Le risque social est-il un risque comme les autres ?

Quelques réflexions sur les droits sociaux à l'heure de l'Austérité

Lucie Lamarche

Professeure, Faculté de Science politique et de Droit de l'Université du Québec à Montréal, professeure associée à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa – Montréal, Canada

1 Introduction

Les anniversaires, tel celui de l'Institut des droits de l'homme de Lyon (IDHL), offrent souvent l'occasion de faire le point sur une question ou sur un enjeu. La reconnaissance en droit international des droits de la personne du caractère juridique fondamental des droits sociaux a précédé de deux décennies la création de l'Institut. Et pourtant, les développements se sont accélérés. Alors que l'entrée en vigueur du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) en 1976 s'est inscrite dans la foulée de l'essoufflement de l'État Providence, on assiste aujourd'hui à la construction d'un nouveau modèle d'État dit social. La providence a fait place à la régulation des pauvres et à la gestion du risque pauvreté. Cette transformation impacte sur l'interprétation du PIDESC tout comme sur celle des obligations de l'État qui y sont inscrites.

C'est de cette évolution transformative dont le présent article entend rendre compte.

Dans un premier temps, nous nous attardons, aux fins d'une mise en contexte, sur la lente reconnaissance en droit international de la juridicité des droits sociaux. Ce processus n'est évidemment pas indépendant du contexte, économique et politique, qui a marqué notamment les théories du développement au fil du dernier quart du XX^{e} siècle. C'est, en effet, dans ce contexte d'ébullition que, pour les États, la re-

connaissance de l'urgence de veiller au comblement des besoins de base de tous les humains s'est mutée en obligation de respecter leurs droits, dont leurs droits sociaux.

Dans un second temps, nous faisons le point sur les déclinaisons récentes de la justiciabilité des droits sociaux, tant en droit international qu'en droit domestique. L'interfertilisation des approches normatives promues, tant par le Comité des DESC des Nations Unies que par les cours constitutionnelles, a promu des approches normatives qui reposent sur des conceptions divergentes des obligations de l'État en matière de droits sociaux. Toutefois, ces approches semblent avoir fait l'objet d'une synthèse utile dans la foulée de l'adoption du Protocole facultatif au PIDESC, lequel est entré en vigueur en 2013 et a reçu à ce jour 21 ratifications, dont fort peu émanant des pays les plus riches. Cette synthèse réside dans le test de raisonnabilité. S'il est trop tôt pour évaluer l'impact en droit international de cette approche, nous pouvons néanmoins déduire des décisions des cours constitutionnelles nationales que l'on souffle à la fois le chaud et le froid, en avançant sur deux sentiers distincts : celui du minimalisme (la satisfaction des besoins de base) et celui du progressisme (l'interdiction de régresser en matière de réalisation des droits sociaux).

Dans un dernier et troisième temps, nous soumettons ces construits jurisprudentiels au credo économique des mesures dites d'Austérité [1]. Contrairement à ce qui est trop rapidement affirmé dans bien des cas, nous croyons que l'idéologie ambiante de l'Austérité impose une restructuration des fonctions sociales de l'État et ne se contente pas de la destruction de celui-ci. Quel impact sur la théorie des droits sociaux en droit international ? Quel impact sur la figure du détenteur et de la détentrice de droits sociaux ? L'examen de la récente Recommandation (n° 202) sur les socles de protection sociale, adoptée en 2012 par la Conférence internationale du travail, semble fournir des réponses à ces questions. Et elles ne favorisent pas une interprétation holistique de l'engagement énoncé à l'article 2(1) du PIDESC, soit la réalisation progressive des droits que ce traité garantit.

2 La lente reconnaissance des droits sociaux à titre de droits humains

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels [PIDESC] et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques [PDCP] ont été adoptés par les Nations Unies en 1966 et sont entrés en vigueur en 1976 [2]. Malgré cette concomitance, et en dépit de l'incontestable parentalité entre ces Pactes et la Décla-

1. Nous recourons à l'expression « austérité » selon le sens proposé par Champagne et Choinière : « Avant même la fin des mesures de soutien à l'économie, des organisations supranationales, telles que l'OCDE, la Banque mondiale et le FMI, incitèrent les gouvernements occidentaux à prendre des mesures dites d'austérité afin de redresser les finances publiques, le FMI allant même jusqu'à suggérer une « ère d'austérité » d'une durée pouvant aller jusqu'à deux décennies. Parallèlement à ces recommandations, certains gouvernements se sont engagés formellement, autant sur les tribunes nationales qu'internationales, à mettre fin aux plans d'action économique dès que possible afin de renouer avec les politiques précédentes de rigueur budgétaire ». Éric Champagne et Olivier Choinière, « Les politiques d'optimisation et d'austérité financières du Gouvernement du Canada de 2006 à 2012 : instruments, valeurs et idéologies » (2014) 3 :1 *Gestion et management public*, 89. Voir aussi : Stephen McBride et Heather Whiside, *Private Affluence, public austerity : economic crisis & democratic malaise in Canada*, 2011, Fernwood Publishing, Black Point, Canada.

2. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, RTNU 993, 3 et *Pacte international relatif aux droits civils et politiques,* RTNU 999, 171.

ration universelle des droits de l'homme [3], tant les pays riches que les pays pauvres évoquaient alors avec un dédain bien senti « l'autre Pacte », soit le PIDESC. Celui-ci, disait-on alors, était porteur d'un message qualifié de symbolique ou encore annonciateur d'une obligation purement programmatique pour les États [4]. En effet, plusieurs États ayant ratifié le PIDESC dès son adoption s'estimaient d'abord portés par le vent de l'État Providence, un projet de développement économique et libéral ayant à la clé les bénéfices de la protection sociale. Cette perspective explique le fait que les États ayant ratifié le PIDESC n'aient pas soigné les réserves dont ils auraient pu, compte tenu des situations nationales, en assortir la ratification [5].

Rappelons aussi que la question du Nouvel ordre économique international (NOEI) [6] et celle du droit des peuples à l'autodétermination, par ailleurs garanti par l'article 1 commun aux deux Pactes, dominaient alors la scène du droit international. On affirmait haut et fort que seul le développement économique auto déterminé pouvait contribuer à la lutte contre la pauvreté et l'extrême pauvreté [7], aujourd'hui considérée comme l'expression même de la violation des droits économiques et sociaux garantis par le PIDESC. Les théories de la satisfaction des besoins de base, à titre d'exigence morale et philosophique, gouvernaient le monde du développement, encore assez loin de celui des droits humains [8]. On omettait toutefois de préciser que la création de la richesse n'emporte pas nécessairement avec elle le partage équitable de celle-ci. C'est l'adoption en 1986 de la Déclaration sur le droit au développement [9], qui a posé comme principe normatif le droit de toute personne au développement et à la participation au développement [10].

Rappelons enfin que malgré tous ses efforts, l'Organisation internationale du travail (OIT) n'avait pas mieux réussi dans l'arène des Nations Unies ce qu'elle avait échoué à accomplir dans sa propre arène : garantir horizontalement, c'est-à-dire de manière universelle, et verticalement, c'est-à-dire à un niveau suffisant de revenu, des réponses économiques aux risques sociaux historiquement identifiés par l'OIT [11]. Est-il utile de rappeler que cette aspiration concernait alors au mieux 30% de l'ensemble des

3. .G. Rés. 217 A(III), Doc. N.U. A/810 (1948).

4. L'article 2(1) du PIDSC se lit comme suit :*Chacun des États parties au présent Pacte* s'engage à agir*, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique,* au maximum de ses ressources disponibles*, en vue* d'assurer progressivement *le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte* par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives (nous soulignons).

5. Avec l'exception, parmi le premier groupe des États signataires, de l'Irlande concernant l'article 13 (2)(a) du Pacte (droit à l'instruction primaire universel) et le droit de permettre aux parents d'assurer à domicile l'enseignement primaire ; et celle de la Nouvelle Zélande concernant l'article 8(1)(d) du PIDESC et le droit de grève. Pour une analyse historique du développement du PIDESC, voir Lucie Lamarche, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, 1995, Bruxelles, Bruylant.

6. *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international,* Doc NU AG Res 3201 (S-VI), mai 1974.

7. Philip Alston, « Human Rights and Basic Needs : A Critical Assessment » (1979) 12 *Revue des droits de l'homme* 19.

8. *Henry SHUE*, *Basic Rights*, 1980, Princeton University Press.

9. *Déclaration sur le droit au développement,* Doc NU AG Res 41-128 (S-VI), décembre 1986.

10. Arjun Sengupta, « On the Theory and Practice of the Human Right to Development » (2002) 24 *HRQ* 837. Voir aussi Lucie Lamarche, *Beyond the Rhetoric of Social Rights for the Poor : the Need to Promote a Methodology aimed at Reinforcing International and National Institutions,* UNESCO, Direction des droits de l'homme, Paris, 2002 (disponible sur demande).

11. R. Beattie, « Social Protection for All : But How Special Issue : Social Policy and Social Protection » (2000) 139 *International Labour Review* 129.

humains sur Terre ? L'affaire n'était guère plus glorieuse sur le plan régional. Quelles critiques n'a pas essuyé en effet la Charte sociale européenne de 1961, dite Charte de Turin [12] ?

