

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples au regard de la théorie des droits fondamentaux

Fierens, Jacques

Published in:
Revue burkinabè de droit

Publication date:
1990

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):
Fierens, J 1990, 'La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples au regard de la théorie des droits fondamentaux', *Revue burkinabè de droit*, numéro 18, pp. 251-283.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LA CHARTE AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES AU REGARD DE LA THEORIE DES DROITS FONDAMENTAUX

PLAN

Introduction

PREMIERE PARTIE QUELQUES QUESTIONS DE THEORIE DES DROITS DE L'HOMME

CHAPITRE I — PROBLEMES DE DEFINITION DES DROITS

Section 1: Trois générations de droits de l'homme

- §1. — Trois approches de la liberté
- §2. — L'antagonisme des deux premières approches
- §3. — L'indivisibilité
- §4. — La dilution des droits de l'homme

Section 2: Les limites des droits et l'affirmation des devoirs

Section 3: Droits de l'homme, droits des peuples

CHAPITRE II — PROBLEMES DE JURIDICITE ET DE CONTROLE

Section 1: Les critères de la juridicité

Section 2: L'effet des traités en droit interne

DEUXIEME PARTIE LA CHARTE AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

CHAPITRE I — LA DEFINITION DES DROITS

Section 1: La définition des droits et l'articulation des trois générations

Section 2: La place de la loi et des règlements, et l'insistance sur les devoirs

Section 3: Les droits des peuples

CHAPITRE II: LE CONTROLE

Section 1: La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

Section 2: Les effets de la Charte en droit interne

CONCLUSIONS

Introduction

S'ils constituent souvent les armes des luttes les plus fondamentales en faveur de la liberté, les droits de l'homme ne peuvent être sacralisés. L'histoire nous enseigne que la garantie écrite de ces droits est, à l'origine, occidentale et européenne. Ce qui est vrai du fond l'est également de la forme: l'affirmation des libertés fondamentales sous *forme* de droits et plus encore sous forme de droits de l'homme est, elle aussi, caractéristique d'une conception du droit typique de la modernité occidentale. Il ne fait aucun doute en même temps que les droits de l'homme correspondent à des aspirations universalistes et que la plupart des grandes traditions juridiques, philosophiques ou religieuses sont porteuses de projets et de formulations qui les rejoignent souvent¹. La manière dont ces aspirations cherchent à se dire en droit est hésitante, et les droits de l'homme actuels posent de redoutables questions. Il faut concilier la visée universaliste et l'approche critique inspirée de l'historicisme.

C'est dans cette évolution qu'il conviendra de situer la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Sa lecture ne peut être naïve. Plusieurs niveaux d'analyses existent, qui dépendent les uns des autres, se soutiennent et s'enchaînent mutuellement. Le droit est d'abord l'expression de rapports de forces, il est langage du pouvoir². Il dépend des événements, des opportunités politiques, des buts de ceux qui l'élaborent. Cela ne l'empêche point d'être simultanément l'expression d'un idéal désintéressé et de vouloir aboutir à autre chose que lui-même. La pensée des droits de l'homme découvre perpétuellement qu'ils ne peuvent donner à eux seuls ce que les textes nomment liberté ou bonheur³.

L'analyse juridique n'a pas pour rôle de s'appesantir sur le rapport de forces qui intéressera davantage le politologue ou le sociologue, ni sur l'au-delà du droit scruté par le philosophe ou le théologien. Le juriste sait qu'il y a un aval et un amont de la science juridique, ce qui lui interdit un positivisme dangereux qui feint d'oublier que le droit possède cette faculté étonnante de se prétendre donné objectif et en même temps de s'objectiver lui-même. Il reste qu'il appartient à ce juriste de concentrer son attention sur l'état du droit et son fonctionnement. C'est sur cette voie, sans doute trop étroite pour ceux qui ont le goût des questions ultimes et trop larges pour ceux qui ne savent du droit que la loi et la jurisprudence, que cet article voudrait faire quelques pas.

(1) Cf. le recueil de textes, *Le droit d'être un homme*. Anthologie mondiale de la liberté, sous la direction de HERSCH J., éd. Unesco-Lattès, 1968.

(2) Cf. RIGAUX F., *Introduction à la science du droit*, éd. Vie ouvrière, Bruxelles, 1974, p. 349.

(3) Il est frappant de constater la manière continue dont les sociétés occidentales tentent de s'organiser en fonction du «bonheur», depuis Aristote qui inaugure l'Éthique à Nicomaque par l'affirmation selon laquelle «le bonheur est le bien vers lequel tend la Politique» (I, 2, 1095 a), jusqu'à la Déclaration d'indépendance américaine qui mentionne la «recherche du bonheur» comme droit inaliénable, ou la Constitution française du 24 juin 1793 qui proclame dans son article premier: «Le but de la société est le bonheur commun».

Dans une première partie, sous forme de remarques relatives à une théorie générale des droits de l'homme, on tentera de situer les principaux problèmes de définition des droits fondamentaux et de leur contrôle. Dans une seconde partie, on essaiera d'apercevoir comment la Charte africaine y répond.

PREMIERE PARTIE QUELQUES QUESTIONS DE THEORIE DES DROITS DE L'HOMME

CHAPITRE I: PROBLEMES DE DEFINITION DES DROITS

En 1953, Boris Mirkine-Guetzivitch notait: «l'essence du problème de la défense internationale des droits de l'homme réside non pas dans la procédure ni dans les systèmes techniques, mais dans la formulation même des doctrines de la Liberté moderne»⁴. Cette remarque demeure d'une actualité étonnante lorsqu'on constate le dynamisme de l'évolution de la formulation des libertés. Elle reste en même temps inactuelle quand on s'aperçoit que les théoriciens sont trop enclins à juger les instruments juridiques selon les procédures et les systèmes techniques qu'ils instituent. Avant d'examiner ceux-ci, qui conservent toute leur importance, il faut saisir comment les mutations profondes de la définition des droits de l'homme épousent les grands balancements de l'histoire de la démocratie.

Section 1: Trois générations de droits de l'homme

§ 1 — Trois approches de la liberté

On a l'habitude de distinguer, au sein de l'ensemble des droits de l'homme actuellement consacrés ou discutés, trois groupes apparus chronologiquement dans l'ordre suivant.

A. Les droits civils et politiques qui émergent déjà dans la *Magna carta* (1215) et les grands textes du XVII^e siècle anglais⁵, et dont les principaux sont énoncés dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789: la liberté et l'égalité de droit, la propriété, la sûreté, la participation à l'élaboration de la loi, l'admissibilité aux emplois publics, la légalité des incriminations et des détentions, la présomption d'innocence, la liberté de pensée et de religion, la liberté d'expression, la légalité de

(4) «Quelques problèmes de la mise en œuvre de la Déclaration universelle des droits de l'homme», R.C.A.D.I., 1953, p. 262.

(5) La *Petition of rights* (1627), le *May day agreement* (1649), l'*Habeas corpus act* (1679), le *Bill of rights* (1688), notamment. On trouvera quelques-uns de ces textes dans l'ouvrage bien présenté de VINCENSINI J.J., *Le livre des droits de l'homme*, éd. Laffont, Archimbaud, 1985.

l'impôt. L'insistance sur ces droits caractérise les états libéraux⁶. Les droits civils visent davantage la garantie de la liberté individuelle, tandis que les droits politiques tendent à assurer la participation de leurs bénéficiaires à la vie politique du pays.

B. Les droits économiques, sociaux et culturels sont destinés à donner à chacun les «moyens de la liberté». Leur noyau est constitué par le droit au travail qui implique à son tour le droit au repos, le droit à un salaire équitable, le droit d'être protégé du chômage, le droit à la sécurité sociale (entendue au sens large) et à l'aide sociale, et le droit à des conditions d'existence décente ainsi qu'à leur amélioration. Les droits économiques visent davantage la garantie d'un minimum de biens matériels. Les droits sociaux sont centrés autour de l'homme travailleur et de ses droits individuels ou collectifs. Les droits culturels, trop souvent oubliés, soulignent que la dignité humaine requière plus que la satisfaction immédiate des besoins et que la vie sociale prend place dans la vie culturelle, c'est-à-dire dans un langage collectif.

Contrairement à une idée trop souvent reçue, la deuxième génération des droits de l'homme n'est pas un apport spécifiquement marxiste, même si elle trouve une part de ses inspirations dans la critique des libertés formelles que Marx développe contre l'esprit de la déclaration de 1789. Pour Marx, le concept même de droits de l'homme est inacceptable, parce que bourgeois⁷. Les libertés-créances apparaissent déjà de façon nette dans les Constitutions françaises des 3 septembre 1791 et 24 juin 1793. *In fine* du titre I, la Constitution de 1791 porte qu'«il sera créé et organisé des secours publics...». La Constitution de 1793, après avoir donné la prééminence à l'égalité sur la liberté (l'ordre des mots est inversé par rapport à celui de la déclaration de 1789; l'égalité reste toutefois l'égalité de droit), consacre ses articles 18, 21 et 22 aux droits du travailleur, au droit au secours public, «aide sacrée» des malheureux, et à l'instruction qui doit être mise «à la portée de tous les citoyens». L'originalité de ces dispositions, à l'époque de la naissance de l'idéologie libérale, a parfois été sous-estimée⁸.

(6) On cite souvent, en guise d'exemple d'une Constitution typiquement libérale, la Constitution belge du 7 février 1831, qui détaille les libertés civiles et politiques de manière méticuleuse mais n'inclut aucun droit de type économique, social ou culturel. Cette Constitution a servi de modèle à plusieurs états naissants du XIX^e siècle: Espagne (1837), Portugal (1838), Grèce (1844), Bulgarie (1879), etc. Sur ses principales caractéristiques, cf. DELPEREE F., *Droit constitutionnel*, t. I, Les données constitutionnelles, éd. Larcier, Bruxelles, 2^e éd., 1987, p. 159-290.

(7) Cf. A propos de la question juive, dans *Oeuvres*, t. III, Philosophie, éd. établie, présentée et annotée par Maximilien RUBEL, éd. Gallimard (Bibl. de la Pléiade), 1981, spécialement p. 369 «... ce n'est pas l'homme comme citoyen, mais l'homme comme bourgeois qui est pris pour l'homme proprement dit, pour l'homme vrai». Cf. aussi LEGROS R.M., «Les droits de l'homme: leur critique par l'idéologie socialiste et leur critique par Marx», *Journal des procès*, 20 mars 1987, p. 18-19.

(8) Cf. RIVERO J., *Les libertés publiques*, t. 1, *Les droits de l'homme*, éd. P.U.F., 5^e éd., 1987, p. 79. Si la continuité entre l'esprit de la Déclaration de 1789 et les Constitutions de 1791 et 1793 est évidente, il n'en reste pas moins que les libertés économiques et sociales sont purement et simplement absentes de la Déclaration, alors que les constitutions les mentionnent. Le XIX^e siècle les oubliera avec les conséquences que l'on sait pour les couches sociales pauvres.

