là aussi la plainte se réfère à l'ATCA et à la loi RICO ainsi que, de plus, à la loi 'Torture Victim Protection Act' (loi sur la protection des victimes de tortures). Le District Court rejeta la plainte au motif que l'existence d'une joint venture entre Unocal et le gouvernement birman n'a pu être constatée de manière suffisamment effective pour rendre cette société responsable des crimes commis par le gouvernement birman, bien qu'elle ait été mise auparavant expressément au courant des faits incriminés. Le tribunal demanda une participation plus étroite sous forme d'activités communes ou d'accords et autres contrôles avec les militaires.²⁴² La procédure judiciaire se trouve maintenant au niveau de la Cour suprême de Californie, où il s'agira non pas des fondements juridiques et de la justification de la plainte par des citoyens d'un Etat étranger, mais plutôt de savoir si Unocal peut être tenue pour responsable d'avoir aidé et favorisé les violations des droits de l'homme par l'armée et le gouvernement birmans, que ces derniers avaient commis pour rendre possible la réalisation du projet de construction en procédant au nettoyage de la région et en forçant les habitants à travailler.²⁴³

Dans la même région de Tenasserim en Birmanie et pour les mêmes motifs, quatre Birmans, qui ont fui le pays entre-temps, ont introduit une plainte au mois d'avril 2002 contre la société française de pétrole et de gaz, la Total Fina Elf (TFE), auprès d'un tribunal belge. Dans ce cas également les reproches concernaient le soutien des militaires birmans aux plans moral, financier, logistique et même militaire, alors qu'ils étaient responsables de la sécurité pour la construction du gazoduc. Il a été reproché à TFE d'avoir agi en toute connaissance des actes contraires aux droits de l'homme commis par les mi-

litaires afin d'assurer la sécurité y compris par le travail forcé. La base juridique est donnée par la loi belge de 1993 sur la jurisprudence universelle, sur la base de laquelle quatre Ruandais ont déjà été condamnés pour complicité de crimes contre l'humanité lors du génocide commis sur les Tutsis. Le procès en est encore à la phase de présentation des preuves.²⁴⁴ Quant à la question de savoir si la loi belge peut être utilisée également pour d'autres violations des droits de l'homme, par exemple pour violation des droits fondamentaux du travail, cela dépendra de la possibilité de qualifier ces violations de 'crimes contre l'humanité'. Le même raisonnement est valable aussi pour d'autres principes de droit mondial, comme le nouveau code pénal international de la République Fédérale (d'Allemagne) entré en vigueur le 1er juillet 2002.

Nonobstant les nombreuses difficultés effectives de tels procès, comme les coûts de la représentation légale, de la communication avec les plaignants, de la recherche de preuves ou bien l'inégalité des forces entre plaignants et sociétés transnationales, la réussite d'une telle stratégie n'est pas encore vraiment prouvée. Le fait qu'un grand nombre de normes de droits de l'homme ne soit pas encore consciemment perçu par la justice et les gouvernements au plan de son importance et du caractère juridique contraignant le caractérisant, ne devrait cependant pas conduire à une sous-évaluation ou à une négligence de la lutte en vue d'imposer les revendications sociales même aux sociétés privées. La «soft law» aussi n'est pas sans pouvoir autoritaire et influence pratique, tout comme l'imposition du droit qui dépend généralement plus fortement de l'implication politique des parties intéressées à l'application des droits de l'homme que des instances qu'elles qualifient elles-mêmes de «neutres». L'évolution du droit international, qui a

242 Cf. ICHRP, 2002, p. 130 et suivante.

243 Cf. N. Ascoly, J. Oldenziel, 2002, p. 59 et suivantes. Concernant les questions de complicité et de coopération consciente avec les forces (joint ventures, sous-traitants, fournisseurs etc.) qui commettent des violations de droits de l'homme, voir les détails dans ICHRP, 2002, p. 121 et suivantes.

244 Voir N. Ascoly, J. Oldenziel, 2002, p. 27.

duré souvent des décennies entières, à commencer par les programmes d'approche politiques jusqu'à la formation d'un droit contraignant constitue un exemple général de l'élargissement de la sphère juridique à tous les domaines et formes d'action de l'activité étatique. Cette pénétration du droit ou mise en forme juridique ira toutefois jusqu'à atteindre d'une manière de plus en plus conséquente même les champs d'action non étatiques, comme l'avait remarqué le TPI déjà en 1949:

«Les sujets de droit, dans quelque système juridique que ce soit, ne sont pas nécessairement identiques dans leur nature ou dans l'étendue de leurs droits, et leur nature dépend des besoins de la communauté. Tout au long de son histoire, le développement du droit international a été influencé par les exigences de la vie internationale, et la croissance progressive dans les activités collectives de l'Etat ont déjà donné lieu à des demandes d'action au plan international chez certaines entités qui ne sont pas des Etats.»²⁴⁵

(N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

Aujourd'hui, cette tendance s'est articulée plus fortement en tant qu'exigence d'un nouvel ordre juridique qui, comme l'exprime l'ancien juge auprès de la CIJ Christopher Weeramantry, oblige «les acteurs multinationaux ... dans le cadre des droits de l'homme, et le principe de la responsabilité»:

«Nous devons accorder la loi internationale de l'avenir à l'idée qu'une grande variété de nouveaux acteurs est apparue sur la scène internationale, avec des droits et des responsabilités que la loi internationale reconnaîtra comme leur étant inhérents ... Les grandes entreprises constituent un groupe très puissant parmi ces nouveaux acteurs internationaux que la loi de l'avenir reconnaîtra comme responsables du système juridique international.»²⁴⁶

(N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

²⁴⁵ TPI Reparations for injuries case, CIJ (Cour Internationale de Justice) Reports (1949), p. 178.

²⁴⁶ Ch. Weeramantry, 1999, p. 49.

VI. Etude de cas: l'Afrique du Sud

Les problèmes juridiques et politiques résultant du conflit entre les droits aux libertés et de propriété du système de contrats de l'OMC d'une part, et des droits de l'homme d'autre part, ne peuvent être plus clairement illustrés que par le conflit juridique ayant opposé le gouvernement sud-africain à un collectif de plaignants regroupant 39 sociétés pharmaceutiques internationales, et dont le gouvernement sortit vainqueur à la surprise générale.

Le 19 avril (2001), ce collectif de multinationales dénommé Pharmaceutical Manufacturers Association of South Africa (PMA) retirait la plainte qu'il avait introduite trois années auparavant contre le gouvernement d'Afrique du Sud auprès de la High Court (Haute Cour) à Pretoria.²⁴⁷ La plainte faisait suite à l'amendement (Amendment) n° 90 à la loi n° 101 de 1965 relative au contrôle des médicaments et des substances y relatives appelée «South Africa's Medicines and Related Substances Control Act»²⁴⁸ La loi en question fut vivement combattue par le Democratic Party (DP), le New National Party (NNP) et les représentants de l'industrie pharmaceutique. Le 18 février 1998 le collectif de la PMA introduisit sa plainte par le biais de laquelle il voulait stopper la loi, compte tenu qu'elle violait toute une série de droits de ses membres, notamment le droit de propriété qui est garanti dans la Constitution d'Afrique du Sud.²⁴⁹ Les sociétés réussirent même à faire inscrire aux USA l'Afrique du Sud sur la liste 301 de surveillance de la «United States Trade Representative» (USTR). Le prési-

dent Clinton avait fait retirer cependant cette mise à l'index en 1999, étant donné que les pays africains avaient le droit de proclamer leurs lois sans ingérence des USA, dans la mesure où ils acceptaient l'accord TRIPS sur les droits de propriété intellectuelle. Le 5 mars 2001 eut lieu la première et unique audience devant la Haute Cour, et un mois et demi plus tard le collectif des plaignants retira sa plainte après avoir convenu d'un accord avec le gouvernement.

L'arrière-plan de ce conflit juridique, dont l'importance est évidente pas seulement pour l'Afrique du Sud, est constitué par le fait que près de 5 millions de personnes sont infectées par le virus HIV/SIDA en Afrique du Sud, ce qui fait de ce pays l'un des pays les plus gravement affectés au monde par cette épidémie, et dont le nombre de malades et de morts ne fait que croître, touchant surtout la jeune population et parmi celle-ci la jeunesse économiquement active. Déjà maintenant, mais plus encore dans les quelques années à venir, le pourcentage croissant de la population infectée par ce virus a des conséquences catastrophiques au triple plan humanitaire, social et économique. Au cours des seules trois années séparant l'introduction et le retrait de la plainte plus de 400 000 personnes sont décédées des suites de maladies apparentées au SIDA, un grand nombre d'entre elles parce qu'elles ne pouvaient pas se permettre un traitement au coût aussi élevé. Et comme aucun vaccin préventif contre le SIDA ne semble pouvoir être disponible dans un avenir proche,²⁵⁰ le traitement de la ma-

247 The Pharmaceutical Manufacturers Association and Others v. (contre) The President of South Africa and Others, case (cas) no. 4183/98, High Court of South Africa Transvaal Provincial Division.

248 Le Conseil National des Provinces (National Council of Provinces) adopta la loi le 20 novembre 1997 et le président Nelson Mandela la signa le 25 du même mois. Au sujet des conflits de ce processus législatif lire Gray, A., Matsebula, T. entre autres, 2001.

249 Voir également l'article 25 I: «Nul ne peut être dépossédé de ses droits de propriété sauf en termes de la loi d'application générale, et aucune loi ne peut permettre un déni arbitraire de propriété.» (N. du tr. : citation en anglais dans le texte).

250 Voir M. Specter, 2003, p. 54 et suivantes.

ladie et la prolongation de la vie dépendent d'un nombre limité de médicaments qui doivent être pris régulièrement, et dans certains cas ensemble sous forme de cocktail.

Le plus grand inconvénient de ces médicaments réside dans leur prix extrêmement élevé, ce qui les rend inaccessibles surtout pour les pays d'Afrique, d'Asie et d'Amérique latine, que ce soit aux instances sanitaires publiques qu'à la plupart des assurés sociaux privés. Il faut signaler aussi qu'en 1995, 19 % des ménages en Afrique du Sud, qui avaient un revenu mensuel inférieur à 885 rands, dépendaient du secteur sanitaire privé. Une thérapie à trois médicaments (la trithérapie) revenait aux USA à environ 15.000 \$ US par an, en Afrique du Sud à 5.500 \$ US annuellement aussi (soit mensuellement environ 3.500 rands ou 450 \$US). En 2001 le prix fut ramené à environ 1.500 \$ US par an, c'est-à-dire mensuellement à 1.000 rands ou 125 \$ US, restant quand même encore inabordable pour les ménages moyens.²⁵¹ Malgré tout, le nombre de malades ayant pu être soignés à l'aide de ces médicaments avait pu passer de 10 000 à 150 000. De telles réductions de prix en si peu de temps ne se limitent pas seulement à l'Afrique du Sud. Au Honduras par exemple, le prix des médicaments rétro-viraux a baissé de 85 % en 2001, tandis qu'au Nicaragua le prix du cocktail se stabilisait à 5.000 \$ US par an.