La notion de risques sociaux était alors liée au sort du travail industriel masculin, confronté au chômage frictionnel, au risque physique et psychologique du travail et à la vieillesse [13].

Ainsi, et alors que les pays riches encaissaient les premières conséquences de reculs importants au chapitre du « *War on Poverty* [14] », autrement défini comme l'exigence de la socialisation et de l'institutionnalisation de celle-ci, notamment sous le joug du reaganisme et du thatchérisme, le PIDESC s'avérait encore un poids plume sur la scène internationale des droits humains. Au Sud, les générations successives d'ajustements structurels frappaient durement. Bref, rien ne portait à croire que le pauvre (il n'est pas encore temps de féminiser) était perçu comme un détenteur de droits humains sociaux. Au mieux, était-il identifié comme le titulaire d'un droit prévu par une loi sociale domestique. C'est donc péniblement que l'on tentait, sans changer toutefois le paradigme économique dominant, d'ajuster les vertus horizontales et verticales des programmes sociaux, expression nettement préférée à celle de droits sociaux.

3 L'envol du PIDESC : de la juridicité à la justiciabilité

C'est dans ce contexte morose que le PIDESC prendra toutefois son envol [15]. Et cet envol n'est pas une coïncidence. Les efforts conjugués d'activistes et d'universitaires du Nord et du Sud [16] tout autant que la rencontre enfin fructueuse entre le monde du développement et celui des droits humains conféreront au Comité d'Experts indépendants du PIDESC (Comité des DESC), assez nouvellement constitué, la légitimité requise afin d'adopter en 1990 l'Observation générale n° 3 portant sur la nature des obligations juridiques générales assumées par les États parties au Pacte [17]. C'est une

12. Voir D.J. Harris, « The European Social Charter » (1964) 13 :3 *The International and Comparative Law Quarterly* 1076.

13. Lucie Lamarche, « Le PIDESC, les femmes et le droit à la sécurité sociale : considérations et propositions pour un droit "universel" à la sécurité sociale » (2002) vol. 14, no 1, *Revue Femme Droit*, 53.

14. Michael Walzer, « *Socializing the Welfare State* », in Amy Gutmann (éd.), *Democracy and the Welfare State*, Princeton University Press, 1988, p. 17.

15. Philip Alston et Gerald Quinn, "The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights" (1987) 3 *HRQ* 156-229.

16. *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,* (1987) 9 *HRQ* 122-135.

17. Comité des DESC, Observation générale no 3, *La nature des obligations des États parties* (art. 2, par. 1, du Pacte), 1990. Selon cette Observation, l'article 2 du PIDESC comporte une obligation de résultat, laquelle se décline comme suit au para 9 :

La principale obligation de résultat dont il est fait état au paragraphe 1 de l'article 2, c'est d'« agir [...] en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus [dans le Pacte] ».

[...] le fait que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels prévoit une démarche qui s'inscrit dans le temps, autrement dit progressive, ne saurait être interprété d'une manière qui priverait l'obligation en question de tout contenu effectif.

[...] En outre, toute mesure délibérément régressive dans ce domaine doit impérativement être examinée avec le plus grand soin, et pleinement justifiée par référence à la totalité des droits sur lesquels porte le Pacte, et ce en faisant usage de toutes les ressources disponibles.

Le para 11 de l'Observation générale no 3 dispose de la question des ressources disponibles aux fins de la réalisation des droits garantis par le PIDESC :

Le Comité tient à souligner cependant que, même s'il est démontré que les ressources disponibles sont insuffisantes, l'obligation demeure, pour un État partie, de s'efforcer d'assurer la jouissance la plus large possible des droits pertinents dans les circonstances qui lui sont propres. En outre, le manque de

révolution conceptuelle. Ainsi, les droits garantis par le PIDESC sont de « vrais » droits et les personnes, de « vraies » bénéficiaires de droits. L'on reconnaît donc désormais la juridicité des droits sociaux. Cette avancée significative allait trouver sa consécration lors de la Conférence de Vienne sur les droits humains de 1993, dont on retient l'affirmation si souvent évoquée voulant que tous les droits humains sont indivisibles et interdépendants [18].

De plus, l'Observation générale adoptée par le Comité du PIDESC en 1990 était aussi portée par un sentiment d'urgence voulant qu'en matière de droits sociaux, les États doivent immédiatement veiller à l'éradication de discriminations, notamment des discriminations genrées [19].

Malgré ces progrès importants, il fallait encore décliner les enjeux de justiciabilité des droits économiques et sociaux garantis par le PIDESC. Encore une fois, des avancées importantes ont été réalisées tant sur la scène du droit international que sur celle du droit domestique.