C. Les droits dits «de la solidarité» supposent, pour leur effectivité, que chaque personne, privée ou publique, les respecte. On parle ainsi du droit au développement, du droit à la paix, du droit à l'environnement, du droit sur le patrimoine commun de l'humanité⁹. On inclut parfois dans ce groupe le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

A ces trois générations des droits de l'homme vient s'ajouter, le cas échéant, la définition des devoirs.

L'articulation de ces différentes catégories révèle successivement leur antagonisme, puis leur complémentarité. Elles posent enfin le problème aigu de la prolifération éventuelle des droits de l'homme.

§ 2 — *L'antagonisme des deux premières approches*

L'analyse est on ne peut plus classique, qui distingue les trois générations selon le rapport qu'elles instaurent à l'égard du pouvoir.

— Les droits civils et politiques seraient des libertés *contre* l'Etat (*freedom from*), qui imposent au pouvoir une obligation d'abstention. Dans ce sens, certains auteurs préconisent de réserver la dénomination de «libertés publiques» à cette catégorie. Les libertés publiques sont alors des droits de l'homme, mais les droits de l'homme ne sont pas nécessairement des libertés publiques¹⁰. Cette distinction présente toutefois le risque de dévaloriser les libertés-créances, certainement constitutives de «la liberté».

— Les droits économiques, sociaux et culturels seraient des libertés *par* l'Etat (*freedom to*) à qui certains moyens sont réclamés à titre de créances d'individus ou de groupes sur la société. Ils dépendent de la mise en œuvre de certains moyens, qu'ils énoncent habituellement¹¹. Par là-même, ils sont appliqués différemment selon les ressources disponibles, selon le temps, selon le lieu. Ainsi, l'effectivité du droit au travail peut présupposer une certaine planification de l'économie, le droit à la sécurité sociale impose la mise en place d'institutions souvent complexes, le droit à l'instruction requiert l'organisation du système scolaire, ... L'ensemble de ces droits impose évidemment l'existence de disponibilités financières souvent considérables.

Selon la doctrine actuelle des pays marxistes, l'Etat est le seul garant, le moyen unique de ces libertés concrètes, ce qui explique alors sa mainmise sur l'ensemble de la vie sociale.

(9) Cf. URIBE VARGAS D., «La troisième génération des droits de l'homme», *R.C.A.D.I.*, 1984, vol. I, p. 359-375; ROUSSEAU D., «Les droits de l'homme de la troisième génération», *R.I.E.J.*, 1987-19, p. 19-31.

(10) Cf. RIVERO J., *Les libertés publiques*, cité, p. 23-25.

(11) La Constitution de l'U.R.S.S. du 5 décembre 1936 est très caractéristique à cet égard.

L'antagonisme ne peut être contourné. La première approche de la liberté tend en effet à instaurer un état minimal. La deuxième approche aura au contraire tendance à exiger toujours davantage des pouvoirs publics, premiers responsables d'un espace de liberté concrète suffisant.

L'opposition entre les deux premiers groupes de droits a été consacrée à maintes reprises non seulement par la doctrine, mais également par les textes: l'Europe a choisi de n'insérer dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que des droits de type civils et politiques, incluant la deuxième génération dans un instrument distinct, la Charte sociale de Turin. Les Pactes onusiens du 16 décembre 1966, qui se veulent mise en œuvre de la Déclaration universelle des droits de l'homme, comprennent d'une part le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et, d'autre part, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹².

§ 3 — L'indivisibilité

S'il est vrai que l'antagonisme ne peut être nié, il ne doit pas non plus être exagérément durci¹³ et peut en tout cas être assumé. Quelques grands instruments internationaux, à commencer par la Déclaration universelle ou la Charte africaine, cherchent chacun à leur manière à concilier les approches. Or, il est nécessaire qu'il en soit ainsi, pour des raisons théoriques aussi bien que pour des raisons d'opportunité.

A. L'indivisibilité théorique

La théorie des deux premières approches des droits de l'homme indique elle-même qu'elles tendent à dépasser l'antagonisme. On en propose quatre indices:

— l'analyse du rapport à l'Etat, ou la distinction entre libertés-franchises et libertés-créances, n'est pas entièrement adéquate;

— certains droits peuvent être situés dans l'une ou l'autre catégorie, selon l'approche qu'on en fait, ou auraient valeur de transition entre les familles de droits;

— l'apparition d'une «troisième génération» des droits de l'homme met en évidence un rapport entre les particuliers et entre les particuliers et l'Etat qui n'est pas antagoniste;

(12) L'article 34 de la Constitution française du 4 octobre 1958 distingue formellement différentes catégories de droit, de même que l'actuelle constitution italienne.

(13) Bien des auteurs, en effet, semblent en prendre une fois pour toutes leur parti, même s'ils admettent la complémentarité. Cf. notamment RIVERO J., Les libertés publiques, cité, p. 121-122; PELLOUX R., «Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification», Rev. dr. publ., 1981, p. 53-68; HAARSCHER G., Philosophie des droits de l'homme, éd. de l'U.L.B., Bruxelles, 1987, p. 10 par ex.

— la question de l'«horizontalité des droits de l'homme» va dans le même sens.

1) Il n'est tout d'abord pas exact d'affirmer que les droits de type civils et politiques signifient nécessairement une abstention de l'Etat. Celui-ci est au contraire indispensable à leur existence, au moins à deux niveaux: il appartient au pouvoir de leur donner une existence formelle, c'est-à-dire de les introduire dans le droit par le biais des traités, des constitutions, ou des lois et règlements particuliers. Il appartient aussi à l'Etat de garantir le contrôle de leur respect et la sanction de leur violation. En d'autres termes, s'il est vrai que, dans une certaine mesure, les droits civils et politiques protègent la sphère individuelle contre l'intrusion étatique, c'est à l'Etat que sera demandée cette protection.

En outre, certains droits rangés classiquement dans la première série supposent une créance de l'individu sur l'Etat, tandis que certaines libertés de type économique, social ou culturel requièrent du pouvoir une abstention bien plus qu'une intervention positive. Ainsi, le droit a un jugement équitable, inscrit dans la plupart des textes depuis la *Magna carta*, et présenté de tous temps comme inclu dans la première génération, suppose à l'évidence que soit mis en place par l'Etat un appareil judiciaire suffisant, qui requiert souvent d'importants moyens. Le droit de vote ou d'éligibilité, liberté politique s'il en est, requiert l'organisation de scrutins, c'est-à-dire la mise en place par le pouvoir des structures adéquates, relativement complexes et coûteuses. A l'inverse, le droit de former des syndicats est une mise en application de la liberté d'association, mais surtout un élément essentiel de garantie des droits économiques, sociaux et culturels. Il suppose avant tout une abstention du pouvoir. Ce dernier exemple est d'ailleurs l'occasion d'observer que les droits proprement politiques, c'est-à-dire ceux qui tendent à assurer la participation de tous — ou au moins des citoyens — à la vie publique présupposent l'Etat beaucoup plus qu'ils ne s'efforcent de s'en distancer.

2) Certains droits peuvent trouver place aussi bien dans la liste des droits civils et politiques que dans celle des droits économiques, sociaux et culturels.

Il en est ainsi des droits protecteurs de la famille: le respect de la vie familiale implique aussi bien des abstentions du pouvoir, liées par ailleurs au respect de la vie privée, que des prestations positives, puisqu'il est vain et sans doute choquant de parler de vie familiale à qui ne dispose pas d'un logement suffisant ou des moyens de nourrir et de soigner ses enfants. Les rédacteurs des Pactes de 1966 l'ont bien compris, qui ont fait figurer le droit à la protection de la famille dans les deux Pactes. Ainsi, l'article 10 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui est destiné à insister sur les créances que la famille possède sur l'Etat, mentionne pourtant la liberté du consentement au mariage, c'est-à-dire l'aspect individuel de la liberté. L'article 23, alinéa 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui est pourtant destiné à insister sur la liberté contre l'Etat, ne manque pas de mentionner que la famille ou l'enfant «ont droit à la protection de la société et de l'Etat».

Le droit de propriété, dont on sait le rôle qu'il a joué et qu'il joue (en tant que droit de propriété privée)¹⁴ contre l'étatisme, peut très bien être considéré comme le noyau des droits économiques, et les pays socialistes, ou la Charte africaine, ou encore la doctrine sociale de l'Eglise catholique, ne manquent pas de souligner sa finalité sociale.

Le droit à l'instruction, qui est largement une liberté-créance, inclut cependant une référence à la liberté d'opinion dans le choix de l'enseignement, qui le rapproche alors de la liberté-franchise¹⁵.

Ces différents exemples montrent que beaucoup de droits, quoi qu'on en dise, n'appartiennent à l'une ou l'autre catégorie que selon l'optique choisie, d'ailleurs toujours mouvante et partielle.

3) L'apparition d'une troisième famille de droits de l'homme va très nettement dans le sens d'une conciliation entre les deux premières approches.

Il est vrai qu'à l'heure actuelle, quand elle veut bien les prendre en compte, la doctrine n'énumère, à titre de droits sensés appartenir à cette troisième génération, que ceux qui ont été énoncés ci-dessus: droit au développement¹⁶, droit à la paix, droit à l'environnement, droit sur le patrimoine commun de l'humanité, éventuellement droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Cependant, dans la ligne de ce qui a été dit à propos des différentes perspectives sur un même droit, on constate que l'on pourrait envisager sous l'optique «troisième génération» des droits appartenant classiquement à la première ou à la deuxième. C'est vrai, à l'évidence, pour les droits collectifs, ceux qui supposent l'existence d'un groupe ou de deux personnes au moins: le droit de se marier implique une liberté contre le pouvoir (laisser jouer le libre choix dans les conditions fixées par la loi), une liberté par l'Etat (il appartient à celui-ci de fixer les conditions et les effets du mariage, ainsi que de mettre en place l'organe compétent pour le célébrer), mais aussi la solidarité des deux époux qui dépendent l'un de l'autre dans leur projet. Le même genre de raisonnement peut être fait pour le droit au respect de la vie familiale, ou le droit d'association: il est clair que l'effectivité des droits requiert, outre tel rapport au pouvoir, un rapport supplémentaire de solidarité entre les membres.

(14) Les débats idéologiques sous-jacents à la consécration du droit de propriété sont tels que la Déclaration universelle porte en son article 17 la trace évidente d'un compromis, lorsqu'il énonce que «toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété». A propos de l'article 14 de la Charte africaine, cf. infra, p. 34, et note 61.

(15) Cf., par ex., l'article 2 du Premier protocole additionnel à la Convention européenne ou l'article 17 de la Constitution belge.

(16) Cf. RIGAUX F., «Droits de l'homme et développement», Revue burkinabè de droit, n° 15, janvier 1989, p. 49-58.