La stratégie des différentes firmes pharmaceutiques en matière de prix est variée et dépend également de la disponibilité de génériques moins onéreux. En Afrique du Sud, 13 médicaments rétro-viraux enregistrés sur 15 sont brevetés, ce qui leur garantit une rémunération élevée s'il ne sont pas concurrencés par des génériques bon marché. C'est ainsi que l'AZT/Lamivudine de GlaxoSmithKline protégé par un brevet, un médicament qui empêche la contamination mère-enfant, revient mensuellement en Afrique du Sud à 811 rands, alors que le générique équivalent

coûte 232 rands mais n'est pas disponible en Afrique du Sud. Un autre traitement, la Nevirapine de Boehringer Ingelheim, également prescrit contre la contamination mère-enfant, coûte 365 rands, alors que le générique équivalent mais lui aussi indisponible en Afrique du Sud revient à 145 rands.²⁵²

Grâce à son amendement n° 90, l'Afrique du Sud a voulu ouvrir la voie aux génériques, mais a perdu en même temps trois années. Il en fut autrement dans le cas du Brésil, qui souffre lui aussi d'un grave problème de SIDA, mais qui prit en 1966 déjà la décision de fournir des génériques à 100 % des malades identifiés comme affectés du virus HIV. Il avait l'avantage de bénéficier d'une législation relative aux brevets qui excluait de sa protection les brevets concernant les médicaments. Il mit en place une production de génériques de tels médicaments anti-rétroviraux, comme la Zidovudine de GlaxoWellcome et le Diflucan de Pfizer, qui n'étaient pas protégés par des brevets au Brésil. Le succès de cette politique a été généralement reconnu. Pas seulement parce que les coûts d'une bi-thérapie, jusqu'en 2000, ont été rabaissés de 80 % et ceux d'une trithérapie de 36 %, mais aussi parce que la production locale de génériques a contribué à réduire les coûts de production de 70% environ. De plus, la menace brésilienne de recourir aux licences obligatoires pour une production locale a renforcé la position de ce pays dans ses négociations avec les autres multinationales pharmaceutiques et a conduit à des réductions drastiques des prix: de 70 % pour l'Efavirenz de Merck par exemple. Le Brésil fut ainsi en mesure de développer un programme étendu de lutte contre le virus HIV et le SIDA, programme considéré comme le plus important au monde et qui a fait largement ses preuves. Comme le constatait Mary Robinson dans son rapport pour l'année 2001,²⁵³ ce programme a réussi à réduire de 50 % le nombre de morts dus au SIDA au cours des quatre

251 Indications selon B. Loff, M. Heywood, 2002, p. 624. Voir aussi S. Power, 2003, p. 64.

252 Source: equal treatment, newsletter of the Treatment Action Campaign (TAC), novembre 2002, vol. N° 9.

253 Commission on Human Rights, 2001, paragraphe 51 ff

dernières années. Par ailleurs, les traitements en milieu hospitalier de maladies opportunistes (?) a été réduit de 80 %, étant donné que les maladies graves comme la tuberculose, le virus zytomegalo et le kaposisarcome ont régressé de près de 60 %. Cette réussite a permis au ministère brésilien de la santé d'économiser 422 millions de \$ US. Enfin, le programme a largement contribué à améliorer à long terme les capacités technologiques et scientifiques du Brésil qui permettent aujourd'hui à ce pays d'aider à l'avenir les pays pauvres dans leur lutte contre l'épidémie du virus HIV/SIDA. Ces données ont poussé Mary Robinson à constater que:

«Sur la base des éléments fournis par le gouvernement du Brésil, il est possible d'affirmer que le cas brésilien montre comment les clauses de l'accord TRIPS peuvent être mises en œuvre selon des modalités qui protègent et respectent le droit à la santé. Par une application rigoureuse au plan légal des prescriptions de l'accord TRIPS, en particulier de l'article 31 sur l'obligation de souscription de licence, l'article 71 de la loi brésilienne sur les droits de propriété intellectuelle soutient la mise en œuvre d'une politique nationale de la santé ayant pour objectif la mise à disposition des médicaments essentiels au profit de ceux qui en ont besoin. En outre, en appliquant les clauses de sauvegarde de santé publique prévues dans l'accord TRIPS, le gouvernement brésilien a marié avec succès la mise en œuvre de l'accord avec ses propres obligations nées de la loi sur les droits de l'homme, tout particulièrement son obligation de rendre abordables les médicaments essentiels.»²⁵⁴

(N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

Le Brésil avait dû adapter sa législation sur les brevets aux clauses de l'accord TRIPS sur les

droits de propriété intellectuelle. D'autre part, le gouvernement s'était vu accorder le droit de délivrer des licences obligatoires dans certains cas, comme l'abus de ses brevets par leur détenteur, l'abus dans l'usage de sa puissance économique ou dans d'autres situations bien particulières telles que «l'état d'urgence nationale» ou bien «l'intérêt public».²⁵⁵ Les deux concepts sont explicités dans le décret présidentiel sur les licences obligatoires (Presidential Decree on Compulsory Licensing) de 1999. Il y est écrit ce qui suit:

«a) Par urgence nationale on entend une situation de risque de blocage dangereux constituant une menace pour la population, même s'il ne concerne qu'une partie seulement du territoire national.» Il est écrit plus loin: «Sont considérés comme faisant partie de l'intérêt public entre autres les faits suivants relatifs à la santé publique: la nutrition, la protection de l'environnement de même que ceux revêtant une importance primordiale en matière de développement technologique ou social et économique de ce pays.»

(N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

Cette définition correspond à l'article 31 b) de l'accord TRIPS, qui autorise l'exploitation d'un brevet même sans l'accord de son détenteur, «si une situation d'urgence nationale ou d'autres événements d'une extrême urgence se produisaient ou bien s'il s'agit d'une utilisation publique et non commerciale». Compte tenu du caractère épidémique du virus du HIV/SIDA, il ne devrait pas être difficile pour les gouvernements de déclarer une telle épidémie comme revêtant le caractère d'une urgence nationale. La disponibilité évidente des multinationales à négocier ainsi que les concessions en matière de prix n'ont pas incité cependant le gouvernement brésilien à arrêter ses efforts de recherche et de production, ce

²⁵⁴ Commission on Human Rights, 2001, paragraphe 58.

²⁵⁵ Voir l'article 71 sur la loi de propriété intellectuelle de 1966, n° 9,279: «Dans le cas d'urgences nationales d'intérêt public, déclarées dans le cadre d'une loi proclamée par les autorités fédérales, et dans la mesure où les brevets ou les licences y afférentes ne répondent pas à une telle demande, une licence obligatoire temporaire et non exclusive pour l'exploitation de ce brevet peut être octroyée, sans préjudice des droits des brevets considérés.» (N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

qui lui permettait de cette façon de maintenir la pression sur l'industrie pharmaceutique. D'un autre côté, le gouvernement brésilien devait se défendre contre une plainte du gouvernement nord-américain auprès du 'Dispute Settlement Body' de l'OMC (Office de règlement des différends). La plainte visait une clause de la loi sur la propriété industrielle (Industrial Property Act) de 1996 qui autorise le Brésil à importer ou à fabriquer la version générique d'un médicament si le détenteur du brevet ne le fabriquait pas dans le pays même dans un intervalle de trois années. Les USA justifiaient leur démarche par la violation de l'accord TRIPS qui garantirait que «les brevets doivent être disponibles et les droits de brevets être exploitables sans discrimination quant au lieu de l'invention ou au domaine de la technologie et quant au fait que les produits soient importés ou fabriqués localement.»²⁵⁶ (N; du tr.: citation en anglais dans le texte). Les USA retirèrent toutefois leur plainte lorsque le Brésil leur apporta la preuve que le droit des brevets en vigueur aux USA contenait la même clause.²⁵⁷

Bien que le gouvernement sud-africain défende une autre politique que le gouvernement brésilien en matière de lutte contre le SIDA, une politique d'ailleurs fortement contestée,²⁵⁸ il se trouva lui-même confronté au même problème, à savoir que les prix des médicaments anti-SIDA disponibles sur le marché étaient excessivement chers pour des malades pauvres dans leur immense majorité, et qu'il fallait rendre les traitements accessibles. Il avait déjà fait une tentative en ce sens autrefois, mais il fut juridiquement

obligé par les multinationales de stopper sa démarche. Le 'South African Pharmacy Council' (le conseil pharmaceutique sud-africain) avait complété en 1984 son règlement déontologique, et le décret gouvernemental R2525 avait autorisé les pharmaciens à remplacer les médicaments prescrits par des substituts même sans l'accord du médecin ayant délivré l'ordonnance. Les deux initiatives furent interdites par la justice suite à l'intervention de l'industrie pharmaceutique. En 1995, le «South African Pharmacy Council» avait à nouveau manifesté son soutien au remplacement des préparations de marques par des génériques et avait reçu pour cela le soutien de la Pharmaceutical Society of South Africa (la société pharmaceutique d'Afrique du Sud). En 1996 ensuite, le gouvernement rendit publique une politique nationale du médicament («National Drug Policy») qui, outre des mesures de rationalisation des prescriptions et de l'usage de médicaments figurant sur une liste de médicaments essentiels, proposait également différents mécanismes pour la réduction des coûts, tels que la substitution générique de médicaments dont la protection du brevet a expiré, l'importation parallèle²⁵⁹ et les licences obligatoires.²⁶⁰

En se basant sur la loi n° 90 dite 'Medicines and Related Substances Amendment Act' (amendement de loi sur les médicaments et les substances y afférentes), le gouvernement fit le choix de quatre alternatives afin de réduire les coûts d'approvisionnement du secteur public et privé et de faciliter l'accès aux médicaments:

256 Voir South Africa's moral victory, *The Lancet* vol. 357, n° 9165 du 28 avril 2001, p. 1303.

257 Dans un cas analogue la Commission européenne introduisit une plainte contre le Canada auprès de l'Office de règlement des différends de l'OMC au motif d'une violation de l'accord TRIPS. La législation canadienne relative aux brevets permet en effet aux fabricants de génériques de produire des versions génériques d'un produit six mois avant l'échéance du brevet correspondant et de le garder en stock afin de le mettre sur le marché immédiatement après l'expiration de sa validité. Cf. R. Elliott, 2001 b.

258 Voir O. Quist-Arcton, 2001; S. Power, 2003, p. 54 et suivantes.

259 L'importation parallèle est définie par l'importation d'une préparation de marque brevetée, à partir d'un pays où ce même produit est proposé à des prix plus avantageux.

260 Une licence obligatoire permet de passer outre le brevet d'un fabricant par le biais de l'octroi à un autre fabricant de la licence l'autorisant à fabriquer lui aussi la préparation et à la commercialiser. De telles licences peuvent être octroyées en Afrique du Sud dans un nombre limité de situations et sur la base d'une procédure légalement prescrite conformément à la Section 4 et 56 a) et c) de la loi sur les brevets, 57, de 1998.

1. La possibilité d'importation parallèle de préparations de marques ou sous licence à partir d'un pays tiers et à des prix inférieurs (Section 15 C²⁶¹).
 2. La substitution générique de médicaments qui ne sont plus protégés par des brevets (Section 22 F²⁶²). Cela rend possible l'approvisionnement avec des médicaments d'égale valeur (importation ou production propre), mais seulement si la protection du brevet des préparations de marque aura expiré.
 3. La création d'un comité des prix pour la mise en place d'un mécanisme transparent de fixation des prix (Section 22 G²⁶³). L'industrie pharmaceutique devra justifier sa politique des prix devant ce comité.
 4. La possibilité d'un appel d'offres international pour des médicaments dont le secteur public de la santé aura besoin.
- Ce genre de mesures visant à baisser les coûts est courant dans de nombreux pays.

261 «15 C. Mesures visant à assurer un approvisionnement en médicaments plus abordables.

Le ministre peut prescrire dans certaines circonstances des conditions plus abordables pour l'approvisionnement en médicaments, de manière à protéger la santé publique, et peut en particulier:

- a) nonobstant toute chose contraire définie dans la loi sur les brevets de 1978 (Act n° 57 de 1978), décider que les droits sur tout médicament protégé par un brevet acquis dans la République ne doivent pas être étendus à des actes ayant trait à un tel médicament qui n'aurait pas été mis sur le marché par le propriétaire du médicament ou avec son consentement;
- b) prescrire les conditions sous lesquelles peut être importé tout médicament identique dans sa composition, répondant à la même norme de qualité et destiné à avoir la même dénomination commerciale qu'un autre médicament déjà enregistré dans la République, mais qui est importé par une personne autre que la personne qui détient le certificat officiel d'enregistrement du médicament déjà enregistré et qui provient de tout site de fabrication du fabricant d'origine tel qu'approuvé par le Conseil selon la procédure prescrite;
- c) prescrire la procédure d'enregistrement du médicament auquel il est fait référence au paragraphe b) ci-dessus ainsi que les conditions de son utilisation.»

262 «22 F. Substitution générique

- 1) Sous réserve des sous-sections 2), 3) et 4), le (la) pharmacien (ne) devra:
 - a) informer le public qui se présente à sa pharmacie avec une ordonnance de préparation sur les avantages de la substitution d'un médicament de marque par un autre médicament générique qui lui est interchangeable, et
 - b) délivrer un médicament générique interchangeable à la place du médicament prescrit par un médecin praticien, dentiste, technicien de la santé, infirmier (e) ou toute personne enregistrée selon la loi sur les professions de la santé de 1974, sauf s'il lui est expressément interdit d'agir ainsi par le patient.
- 2) S'il est fait opposition au pharmacien dans les conditions décrites envisagées dans la sous-section 1)b), ce fait devra être noté par le pharmacien sur l'ordonnance.
- 3) Si un médicament générique est délivré par le (ou la) pharmacien (ne) ce dernier inscrira dans le registre d'ordonnances le nom de la marque ou, lorsqu'un tel nom de marque n'existe pas, le nom du fabricant de ce médicament générique.
- 4) Un pharmacien ne devra pas vendre un médicament générique:
 - a) si la personne ayant prescrit le médicament a écrit de sa propre main sur l'ordonnance les mots 'no substitution' en face du médicament prescrit.
 - b) si le prix de vente au détail du médicament générique est plus élevé que celui du médicament figurant sur l'ordonnance; ou bien
 - c) lorsque le produit a été déclaré comme non substituable par le conseil.»

263 22 G:

- 1) Le ministre nommera les personnes qu'il jugera capables d'être membres d'un comité qui sera appelé comité des prix.
- 2) Le ministre, sur recommandation du comité des prix, peut prendre des mesures réglementaires:
 - a) sur l'introduction d'un système de prix transparent pour tous les médicaments et les substances mises en vente dans la République;
 - b) sur des honoraires appropriés pour les soins dispensés que peut demander le pharmacien ou toute autre personne autorisée selon les termes de la section 22 C 1) a).
- 3)
 - a) Le système transparent des prix envisagé dans la sous-section 2) a) devra inclure un prix unique de vente qui sera publié, comme prescrit, et un tel prix devra être le seul prix auquel les fabricants vendront leurs médicaments et leurs substances enregistrées à toute personne autre que l'Etat.
 - c) Aucun pharmacien ou personne autorisée selon les termes de la Section C 1) ne vendra un médicament à un prix supérieur à celui mentionné dans le paragraphe a).
 - d) Le paragraphe b) ne devra pas être interprété comme devant empêcher un pharmacien ou toute personne autorisée selon les termes de la loi de prélever des honoraires comme envisagé dans la sous-section 2) b).
- 4) Les membres du comité des prix qui ne sont pas employés à plein temps par l'Etat pourront percevoir une rémunération et des indemnités que le ministre, en accord avec le ministre des Finances, devra déterminer. (N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

Aux USA également la vente de médicaments génériques a considérablement augmenté. Si, en 1984, seulement 19 % des médicaments étaient des génériques, ce taux est passé en 1996 à 43 % de toutes les prescriptions. L'économie de coûts est énorme. Si l'on considère uniquement les ventes en pharmacie, le «Congressional Budget Office» estime que pour la seule année 1994 les acheteurs ont économisé 8 à 10 milliards de \$ US par le passage des médicaments de marque aux produits de substitution. Un rapport officiel du gouvernement US en attribue les raisons à trois facteurs:

- en premier lieu, la loi de 1984 intitulée ‚Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act‘ (loi sur la compétitivité des prix des médicaments et sur le rétablissement des échéances des brevets) – connue sous l'appellation de «Hatch-Waxman-Act», loi Hatch-Waxman – facilitait au profit des fabricants l'accès au marché de médicaments génériques non antibiotiques.
- En deuxième lieu, la plupart des Etats ont promulgué depuis 1980 des lois pour promouvoir les produits de substitution, en autorisant les pharmaciens à vendre des génériques même si l'ordonnance mentionne des préparations de marque.
- Enfin, en troisième lieu, certains programmes gouvernementaux sur la politique de santé tel que Medic-Aid ainsi que de nombreuses compagnies de sécurité sociale ont activement soutenu de telles substitutions par des génériques.

Les exemples démontrent par conséquent que l'initiative législative du gouvernement sud-africain n'a pas suivi des voies sortant de l'ordinaire;

elle n'a pas été non plus incompatible avec les pratiques d'autres pays en matière de réduction des coûts, et enfin elle ne peut pas être accusée de discrimination envers l'industrie pharmaceutique. Cette dernière appréciation a été avancée cependant par le plaignant, à savoir le collectif PMA, qui affirmait que la substitution par des génériques était une discrimination déloyale tandis que la qualité en était bien inférieure. De plus, la perte considérable de profit qui s'ensuivit au regard des énormes dépenses de recherche pour les préparations serait impossible à compenser et réduirait ainsi à l'avenir les possibilités de recherche de nouveaux produits.²⁶⁴ Abstraction faite de ce que l'industrie pharmaceutique n'apporte aucune transparence quant à ses dépenses de recherche, les fortes remises de prix consenties par elle-même laissent entrevoir des profits plutôt exorbitants que normaux retirés jusqu'ici de ses ventes. De plus, en ce qui concerne deux des plus importants médicaments anti-rétroviraux, le d4T et l'abacavir, ils ont été mis en évidence en collaboration avec les universités du Minnesota et de Yale, et les composants ont été découverts et développés à l'aide de ressources publiques au sein de ces mêmes universités, avant d'être enfin cédés sous licence aux sociétés Bristol Meyers Squibb et Burroughs Wellcome.²⁶⁵

Les pouvoirs accordés à l'importation parallèle sont basés sur le fait généralement connu que la même préparation est proposée dans différents pays à des prix extraordinairement différents.²⁶⁶ De nombreux Etats européens et les USA également utilisent cette procédure de l'importa-

264 Dans son mémoire du 28 mars 2001 (Replying Affidavit) il est dit à ce sujet: «Si aucun encouragement en termes de retour financier raisonnable sur les investissements consentis n'était accordé à l'industrie pharmaceutique multinationale basée sur la recherche, alors la motivation pour la recherche d'une solution pour cette maladie disparaîtra. En conséquence, le seul scénario restant est que la maladie trouvera sa propre fin: à savoir avec les funérailles du tout dernier porteur du virus.» (N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

265 Voir M. Heywood, 2001, p. 15.

266 C'est ainsi que Glaxo Wellcome par exemple vend le médicament anti-cancéreux Zantac en Inde au prix de 17,39 Rs, en Indonésie au prix de 658,36 Rs, en Grande-Bretagne au prix de 603,24 Rs et aux USA au prix de 1200,38 Rs.

Au mois de juillet 2000, Glaxo Wellcome a reçu l'approbation du Committee for Proprietary Medicinal Products de l'Union européenne (Comité de la propriété de produits médicaux) pour son médicament Trizivir. Lors d'une conférence de presse, la société présenta les avantages de ce médicament en faisant l'éloge de: «son activité puissante anti-VIH chez des patients traités aux anti-rétroviraux et du fait qu'un seul comprimé tous les deux jours est nécessaire, sans restrictions d'aliment ou de boisson. En outre, les régimes simplifiés dans le cadre de la prise de Trizivir peuvent aider à renforcer l'acceptation du traitement, ce qui constitue un des objectifs clés dans la gestion du traitement de l'infection du VIH.» (N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

Son prix de 2409 \$ US par personne et par an limite cependant son utilisation aux pays riches du Nord. La firme indienne Cipla Ltd. a développé quant à elle un comprimé semblable à trois composants qui serait tout aussi bien toléré. Cipla propose cette tri-thérapie à un prix de 350 \$ US par personne et par an. Voir à ce sujet M. Heywood, 2002, p. 223.

tion parallèle. Récemment, le ministère philippin de la santé ainsi que celui du commerce et de l'industrie ont eux aussi utilisé une société étatique pour importer d'Inde une préparation de marque à meilleur prix. L'économie ainsi réalisée s'est élevée à 3,5 millions de \$ US. Lorsque l'association locale «Health Care Association» a élevé une plainte contre cette pratique auprès de la Haute Cour, sa plainte fut rejetée au motif que ces achats rendaient plus avantageux le traitement des malades traités dans les hôpitaux publics et qu'ils étaient ainsi tout à fait justifiés. Le collectif PMA toutefois considéra cette procédure comme une violation du droit OMC sur la propriété intellectuelle et alla jusqu'à affirmer que l'Afrique du Sud s'était totalement isolée en appliquant une semblable législation. Ces griefs ont été cependant tous facilement rejetés, aussi bien en ce qui concerne la substitution générique que l'importation parallèle.²⁶⁷

Le plaignant introduisit une plainte contre la création projetée du comité des prix, qui peut recommander au ministre de la santé d'obliger les producteurs à fournir leurs médicaments à certains prix et les pharmaciens à ne pratiquer que de faibles marges bénéficiaires, au motif que cela constituait une violation du droit de commercer garanti par la Constitution. Le Conseil sud-africain de la pharmacie («South African Pharmacy Council») répliqua que la plupart des gouvernements pratiquant la liberté de marché avait mis en place un système de contrôle des prix direct ou indirect, comme par exemple le Danemark, l'Allemagne, les Pays-Bas et la Suède. Le Canada introduisit en 1987 un «Patented Medicines Review Board» (Office de Suivi des Médicaments Brevetés), dans le but de faire ainsi pression sur les prix. Cette façon de procéder fut une réussite,

tandis qu'au contraire l'industrie pharmaceutique n'obtint aucun succès suite à sa plainte pour violation de la Constitution.

Cette confrontation n'alla pas jusqu'au problème nodal de ce problème, à savoir le rapport entre le droit OMC d'une part, et les droits de l'homme et le droit national constitutionnel d'autre part, parce que le collectif PMA retira sa plainte peu de temps après la première audience. A cause de ce retrait, il manque à cette importante controverse une décision judiciaire qui aurait eu un profond écho bien au-delà des frontières de l'Afrique du Sud. Mais si les choses se déroulèrent ainsi, c'était dû sans contestation aucune à la grande résonance que cette procédure eut dans l'opinion publique, ainsi qu'aux protestations de plus en plus véhémentes contre le comportement de l'industrie pharmaceutique, portées par le mouvement activiste anti-SIDA. Au centre de ce mouvement on trouve la fédération syndicale COSATU, tout particulièrement la Treatment Action Campaign (TAC) qui fit son apparition au mois de décembre 1998. Elle organisa des manifestations, mais elle n'acquiesça à une réputation certaine que grâce à sa campagne contre la multinationale Pfizer Inc. visant à lui faire baisser le prix de sa préparation anti-fongique, le Diflucan/Fluconazole. Au mois d'octobre 2000, quand des militants de la TAC au retour d'un voyage en Thaïlande ramenèrent avec eux en Afrique du Sud 5000 comprimés du générique Fluconazole/Biozole, et annoncèrent au cours d'une conférence de presse le lancement de leur campagne dénonçant l'abus d'usage des brevets, ce fut là aussi le point de départ d'un débat public intensif sur l'abus d'usage des brevets et sur la contre-stratégie.²⁶⁸ Encouragée par ce succès, la TAC décida de se constituer *amicus curiae*²⁶⁹

267 Voir à ce sujet M. Heywood, 2001, p. 16.

268 Voir à ce sujet et à celui d'autres activités de la TAC M. Heywood, 2001, p. 7 et suivantes.

269 «Amicus Curiae» (en latin: ami du tribunal) est un concept tiré du droit anglo-américain des procès, et fait allusion à une personne ou à une organisation qui n'est ni plaignante ni accusée, mais qui est particulièrement intéressée à un conflit juridique et participe à la procédure. Le tribunal doit autoriser cette participation de l' *amicus curiae* et la partie qu'il doit soutenir doit elle aussi accepter sa participation .

(amie du tribunal) pour participer elle aussi aux discussions juridiques.²⁷⁰ Son argument central était constitué par le droit de l'homme à la santé, qui a la primauté en cas de conflit sur le droit à la propriété privée dans sa forme de droit relatif aux brevets, surtout s'il a été fait abusivement usage de ce dernier. Les trois prescriptions de l'amendement de loi (.Amendment Act') attaqués par le collectif PMA ne seraient en aucune manière contraires à la Constitution parce qu'ils répondraient au devoir du gouvernement de concrétiser le droit des hommes à accéder aux soins tel qu'il est inscrit dans la Constitution, et de protéger le droit à la dignité lui aussi garanti par la Constitution (Section 10), tout comme le droit à la vie (Section 11) et le droit à l'égalité (Section 9), et enfin d'agir du mieux possible dans l'intérêt des enfants (Section 28).

Au plan international, la TAC était entrée en relation avec Oxfam, Médecins sans Frontières, Action for Southern Africa (ACTSA) et avec la Health-GAP-Koalition aux USA. Quand commencent les audiences le 5 mars, il n'y eut pas seulement des manifestations à Pretoria sous la conduite de la COSATU et des églises, mais aussi et dans le même temps dans 30 autres villes à travers le monde, des USA jusqu'en Australie. 250 organisations de 35 pays avaient signé une pétition dans laquelle elles demandaient un retrait de la plainte. La retraite sans conditions des plaignants, avec même la prise en charge des coûts du procès, fut sans aucun doute une capitulation devant cette opinion publique organisée²⁷¹, tout autant que la prise de conscience de la vanité juridique de leur démarche. Dans une déclaration commune avec les sociétés pharmaceutiques, le gouvernement s'engagea à respecter le droit international ainsi que les obligations commerciales qui en résultent, à savoir l'accord TRIPS et la

protection des brevets. Le gouvernement s'engageait également à consulter les fabricants de médicaments dans la mise en œuvre du droit y afférent en matière de médicaments. En contrepartie, les multinationales du médicament abandonnaient au moins leur résistance à la loi sud-africaine, qui entra finalement en vigueur au mois de mars 2003. Le gouvernement s'applique actuellement à mettre en place le comité des prix dont la création avait été prévue²⁷², cependant que le lancement d'une production locale de génériques et/ou de l'importation de préparations à des prix avantageux n'est pas encore envisagé.

Il est indéniable que l'accord TRIPS est souvent utilisé pour saper les possibilités et les capacités de pays comme l'Inde, la Thaïlande, le Brésil ou même l'Afrique du Sud, de fabriquer eux-mêmes des génériques à des prix nettement inférieurs mais aussi de qualité égale aux médicaments de marque brevetés dans les pays industrialisés. Les entraves créées dans ce sens conduisent non seulement et uniquement à renforcer la position de monopole de sociétés pharmaceutiques transnationales gigantesques, et contredisent totalement le dogme de liberté commerciale sur lequel est basé le droit OMC, mais elles entrent également en conflit avec les besoins fondamentaux des populations des pays pauvres subissant les maladies et les épidémies, et dont les gouvernements éprouvent par ailleurs des difficultés à satisfaire aux obligations leur incombant en raison de leur acceptation des conventions relatives aux droits de l'homme. Toutefois, le conflit juridique qui eut lieu en Afrique du Sud et son dénouement surprenant prouvent selon toute évidence que les problèmes politiques sont en fin de compte plus difficiles que les problèmes juridiques.