Plus intéressante encore, la perspective nouvelle de la troisième génération des droits de l'homme donne un sens nouveau à des droits qui, au premier abord, apparaissent comme essentiellement individuels. On se souvient de l'approche de la liberté typiquement libérale et individualiste, qui s'exprime dans certaines formules remarquables données par les révolutionnaires français. Ainsi, l'article 4 de la Déclaration de 1789 énonce que la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. L'article 6 de la Constitution de 1793 comporte une expression similaire. Cette conception de la liberté a maintes fois été critiquée, et la manière dont elle a parfois dégénéré en libéralisme outrancier n'étonnera guère. Une intuition, pourtant, existait dans ces formules, qui sera retrouvée et valorisée par le concept de droits de la solidarité. L'approche négative se mue en approche positive: autrui, qui forcément apparaît toujours comme une donnée de la définition de mon propre droit, n'en est plus la limite, mais la condition de possibilité. Au lieu d'affirmer: «l'individu peut faire ceci, sauf le droit de l'autre», on dira «si l'individu peut faire ceci, c'est aussi grâce au droit de l'autre». Ainsi, la troisième génération des droits de l'homme permet de remarquer que l'effectivité des droits les plus individuels (droit à la vie, droit à la vie privée, à la liberté de conscience, ...) dépend autant de la qualité du rapport à autrui que de la qualité du rapport à l'Etat.

4) Le problème de «l'horizontalité» des droits de l'homme pose la question de savoir si les engagements des Etats, dans la matière qui nous concerne, n'imposent d'obligations qu'aux pouvoirs publics, ou également à chacun des particuliers¹⁷. L'opinion dominante selon laquelle l'obligation de garantie peut lier toute personne, d'ailleurs conforme à l'intention de la Déclaration universelle¹⁸, dépasse elle aussi la dualité simpliste des deux rapports fondamentaux possibles entre l'individu et la puissance publique.

B. L'indivisibilité nécessaire

L'indivisibilité entre les différentes catégories de droits, à présent apparente au niveau théorique, se retrouve au niveau de l'intention politique de la formulation actuelle des droits de l'homme. La plupart des instruments juridiques de sauvegarde des droits fondamentaux, ou au moins la juxtaposition de ceux-ci, refusent de privilégier telle catégorie de droits sur l'autre. Les constitutions de plusieurs pays, depuis le début du siècle, tentent également l'équilibre¹⁹. D'autres constitutions trop

(17) Cf. RIVERO J., Les libertés publiques, cité, p. 195; du même, «La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées», Liber amicorum René Cassin, Paris, 1972, t. III, p. 311-322; VELU J., Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme, éd. Swinnen (coll. Prolegomena), Bruxelles, 1981, p. 31 et 82; DRZENCZEWSKI A., «La Convention européenne des droits de l'homme et les rapports entre particuliers», Cahiers de droit européen, Paris, 1980, p. 3-24.

(18) La proclamation qui termine le préambule vise «tous les individus et tous les organes de la société».

(19) Ainsi la Constitution du Reich allemand dite «de Weimar», du 11 août 1919, la Constitution des Etats-Unis mexicains du 5 février 1917, à certains égards la Constitution de l'U.R.S.S. du 5 décembre 1936.

unilatérales appelleront un rééquilibrage par l'intermédiaire de la législation, en attendant leur révision²⁰.

On sait trop quels seraient les dangers d'une approche à sens unique. N'accepter qu'une seule forme de la liberté (par l'Etat ou contre l'Etat) aboutit rapidement à la dictature de gauche ou de droite. La dictature de droite montre à nouveau l'ambiguïté du rôle de l'Etat dans l'optique de la première génération: un pouvoir omniprésent est censé garantir la liberté individuelle... Dans une dictature de gauche, l'Etat se pose comme l'unique moyen de l'égalité réelle et ne permet plus le jeu des libertés en dehors de lui.

Il faut admettre que les libertés civiles et politiques sont indispensables à la revendication et à l'obtention des libertés économiques, sociales et culturelles, et que ces dernières sont indispensables à l'exercice par tous des libertés civiles et politiques²¹. La troisième génération des droits de l'homme vient opportunément rappeler que les unes et les autres dépendent à la fois du rapport à l'Etat et du rapport entre les particuliers.

Ajoutons qu'au-delà de l'indivisibilité nécessaire des catégories des droits de l'homme apparaît l'inséparabilité de chacun des droits les uns par rapport aux autres. On y a déjà fait une allusion avec l'exemple du droit à la famille: celui-ci dépend du respect du droit à la vie privée, du respect du droit au logement, à la santé, au développement, au travail, etc. Inversement, la perte du travail peut entraîner l'expulsion du logement, l'échec scolaire des enfants, etc. L'absence d'un droit compromet tous les autres. L'effectivité d'un droit est toujours le soutènement des autres.

Les rédacteurs de la Déclaration universelle des droits de l'homme, par exemple, ont bien compris qu'il est possible et pernicieux d'isoler un droit, et qu'ils peuvent

(20) En Belgique, on parle régulièrement d'introduction, dans la constitution, de droits économiques, sociaux et culturels; cf. les références données par DELPEREE F., *Droit constitutionnel*, cité, p. 289-290.

(21) Claude LEFORT a particulièrement médité cette articulation: cf. entre autres, «Les droits de l'homme en question» dans «Les droits de l'homme dans la crise de l'Etat-Providence», *R.I.E.J.*, n° spécial, 1984.13, p. 11-47. Certains auteurs doutent de ce que l'équilibre ait été atteint, voire de ce qu'il soit possible: «La doctrine des droits de l'homme et la multiplication des droits subjectifs qualifiés de sociaux (droit au travail, à la sécurité sociale, à l'éducation, à la culture, aux soins de santé, etc.) tendent à corriger quelques-unes des injustices provoquées par l'appropriation individuelle des moyens de production. Pour mieux préserver celle-ci on a imaginé des droits nouveaux, souvent inconsistants, et l'idéologie des droits subjectifs en a été raffermie. L'illusion la plus profonde, d'ailleurs entretenue par la doctrine juridique contemporaine, est l'affirmation de la «socialisation» ou de la «prolétarianisation» du droit. Les droits subjectifs patrimoniaux sont sortis renforcés de l'épreuve du socialisme, les possédants traditionnels n'ont perdu aucun de leurs privilèges, se bornant à dispenser la menue monnaie des droits subjectifs nouveaux», RIGAUX F., *Introduction à la science du droit*, cité, p. 362.

parfaitement être utilisés les uns contre les autres. Un exemple simple est l'utilisation du droit d'expression à des fins racistes. Dès lors, l'article 30 de la Déclaration stipule: «Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés».

§ 4 — La dilution des droits de l'homme

Une des critiques les plus fréquemment avancées devant l'allongement de la liste des droits est celle d'une possible «dilution» des droits de l'homme²².

Si trop de droits sont consacrés à titre de droits fondamentaux, la force d'interpellation de chacun est compromise. Beaucoup d'auteurs, lorsqu'ils ne rejettent pas l'idée même des droits de l'homme²³, sont tentés de plaider pour la limitation à la première génération, ou parfois à la première et à la deuxième. Rares sont ceux qui reconnaissent le bien fondé de la troisième.

Cette critique prend également appui sur le problème de la juridicité des droits plus récents (cf. *infra*, Chapitre II).

Section 2: Les limites des droits et l'affirmation des devoirs

Depuis leur apparition, la définition des droits de l'homme s'est accompagnée de la définition de leurs limites.

La première de celle-ci doit être trouvée dans les restrictions légales, même si, la plupart du temps, les principaux textes précisent les orientations des limites légales admissibles, les limites des limites en quelque sorte. Particulièrement significatif à cet égard est l'article 29, § 2, de la Déclaration universelle: «dans l'exercice de ses droits, et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique». Il est relativement fréquent aussi que la limitation possible d'un droit soit inscrite dans l'article qui le consacre. Par ailleurs, comme nous l'avons rappelé ci-dessus, les droits se limitent les uns les autres (cf. article 30 de la Déclaration universelle).

(22) Cf. surtout RIVERO J., *Les libertés publiques*, cité, p. 133-136; PELLOUX, «Vrais et faux droits de l'homme...», cité, p. 68; HAARSCHEER G., *Philosophie des droits de l'homme*, cité, p. 42 et s.

(23) Cf. VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, éd. P.U.F., Paris, 1983; de même, *Philosophie du droit*, t. I, Définitions et fins du droit, Dalloz, 3^e éd., 1982, p. 129-163.

La définition des droits s'accompagne aussi souvent de la définition de devoirs. Celle-ci a toujours existé, d'abord de manière voilée après la Révolution française²⁴, ensuite de manière discrète dans la Déclaration universelle²⁵, enfin de manière tout à fait explicite dans la Déclaration et la Convention américaine des droits et devoirs de l'homme ou dans la Charte africaine (cf. *infra*, deuxième partie).

N'est-il pas quelque peu oiseux de discuter l'opportunité de l'affirmation des devoirs²⁶? Michel Villey a bien montré comment, à l'origine, le *ius* recouvre à la fois la notion moderne de «droit» et la notion moderne de «devoir»²⁷. Si l'on peut s'interroger sur l'opportunité de vouloir à toute force restaurer cette notion ancienne de *ius*, comme le fait Villey à la manière d'une sorte de «romain égaré en cette fin de siècle»²⁸, son analyse démontre cependant à suffisance que la notion actuelle de droit, parce qu'elle est devenue «droit subjectif» appelle nécessairement ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler les devoirs. On peut donc en conclure que les droits et les devoirs sont, eux aussi, indivisibles, et que la perspective *choisie* renvoie à l'intention d'insister sur un aspect plutôt que sur l'autre.

Section 3: Droits de l'homme, droits des peuples

L'extension des droits fondamentaux aux droits des peuples, tels qu'ils sont apparus avec force dans l'article premier de chacun des deux pactes internationaux a, elle aussi, soulevé une controverse qui est loin d'être éteinte. D'aucuns ont critiqué la contradiction de fond entre l'affirmation des droits de la personne et l'affirmation des droits d'un groupe, par ailleurs indéterminé²⁹. D'autres voient dans le droit des peuples, et spécialement dans le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, les conditions de la liberté plutôt que son aménagement même³⁰.

(24) Par ex., dans le préambule de la Déclaration de 1789. Lors de l'élaboration même de la Déclaration, le statut des devoirs fit l'objet d'une discussion explicite et, par ailleurs, houleuse comme bien d'autres à ce moment. Cf. RIALS Stéphane, La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Paris, Hachette (coll. Pluriel), 1988, p. 162 et s.

(25) Cf. art. 29.1.

(26) Comme le fait RIVERO J., Les libertés publiques, cité, p. 74-75.

(27) Cf. Le droit et les droits de l'homme, cité, p. 77.

(28) RIALS S., «Ouverture: généalogie des droits de l'homme», dans Droits, n°2, Les droits de l'homme, 1985, p. 3.

(29) RIVERO J., Les libertés publiques, cité, p. 134-135; PELLOUX R., «Vrais et faux droits de l'homme...», cité, p. 62-64. Ce dernier auteur soutient, on l'a déjà mentionné, que les droits collectifs ne peuvent être que des droits individuels exercés collectivement. Inversement, ne peut-on affirmer que «les droits de l'homme et les libertés fondamentales ne sont susceptibles que d'un exercice collectif»? RIGAUX F., «Le droit au singulier et au pluriel», R.I.E.J., 1982.9, p. 29.

(30) Cf. VASAK K., «La réalité juridique des droits de l'homme», dans Les dimensions internationales des droits de l'homme, Unesco, 1980, p. 3; cf. aussi MOURGEON J., «Les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme», Annuaire français de droit international, 1967, p. 326 et s.

Encore une fois, c'est sans doute l'idéologie individualiste qui interdit à certains d'admettre la notion de droits des peuples. Dès l'émergence des droits de l'homme, certains sont par nature collectifs: droit de rassemblement, droit de pétition, droit d'association, droit de se marier (si la collectivité commence à deux), etc. On a beau dire qu'il s'agit en fait de droits individuels exercés collectivement, il est facile de répondre que voir dans un rassemblement, une association ou un mariage la juxtaposition de droits individuels revient à les vider de leur sens, qui est précisément de transcender cette juxtaposition d'individualités. Du reste, l'indétermination de celui ou de ceux qui peuvent revendiquer les droits fondamentaux, si elle peut poser difficulté, n'a jamais définitivement empêché la définition de ceux-ci. Que l'on songe au droit à la protection de la famille: une question est de savoir quel groupe peut revendiquer la qualité de famille, une autre question est de savoir si cette indétermination justifie la non-consécration du droit. Les notions à contenu variable sont courantes en matière de droits de l'homme, et il revient aux tribunaux ou aux autres instances de contrôle d'en fixer le contenu, éventuellement évolutif. Rien n'empêche d'imaginer la possibilité d'un tribunal international juridiquement apte à statuer sur la violation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes³¹. Mais ces considérations nous entraînent de plein-pied dans les questions de «juridicité».

CHAPITRE II: PROBLEMES DE JURIDICITE ET DE CONTROLE

Section 1: Les critères de la juridicité

La juridicité même des droits de l'homme fait problème.

Des critiques plus que virulentes, émanant d'un auteur tel que Michel Villey, aboutissent à leur refuser tout caractère juridique. Il est vrai que si le droit est et n'est rien d'autre que la «mesure du partage des biens», les droits de l'homme ne peuvent être autre chose qu'un «mirage» dépendant de ces «droits subjectifs forgés par l'individualisme moderne sur la notion abstraite de l'homme»³². Mais cette conception du droit doit être considérée, sinon comme dépassée, du moins comme radicalement incomplète. Qu'il soit admis une fois pour toutes que le droit est ce qu'il est aujourd'hui et n'est plus ce qu'il était dans l'Antiquité.

D'autres auteurs, tels Claude-Albert Colliard, Robert Pelloux ou Jean Rivero défendent la juridicité des droits de l'homme de la première génération, récusent celle de l'hypothétique troisième génération et mettent souvent à mal les droits économiques,

(31) Voy., à ce sujet, l'expérience du «Tribunal permanent des peuples» qui, comme tribunal d'opinion, n'hésite cependant pas à rendre des arrêts relatifs au respect du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Cf. Un tribunal pour les peuples, sous la direction de JOUVE E., éd. Berger-Levrault, Paris, 1983.

(32) VILLEY M., Philosophie du droit, cité, n° 83; voy. aussi supra, note 21.

sociaux et culturels. Robert Pelloux parle des «droits de l'homme authentiques» en visant ceux qui ont pris forme lors de la Révolution française et note qu'«il apparaît déjà qu'il est plus difficile de définir les droits économiques et sociaux et d'assurer leur protection juridictionnelle». Quant aux «nouveaux» droits de l'homme, il s'agirait de «donner satisfaction à certaines puissances qui ont précipité la politique de décolonisation, et d'encourager les pays qui ont récemment accédé à l'indépendance ainsi que ceux qui y aspirent encore aujourd'hui. Ceci ne signifie pas que les revendications de ces peuples ne soient pas légitimes en totalité ou en partie. Ceci signifie qu'il est sans doute inexact et inutile de les traduire en droits de l'homme»³³. Et l'auteur de critiquer les «arrières pensées politiques» inhérentes à la troisième génération des droits de l'homme, comme si les précédentes n'en comportaient pas.

Selon ces auteurs, les critères de juridicité, dont ils constatent éventuellement l'absence, peuvent être résumés comme suit:

— *Le titulaire* des nouveaux droits n'est pas l'homme ou l'individu, mais souvent une collectivité difficile à déterminer (nation, peuple, société, communauté internationale). Ceci les opposerait aux «véritables droits de l'homme» qui sont soit des droits strictement individuels, soit des droits collectifs réduits, comme nous l'avons vu, à des droits individuels s'exerçant collectivement.

— On ne sait à *qui* les droits récents peuvent être opposés, quelles sont les personnes déterminées tenues de les respecter.

— *L'objet* de certains droits serait imprécis. Ils ne feraient que recouper certains autres droits. Ainsi, le droit au développement ne serait rien d'autre qu'une sorte d'agglomérat des droits économiques, sociaux et culturels. Ces droits risqueraient par ailleurs d'entrer en conflit avec les autres libertés.

— *La force contraignante* de ces droits est limitée. Leur sanction est fort difficile, voire impossible à assurer.

Il serait relativement aisé de contester un à un la pertinence de ces critères. Il suffit de relire la Déclaration de 1789 pour constater que toute la matière des droits de l'homme s'est édiflée sur des concepts tels que «nation», «société», «volonté générale» etc. Si ces concepts sont refoulés hors du champ du juridique, on peut craindre que soient sapés les fondements du droit lui-même. Le fait que les droits se «recoupent» ou risquent de se contredire est un phénomène inhérent à l'indivisibilité des droits de l'homme et, de manière plus générale, n'importe quel droit risque d'entrer en conflit avec un autre. L'imprécision de certains concepts juridiques est tout à fait habituelle, souvent voulue parce que opératoire. Que l'on songe aux notions d'ordre public, de bonnes mœurs, de faute, ou, dans la consécration des droits de l'homme

(33) «Vrais et faux droits de l'homme...», cité, p. 68.

dont la juridicité n'est que rarement contestée, aux notions de délai raisonnable, de tribunal impartial, de traitement inhumain, etc.

Le problème de la sanction et celui de la contrainte, qui ne sont pas exactement les mêmes, pose beaucoup plus de difficultés. Maints auteurs persistent, dans la ligne de Kant, à trouver dans la réalité de la sanction et l'efficacité de la contrainte les critères de la juridicité³⁴. D'interminables discussions ont pour objet leur importance exacte. Toutes les nuances semblent possibles. Jean Dabin, pour sa part, écrivait qu'«il est vrai d'affirmer que le droit est un «ordre de contrainte», mais en notant tout de suite que ce n'est pas la force qui fait le droit, même d'un point de vue formel; *de ce point de vue*, ce qui fait le droit, c'est l'ordre du Souverain, auquel la force prête seulement son appui. Encore est-il que là où manque cet appui (cas des «obligations naturelles», non munies d'action, cas des règles liant les détenteurs de fonctions suprêmes dans l'Etat), l'on a affaire à un droit imparfait»³⁵. D'autres auteurs parleront d'un «état prénormatif» des droits³⁶. François Rigaux s'efforcera de faire admettre la notion de «droits assourdis»³⁷.

Il n'est pas possible de faire ici l'état complet d'une des questions les plus traditionnelles de la philosophie juridique. Dans le cadre de cette étude, on devra se borner à constater qu'aucun des critères de juridicité proposés ne constitue un argument dirimant pour ou contre la juridicité de l'un ou l'autre droit de l'homme.

On voudrait pourtant rappeler une piste de réflexion proposée par François Rigaux: la juridicité d'un système normatif ne s'apprécie que dans ses rapports avec les autres systèmes normatifs. La juridicité des droits de l'homme ne peut se penser que dans ses relations avec les autres systèmes de droit positif, territoriaux ou non, étatiques ou non.

Comme le constate l'auteur, d'éminents théoriciens comme Kelsen, Dabin ou Hart, dont l'influence sur la doctrine du droit actuelle est considérable, limitent leur analyse aux seuls droits étatiques³⁸. Or, la matière qui nous préoccupe ici fait partie, pour une très large part, du droit international.

Le professeur Rigaux souligne d'autre part ailleurs, dans une critique très sévère, que le droit international lui-même est marqué par une sorte de caricature du droit étatique: «bien loin de donner à la société internationale des institutions qui répondent

(34) Cf., parmi de nombreux auteurs, FRANCOIS L., *Le problème de la définition du droit*, 1978; HAARSCHER G., *Philosophie des droits de l'homme*, cité, notamment p. 43. KANT énonce dans la *Métaphysique des mœurs* que «le droit et la faculté de contraindre sont une seule et même chose» (Tr. fr. par PHILONENKO A., éd. Vrin, Paris, 1986, p. 106).

(35) DABIN J., *Encyclopaedia Universalis*, Voy. Droit, éd. 1985, vol. 6, p. 414.

(36) ROUSSEAU D., «Les droits de l'homme de la troisième génération», cité, p. 21.

(37) «Le droit au singulier et au pluriel», cité, p. 42 et suiv.

(38) *Ibidem*, p. 6-7.

à ses besoins spécifiques, on a voulu unir l'eau et le feu. Cette société est toujours tenue pour un club d'états et sur cette conception archaïque, vestige des monarchies absolues, on a plaqué des lambeaux d'institutions démocratiques, un pseudo-parlement, et ce qu'il y a de moins imaginaire dans les sociétés nationales, des bureaucraties (...). Tant que dans la société internationale le pouvoir sera exercé par l'intermédiaire des états, sa prétendue organisation ne sera qu'une façade. Seule une vision résolument démocratique de la société internationale permettra des progrès indispensables. Le type d'organisation internationale qui s'élabore sous nos yeux est une caricature de l'état du droit: les «sujets» du droit international sont les Etats eux-mêmes qui entendent se réserver le pouvoir de faire les règles qu'ils reconnaissent pour obligatoires (...). Telles qu'elles sont actuellement conçues, les normes de droit international se déroberont à une définition satisfaisante de leurs destinataires. La lacune la plus généralement constatée dans l'ordre juridique international est l'absence sinon de toute coercition, du moins de tout appareil de contraintes (...). A la vérité, la lacune la plus grave est d'ordre doctrinal: sous l'influence du formalisme et du positivisme qui bouclent l'horizon du droit depuis le 19^e siècle, la science du droit international n'a pas su concevoir de manière assez hardie la production des sources du droit international»³⁹.

A cet égard, l'accession à l'indépendance de nombreux Etats du Tiers-Monde n'a pas apporté au droit international le renouveau qu'on aurait pu espérer, au contraire: «la réserve des nouveaux Etats, psychologiquement compréhensible, leur a fait chercher refuge dans les éléments les plus formalistes du droit international classique». Les Etats récents, jaloux de leur souveraineté fragile, n'ont fait que renforcer le volontarisme inhérent à la conception traditionnelle et la fiction d'une délégation à l'instance internationale ou supra-nationale d'une parcelle de la souveraineté étatique.

La leçon à tirer de cette double critique, celle des théories monistes du droit et celle du droit international classique, est qu'on ne peut plus penser un droit sans prise en compte des autres ordres juridiques, et que le droit international ne peut être saisi selon le même mode d'appréhension que le droit étatique.