Certes, l'accord TRIPS n'a pas été créé pour apporter une solution à ces problèmes de santé

270 Au sujet des plans stratégiques relatifs à cette démarche voir M. Heywood, 2001; J. Berger, 2002.

271 Le Sunday Times du 22 avril 2001 rapportait sous le titre: «The Call that Won the Drugs Battle [l'appel (téléphonique qui gagna la bataille des médicaments)], que le secrétaire général des Nations unies Kofi Annan avait appelé le président Tabo Mbeki et lui avait raconté qu' «il avait cinq des plus grandes compagnies pharmaceutiques qui sonnaient à sa porte, pour lui demander de les sortir d'affaire dans la bataille juridique de trois ans en cours avec le gouvernement sud-africain ... Cette affaire a fait beaucoup de mal à l'industrie pharmaceutique, la confinant dans le rôle d'un empire du mal, faisant obstacle aux efforts des pays du tiers-monde en vue d'acquérir des médicaments à des prix abordables.» (N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

272 Renseignement donné verbalement par Debbie Pearmain, Johannesburg.

et de pauvreté, mais il comporte tellement de 'points de rupture théoriques' qu'il ne peut pas s'opposer efficacement aux obligations étatiques d'assistance et de prestation sociales. Les articles 7 et 8, alinéas 1 et 2, ainsi que les articles 30 et 31 de l'accord TRIPS comportent des clauses très étendues d'exceptions, qui ne peuvent qu'être exploitées offensivement. Par exemple, l'objectif normalisé de la protection des brevets figurant à l'article 7 de cet accord qui consiste à «contribuer à la promotion de l'innovation technologique ainsi que du transfert et de l'expansion de la technologie, et à servir les avantages réciproques du créateur et de l'utilisateur du savoir technique», est valable pour l'Inde, le Brésil et l'Afrique du Sud tout comme pour les Etats de l'UE et les USA. Une protection rigoureuse des brevets sur une période de 20 années concentre toutefois le progrès technique là où il est actuellement chez lui et empêche le transfert vers les pays qui doivent à leur tour d'abord créer les conditions nécessaires pour cela; il attire même la technologie et la main-d'œuvre de ces pays, comme par exemple de l'Inde. Même si dans le cas de l'Afrique du Sud il n'y a pas eu de décision judiciaire, il n'en reste pas moins vrai que les débats approfondis sur le contenu et les buts de l'accord TRIPS ont démontré son intégration dans le système des droits de l'homme. La Déclaration de Doha, qui fut promulguée six mois après la fin du conflit juridique en faveur de la politique des Etats en matière de santé publique, montre que des possibilités sont offertes aux Etats sur ce plan-là et qu'elles ne demandent qu'à être exploitées.²⁷³ La limitation de la Déclaration aux seules trois maladies à caractère épidémique que sont le SIDA, la tuberculose et la malaria, est certes un manque, mais elle constitue quand même une base pour élargir le catalogue à d'autres maladies, qui s'étendent avec la même ampleur et dont les traitements dépendent également de médicaments protégés par des brevets et par conséquent proposés à des prix inabordables.

Les problèmes les plus importants, du moins pour ce qui est de l'Afrique du Sud, concernant l'approche de l'épidémie, se trouvent au niveau politique. Le gouvernement sud-africain, même après sa victoire sur l'industrie pharmaceutique, n'a pas déclaré «l'état d'urgence national ou autres situations d'urgence extrême» qui lui permettraient selon l'article 31 de l'accord TRIPS d'importer ou de fabriquer localement des génériques, ainsi que de procéder à des importations parallèles de médicaments protégés par un brevet. Le gouvernement poursuit une autre politique selon toute évidence. A la suite de l'annonce du retrait de la plainte déposée par l'industrie pharmaceutique, la ministre de la santé Dr. Tshabalala-Msimang déclara ceci:

«Le fait que vous ne produisiez pas d'anti-rétroviraux et que vous ne les administriez pas, ne signifie nullement que vous ne soignez pas la population séro-positive. Je pense que cela doit être clair.» Elle ajouta encore: «La question du caractère abordable des médicaments est encore à notre niveau. Ces médicaments ne sont pas abordables. Je pense que nous tous qui sommes assis ici, si nous prenions soin de lire des journaux comme The Mail ou The Guardian qui ont démontré – sans l'ombre d'un doute – qu'ils sont très inabordables ... qu'ils ne sont pas, pour ce qui nous concerne, abordables.»

(N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

Elle résuma les idées du gouvernement sur la question de la manière suivante:

«C'est pour cela que l'Afrique du Sud a opté actuellement pour la solution d'utiliser des médicaments pour gérer les infections opportunistes, parce que nous savons que si vous gérez les infections opportunistes et que si vous faites attention au statut nutritionnel des personnes vivant avec le SIDA, vous améliorez leurs vies.»²⁷⁴

(N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

²⁷³ Nous ne pouvons pas nous pencher dans le cadre de cette étude sur le programme de traitement en cours en Ouganda et qui semble se dérouler de manière exemplaire jusqu'ici.

A cette attitude s'ajoute certainement une stratégie basée sur des négociations vis-à-vis des grandes sociétés transnationales, afin de ne pas être mis sous pression par elle en d'autres occasions. A cet égard, le comité des prix doit jouer un rôle important.

Cette étude n'est pas le cadre adéquat pour traiter de la justesse et des chances de succès de cette politique. La COSATU, la TAC, et les autres ONG telle que Médecins sans Frontières, se sont montrées déçues de cette réaction et n'ont pas manqué de renouveler la critique qu'elles avaient émise depuis longtemps déjà contre la politique gouvernementale en matière de lutte contre le SIDA.²⁷⁵ Elles tiennent à leur revendication d'un plan de traitement du problème HIV/SIDA qui prévoirait entre autres mesures une couverture étendue en médicaments anti-rétroviraux d'un prix abordable.²⁷⁶ Au mois d'août 2001, une coalition de groupes dont faisait également partie la TAC, attaqua en justice le gouvernement central ainsi que les huit gouvernements de province

parce qu'ils refusaient de mettre à la disposition de la santé publique le médicament Nevirapine que la société Boehringer Ingelheim mettait entre-temps gratuitement à leur disposition et qui était un médicament éprouvé contre la transmission du SIDA de la mère vers le nouveau-né. Les gouvernements prétextèrent la toxicité du médicament, ce que rejeta la TAC à l'aide de toute une série d'expertises. La Haute Cour de Pretoria accepta les preuves des plaignants et condamna, le 14 décembre 2001, le gouvernement central ainsi que les huit gouvernements de province à rendre possible la distribution de Nevirapine aux femmes enceintes et à mettre au point un programme national complet de lutte contre la transmission du SIDA de la mère à l'enfant.²⁷⁷

Les gouvernements firent appel contre cette décision du tribunal constitutionnel. Ce dernier décida certes d'annuler le jugement de la Haute Cour, mais il le remplaça le 5 juillet 2002 par un autre jugement qui faisait finalement obligation aux gouvernements d'engager les mêmes actions,

274 O. Quist-Arcutron, 2001, p. 4.

275 Voir par exemple J. Berger, 2002, p. 595 et suivantes. Il y est question aussi des programmes mis en place par certains gouvernements de province pour la prévention de la transmission mère-enfant, p. 601 et suivantes. La COSATU a présenté des exigences détaillées quant au traitement de la question du virus VIH/SIDA lors de sa conférence sur le VIH et le SIDA organisée à Braamfontein les 30 novembre et 1er décembre.

276 Voir aussi S. Power, 2003, p. 54 et suivantes. Le plan de traitement doit comprendre les éléments suivants: «mesures pour des consultations et des tests volontaires; traitement des infections opportunistes; programmes de prévention de la transmission mère-enfant; prophylaxie post-exposition pour les victimes de viols et les personnels soignants; meilleur traitement des infections transmises sexuellement (e.g. acyclovir doit être disponible pour traiter l'herpès dans toutes les cliniques) et traitement anti-rétroviral pour les personnes vivant avec le VIH/SIDA. Le gouvernement doit mettre en œuvre, en tant que plan de traitement, des programmes de traitement de la communauté avec une thérapie anti-rétrovirale dans chacune des provinces avant le mois de mars 2003. Cent mille personnes doivent avoir bénéficié d'un traitement anti-rétroviral avant le mois de mars 2004.» Equal treatment, Newsletter of the Treatment Action Campaign (TAC), volume n° 9, novembre 2002. (N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

277 L'essentiel de la décision se retrouve dans ce qui suit::

«1. Il est déclaré que les neuf accusés (gouvernements central et provinciaux) sont en tout premier lieu obligés de mettre la Nevirapine à la disposition des femmes enceintes atteintes du VIH et devant accoucher dans un établissement sanitaire du secteur public, ainsi que de leurs bébés, dans le cadre de facilités de santé publique, et auxquelles les accusés n'ont pas étendu jusqu'à présent des programmes de prévention de la transmission du VIH de la mère à l'enfant, attendu que le jugement de l'expert médical, agissant en collaboration avec le superintendant médical concerné par ces facilités, et ceci est médicalement indiqué, est qu'il inclura que les femmes concernées ont été testées et conseillées de manière appropriée.

2.

3. Il est déclaré que les accusés se trouvent dans l'obligation immédiate de mettre sur pied un programme national effectif et étendu en vue de prévenir et de réduire la transmission du VIH de la mère à l'enfant, incluant les mesures de consultations et de tests, et si approprié la Nevirapine ou tout autre médicament approprié, et du lait pour biberons, lesquels programmes doivent pourvoir à leur mise en œuvre progressive dans toute la République et ce, d'une manière raisonnable. (N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

4.»

en les conditionnant cependant par les possibilités économiques de les réaliser.²⁷⁸ Le tribunal constitutionnel avait eu à plusieurs reprises déjà à traiter des exigences et de l'imposition des droits économiques et sociaux²⁷⁹, qui sont largement garantis par la Constitution d'Afrique du Sud. Dans le premier cas, celui de l'affaire Grootboom, il s'agissait de droits basés sur l'article 26 relatifs au logement et à l'hébergement²⁸⁰, tandis que dans le cas de l'affaire Soobramoney comme dans celui

de l'affaire du SIDA il s'agissait de droits basés sur l'article 27 relatif au droit à l'assistance sanitaire²⁸¹. Le tribunal ne laissa planer aucun doute sur le fait que ces droits étaient justiciables et que la seule question qui se posait était de savoir si et dans quelle mesure le gouvernement avait assumé ses responsabilités, et dans quelle mesure également il était tenu de prendre quelles mesures.²⁸² La problématique spécifique de l'Afrique du Sud dans l'accomplissement des droits consti-

278 «La Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud, le Ministre de la Santé et autres TAC et autres, cas CCT 8/02:

1. les dispositions arrêtées par la Haute Cour sont mises de côté et remplacées par les dispositions suivantes:
2. Il est déclaré que:
 - a) Les Sections 27 (1) et (2) de la Constitution exige du gouvernement de concevoir et de mettre en œuvre dans les limites des ressources disponibles un programme étendu et coordonné afin de réaliser progressivement les droits des femmes enceintes et de leurs enfants nouveau-nés à accéder aux services de santé pour combattre la transmission du VIH de la mère à l'enfant.
 - b) Les programmes devant être réalisés progressivement dans les limites des ressources disponibles doivent inclure des mesures raisonnables de consultations et de tests des femmes enceintes de VIH, des consultations de femmes enceintes atteintes du VIH positif avec les choix ouverts pour elles de réduire le risque de transmission du VIH de la mère à l'enfant et de mettre à leur disposition le traitement approprié à cet effet.
 - c) La politique de réduction du risque de transmission du VIH de la mère à l'enfant telle que formulée et mise en œuvre par le gouvernement est insuffisante par rapport aux exigences précisées dans les sous-paragraphes (a) et (b) dans ce que:
 - i) Les médecins exerçant dans des hôpitaux et des cliniques ou bien dans les centres de recherche et de formation ne sont pas autorisés à prescrire de la Nevirapine pour réduire le risque de transmission du VIH de la mère à l'enfant même si cela est indiqué médicalement et si des possibilités adéquates existent pour les tests et les consultations des femmes enceintes concernées.
 - ii) La politique a échoué à prendre des mesures en faveur des agents-conseils au niveau des hôpitaux et des cliniques ou également auprès des sites de recherches et de formation et les former à l'usage de la Nevirapine comme moyen de réduction du risque de transmission du VIH de la mère à l'enfant.
3. Le gouvernement est tenu sans délai:
 - a) d'annuler les restrictions empêchant la Nevirapine d'être disponible en tant que moyen de réduction du risque de transmission du VIH de la mère à l'enfant dans les hôpitaux et les cliniques publics qui ne sont pas des centres de recherche et de formation.
 - b) de permettre et de faciliter l'usage de la Nevirapine comme moyen de réduction du risque de transmission du VIH de la mère à l'enfant, et de le rendre disponible à cet effet dans les hôpitaux et les cliniques, si cela est médicalement indiqué selon l'avis du médecin praticien agissant en accord avec le superintendant médical de l'unité concernée par cette question, ce qui inclura si nécessaire que la mère concernée ait été testée et consultée de manière appropriée.
 - c) de prendre si nécessaire des mesures pour que les agents-conseils activant dans des hôpitaux et des cliniques publics ou bien dans des centres de recherche et de formation soient formés aux conseils d'accompagnement requis lors de l'usage de la Nevirapine en vue de réduire le risque de transmission du VIH de la mère à l'enfant.
 - d) de prendre des mesures raisonnables afin d'étendre les possibilités de tests et de consultations dans les hôpitaux et les cliniques à travers tout le secteur public de la santé afin de faciliter et de hâter l'usage de la Nevirapine en tant que moyen de réduction du risque de transmission du VIH de la mère à l'enfant.
4. Les dispositions arrêtées dans le paragraphe 3 ne doivent pas empêcher le gouvernement d'adapter sa politique d'une manière conforme à la Constitution si des méthodes également appropriées ou meilleures devenaient disponibles dans le cadre de la prévention de la transmission du VIH de la mère à l'enfant. ...» (N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

279 Les décisions les plus connues sont: Soobramoney contre le Ministre de la Santé, KwaZulu-Natal 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696 (CC) et Gouvernement de la République d'Afrique du Sud et autres contre Grootboom et autres 2001 (1) SA 46 (CC); 280 Article 26:

- «1. Chacun a le droit d'accéder à un logement adéquat.
2. L'Etat doit prendre des mesures législatives et autres, dans les limites des ressources disponibles, afin de mener à bien la réalisation progressive de ce droit.
3. Nul ne peut être expulsé de son logement ou avoir son logement démoli sans une décision de justice qui aura pris en compte toutes les circonstances pertinentes. Aucune législation ne peut permettre des expulsions arbitraires.» (N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

281 Article 27:

- «1. Chacun a le droit d'avoir accès aux services de soins de santé, y compris aux services de soins de santé reproductive; à suffisamment de nourriture et d'eau, et à la sécurité sociale, y compris s'ils ne sont pas capables de se s'entretenir eux-mêmes et d'entretenir leurs dépendants, ainsi qu'à une assistance sociale appropriée.
2. L'Etat doit prendre des mesures législatives et autres, dans les limites des ressources disponibles, afin de mener à bien la réalisation progressive de chacun de ces droits.
3. Personne ne peut se voir refuser les soins médicaux d'urgence» (N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

282 TAC (note 268), p. 18.

tutionnels a été clairement mise en évidence par le juge Yacoob dans l'affaire Grootboom:

«Cette affaire montre la situation désespérée de centaines de milliers de personnes vivant dans des conditions déplorables à travers le pays. La Constitution oblige l'Etat à agir positivement afin d'améliorer ces conditions. L'obligation consiste à fournir l'accès au logement, aux soins de santé, à suffisamment de nourriture et d'eau, à la sécurité sociale aux personnes incapables de s'entretenir et d'entretenir leurs dépendants. L'Etat doit également promouvoir des conditions à même de permettre aux citoyens de bénéficier de l'accès à la terre sur une base équitable. Ceux qui seraient dans le besoin ont un droit correspondant de demander que cela leur soit accordé.

Je suis conscient que le fait de répondre à ces obligations dans les conditions qui prévalent dans notre pays représente une tâche éminemment difficile pour l'Etat. Cela est reconnu dans la Constitution qui prévoit expressément que l'Etat n'est pas obligé d'aller au-delà des ressources disponibles ou bien de concrétiser immédiatement ces droits. Je souligne toutefois qu'en dépit de toutes ces restrictions, ce sont là des droits, et la Constitution oblige l'Etat à les rendre effectifs. C'est une obligation que les Cours peuvent et, dans des circonstances appropriées, doivent exécuter.»²⁸³

Ces déclarations sont valables dans la Constitution de l'Afrique du Sud pour tous les droits sociaux et économiques, et sont liées par le tribunal au concept du soi disant «minimum-core» (noyau minimum) qui a été développé par la Commission des Nations unies sur les droits économiques, sociaux et culturels sur la base de l'article 2 alinéa 1 du Pacte social. Dans ce sens, l'Etat est obligé dans tous les cas d'assurer un approvisionnement minimal et, quelles qu'en soient les diffi-

cultés, de garantir que ce minimum soit à chaque fois estimé justement. Dans son commentaire général n° 3 de 1990, la Commission du Pacte social estime que:

«Une institution de l'Etat, dans laquelle des individus, quel qu'en soit le nombre, sont privés des denrées alimentaires essentielles, des soins de santé primaires essentiels, de l'abri et du logement de base ou des formes les plus fondamentales de l'éducation, est considérée ,prima facie' comme manquant à ses obligations issues de la Convention. Si la Convention devait être lue de manière telle qu'elle n'établisse pas un tel minimum d'obligations essentielles, elle serait alors largement dépourvue de sa ,raison d'être'. De la même manière, il doit être noté que toute évaluation tendant à constater qu'un Etat se serait déchargé de son minimum d'obligations essentielles doit prendre également en compte l'estimation des contraintes de ressources régnant à l'intérieur du pays concerné. L'article 2 (1) oblige tout Etat à prendre les dispositions nécessaires ,jusqu'au maximum de ses ressources disponibles'. Afin qu'un Etat soit capable d'attribuer son échec à réunir au moins le minimum de ses obligations nodales à l'indisponibilité de ressources, il doit démontrer qu'il a déployé tous les efforts possibles en vue de réunir tous les moyens dont il dispose dans le but de satisfaire, de façon prioritaire, à ces obligations minimales.»²⁸⁴

(N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

Dans son commentaire général n° 14 de l'année 2000, la Commission s'intéresse de façon plus détaillée au contenu du droit à la santé de l'article n 12 du Pacte social, et attire l'attention tout particulièrement sur les obligations étatiques en matière de promotion de la recherche scientifique y afférente, sur l'accès aux traitements coûteux – et surtout aux médicaments qui traitent les mala-

²⁸³ Grootboom (note 279) numéro 6 paragraphe 93-4.

²⁸⁴ Committee of Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) (Commission des Nations unies.) General Comment n° 3, The Nature of States parties Obligations (article 2,1), 14 décembre 1990, paragraphe 10.

dies qui se répandent notamment dans les pays pauvres, telles que la tuberculose, la malaria, le VIH/SIDA –, sur les programmes nationaux visant à garantir le droit à la santé, sur la clarification des obligations internationales, etc.²⁸⁵

Les articles 26 et 27 font obligation aux Etats d'agir de deux manières différentes. Alors que le paragraphe 1 oblige l'Etat à garantir à ses citoyens le droit correspondant, le paragraphe 2 oblige les Etats à prendre «des mesures raisonnables, législatives et autres, dans le cadre des ressources disponibles afin d'arriver à réaliser progressivement les droits». Ces normes ne se contredisent qu'en apparence. En effet, comme l'explique le tribunal constitutionnel, les deux paragraphes doivent être lus ensemble, de sorte que la garantie du droit dans le paragraphe 1 ne peut pas aller plus loin que ne lui permet sa réalisation progressive dans les limites des ressources disponibles. Dans le jugement sur l'affaire Soobramoney il est dit à ce sujet:

«Ce qui apparaît à travers ces dispositions c'est que les obligations imposées aux Etats par les articles 26 et 27 en matière d'accès au logement, aux soins de santé, à l'alimentation, à l'eau et à la sécurité sociale, dépendent de la disponibilité des ressources pour de telles mesures, et que les droits correspondants eux-mêmes sont limités en raison du déficit en ressources.»²⁸⁶

(N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

Pour le tribunal, il en découle que l'Etat peut être à peine obligé de mettre en place immédiatement un service minimum.²⁸⁷ De plus, il faudrait laisser à l'Etat la possibilité de choisir parmi une large palette d'alternatives politiques afin de répondre à ses obligations:²⁸⁸

«Nous concluons par conséquent que l'article 27 (1) de la Constitution ne donne pas naissance à un droit positif autonome et indépendant qui soit exécutoire nonobstant les considérations mentionnées à l'article 27 (2). Les sections 27 (1) et 27 (2) doivent être lues ensemble comme définissant l'étendue des droits positifs dont chacun peut se prévaloir ainsi que les obligations correspondantes de l'Etat de ,respecter, de protéger, de promouvoir et d'accomplir' de tels droits. Les droits conférés dans les sections 26 (1) et 27 (1) sont les droits d' «accès» aux services que l'Etat est obligé de mettre en place aux termes des articles 26 (2) et 27 (2).²⁸⁹

(N. du tr.: citation en anglais dans le texte).

C'est dans la structure même de ces contrats d'action que réside la difficulté à les mettre en œuvre tant elle laisse de possibilités quant à sa mise en pratique; de même, le «minimum core», c'est à dire le seuil au-delà duquel l'Etat contrevient à son engagement reste difficile à déterminer. Le critère de «Bon sens» (Art. 26 et 27 du Code Syndical: reasonable legislative or other measures ne résout qu'insuffisamment le problème comme de souligner lui-même le Conseil Constitutionnel:

«La question est toujours de savoir si les mesures prises par l'Etat pour réaliser les droits accordés par la section 26 sont raisonnables. Pour être raisonnables, ces mesures ne peuvent pas omettre de tenir compte du degré et de l'étendue du déni de droit qu'elles envisagent de couvrir. Ceux dont les besoins sont les plus urgents et dont la capacité à bénéficier de tous les droits sont le plus en péril ne doivent pas être ignorés. Si ces mesures, bien que statistiquement considérées comme réussies, échouent à mettre en œuvre des dispositifs de réponse

286 Soobramoney (note 279), numéro 6 paragraphe 11.

287 TAC (note 268), p. 24.

288 Ces positions correspondent à la jurisprudence du tribunal constitutionnel allemand sur les obligations commerciales de l'Etat dans le cadre du principe de l'Etat social, voir BVerfGE (Trib. Const. Fédéral) 33, p. 303 et suivantes.

289 TAC (note 268), p. 26.

*aux besoins des citoyens les plus dramatiquement nécessaires, alors elles ne doivent pas être considérées comme ayant réussi au test de 'raisonnabilité'.*²⁹⁰

Le tribunal n'a laissé planer aucun doute dans aucun des cas déterminants sur le fait que, malgré les difficultés du 'test de raisonnabilité', la décision d'action est juridiquement obligatoire et finalement déterminable. Le tribunal a pu ainsi constater non seulement une violation par les autorités sanitaires des obligations découlant de

l'article 27 de la Constitution, mais il a aussi appelé à ce que des mesures relativement concrètes soient prises en matière de protection contre la transmission du sida de la mère à l'enfant et pour faciliter l'accès à un certain médicament, ainsi que pour diversifier les offres en matière d'approvisionnement et d'assistance.²⁹¹ Pourtant, cette décision ne changea rien elle aussi pour l'instant à l'attitude fondamentalement opposée du gouvernement vis-à-vis des médicaments anti-rétroviraux usuels.²⁹²

290 Summary (résumé de:) of Grootboom (note 279), p. 1 et suivante.

291 Cf. Summary de la décision TAC, note ci-dessus n°268. La décision est en concordance totale avec le rapport de la Haute Commissaire des Nations unies sur la relation de l'accord TRIPS avec le droit à la santé, Commission des droits de l'homme, 2001, paragraphe 29 et suivants, p. 10 et suivantes.

292 Voir S. Power, 2003, p. 64 et suivantes. A la fin du mois de mars 2003 le ministre des Finances Trevor Manuel taxait les médicaments anti-rétroviraux de «magie vaudou», pendant que la Campagne Action Traitement (la TAC) commençait sa campagne de désobéissance civile. Plusieurs sociétés sud-africaines prenaient en charge financièrement le traitement de leurs employées à l'aide de tels médicaments, parce qu'il était plus raisonnable économiquement d'agir ainsi plutôt que de recruter constamment de nouvelles collaboratrices.

VII. Conclusion

Sur les 175 membres de l'OIT 145 sont des Etats contractuels du Pacte social; pour l'OMC, 144 Etats sont membres, tandis que pour le FMI et la Banque mondiale, 183 Etats en sont membres ou respectivement détenteurs de parts. Ces chiffres ne sont que l'expression numérique du fait que pratiquement tous les Etats sont aujourd'hui liés par le code étendu des droits de l'homme sociaux, économiques et culturels tout comme par le droit international économique et commercial. Les Etats qui n'ont pas voulu jusqu'ici se laisser lier contractuellement ne sont pas pour autant exclus de ces ensembles juridiques; ils y sont liés quand même par l'universalité des principes centraux en termes de droit coutumier. Ces derniers sont dans les faits inévitables et ont pénétré au fil des décennies passées et de la globalisation le moindre recoin de la terre.