Dans cette conception, seuls deux éléments paraissent nécessaires pour qu'on puisse parler d'ordre juridique:

— l'existence d'une société dont les membres disposent d'un critère de reconnaissance mutuelle;

— l'adoption par cette société de règles de conduite dont la transgression a des effets sur la vie interne du groupe»⁴⁰.

(39) Introduction à la science du droit, cité, p. 56-57.

(40) «Le droit au singulier et au pluriel», cité, p. 42.

A ce moment, «l'ordre juridique international est un excellent exemple de société décentralisée, sans pouvoirs contraignants, dont les membres, au demeurant en nombre réduit, sont soumis à une pression diffuse, sans qu'il soit cependant permis, sinon en vertu d'une définition élargie et *à priori* du droit, de refuser à cet ordonnancement la qualification d'ordre juridique»⁴¹.

La juridicité réside dès lors dans l'interaction des divers ordres: «les systèmes juridiques peuvent être inscrits à une bourse d'évaluation, dans laquelle chacun s'apprécie à la valeur que lui reconnaissent tous les autres, un peu comme les monnaies, instruments de compte à l'intérieur du système d'échange où elles ont légalement cours, se transforment en simple marchandise dans le marché monétaire mondial»⁴².

Appliquées à notre propos, qui est celui du statut des droits de l'homme, particulièrement dans leurs aspects internationaux, ces considérations nous conduiraient à l'abandon définitif de tout critère fixe de juridicité. Dès lors que les droits de l'homme ont pris naissance au sein d'une société dont les membres disposent d'un critère de reconnaissance mutuelle, et que la transgression des droits de l'homme a des effets sur la vie interne du groupe de ses membres, ils constituent un ordre juridique. La validité de celui-ci, éventuellement variable dans le temps et l'espace, dépend des relations qu'il entretient avec d'autres ordres, et notamment avec les ordres étatiques.

Au regard de l'histoire du droit elle-même, cette perception est beaucoup plus satisfaisante. Le droit est donné avant la théorie qui fixera les conditions de la juridicité. Celle-ci ne saurait dépendre de l'état du droit antérieur, que l'on prenne en considération celui de l'Antiquité (Villey) ou celui de la Révolution Française (Pelloux). Le droit se crée lui-même. Le droit décide ce qu'est le droit, quand le droit existe déjà.

Une des erreurs les plus courantes du débat relatif à la juridicité des droits de l'homme est la confusion entre droit et droit subjectif. Ce n'est pas parce qu'un texte ne confère pas de droit subjectif qu'il cesse d'être du droit. A cet égard, Monsieur Rigaux critique aussi le fait que les droits économiques, sociaux et culturels, particulièrement, entretiennent une illusion: «La rédaction des textes dans lesquels ils sont contenus leur confère l'apparence illusoire de droits subjectifs (...). Pour que l'individu soit titulaire d'un droit propre qu'il puisse efficacement faire valoir, il faut que le contenu du droit soit précisé et que le débiteur de l'obligation soit désigné (...). Qu'ils soient inscrits dans une constitution ou dans un instrument international de protection des droits de l'homme, les droits économiques, sociaux et culturels n'ont de signification que programmatique, ils ne sauraient participer ni à la vigueur des libertés traditionnelles ni à la force immédiate du droit de propriété. Cela explique aussi pourquoi la

(41) Ibidem, p. 32.

(42) Ibidem, p. 56.

garantie des droits économiques, sociaux et culturels résiste au contrôle juridictionnel»⁴³.

A fortiori l'auteur critique-t-il comme tant d'autres le caractère approximatif du «droit à la paix», «droit au développement», «droit à l'environnement»⁴⁴.

Ces remarques entraînent l'adhésion au sujet de la remarque selon laquelle un droit n'est pas nécessairement un droit subjectif. Mais les droits économiques, sociaux et culturels ne peuvent-ils devenir droits subjectifs? Que la chose soit difficile à envisager en opportunité ou pour des raisons politiques et économiques, on peut l'admettre. Mais qu'elle soit juridiquement possible? Spécialement à propos de la «résistance au contrôle juridictionnel», ou du caractère nécessairement programmatique, on n'est guère convaincu. Le débiteur du droit peut être déterminé et il s'agit souvent de l'Etat. Il n'est par ailleurs pas indispensable que le contenu du droit soit précisé pour qu'un contrôle de type juridictionnel puisse être exercé. On en veut pour preuve un exemple tiré de la législation belge qui consacre, par le biais de l'article premier de la loi du 8 juillet 1976, le droit à l'aide sociale: «Toute personne a droit à l'aide sociale. Celle-ci a pour but de permettre à chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine». On aperçoit facilement les similitudes de formulation et de nature avec les droits de l'homme et plus spécifiquement avec les droits économiques, sociaux et culturels⁴⁵. Or, la loi ne précise que de manière très vague le contenu du droit à l'aide sociale⁴⁶. Le législateur a en effet voulu qu'il revienne à des instances juridictionnelles de concrétiser le droit, ce que font journellement les Chambres de recours instituées par la loi, sans se heurter à aucune difficulté de principe⁴⁷. Ce n'est donc plus la précision du texte qui permet le contrôle, mais le contrôle qui précise la portée du texte.

On n'aperçoit pas pourquoi un tribunal national ou international ne pourrait pas, en principe, décider sur demande d'un individu, si l'Etat a ou non rempli à son égard les obligations qui découlent de son engagement de respecter, même progressivement, les droits économiques, sociaux et culturels.

Par contre, il faut admettre que les droits de la troisième génération, sans pour autant leur dénier la qualité de droits, ne peuvent constituer des droits subjectifs.

(43) «Droit international et droit de l'homme», *Journal des Tribunaux*, 1988, p. 705, n° 20.

(44) *Ibidem*, n° 21.

(45) Cf. FIERENS Jacques, «Droit à l'aide sociale et droits de l'homme», *Journal des Tribunaux*, 1984, p. 169-176.

(46) Cf. l'art. 57, al. 1 à 3, qui vise «l'aide due par la collectivité», qui «peut être matérielle, sociale, médicale, médico-sociale ou psychologique», palliative ou curative, ou encore préventive.

(47) Cf. BERGER Jean-Marie, *Le droit à l'aide sociale. Mythes et réalités à la lumière de la jurisprudence des Chambres de recours et du Conseil d'Etat*, éd. U.V.C.B., Bruxelles, 1983, spécialement pp. 6-9.

Section 2: L'effet des traités en droit interne

Comme la discussion qui précède l'indique, le problème de la juridicité et du contrôle se particularise dans celui des éventuels droits subjectifs que les particuliers tiennent des traités internationaux conclus en la matière. Cette question recoupe celle de la juridicité, mais est loin de la recouvrir entièrement. A cet égard, répétons qu'il ne faut pas confondre le droit objectif et les droits subjectifs⁴⁸. Ceux-ci sont seconds par rapport à celui-là. Les droits subjectifs sont créés par le droit objectif, mais le droit objectif ne crée pas que des droits subjectifs.

Dans la matière de la protection internationale des droits de l'homme, la question des droits subjectifs revient à se demander si les traités signés par les états contractants ont pour seuls destinataires, tant actifs que passifs, les états qui garantissent les droits fondamentaux par le passage obligé du droit étatique, ou bien si les particuliers tiennent des droits personnels du traité lui-même. C'est la question, qui ne se limite d'ailleurs nullement à la matière des droits de l'homme, des éventuels effets directs des traités internationaux.

La Cour de cassation belge a rappelé que, bien que le traité soit un acte de droit public international, il peut contenir aussi des dispositions de droit privé qui, par l'approbation qu'elles ont reçues de la loi, sont entrées dans le droit belge et dont il est permis aux nationaux de se prévaloir. Pour la Cour suprême, «la notion d'applicabilité directe d'un traité envers les nationaux de l'état qui l'a conclu implique que l'obligation assumée par cet état soit exprimée d'une manière complète et précise et que les parties contractantes aient eu l'intention de donner au traité l'objet de conférer des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus»⁴⁹. On voit ici, d'une part, le lien entre l'applicabilité directe et l'existence de droits subjectifs (ou d'obligations individuelles, qui doivent être considérées ici comme des «devoirs subjectifs») et, d'autre part, que les droits nationaux définissent certaines conditions à cette applicabilité directe.

La définition et l'énonciation des deux conditions données par la Cour de cassation belge ne satisfont pas certaine doctrine récente.

Ce qui pose problème est d'abord la prise en considération explicite de l'intention des parties. Michel Waelbroeck propose une définition de l'applicabilité directe qui aurait une portée plus étendue que la simple aptitude à créer des droits ou à imposer des obligations aux particuliers. Selon cet auteur, «un traité international est directement applicable chaque fois qu'il impose aux Etats contractants des obligations

(48) C'est une tendance de l'étude de ORIANNE P., «De la juridicité des droits économiques et sociaux reconnus dans les Déclarations internationales», *Annales de droit de Louvain*, 1974, p. 147-163, spécialement p. 159.

(49) *Cass. b.*, 21 avril 1983, R.C.J.B., 1985, p. 22.

suffisamment claires et précises pour qu'elles puissent être invoquées devant les tribunaux nationaux, soit au titre d'un droit ou d'une obligation propre, soit en vue de faire constater l'illégalité d'une mesure – qu'elle soit d'origine privée ou publique – incompatible avec elles⁵⁰. Dans la même ligne, la Cour de Justice des Communautés européennes considère que le propre de la disposition directement applicable est de pouvoir être «invoquée en justice», que ce soit pour revendiquer un droit propre ou pour faire contrôler la conformité au droit communautaire de mesures étatiques⁵¹.

Par ailleurs, le fait qu'un traité, selon ses termes, ne s'adresse qu'aux états contractants n'a généralement pas été considéré comme une raison suffisante de ne pas lui reconnaître d'effets internes⁵².

Dans cette conception, l'applicabilité directe n'est pas une qualité inhérente à la norme internationale, mais est susceptible de varier selon la façon dont le problème est posé au juge national. «S'agit-il de permettre à un individu de l'invoquer pour s'opposer à l'application d'une règle nationale qui lui est contraire: on l'appliquera à la seule condition qu'elle soit libellée en termes suffisamment précis et contraignants. S'agit-il au contraire de savoir s'il en découle directement des droits subjectifs ou des obligations pour les individus sans qu'aucune intervention complémentaire du législateur national soit requise: on examinera si telle était bien, en l'occurrence, l'intention commune des parties contractantes»⁵³.

Ainsi, le droit international peut établir des règles qui, en tant que telles et à défaut d'une intervention correspondante des états signataires, n'ouvre pas de droits subjectifs aux individus. Ceci ne les empêcherait cependant pas d'invoquer le traité si des mesures étatiques entrent en opposition avec lui. Dans cette deuxième hypothèse, selon le Professeur Waelbroeck, la condition nécessaire et suffisante serait que la disposition internationale soit libellée en termes suffisamment précis et contraignants. Et nous sommes à nouveau ramenés au critère de la précision suffisante.