L'universalisation et l'homogénéisation internationale des principes juridiques ne signifient pas toutefois, et en aucune manière, que la mise en application des droits se serait traduite dans le même temps par un rapprochement des conditions de vie ou par un quelconque nivellement du fossé existant entre pays pauvres et pays riches ou même par une extension universelle des droits de l'homme. Bien au contraire. L'aggravation de la pauvreté, de la faim et de la misère dans de grandes parties du monde, l'effondrement de certaines économies et de certains Etats, la destruction des ressources écologiques un peu partout dans le monde, l'expansion des guerres civiles et de la terreur, toutes ces situations n'ont pas pu empêcher la modernisation des codes juridiques de l'économie et du commerce, si elles n'y ont pas contribué même. Dans le cadre de ce processus de polarisation de la pauvreté, les droits de l'homme avaient très peu de chances de survivre, et ils n'ont pas pu jusqu'ici constituer un

instrumentaire efficace de leur affirmation vis-à-vis d'une libération toujours plus drastique des forces du marché, de la concurrence et des mouvements incontrôlables des capitaux. Autrement dit, face à l'efficacité des droits internationaux de l'économie et du commerce et de leurs institutions en matière de libéralisation du marché mondial, ainsi qu'à la mainmise sur toutes les ressources à l'échelle mondiale, le système des droits de l'homme n'a rien de comparable à opposer; même plus: il doit lutter pour ne pas perdre dans la réalité du terrain des positions de droit perçues comme assurées – comme les droits de la main-d'œuvre, des syndicats, des enfants. La globalisation de l'économie n'a comparative-ment aucun lien effectif avec l'universalisation des droits de l'homme.

Les droits de l'homme ont connu au cours des dernières décennies du siècle dernier une attention croissante. Pas seulement auprès des ONG dont le nombre et les activités se sont étendus, mais aussi auprès des Etats et des organisations où l'on a noté aussi bien la création de nouveaux mécanismes et autres comités que, enfin, l'épanouissement d'une recherche théorique aussi bien que pratique-empirique sur les questions relatives aux droits de l'homme, une recherche qui n'a pas uniquement contribué à rehausser nettement le niveau de leur clarification et de leur connaissance mais également à les généraliser auprès des populations. Même un organisme considéré jusque là comme «résistant aux droits de l'homme», en l'occurrence la Banque mondiale, s'y est intéressé en 1999, à l'occasion d'une publication sur le thème: «Développement et droits de l'homme: le rôle de la Banque mondiale.» L'UNICEF a fait également de la Convention sur les droits de l'enfant le leitmotiv de sa politique tout comme le PNUD qui veut fonder son appro-

che du développement durable sur les droits de l'homme. Il en est de même de l'OMC et de la FAO tout comme d'autres organismes internationaux spéciaux et particuliers qui sont eux aussi sur le chemin d'une fondation de leur politique sur les droits de l'homme. Pourtant, ces organismes se dressent toujours encore contre des organisations qui consacrent leurs activités en tout premier lieu à la défense des droits de l'homme, telle que l'OIT, et tout particulièrement contre les initiatives de celles-ci tendant à relier et à accorder leurs activités, et à intégrer les standards sociaux généralement admis en tant que clauses sociales dans leurs réglementations des contrats. Derrière tout cela il y a la persistance d'une séparation de plus en plus intenable du droit économique par rapport aux droits de l'homme, en tant que deux droits séparés. De telles séparations ont la plupart du temps pour objectif de maintenir des prétentions de priorités pour ceux qui en sont les partisans, comme l'a démontré la séparation historique des droits de l'homme économiques des droits politiques en deux pactes distincts en 1967.

La seule revendication convaincante aujourd'hui, celle relative à l'indivisibilité des droits économiques, de libertés et sociaux, repose politiquement sur la conviction que, à la suite de la mondialisation, l'interdépendance de tous les domaines de la vie, de l'économie et de la politique interdit tout simplement la séparation de leurs fondements juridiques. Au plan du dogme du droit elle repose sur la conviction indiscutable qu'un même degré de contrainte est attribué à tous les domaines du droit, et que toutes les interférences ou concurrences doivent être solutionnées en fonction de chaque cas concret. Le développement économique et l'imposition des droits de l'homme ne constituent pas deux processus de développement successifs, se succédant l'un l'autre, mais bien deux missions intégrées communiquant avec succès l'une avec l'autre. De la même manière que les nombreuses Conférences de l'ONU sur les problèmes élémentaires des processus de développement et des droits de l'homme, de Rio en 1992 à Rome en 1998 (cf. aussi page 14 ci-dessus), ont

pu réduire puis supprimer petit à petit la séparation entre les droits de l'homme politiques et civiles d'une part, et les droits économiques, sociaux et culturels d'autre part, de la même manière nous nous trouvons aujourd'hui confrontés à la tâche de dépasser la séparation artificielle entretenue entre les droits économiques et les droits de l'homme, ce qui est décrit dans le système des Nations unies par le concept de «mainstreaming» des droits de l'homme.

Le point de départ juridique est tout d'abord la mise en relief de l'équivalence du degré de contrainte juridique des droits de l'homme politiques et sociaux, qui résulte de l'indivisibilité des prétentions de défense et de prestations vis-à-vis de l'Etat dans les relations modernes de vie. Les droits politiques de défense revêtent aujourd'hui aussi peu de sens sans les prestations spécifiques de l'Etat que n'en ont les prétentions de prestations sans les droits de défense. Le fait que les droits sociaux de l'homme réclament une autre forme de réalisation que les droits de défense (voir l'article 2 du Pacte social) ne change rien à l'égalité de leur caractère contraignant et justiciable. Même les différents niveaux des obligations de l'Etat, du respect des droits de l'homme jusqu'à leur concrétisation en passant par leur protection, sont uniquement des modalités de prestation de l'Etat qui ne changent rien à l'égalité normative du caractère contraignant des droits de l'homme. Cet état de fait s'est imposé progressivement dans la littérature et la science.

Par ailleurs, une hiérarchie s'est établie entre les différents droits de l'homme au plan de leur caractère contraignant, faisant de certains d'entre eux des normes absolument contraignantes (*ius cogens*) ne pouvant être en aucune façon exclues de toute disposition contractuelle, et des obligations intouchables pour tous les Etats. En font partie aussi bien des droits politiques classiques tels que l'interdiction de génocides, de la torture, de l'esclavage et de la discrimination raciale, que les soi disant droits sociaux du travail mentionnés par la Conférence internationale du travail tenue en 1998 dans la Déclaration sur les

droits fondamentaux du travail (droit d'association et de négociations collectives, interdiction du travail forcé, d'esclaves et des enfants, interdiction de la discrimination au poste de travail). Cet état de fait constitue une preuve supplémentaire de l'égalité et de l'indivisibilité juridiques des droits de l'homme non seulement par rapport aux Etats mais aussi aux grands organismes internationaux dont l'existence repose sur leur création par les Etats et par l'affiliation y afférente de ces derniers, tels que la Banque mondiale, le FMI et l'OMC. L'article 25 GG (de la loi fondamentale allemande) a confirmé la validité intra-étatique des droits de l'homme en tant que «règles générales du droit des peuples» et leur a une fois de plus octroyé expressément le soutien du droit constitutionnel.

Dans le cadre également de l'ordre mondial du commerce structuré par l'OMC, le rapport des droits commerciaux et économiques avec les droits sociaux de l'homme s'est nettement clarifié en faveur de la capacité d'imposition de ces derniers. Même si les pays en voie de développement se sont fortement opposés par méfiance vis-à-vis d'éventuelles intentions protectionnistes à l'introduction de clauses sociales dans les contrats internationaux économiques et commerciaux, les dangers relatifs à l'efficacité des droits sociaux proviennent toutefois d'un autre côté. Tandis que les commissions de l'ONU ne cessent de réclamer avec insistance dans leurs résolutions la primauté des droits de l'homme sociaux sur la politique économique et les libertés du droit économique, les spécialistes réclament quant à eux également, à l'occasion de leurs débats sur le concept du caractère constitutionnel des droits de l'homme, l'intégration totale et contraignante des standards des droits de l'homme dans le droit et dans les institutions de l'ordre commercial mondial. Ces dernières doivent se voir attribuer la responsabilité de la garantie et de l'application des droits de l'homme. La traduction néo-libérale des droits de l'homme qui se fait jour derrière ce concept se préoccupe pour l'essentiel des droits économiques de liberté et

de propriété ainsi que de liberté de la concurrence en tant que garants fondamentaux de la conception dominante du libre échange. Dans ce même esprit, des tentatives sont faites pour élever les droits économiques de libertés, à commencer par la propriété jusqu'à la concurrence en passant par la non-discrimination, au rang de droits de l'homme.

Cette vision des choses est sévèrement critiquée parce qu'elle instrumentalise les droits de l'homme en faveur des objectifs du libre échange. De manière plus correcte, les droits du commerce, de l'économie et de l'homme doivent être perçus comme un alliage dogmatique de droits dans lequel aucun droit ne peut bouger sans faire bouger les autres. Les droits de propriété et de libertés ne peuvent pas, dans le cadre des conceptions de justice de la société internationale actuelle, continuer à être appliqués de manière isolée et séparée. Les droits de l'homme forment à cet égard les perspectives fondamentales ainsi que les objectifs à atteindre de la société, auxquels doivent se subordonner les droits de propriété et de libertés, et pas le contraire.

Cette perception des droits sociaux, qui ne doivent pas être considérés comme des exceptions mais au contraire comme le noyau constitutif qui fonde le commerce, les investissements et la circulation des capitaux, dont la valeur justement découle uniquement de leur contribution au bien-être de la société, doit également déterminer les possibilités et les procédures de leur imposition. La suppression de la séparation entre le droit économique et les droits de l'homme est en quelque sorte seulement le point de départ théorique. Ce qui est plus difficile, c'est la procédure, c'est-à-dire la détermination de la voie politique et des instruments juridiques devant servir à leur mise en application. Cela suppose par exemple l'existence d'un secteur public fort, qui soit en mesure d'imposer les positions de droit vis-à-vis du capital transnational et, souvent aussi, de l'administration locale qui se cache derrière lui. Les gouvernements concernés devraient par exemple imposer dans les conventions inter-

nationales économiques et commerciales une clause qui obligerait les institutions multinationales (par exemple la Banque mondiale ou le FMI) de ne soutenir aucune mesure ou de n'en entreprendre elles-mêmes aucune qui pourrait mettre en danger les progrès sociaux acquis ou provoquer un recul dans le processus de développement. L'accord de libre échange NAFTA ou ALENA (et ses deux textes annexes) conclu entre les USA, le Canada et le Mexique pourrait constituer un exemple alarmant ou au contraire prédictif avec toute une série positive d'institutions destinées à faire valoir les droits de l'homme mais aussi avec sa dotation déficiente en pouvoirs de contrôle et de sanctions.

Une prise en compte à temps, dès le stade de formulation de la politique et non pas plus tard et après coup, de l'imposition des droits de l'homme en tant que cadre de référence constitue un élément décisif pour la correction des erreurs de développement et l'évitement des dégâts. A cet égard, il faudrait absolument veiller à ce que le rôle et la signification des droits de l'homme trouvent une place jusqu'ici non prévue dans l'agenda de la Conférence ministérielle de l'OMC de Cancun, afin de poursuivre le dialogue commencé à Doha en 2001 et non encore achevé. Concernant cette approche préventive qui anticipe des conflits possibles entre les droits contractuels et les droits de l'homme, les principes suivants revêtent une grande importance:

- En cas de conflit entre les droits et les obligations qui découlent pour un Etat des contrats conclus dans le cadre de l'OMC et des codes internationaux de droits de l'homme acceptés par lui, ce sont ces derniers qui doivent avoir la primauté.
- Rien dans l'ensemble des accords de l'OMC ne doit empêcher les Etats membres de prendre les mesures nécessaires à l'accomplissement, à la protection et au respect des droits de l'homme, en particulier du droit à la santé, à la nourriture y compris l'eau, au logement et à l'éducation, ainsi que des droits nodaux du travail.

- Tous les accords économiques et commerciaux à conclure dans le contexte des conventions de l'OMC doivent contenir expressément des dispositions résultant des obligations respectives de respect, de protection et d'accomplissement vis-à-vis des droits de l'homme correspondants. Cette façon d'agir est valable également pour les accords du GATS et du TRIPS eux-mêmes, qui doivent être complétés dans le sens que, en cas de collision entre les obligations de l'Etat nées des accords et celles nées des droits de l'homme, ces derniers aient la primauté.
- Dans le cas de discussions d'arbitrage devant l'Office de règlement des différends (Dispute Settlement Body) toutes les dispositions des différentes conventions dans le cadre de l'OMC prévoyant des obligations des Etats doivent être interprétées à la lumière de leur conformité avec les codifications correspondantes des droits de l'homme.