Ne pourrait-on cependant soutenir que le degré nécessaire de précision des termes du traité s'amointrit en proportion inverse de l'opposition entre la règle nationale et la règle internationale? En d'autres termes, les notions très englobantes qui sont familières en matière de droits de l'homme devraient être considérées comme suffisamment précises et contraignantes si la législation de droit interne *va manifestement* dans un sens contraire. Il ne faut pas perdre de vue que des formulations que l'on pourrait tenir pour vagues, telles celles de l'article 3 ou de l'article 8 de la Convention

(50) «Portée et critères de l'applicabilité directe des traités internationaux», note sous Cass., 21 avril 1983, R.C.J.B., 1985, p. 34.

(51) Cf. les références données par WELBROECK M., *ibidem*, p. 35, note 10.

(52) *ibidem*, p. 38.

(53) *ibidem*, p. 37.

européenne des droits de l'homme, ont été reconnues comme productrices d'effets directs en droit interne⁵⁴.

Rappelons enfin que beaucoup d'états consacrent la prééminence des normes internationales sur la loi interne⁵⁵, ce qui renforce de manière tout à fait notable les effets juridiques éventuels des grands instruments internationaux en matière de droits de l'homme, à condition bien sûr qu'il s'agisse de traités.

DEUXIEME PARTIE

LA CHARTE AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

CHAPITRE I: LA DEFINITION DES DROITS

La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a été adoptée par la Conférence des chefs d'état et de gouvernement de l'Organisation de l'Unité africaine, à Nairobi, le 28 juin 1981⁵⁶. Elle est entrée en vigueur en octobre 1986, soit trois mois après la réception par le Secrétaire général des instruments de ratification ou d'adhésion de la majorité absolue des Etats membres de l'Organisation de l'unité africaine (cf. art. 63, § 3), c'est-à-dire en l'occurrence une majorité de 26 Etats.

(54) On pourrait également se demander si des effets juridiques particuliers ne pourraient se déduire des normes internationales en matière de droits de l'homme par la prise en compte d'un ordre public international ou des principes généraux du droit. Cf. FIERENS J., «L'interruption des fournitures d'énergie de première nécessité et la référence aux droits de l'homme», R.I.E.J., 1986, n° spécial, Aspects juridiques des coupures de gaz et d'électricité, p. 84-87.

(55) Pour la Belgique: Cass. b., 27 mai 1971, J.T., 1971, p. 471; Cass. b., 4 avril 1984, J.T.T., 1984, p. 444. Pour la France: Cass. f., 24 mai 1975, Journ. droit int., 1975, 801, note Ruzié; J.C.P., 1975, I, 2743, note Jeantet; R.G., 1976, p. 960, note Ch. Rousseau. Ce principe n'est pas reconnu partout, notamment en Italie et en Allemagne.

(56) Sur le contexte dans lequel le texte a pris naissance, voy. VASAK Karel, «Les droits de l'homme et l'Afrique», Revue belge de droit international, 1967, p. 459-478; M'BAYE Kéba, «Les droits de l'homme en Afrique» dans Les dimensions internationales des droits de l'homme, éd. Unesco, 1978, p. 645-664; NDIAYE Birama, «La place des droits de l'homme dans la Charte de l'Organisation de l'Unité africaine», *ibidem*, p. 664-679. Pour quelques analyses du texte, voy. aussi GITTLEMAN Richard, «The African charter on human and people's rights: a legal analysis», Virginia journal of international law, n° 22, 1982, p. 667-714; GONIDEC P.-F., «Un espoir pour l'homme et les peuples africains? La Charte africaine des droits de l'homme et des droits des peuples», Le mois en Afrique, n° 209-210, juin-juillet 1983, p. 23-40; AHANHANZO Maurice, «Introduction à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples», dans Droits et libertés à la fin du XX^e siècle. Influence des données économiques et technologiques. Etudes offertes à Claude-Albert Colliard, Pedone, Paris, 1984, p. 511-537; NGOM Benoît S., Les droits de l'homme et l'Afrique, éd. Silex, Paris, 1984, spécialement p. 65-78.

Section 1: La définition des droits et l'articulation des trois générations

Le Comité d'expert réuni sous la présidence Monsieur Kéba M'Baye s'est inspiré, pour la rédaction du texte, de la Déclaration universelle, des Pactes internationaux, des documents du Conseil de l'Europe et particulièrement de la Convention de sauvegarde, ainsi que de la Convention américaine relative aux droits de l'homme. Le deuxième considérant du préambule cite explicitement la Charte de l'Organisation de l'Unité africaine aux termes de laquelle «la liberté, l'égalité, la justice et la dignité sont des objectifs essentiels à la réalisation des aspirations légitimes des peuples africains». Le troisième considérant rappelle l'engagement de tenir «dûment compte de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration universelle des droits de l'homme».

C'est dire que l'on ne s'étonnera pas si, dans l'ensemble, tant au niveau de la structure du texte que dans la définition de chaque droit et liberté, de multiples recoupements peuvent être observés avec d'autres textes connus. Il est sans doute plus intéressant d'indiquer les différences spécifiques de la Charte, encore qu'il faille renoncer, dans le cadre de cette étude, à prétendre à l'exhaustivité.

Le texte est divisé en trois parties: «Des droits et des devoirs», «Des mesures de sauvegarde» et «Dispositions diverses». La première partie, qui nous intéresse ici, s'articule en deux chapitres, «Des droits de l'homme et des peuples» et «Des devoirs». La lecture de la Charte révèle que le chapitre II ne vise que les devoirs de l'individu, tandis que les devoirs de l'Etat sont mentionnés au fil du chapitre I, spécialement dans les articles 1, 16, 18, 21 à 23, 25 et 26.

La clause de non-discrimination inscrite dans l'article 2 est proche de celle de l'article 2 de la Déclaration universelle⁵⁷, mais mentionne spécifiquement l'interdiction de pratiquer des distinctions sur base de l'ethnie.

L'article 4, après avoir consacré le droit à la vie, précise que «nul ne peut être arbitrairement privé de ce droit», autorisant donc la peine de mort⁵⁸.

L'article 7, § 1, énonce que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue, sans distinguer à ce stade s'il y va d'une cause à caractère pénal ou privé. Ce droit comprend diverses garanties énumérées aux lettres *a* à *d*, avec notamment une insistance caractéristique sur le droit de saisir les juridictions nationales, entre autres hypothèses, si les droits fondamentaux reconnus et garantis par les *coutumes en vigueur* se trouvent

(57) Voy. aussi P.I.D.C.P., art. 2, § 1; P.I.D.E.S.C., art. 2, § 2; C.E.D.H., art. 14. On sait que la non-discrimination s'attache aux droits et libertés reconnus par les textes visés. Il serait permis de penser que constituerait un progrès la garantie de non-discrimination s'attachant à l'ensemble des droits en général.

(58) Cf., dans le même sens, P.I.D.C.P., art. 6, mais avec un net encouragement à l'abolition de la peine capitale (§ 6: «aucune disposition du présent article ne peut être invoquée pour retarder ou empêcher l'abolition de la peine capitale par un Etat parti au présent Pacte»); voy. aussi C.E.D.H., art. 2, § 1.

violées. Dans l'énonciation des garanties, il faut toutefois déplorer l'absence de précisions suffisantes. La Charte ne mentionne pas le droit d'un accusé d'être informé dans une langue qu'il comprend de la nature et de la cause de l'accusation, ni le droit de bénéficier gratuitement, le cas échéant, d'un interprète, durant les débats ou lors du prononcé du jugement, ni le droit d'obtenir gratuitement l'assistance d'un avocat dans le cas où la personne ne peut rémunérer son défenseur, ni le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge ou à décharge, ni le droit de n'être pas contraint de témoigner contre soi-même⁵⁹.

En son § 2, l'article 7 précise notamment que «la peine est personnelle et ne peut frapper que le délinquant». Il s'agit là de prévenir les conséquences de traditions africaines enclines à admettre la responsabilité collective de l'acte d'un individu.

L'article 10, § 2, énonce que «nul ne peut être obligé de faire partie d'une association»⁶⁰, mais ajoute toutefois «sous réserve de l'obligation de solidarité prévue à l'article 29». Dans la mesure où cette dernière disposition porte que l'individu a le devoir «de servir sa communauté nationale», «de préserver et de renforcer la solidarité sociale et nationale», «de préserver et de renforcer l'indépendance», on comprend aisément que le principe de l'article 10, § 2, perde toute portée réelle et que l'affiliation forcée à un parti politique, par exemple, tenterait de se justifier par le biais de l'article 29.

L'article 12 prévoit, en son § 5, que l'expulsion collective d'étrangers est interdite. L'expulsion collective est celle qui vise globalement des groupes nationaux, raciaux, ethniques ou religieux. La Charte évoque ici un problème douloureusement présent dans certaines parties de l'Afrique.

L'article 13, lorsqu'il vise le droit de participer librement à la direction des affaires publiques (§ 1) ou d'accéder aux fonctions publiques (§ 2) a pour seuls destinataires les «citoyens». La disposition reprend ainsi une distinction déjà présente dans la Déclaration française de 1789, en l'occurrence Déclaration des droits de l'homme, d'une part, et des *citoyens*, d'autre part.

«Le droit de propriété est garanti», énonce l'article 14. On sait à quel point la consécration de ce droit a pu faire difficulté lors de l'élaboration de la Déclaration universelle⁶¹. Le rappel de cette controverse permet d'attirer l'attention sur le fait que le droit de propriété *privé* n'est pas comme tel énoncé. De plus, une particularité de rédaction ne peut qu'attirer l'attention. La plupart des dispositions qui précèdent commencent à chaque paragraphe par «toute personne» ou, pour les droits politiques,

(59) Cf. GITTLEMAN Richard, «The African charter...», cité, pp. 685-686.

(60) Comp. D.U.D.H., art. 20, § 2.

(61) Cf. supra, note 14.

Les Pactes ne mentionnent pas le droit de propriété. La Convention européenne ne l'évoque que dans l'article premier du Premier protocole additionnel.

par «tous les citoyens». Exception est faite pour l'article 14. Au lieu de la formulation «toute personne a droit à la propriété», à laquelle on eut pu s'attendre, le style est rompu. De là à supposer que les rédacteurs n'ont pas entendu garantir le droit à tous, il n'y a qu'un pas.

L'article 14 et le droit de propriété constituent la charnière entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels qui suivront dans les articles 15 à 18. Nous avons vu en effet que seul le point de vue choisi permet de classer le droit de propriété dans une catégorie plutôt que dans l'autre.

L'article 15 inaugure la série des droits économiques et sociaux en évoquant le droit de toute personne «de travailler dans des conditions équitables et satisfaisantes et de percevoir un salaire égal pour un travail égal». S'il est vrai, comme il a déjà été relevé, que le travail, ses conséquences et sa protection constituent le noyau de la protection économique et sociale, le droit au travail n'est pas comme tel consacré. La Déclaration universelle et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, dans les limites de leur portée juridique, n'ont pas hésité à le faire⁶².

L'article 16 est consacré au droit à la santé et à l'assistance médicale, rencontrant ainsi une aspiration prioritaire des pays du Tiers Monde.

L'article 17, relatif au droit à l'éducation, à la vie culturelle et, de manière également fort caractéristique, à «la protection de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la communauté», fait quitter la sphère des droits économiques et sociaux pour entrer dans le domaine culturel, à juste titre jugé indispensable et fondamental pour la sauvegarde des droits fondamentaux.