Enfin, on ne doit pas omettre une évolution qui est passée au premier plan ces derniers temps: le fait de faire valoir les violations internationales de droits de l'homme devant des juridictions nationales. Cela concerne notamment des violations du droit du travail et des pratiques commerciales contraires aux droits de l'homme du fait d'entreprises sous-traitantes de sociétés transnationales en Afrique, en Asie, en Europe de l'Est, en Europe centrale et en Amérique du Nord. Les buts visés par de telles procédures judiciaires sont les dédommagements pour les violations subies. Malgré toutes sortes de difficultés et les issues pas toujours positives de ce genre de plaintes encore peu éprouvées, elles constituent cependant un avertissement à ne plus faire usage de telles pratiques à l'avenir, et visent à cet égard non seulement les pratiques des sociétés mais aussi celles de leurs comparses, à savoir dans la plupart des cas les gouvernements des Etats qui les hébergent.

L'exemple de l'Afrique du Sud montre combien sont élevés le degré d'attention et les effets politiques que de telles plaintes peuvent provo-

quer. Dans ce cas, ce sont les sociétés transnationales qui voulaient imposer leurs droits de propriété sous forme de brevets de médicaments contre la législation sud-africaine, qui voulait de son côté assurer l'approvisionnement de la population en médicaments à des prix abordables. Le gouvernement pouvait se référer aux droits de l'homme garantis par la Constitution et relatifs à l'accès à une assistance sanitaire appropriée, à la dignité, à l'égalité, et à ses obligations d'agir au mieux des intérêts des enfants. L'attaque des sociétés pharmaceutiques contre ces droits de l'homme et ces droits constitutionnels provoqua la réaction d'un grand nombre de groupes de la société civile, y compris celle de la puissante confédération syndicale COSATU. La vague de protestations s'amplifia jusqu'à atteindre des dimensions internationales imprévisibles, de sorte que les Konzerns se trouvèrent obligés de retirer leur plainte et de baisser les prix des médicaments en question. Cet exemple donne une idée sur la véritable hiérarchie des droits, à la tête desquels, du point de vue des populations, se trouve la satisfaction de leurs droits et besoins sociaux, et non pas celle des droits de propriété. Cela donne également une idée sur le potentiel de mobilisation des droits de l'homme dès qu'ils sont agressés dans leur substance même.

Contrairement au processus irrésistible de la globalisation et de l'idéologie néo-libérale qui le sous-tend à force de droits de propriété et de libertés, accompagnés de libéralisations, de privatisations et de délocalisations, des perspectives plus encourageantes se dégagent en faveur d'une politique d'intégration de prestations sociales, économiques et culturelles basées sur les droits

de l'homme. Cela s'exprime tout d'abord dans l'importance et l'attention accrues que les droits de l'homme sont parvenus à atteindre au cours de ces dix dernières années. Ensuite, dans le fait que les droits de l'homme économiques et sociaux sont reconnus aujourd'hui comme se rangeant au même niveau que les droits citoyens et politiques dans le système global des droits de l'homme. Cette tendance est renforcée par la codification croissante des droits de l'homme dans les Constitutions nationales, ce qui contribue grandement à augmenter leur capacité à s'imposer et les possibilités de sanctions. Les possibilités de revendication, de rapports et de contrôle au niveau de l'ONU se sont non seulement élargies au cours des décennies passées, mais elles ont été aussi plus fortement utilisées. A cette évolution correspond un engagement beaucoup plus offensif et une activité plus vaste d'un nombre de plus en plus grand d'ONG des droits de l'homme, qui fonctionnent comme une sorte de contre-pouvoir efficace. Ces dernières ont intégré ces derniers temps les juridictions nationales dans leur stratégie en tant que forums de promotion, à l'attention de l'opinion publique, des droits sociaux, économiques et culturels, afin d'ouvrir de cette façon un nouveau champ à la prise de sanctions concrètes contre les violations des droits de l'homme et à l'introduction de revendications individuelles de ces mêmes droits. Cette tendance ne pourra cependant pas se développer avec succès si l'Etat ne peut pas conserver sa capacité d'action face à la pression de la mondialisation en faveur de la privatisation et de la dérégulation, et assumer par conséquent ses obligations d'accomplissement des droits de l'homme.

Bibliographie

- Abbott, F. M., (1999), WTO Dispute Settlement and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. In: F. M. Abbott, T. Cottier & F. Gurry, *The International Intellectual Property System: Commentary and Materials-Part One*, The Hague, S. 719 ff.
- Allmand, Warren, (1999), *Trading in Human Rights: The Need for Human Rights Sensitivity at the World Trade Organization. A Brief to the Standing Committee on Foreign Affairs and International Trade*, Canada, International Centre for Human Rights and Democratic Development (Rights & Democracy)
- Alston, Philip, (1992), *The Committee on Economic, Social and Cultural Rights*. In: P. Alston (ed.), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, S. 473 ff.
- Alston, Philip, (2002), *Resisting Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann*. In: 13 EJIL, S. 815 ff.
- Alston, Philip/Quinn, G., (1987), *The Nature and Scope of States Parties' Obligations under The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. In: *Human Rights Quarterly* 9, S. 157 ff.
- Alternativkommentar Grundgesetz (AK-GG), Kittner, Michael (1989), Schiek, Dagmar (2001), Zuleeg, Manfred (2001), Neuwied.
- Ascoly, Nina/Olenziel, Joris, (2002), *Lawsuits against Multinational Corporations for Labor Rights Violations*, SOMO Amsterdam, IRENE.
- Baghwati, Jagdish (1994), *A View from the Academia*. In: U.S. Department of Labor, Bureau of international Labor Affairs: *International Labor Standards and Global Economic Integration: Proceedings of a Symposium*, Washington D.C.
- Bartolomei de la Cruz, Hektor, (1994), *International Labour Law Renewal or Decline?* In: *International Journal of Comparative Labour Law and International Relations*,
- Bedjaoui, Mohammed, (1987), *Menschenrechte und Dritte Welt*, in: *Dialektik* Bd. 13, S. 123 ff.
- Bengoa, J., (1998), *Report of the Special Rapporteur on the relationship between the enjoyment of human rights, in particular economic, social and cultural rights, and income distribution*. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/8.
- Berger, Jonathan, (2002), *Litigation Strategies to Gain Access to Treatment for HIV/AIDS: The Case of South Africa's Treatment Action Campaign*. In: *Wisconsin International Law Journal*, 595, S. 20 ff.
- Berger, Roland & Partners, (2000), *China's accession to the WTO – Strategic implications for foreign investors, 2000* (www.ahk.china.org/ 20. 7. 01)
- Brown, Drusilla K. (2000), *International Trade and Core Labour Standards: A Survey of the Recent Literature, Labour Market and Social Policy Occasional Papers No. 43*, OECD Directorate for Education.
- Chapman, Audrey, (2002), *American Association for the Advancement of Science, New Projects Focus on Intellectual Property and Human Rights, Report on Science&Human Rights*, XXII, no. 1. ><http://shr.aas.org/report/xxii/ip.htm>.
- Commission on Human Rights, (2001) *The Impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on human rights, Report of the High Commissioner v. 27. Juni*, E/CN.4/Sub.2/2001/13.

- Commission on Human Rights, (2002), Liberalization of trade in services and human rights, Report of the High Commissioner v. 25. Juni, E/CN.4/Sub.2/2002/9.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, (2001) United Nations Economic and Social Council, Statement on Human Rights and Intellectual Property v. 14. Dezember, E/C.12/2001/15.
- Dankwa, E. V. O./Flinterman, Cees, (1988), The Significance of the Limburg Principles. In: Paul de Waart et al. (eds.), *International Law and Development*, Dordrecht, S. 275 ff.
- Dias, Cl. J., (2000), Die Auswirkungen der Globalisierung auf die Menschenrechte. In: *Jahrbuch Menschenrechte 2001*, Frankfurt a.M., S. 143 ff.
- Döpp, Birgit, (2001), Wer nicht zahlen kann stirbt – Weltweit beachteter Prozess in Südafrika um Aids-Medikamente. In: *afrika süd*, Nr. 2, Bonn, März-April, S. 23 f.
- Eide, Asbjörn, (1987), The Right to Food as a Human Right. United Nations Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. UN Doc. E/CN.4/ Sub.2/1987/23.
- Eide, Asbjörn, (1989), Report on the Right to Food. UN Doc. E/C.12/1989/SR.20.
- Eide, Asbjörn, (1989 a), Realization of social and economic rights and the minimum threshold approach. In: *Human Rights Law Journal* vol. 10, No. 1-2, 1989, S. 35 ff.
- Elliott, Richard, (2001 a), TRIPS and Rights: International Human Rights Law, Access to Medicines, and the Interpretation of the WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Canadian HIV/AIDS Legal network & AIDS Law Project, www.aidslaw.ca.
- Elliott, Richard, (2001b), What's TRIPS Got to DO With It? And Why Should Canadians Care? In: *Human Rights, Global Responsibility and Access to Treatments in the Developing World*, www.aidslaw.ca
- Faden, Manfred, (2002), Bedeutung und Rolle der Menschenrechte im Rahmen der Welthandelrechte (WTO). *Sozialökonomische Studientexte der HWP*, Hamburg.
- Falk, Rainer, (1998), Zur Kritik der Strukturanpassungspolitik des IWF am Beispiel der ESAF, *Weed-Arbeitspapier 1/98*.
- Fichter, Michael, Sydow, Jörg, (2002), Using Networks Towards Global Labour Standards? Organizing Social Responsibility in Global Production Chains. In: *Industrielle Beziehungen*, 9. Jg., Heft 4, S. 357 ff.
- Fields, Gary, (1990), Labour Standards, Economic Development and International Trade. In: *Herzenerg, S., Perez-Lopez, J.-F. (eds.), Labour Standards and Development in the Global Economy*, United States Department of Labor, Washington D. C.
- Freeman, Richard B., (1992), Labour Market Institutions and Policies: Help or Hindrance to Economic Development? In: *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics*. World Bank, Washington D.C.
- Geiger, Rudolf, (1985), *Grundgesetz und Völkerrecht*, München.
- Geest, Willem van der./Hoeven, Rolph van der, Hrsg., (1999), *Adjustment Employment & Missing Institutions in Africa. The Experience in Eastern & Southern Africa*, Geneva, Oxford.
- George, Susan, (2002), WTO und GATS: Die größte Bedrohung für die Demokratie. In: *epd-Entwicklungspolitik* 15, S. 47 f.
- Gerster, Richard, (1998), Sieben Punkte für eine Reform des IWF. In: *Informationsbrief Weltwirtschaft & Entwicklung* 1/98.
- Gianviti, I., (2001), Economic, Social and Cultural Human Rights and the International Monetary Fund, *Stellungnahme für das UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, am 7. Mai.
- Girion, Lisa, (2002), U.S. Ruling Says Firms Liable for Abuse Abroad. In: *The Los Angeles Times*, 19. September.

- Gray, A./Matsebula, T./Blaauw, D./Schneider, H./Gilson, L., (2001), Analysis of the Drug Policy Process in South Africa, 1989-2000, Center for Health Policy University Witwatersrand, May.
- Hainzl, Christian, Marschick, Nicolaus, (2002), Die 58. Sitzung der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen – emotionaler Diskurs und politisches Kalkül. In: Jahrbuch Menschenrechte 2003, Frankfurt a.M., S 239 ff.
- Hamm, Brigitte, (2002), Der Global Compact der Vereinten Nationen. Institut für Entwicklung und Frieden der Mercator-Universität Duisburg, Heft 62.
- Hamm, Brigitte, (2002 a), Die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen in ihrer revidierten Fassung von 2000 – ihr Potential für den Schutz der Menschenrechte. In: Jahrbuch Menschenrechte 2003, Frankfurt a.M.
- Hausmann, Ute, (2002), „Wir leugnen nicht, dass es Defizite gibt“. Bilanz des vierten deutschen Staatenberichts zum Internationalen Pakt über wirtschaftliche soziale und kulturelle Rechte. In: Jahrbuch Menschenrechte 2003, S. 313 ff.
- Heywood, Mark, (2001): Debunking ‚Conglomo-talk‘: A Case Study of the Amicus Curiae as an Instrument for Advocacy, Investigation and Mobilisation. Paper presented at “Health, Law and Human Rights: Exploring the Connections, An International Cross-Disciplinary Conference Honoring Jonathan M. Mann, Sept./Oct., Final.
- Heywood, Mark, (2002), Drug access, patents and global health: ‚chaffed and waxed sufficient‘. In: Third World Quarterly, Vol. 23, No. 2 S. 217 ff.
- Higgins, R., (1994), Problems & Process. International Law and How We Use it, Oxford.
- High Commissioner for Human Rights, (2002), Liberalization of trade in services and human rights, 25. June, ECOSOC Commission on Human Rights, E/CN.4/Sub.2/2002/9
- High Commissioner for Human Rights, (2002), Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights, 15. January, ECOSOC Commission on Human Rights, E/CN.4/ 2002/54
- High Commissioner for Human Rights, (2001), The impact of the agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on Human Rights, 27 June, ECOSOC Commission on Human Rights, E/CN.4Sub.2/2001/13
- Horta, Korinna, (2002), Internationale Finanzinstitutionen und Menschenrechte. In: Jahrbuch Menschenrechte 2003, S. 167 ff.
- Howse, Robert, (2000), The Canadian Generic Medicines Panel: A Dangerous Precedent in Dangerous Times. In: Journal of Intellectual Property, S. 493 ff.
- Howse, Robert, (2002), Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann. In: 13 EJIL, S. 651 ff
- Howse, Robert/Mutua, Makau, (2001), Protecting Human Rights in a Global Economy. Challenges for the World Trade Organization. International Centre for Human Rights and Democratic Development (Rights&Democracy).
- Howse, Robert, Nicolaidis, Kalypso, (2001), Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO is a Step Too far. In: R. Porter et alii (eds.), Efficiency, Equity, and Legitimacy : The Multilateral Trading System at the Millennium.
- ILO, (1998), Report VII Consideration of a possible Declaration of principles of the International Labour Organization concerning fundamental right and its appropriate follow-up mechanism, 86th Session International Labour Conference, Geneva.
- ILO, (2001), Report on the Operation of the Termination of Employment of Workmen (Special provisions) Act, 1971 (unpublished)