Mais c'est dire aussi que les droits syndicaux se font remarquer par leur absence, de même que le droit de grève qui n'est pas consacré⁶³.

L'article 18 est consacré à la famille. On ne s'étonnera pas que, dans le contexte africain, celle-ci occupe une place spécifique. Par la localisation de la disposition qui la vise, d'abord, c'est-à-dire entre les droits de «toute personne» ou de «tout citoyen» (art. 2 à 17) et les droits de «tous les peuples» (art. 19 à 24). On aperçoit bien une conception en cercles concentriques, qui va de l'individu vers la société nationale, puis la société panafricaine, en passant par le cercle large de la famille.

(62) Cf. D.U.D.H., art. 23, § 1; P.I.D.E.S.C., art. 6.

(63) Cf. D.U.D.H., art. 23, § 4, qui ne vise pas non plus le droit de grève; P.I.D.E.S.C., art. 8. Voy. toutefois l'art. 10, § 1: «toute personne a le droit de constituer librement des associations avec d'autres, sous réserve de se conformer aux règles édictées par la loi». A propos des restrictions légales, voy. *infra*, section 2.

Après avoir énoncé, comme la Déclaration universelle, que la famille est l'élément naturel de la société⁶⁴, par le biais d'une assertion plus philosophique que juridique, l'article 18 assigne à l'Etat «l'obligation d'assister la famille dans sa mission de gardienne de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la communauté» (§ 2). En outre, «l'Etat a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant tels que stipulés dans les Déclarations et Conventions internationales». Ce dernier membre de phrase, qui ne précise pas les textes visés, ouvre à tout le moins de larges perspectives⁶⁵. On peut sans doute deviner en filigrane du § 4 une conception de la famille plus élargie qu'en Occident: «Les personnes âgées ou handicapées ont également droit à des mesures spécifiques de protection en rapport avec leurs besoins physiques et moraux».

Les articles 19 à 24 sont consacrés aux droits des peuples (cf. *infra*, section 3).

Les articles 25 et 26 énoncent certains devoirs de l'Etat, se rapportant à l'ensemble des droits et libertés consacrés par la Charte. D'autres devoirs de l'Etat sont par ailleurs mentionnés antérieurement, corrélativement à la consécration de certains droits particuliers (cf. art. 16, § 2, à propos du droit de jouir du meilleur état de santé possible; art. 16, § 3, à propos de la promotion et de la protection de la morale et des valeurs traditionnelles; art. 18, § 2 et 3, à propos de l'obligation de l'Etat d'assister la famille, de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant; art. 20, § 3, art. 21, § 4 et 5, art. 22, § 2, art. 23, à propos des devoirs des Etats corrélatifs aux droits des peuples).

S'agissant des articles 25 et 26, la Charte énonce que les Etats ont le devoir de promouvoir et d'assurer, par l'enseignement, l'éducation et la diffusion, le respect des droits et libertés contenus dans la Charte, et de prendre des mesures en vue de veiller à ce que ces libertés et droits soient compris de même que les obligations et devoirs correspondants. Les Etats ont en outre le devoir de garantir l'indépendance des tribunaux et de permettre l'établissement et le perfectionnement d'institutions nationales appropriées chargées de la promotion et de la protection des droits et libertés

(64) Cf. D.U.D.H., art. 16, § 3; P.I.D.C.P., art. 23, § 1; P.I.D.E.S.C., art. 10, § 1.

(65) Ce renvoi global, dont l'imprécision est critiquable, est comparable à celui opéré par l'art. 60. Ce dernier s'efforce de définir les principes dont s'inspire la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Visant le «droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples», la disposition vise entre autres les «divers instruments africains relatifs aux droits de l'homme et des peuples» ou, après l'évocation de la Déclaration universelle, les «autres instruments adoptés par les Nations Unies et par les pays africains dans le domaine des droits de l'homme». Mise à part la question de cette imprécision, le renvoi d'un texte à un autre est un phénomène connu du droit des libertés fondamentales. Cf., au niveau interne, le problème du statut du Préambule de la Constitution française et du renvoi qu'il contient à la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens: RIVERO J., *Libertés publiques*, cité, p. 176-180.

garantis. Ces dispositions, qui clôturent le chapitre I consacré aux droits de l'homme et des peuples, s'inspirent sans doute de l'article 26, § 2, de la Déclaration universelle.

Section 2: La place de la loi et des règlements et l'insistance sur les devoirs

On a vu que la plupart des grands textes admettent que le droit interne limite les droits et libertés fondamentales. Ces limitations sont générales ou énoncées à propos de tels droits particuliers. Il est opportun que le texte indique les limites des limites, les orientations admissibles des restrictions.

A cet égard, la Charte africaine est certainement insatisfaisante. D'évidentes concessions politiques offrent aux lois et règlements une marge de manœuvres inquiétante.

Ainsi, l'article 9, § 2, énonce que toute personne a le droit d'exprimer et de diffuser ses opinions «dans le cadre des lois et règlements». L'article 10, § 1, énonce que toute personne a le droit de constituer librement des associations avec d'autres, «sous réserve de se conformer aux règles édictées par la loi». L'article 12, § 1, énonce que toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat, «sous réserve de se conformer aux règles édictées par la loi». A propos des articles 10, 11 et 12, la seule limite, bien incertaine, aux pouvoirs de la loi et des règlements peut être recherchée dans le mot «librement» qui ne pourrait totalement être vidé de son sens. On imagine cependant les approximations possibles. L'article 9, § 2, ne contient même pas cette frêle référence à la liberté.

On comprendra que toutes les nuances sont possibles lorsqu'on s'aperçoit que, dans l'article 11, les limites des limites sont, cette fois, énoncées: «Toute personne a le droit de se réunir librement avec d'autres. Ce droit s'exerce sous la seule réserve des restrictions nécessaires édictées par les lois et règlements, notamment dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté d'autrui, de la santé, de la morale ou des droits et libertés des personnes». Tout se joue cependant sur le mot «notamment» qui remplace de manière caractéristique le mot «exclusivement» que l'on peut trouver par exemple dans l'article 29, § 2, de la Déclaration universelle.

L'article 14, consacré au droit de propriété, indique qu'«il ne peut y être porté atteinte que par nécessité publique ou dans l'intérêt général de la collectivité, ce, conformément aux dispositions des lois appropriées». Dans ce cas, les restrictions sont mieux balisées.

La consécration des droits de l'homme et des peuples est contrebalancée par le chapitre II de la première partie qui énonce les devoirs des individus.

Trois articles le constituent. Ils forment des cercles concentriques qu'annonce très clairement l'article 27, § 1: «chaque individu a des devoirs envers la famille et la société,

envers l'Etat et les autres collectivités légalement reconnues et envers la Communauté internationale». La sphère individuelle s'élargit à la famille, ensuite aux collectivités plus larges au sein desquelles l'Etat est privilégié et, enfin, à la Communauté internationale. L'article 27, § 2, et l'article 28 insistent sur les devoirs de chacun fondés sur les droits des autres individus, «ses semblables».

L'article 29 évoque les devoirs de l'individu envers sa famille et singulièrement ses parents qu'il doit respecter, nourrir et assister en cas de nécessité.

L'article 29, § 2 à 6, évoque les devoirs de l'individu à l'égard de l'Etat et de la Communauté nationale.

L'article 29, § 7 et 8, vise les devoirs qui incombent à l'individu pour la défense des valeurs culturelles africaines (cf. § 7) ou, dans une optique plus politique, pour la promotion et la réalisation de l'unité africaine.

L'insistance sur l'ensemble de ces devoirs contraste avec l'individualisme occidental.

Section 3: Les droits des peuples

La Charte africaine n'hésite pas, malgré les difficultés doctrinales qu'ils suscitent, à consacrer les droits des peuples.

Il n'est pas étonnant que cette insistance tout à fait explicite vienne d'un continent qui n'est pas encore libéré de la colonisation ou à tout le moins de la dépendance. On perçoit également, et le phénomène est bien sûr lié à l'histoire, que la lutte de l'Afrique pour les droits de l'homme est volontiers tournée contre l'extérieur plutôt que contre les violations ou les manques de garanties internes.

L'article 19 affirme le principe d'égalité des peuples et que «rien ne peut justifier la domination d'un peuple par un autre».

L'article 20 consacre le droit de tout peuple à l'existence et à l'autodétermination, tant politique qu'économique et sociale.

L'article 20, § 2, affirme le droit des peuples colonisés ou opprimés de se libérer de leur état de domination en recourant à tous moyens reconnus par la Communauté internationale.

Le § 3 ajoute que tous les peuples ont droit à l'assistance des Etats parties à la Charte, dans leur lutte de libération contre la domination étrangère, qu'elle soit d'ordre politique, économique ou culturel.

L'article 21 insiste longuement sur le droit des peuples à la libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles. Ainsi, la libération politique et la libération économique sont-elles étroitement liées par le texte.

L'article 22 consacre le droit au développement, celui-ci étant entendu au sens du développement économique, social et culturel. La même disposition consacre le droit à la jouissance égale du patrimoine commun de l'humanité.

L'article 23 affirme que les peuples ont droit à la paix et à la sécurité tant sur le plan national que sur le plan international.

L'article 24 consacre le droit de tous les peuples «à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement».

Les devoirs corrélatifs des Etats sont énoncés au fil de chaque article.

La consécration d'un éventail étendu de ces droits de la «troisième génération» est certainement caractéristique de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

CHAPITRE II: LE CONTROLE

Section 1: La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples

Une Commission africaine des droits de l'homme et des peuples est instituée par le chapitre I de la deuxième partie de la Charte.

Elle se compose de onze membres choisis parmi les personnalités africaines jouissant de la plus haute considération, connues pour leur haute moralité, leur intégrité et leur impartialité, et possédant une compétence en matière de droits de l'homme et des peuples, un intérêt particulier devant être donné à la participation de personnes ayant une expérience en matière de droit⁶⁶.

(66) Les premiers membres choisis sont les suivants: Ali Mahmoud BUDHEDMA (Libye; élu pour 6 ans); BADAWI Ibrahim El-Sheikk (Egypte; 2 ans); M.D. MOKAMA (Botswana; 6 ans); C.L.C. MUBANGA-CHIPOYA (Zambie; 4 ans); IBINGARA Grace Stuart (Ouganda; 4 ans); KISANGA Robert Hebish (Tanzanie; 4 ans); GABOU Alexis (Congo; 6 ans); NGUEMA Isaac (Gabon; 2 ans); Alioune Blondin BEYE (Mali; 2 ans); Youssoupha NDIAYE (Sénégal; 6 ans); Sourata B. Semega JANNEM (Gambie; 2 ans).

Les articles 33 à 34 définissent le mode d'élection et le statut des membres de la Commission, du secrétaire de la Commission et de son président.

La Commission est chargée par l'article 30 de promouvoir les droits de l'homme et des peuples et d'assurer leur protection en Afrique.

L'article 45 précise plus amplement sa mission:

- 1 — promouvoir les droits de l'homme et des peuples, notamment par le rassemblement de la documentation, des études et des recherches; formuler et élaborer les documents devant servir de base à l'adoption de textes législatifs, des principes et règles qui permettent de résoudre les problèmes juridiques relatifs à la jouissance des droits de l'homme et des peuples et des libertés fondamentales; coopérer avec les autres institutions africaines ou internationales qui s'intéressent à la promotion et à la protection des droits de l'homme et des peuples;
- 2 — assurer la protection des droits de l'homme et des peuples dans les conditions fixées par la Charte;
- 3 — interpréter les dispositions de la Charte à la demande d'un Etat partie, d'une institution de l'O.U.A. ou d'une organisation africaine reconnue par l'O.U.A.;
- 4 — exécuter toutes autres tâches qui lui seront éventuellement confiées par la Conférence des chefs d'Etats et de gouvernements.

La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples est un organe quasi-juridictionnel. Elle peut être saisie d'une prétendue violation des droits et libertés consacrés, mais n'a pas le pouvoir de rendre des décisions contraignantes. Elle peut connaître des communications émanant des Etats parties ou des «autres communications».

S'agissant d'une communication émanant des Etats parties, si l'un d'eux a de bonnes raisons de croire qu'un autre Etat également partie à la Charte a violé les dispositions de celle-ci, il a le choix entre deux procédures: il peut tout d'abord appeler, par communication écrite, l'attention de cet Etat sur la question. Dans ce cas, la communication est également adressée au Secrétaire général de l'O.U.A. et au président de la Commission. Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la communication, l'Etat destinataire fera tenir à l'Etat qui a adressé la communication, des explications ou déclarations écrites élucidant la question (cf. art. 47). S'ouvrent alors des négociations bilatérales ou «toute autre procédure pacifique». En cas d'échec, chacun des Etats a le droit de soumettre la communication à la Commission (cf. art. 48).

Il est permis par ailleurs à un Etat de renoncer à cette phase de négociation d'Etat à Etat et de saisir directement la Commission (cf. art. 49).

Si elle est saisie, la Commission, qui doit s'assurer de l'épuisement des voies de recours internes (cf. art. 50)⁶⁷, instruit l'affaire, entend d'éventuelles observations écrites ou orales (cf. art. 51), essaie «par tous les moyens appropriés de parvenir à une solution amiable fondée sur le respect des droits de l'homme et des peuples» (cf. art. 52) et établit, le cas échéant, «dans un délai raisonnable à partir de la notification visée à l'article 48, un rapport relatant les faits et les conclusions auxquelles elle a abouti. Ce rapport est envoyé aux Etats concernés et communiqué à la Conférence des chefs d'Etats et de gouvernements» (*ibidem*).

S'agissant des «autres communications», c'est-à-dire celles qui peuvent émaner de particuliers ou de groupements, la Commission ne s'en saisit que sur la demande de la majorité absolue de ses membres (cf. art. 55, § 2). C'est une première restriction évidente.

L'article 56 indique les sept conditions auxquelles les «autres communications» doivent répondre pour pouvoir être examinées:

- 1 — indiquer l'identité de leur auteur même si celui-ci demande à la Commission de garder l'anonymat;
- 2 — être compatibles avec la Charte de l'Organisation de l'unité africaine ou la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples;
- 3 — ne pas contenir des termes outrageants ou insultants à l'égard de l'Etat mis en cause, de ses institutions ou de l'O.U.A.;
- 4 — ne pas se limiter à rassembler exclusivement des nouvelles diffusées par des moyens de communication de masse;
- 5 — être postérieures à l'épuisement des recours internes s'ils existent, à moins qu'il ne soit manifeste à la Commission que la procédure de ces recours se prolonge d'une façon anormale;
- 6 — être introduites dans un délai raisonnable (non autrement précisé) courant depuis l'épuisement des recours internes ou depuis la date retenue par la Commission comme faisant commencer à courir le délai de sa propre saisine;
- 7 — ne pas concerner des cas qui ont été réglés conformément soit au principe de la Charte des Nations Unies, soit de la Charte de l'Organisation de l'unité africaine, et soit des dispositions de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

(67) On imagine cependant mal une procédure interne de règlement des conflits interétatiques.

La communication, avant tout examen au fond, est portée à la connaissance de l'Etat intéressé (cf. art. 57).

L'article 58 fait apparaître que la Commission ne prend de mesures que si «une ou plusieurs communications relatent des situations particulières qui semblent révéler l'existence d'un ensemble de violations graves ou massives des droits de l'homme et des peuples». Dans ce cas, la Commission «attire l'attention de la Conférence des chefs d'Etats et de gouvernements sur ces situations». Dans un second temps, la Conférence des chefs d'Etats et de gouvernements peut alors demander à la Commission de procéder à une étude approfondie et de lui rendre compte dans un rapport circonstancié, accompagné de ses conclusions et recommandations.

Dans l'hypothèse où on en serait arrivé à ce stade, «toutes les mesures prises dans le cadre du présent chapitre resteront confidentielles jusqu'au moment où la Conférence des chefs d'Etats et de gouvernements en décidera autrement. Toutefois, le rapport est publié par le président de la Commission sur décision de la Conférence des chefs d'Etats et de gouvernements» (art. 59, § 1 et 2). Ces restrictions à la publicité d'un éventuel rapport de la Commission s'attachent aussi bien à celui qui aurait été provoqué par la communication d'un Etat que par une autre communication.

On se rend immédiatement compte des limites du contrôle exercé par la Commission suite à la notification de communications.

La procédure aboutit au mieux à l'établissement d'un rapport dont la publicité est subordonnée à la décision d'un organe politique. Ce même organe politique, la Conférence des chefs d'Etats et de gouvernements, peut seule autoriser la Commission à établir un rapport suite à une communication n'émanant pas d'un Etat. La Commission n'a d'ailleurs le pouvoir d'attirer l'attention de la Conférence des chefs d'Etats et de gouvernements que sur les situations révélant des violations «graves ou massives» des droits de l'homme. Le texte induit donc une différence entre les violations des droits de l'homme qui seraient graves et celles qui ne le seraient pas, ce qui autorise l'inquiétude.

Autant la définition des droits et des devoirs est-elle originale dans la Charte africaine, autant les possibilités de contrôle de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples sont-elles décevantes. Les Etats parties n'ont manifestement pas pu admettre la juridiction effective d'une instance supranationale.

Le contrôle du respect de la mise en œuvre des droits et devoirs consacrés par le texte n'est cependant pas limité à celui qu'exerce la Commission.

L'article 62 énonce que chaque Etat s'engage à présenter tous les deux ans, à compter de la date d'entrée en vigueur de la Charte, un rapport sur les mesures d'ordre législatif ou autre, prises en vue de donner effet aux droits et libertés reconnus et garantis. La technique du rapport, bien connue des traités internationaux consacrés

aux droits économiques, sociaux et culturels, vient ici se superposer aux procédures quasi-juridictionnelles possibles devant la Commission.

Section 2: Les effets de la Charte en droit interne

Certaines dispositions de la Charte africaine sont-elles susceptibles d'avoir des effets directs en droit interne?

On a vu que la Cour suprême de Belgique, par exemple, fait de l'intention des parties le critère principal susceptible de trancher la question. Dans ce cas, la Charte ne devrait pas être considérée comme pouvant être directement applicable dans certaines de ces dispositions. En effet, l'article premier énonce: «Les Etats membres de l'Organisation de l'unité africaine, parties à la présente Charte, reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer». A première vue, aucune garantie immédiate n'est proposée. Le projet initial du Traité, parfois appelé «projet de Dakar», qui prévoyait une obligation de garantie explicite, a d'ailleurs fait l'objet d'une modification ultérieure⁶⁸. La discussion ne saurait cependant se clore à ce stade.

1 — L'intention des parties ne doit pas nécessairement être considérée comme critère déterminant (cf. *supra*).

2 — On pourrait imaginer que la formule ambiguë de l'article premier provient de la juxtaposition, dans la suite du texte, de droits et libertés susceptibles d'être garantis immédiatement et de droits et libertés manifestement programmatiques. On pourrait, dès lors, être tenté de soutenir que le dernier membre de phrase de cet article vise les droits programmatiques, sans que cela empêche que d'autres dispositions, particulièrement parmi celles qui consacrent des droits civils et politiques, puissent être revêtues d'effets directs. Il est vrai que, dans ce cas, on aurait pu s'attendre à lire: «Les Etats membres (...) reconnaissent les droits (...) ou s'engagent à adopter les mesures (...)».

3 — L'ambiguïté de l'article premier est renforcée par l'obligation inscrite dans l'article 25: «Les Etats parties à la présente Charte ont le devoir de promouvoir et d'assurer (...) le respect des droits et des libertés (...)».

4 — Dans l'hypothèse où la Charte ne serait jamais appelée à être directement applicable dans l'ordre interne des Etats, un paradoxe demeure. Par le biais de l'article 55, les particuliers ont manifestement le droit d'adresser au Secrétaire de la Commission des communications dont la Commission peut être saisie. Cette Commission, comme on l'a vu, et dans les limites de ses pouvoirs, pourrait constater la violation des droits

de l'homme et des peuples. Comment concilier ce pouvoir reconnu aux individus de solliciter le contrôle de l'instance internationale alors que la Charte ne leur accorderait aucun droit subjectif dans l'ordre interne? En d'autres mots, la juridiction ou la quasi-juridiction supra étatique reconnaîtrait que le Traité accorde aux individus des droits et qu'il leur impose des devoirs, tandis que les juridictions étatiques le déniaient.

Ces contradictions poussent à écarter l'intention des parties, dans la ligne de ce que Michel Waelbroeck proposait (cf. *supra*) ou, à tout le moins, à constater que les Etats parties ont eu l'intention de permettre que les dispositions suffisamment claires du traité puissent être invoquées en justice.

CONCLUSIONS

La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples est, à l'échelle d'un continent, l'aboutissement actuel de la dynamique des droits de l'homme. La formulation des droits et des devoirs est résolument moderne. Par delà les difficultés théoriques, parfois redoutables et dont le dernier mot n'est certainement pas dit, l'Organisation de l'unité africaine a formulé les droits fondamentaux dans le sens nécessaire à son combat pour plus de liberté à l'échelle internationale ou interne. L'intuition originaire des droits de l'homme a ainsi été retrouvée: leur affirmation même est une arme de combat. Elle précède les analyses théoriques et anticipe souvent les grandes mutations du droit.

Des considérations politiques, et en premier lieu les réticences manifestes des pouvoirs, incapables actuellement de penser un ordre international qui transcenderait les souverainetés nationales, font que les garanties quasi-juridictionnelles ou juridictionnelles proposées par la Charte sont médiocres. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples ne possède que des pouvoirs particulièrement réduits. Cependant, l'ordre interne des Etats est le premier garant des libertés fondamentales et la possibilité d'invoquer devant les tribunaux internes les dispositions de la Charte suffisamment claires et non manifestement programmatiques ne devrait pas être écartée.

J. FIERENS

Avocat au Barreau de Bruxelles
Assistant à l'Université Catholique de Louvain

(68) Cf. GITTLEMAN R., «The african Charter...», cité, p. 688.