- ILO, (2002), *Global Social Trust: Investing in the World's Social Future: Results of a Feasibility Study*. ILO, Financial, Actuarial and Statistical Services, Social Protection Sector, Geneva.
- International Council on Human Rights Policy (ICHRP), (2002), *Beyond Voluntarism: Human Rights and the developing international obligations of companies*, Versoix.
- Jeter, Jon, (2002), *The Dumping Ground: As Zambia Courts Western Markets, Used Goods arrive at a Heavy Price*. In: *Washington Post*, April 22.
- Kadelbach, Stefan, (1992), *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin.
- Klein, Eckart, (2000), *Menschenrechtskonventionen, Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte*, in: H. Volger (Hrsg.), *Lexikon der Vereinten Nationen*, München/ Wien, S. 354 ff.
- Köhler, Peter A., (1987), *Sozialpolitische und sozialrechtliche Aktivitäten in den Vereinten Nationen*, Baden-Baden.
- Kreissl-Dörfler, Wolfgang (Hrsg.), (1997), *Die WTO. Gefahr für Umwelt, Entwicklung und Demokratie. Dossier zur Rolle der EU in der Welthandelsorganisation*. Brüssel: Die Grünen im Europäischen Parlament.
- Krugmann, Paul, (1994), *Does Third World Growth hurt First World Prosperity?* In: *Harvard Business Review*, 72 (4).
- Loff, Bebe/Heywood, Marc, (2002), *Patents on Drugs: Manufacturing Scarcity or Advancing Health?* In: *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 30, S. 621 ff.
- Marceau, Gabrielle, (2002), *WTO Dispute Settlement and Human Rights*. In 13 *EJIL*, S. 753.
- McGinnis, (1999), *A New Agenda for International Human Rights: Economic Freedom*. In 48 *Cath. U.L. Rev.*, S. 1029 ff.
- Meeran, Richard, (2001), *Corporate Accountability: Access to Courts*. In: *Interrights*, vol. 13, no. 4, S. 1 ff.
- Mertins, Silke, (2002), *Klage gegen die Ignoranz*. In: *Financial Times Deutschland* v. 6. Dezember, 2002, S. 28.
- Mink, Andreas, (2002), *Stuart Eizenstats neuer Fall*. In: *Neue Züricher Zeitung* v. 8. Dezember 2002, Nr. 39, S. 17.
- Müller, Jörg Paul/Wildhaber, Lucius, (2001), *Praxis des Völkerrechts*, Bern.
- Normand, Roger, (2000), *Separate and Unequal: Trade and Human Rights Regimes*. Background Paper for HDR 2000, January.
- Nowak, Manfred, (2002), *Menschenrechtsverträge als Basis der Weltordnung des 21. Jahrhunderts. Zur Reform der Vereinten Nationen*. In: *Jahrbuch Menschenrechte 2003*, Frankfurt a.M., S. 259 ff.
- Oloka-Onyango, Joseph/ Udagama, Deepika, (1999), *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Human Rights as the primary objective of international trade, investment and finance policy and practice*, 17. June, ECOSOC E/CN.4/Sub.2/1999/11.
- Oloka-Onyango, Joseph/Udagama, Deepika, (2000), *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights*, 15. June, ECOSOC E/CN4./Sub.2/2000/13.
- Oloka-Onyango, Joseph/Udagama, Deepika,(2001), *Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights*, 2. August, ECOSOC E/CN.4/Sub.2/2001/10.
- Paech, Norman, (1989), *Die Französische Revolution und die Entwicklung des Völkerrechts*. In: A. Herzig, I. Stephan, H. G. Winter, „Sie, und nicht Wir“. *Die Französische Revolution und ihre Wirkung auf Norddeutschland und das Reich*, Hamburg, Bd. 2, S. 763 ff.
- Paech, Norman/Stuby, Gerhard, (2001), *Völkerrecht und Machtpolitik in den internationalen Beziehungen*, Hamburg.

- Peers, Steve, (2001), Fundamental Rights or Political Whim? WTO Law and the European Court of Justice. In: G. de Búrca, J. Scott (eds.), *The EU and the WTO*, S. 111 ff.
- Pendleton, Michael. D., (1999), A New Human Right: The Right to Globalization. In: *Fordham International Law Journal*, vol. 22, No. 4, S. 2052 ff.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, (1998), How to Constitutionalize the United Nations? Lessons from the “International Economic Law Revolution”. In: V. Götz, P. Selmer, R. Wolfrum (eds.), *Liber amicorum G. Jaenicke*, S. 313 ff.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, (2000a), From ‚Negative‘ to ‚Positive‘ Integration in the WTO: Time for ‚Mainstreaming Human Rights‘ into WTO Law? In: *Common Market Law Review* 1363 ff.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, (2000b), The WTO Constitution and Human Rights. In: *3 Journal of International Economic Law*, S. 19 ff.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, (2001a), Time for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations – Lessons from European Integration Law for Global Integration Law, Jean Monnet Working Paper 07/01, New York University School of Law, New York.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, (2001b), Human Rights and International Economic Law in the 21st Century. In: *4 Journal of International Economic Law*, S. 3 ff.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, (2002a), Human Rights in European and Global Integration Law: Principles for Constitutionalizing the World Economy. In: A. von Bogdandy, P. Mavroidis, Y. Mény, *European Integration and International Coordination: Festschrift für C. C. Ehlermann*, S. 383 ff.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, (2002b), Time for a United Nations “Global Compact” for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration. In: *13 EJIL*, S. 621 ff.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, (2002c), Taking Human Dignity, Poverty, and Empowerment of Individuals More Seriously: Rejoinder to Alston. In: *13 EJIL*, S. 845 ff.
- Piepel, Klaus, (1995), *Sozialklauseln im Welthandel – ein Instrument zur Förderung der Menschenrechte? Misereor Berichte und Dokumente*, Aachen, Nr. 10.
- Power, Samantha, (2003), The Aids Rebel. An activist fights drug companies, the government – and his own illness. In: *The New Yorker*, v. 19. Mai, S. 54 ff.
- Quist-Acton, Ofeibea, (2001), As one Battle ends, another begins for South Africa. In: *Health Systems Trust*, 26. April.
- Ramonet, Ignacio, (2002), *Kriege des 21. Jahrhunderts. Die Welt vor neuen Bedrohungen*, Zürich.
- Riedel, Eibe, (1989), Menschenrechte der Dritten Dimension. In: *Europäische Grundrechtszeitschrift* 1989, S. 9 ff.
- Riviere, Philippe, (2001), Patienten, Patente, Profite. In: *Le Monde diplomatique* v. 13. 7., S. 9.
- Sachs, Jeffrey, (1996), *Globalization and Employment. Public Lectures*, International Institute for Labour Studies, Geneva, March 18.
- Samson, K. T., (1979), The changing pattern of ILO supervision. In: *International Labour Review*, Vol. 118, No. 5, S. 569 ff.
- Schaber, Thomas, (1996), *Internationale Verrechtlichung der Menschenrechte*, Baden-Baden.
- Schaffer, Helmut, (2002), Weltbank und Menschenrechte. In: *Jahrbuch Menschenrechte 2003*, Frankfurt a. M., S. 179 ff.
- Scherf, Manfred, (1990), *Die Umsetzung des Sozialpaktes in Deutschland*, Frankfurt a. M.
- Scherrer, Christoph/Greven, Thomas/ Frank, Volker (1998), *Sozialklauseln. Arbeiterrechte im Welthandel*, Münster.

- Scherrer, Christoph, (2001), Sozialstandards globalisieren – Eine Einführung. In: Hans-Böckler-Stiftung/Deutscher Gewerkschaftsbund (Hrsg.), Welthandelsorganisation und Sozialstandards. Dokumentation der DGB-Tagung am 28. Mai 2001 in Brüssel, Düsseldorf, S. 5 ff.
- Scherrer, Christoph, Greven, Thomas, (2001a), Global rules for trade. Codes of conduct, social labeling, workers' rights clauses, Münster.
- Secretary-General, (2001), Intellectual property rights and human rights, 14 June, ECOSOC Commission on Human Rights, E/CN.4/Sub.2/2001/12
- Sengenberger, Werner, (2002), Globalization and Social Progress: The Role and Impact of International Labour Standards, unveröffentlichtes Manuskript, Geneva.
- Sengupta, Arjun, (2001), Third report of the independent expert on the right to development. ECOSOC Commission on Human Rights, 2 January, E/CN.4/2001/WG.18/2
- Sengupta, Arjun K., (2000), Report on the right to development, 17 August, UN General Assembly A/55/306
- Sengupta, Arjun K., (1999), Study on the current state of progress in the implementation of the right to development, 27 July, ECOSOC Commission on Human Rights, E/CN.4/1999/WG.18/2
- Shihata, Ibrahim, (1998), The World Bank and Human Rights, presented at International Commission of Jurists conference on economic, social and cultural rights, Abidjan, S. 145.
- Simma, Bruno, (1998), The Examination of State Reports, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, in: Eckart Klein (Hrsg.), The Monitoring System of Human Rights Treaty Obligations, Berlin, S. 31 ff.
- Specter, Michael, (2003), The Vaccine. In: The New Yorker, Februar 3, S. 54 ff.
- UNCTAD, (1998), Trade and Development Report 1997: Globalization and Income Distribution, Geneva.
- UNRISD, (1995), States of Disarray. The social effects of globalization, Geneva.
- Vitzthum, Wolfgang Graf/Hailbronner, Kay, (1997), Völkerrecht, Berlin, New York.
- Voegeli, Wolfgang, (2002), Rechtliche Probleme des Beitritts von Transformationsländern zur WTO. Das Beispiel Chinas. In: Nord-Süd-aktuell, hrsg. v. Deutsches Überseeinstitut Hamburg, XVI, S. 275 ff.
- Wagener, Brita, (2002), Die Sonderberichtserstatter auf Bildung, Nahrung und Wohnen. In: Jahrbuch Menschenrechte 2003, S. 248 ff.
- Walker, (2001) The EU and the WTO: Constitutionalism in a New Key. In: G. de Búrca, J. Scotts (eds), The EU and the WTO, S. 31 ff.
- Weiß, Norman, (2002a), Wirkung und Mängel der Europäischen Sozialcharta. In: Jahrbuch Menschenrechte 2003, S. 305 ff.
- Weiß, Norman, (2002b), Menschenrechtsthema GATS. In: Vereinte Nationen 3, 02, S. 118 f.
- Wikinson, Frank, (1994), Equality, Efficiency and Economic Progress: The Case for Universally Applied Equitable Standards for Wages and Conditions of Work. In: Sengenberger, Werner; Campbell, Duncan (eds.), Creating Economic Opportunities: The Role of International Labour Standards in Industrial Restructuring. International Institute for Labour Studies, Geneva
- Windfuhr, Michael, (1999), Soziale Menschenrechte und Globalisierung. In: Jahrbuch Menschenrechte 2000, Frankfurt a.M., S. 173 ff.
- Windfuhr, Michael, (2000), Soziale Menschenrechte im Welthandel. In: Jahrbuch Menschenrechte 2001, Frankfurt a.M., S. 155 ff.

Windfuhr, Michael, (2001), Deutschlands Erfüllung seiner internationalen Verpflichtungen gemäß dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte. In: Social Watch Report Deutschland 2001 Nr. 1, Bonn, S. 44 ff.

World Bank Group, (2001), Globalisation, Growth and Poverty, Washington.

Ziegler, Jean, (2001), The Right to Food. Report by the Special Rapporteur on the right to food, submitted in accordance with Commission on Rights Resolution 2000/10, v. 7. Februar. E/CN.4/2001/53.

Ziegler, Jean, (2002), The Right to Food. Report by the Special Rapporteur on the Right to Food, submitted in accordance with Commission on Rights Resolution 2001/25, v. 10. Januar, E/CN.4/2002/58.