3.1 Quelle justiciabilité pour les droits sociaux ? Le droit international souffle le chaud et le froid

L'enjeu de la justiciabilité des droits sociaux comporte tout autant des dimensions judiciaires que politiques et économiques. De plus, il repose lourdement, au plan domestique, sur la possibilité d'accéder à la justice et d'exercer ses droits. Dans une perspective contemporaine, il nous semble juste d'affirmer que le débat de la justiciabilité est à vrai dire centré sur l'aire de justiciabilité des droits sociaux plutôt que sur la justiciabilité en soi. C'est bien parce les droits sociaux sont justiciables que cette question, plus fine, se pose. Cette affirmation est tirée, notamment, de l'expérience des tribunaux en Inde [20], en Colombie et en Afrique du Sud.

---

ressources n'élimine nullement l'obligation de contrôler l'ampleur de la réalisation, et plus encore de la non-réalisation, des droits économiques, sociaux et culturels, et d'élaborer des stratégies et des programmes visant à promouvoir ces droits.

18. Nations Unies, *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, 1993, en ligne : http ://www.ohchr .org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA*booklet*fr.pdf, para 5 :

Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance.

19. *Malgré les termes de l'article 2(1) du PIDESC qui prévoient l'engagement des États parties d'assurer progressivement le plein exercice des droits que ce traité garantit, le CDESC estime que tant la non-discrimination que le droit égal des hommes et des femmes à la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels est impératif et immédiatement applicable pour les États parties. La non-discrimination est aussi une obligation de nature transversale. De plus, la norme prévue à l'article 3 du PIDESC n'est pas susceptible de dérogation en ce qui concerne le respect et la mise en œuvre des articles 6 à 15 du traité. En conséquence, les contraintes de ressources susceptibles de freiner la réalisation des droits garantis par le PIDESC ne portent pas atteinte à l'obligation faite aux États d'agir immédiatement en vue de l'éradication de la discrimination, quelque soit le niveau de réalisation effective des droits garantis par les articles 6 à 15 du PIDESC. Au minimum, les priorités et les modes de mise en œuvre de ces droits ne devront jamais être gouvernés par des motifs discriminatoires en fonction du sexe.* Lucie Lamarche et Anaïs Tobalagba, « L'article 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », Le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels,* Commentaire article par article, Emmanuel Decaux (dir.), Paris, 2016, Economica, *sous presse.* Actuellement disponible à : http ://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm ?abstract*id=2161020.

20. Voir V. Gauri, "Fundamental Rights and Public Interest Litigation in India : Overreaching or Underachieving ?" (2011) 1 :1 *Indian Journal of Law and Economics,* 71 : *One can identify three key elements of governance for the broad category of tasks in government service delivery : the capacity and authority of the organizations charged with delivery or oversight, the availability of information and transparency regarding service delivery, and state accountability for performance.*

Comme le souligne Chodhury [21], l'Observation générale n° 3 du Comité des DESC souffle à la fois le chaud et le froid. Le paragraphe 10 se lit comme suit : « [...] *chaque État partie a l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits. Ainsi, un État partie dans lequel, par exemple, nombreuses sont les personnes qui manquent de l'essentiel,* [...] *est un État qui, à première vue, néglige les obligations qui lui incombent en vertu du Pacte. Le Pacte serait largement dépourvu de sa raison d'être si de sa lecture ne ressortait pas cette obligation fondamentale minimum* [...] ».

Cette Observation est en conséquence à la source d'une abondante doctrine portant sur le noyau dur, ou contenu minimal essentiel des droits garantis par le PIDESC [22]. Elle accorde notamment une importance indéniable à la question de savoir ce qu'est l'obligation relative à un tel contenu. Les tribunaux doivent-ils déterminer ce contenu ou constater la violation de l'obligation d'en garantir la jouissance, sans discrimination, au bénéfice des plus démunis ? Le 4e alinéa de l'article 8 du Protocole optionnel au PIDESC fournit à cet égard une piste de réponse. Ainsi, le Comité du PIDESC examinera les communications qui lui seront soumises en appliquant un test de raisonnabilité [23], directement inspiré d'une certaine jurisprudence issue de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud [24]. Il s'agira pour le Comité des DESC d'évaluer le caractère approprié des mesures prises par l'État Partie, conformément aux dispositions de la deuxième partie du Pacte [25].

---

21. Joie Chodhury, *Judicial Adherence to a Minimum Core Approach to Socio-Economic Rights – A Comparative Perspective,* En ligne : http ://scholarship. law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi ?article=1055&context=lps*clacp

22. Voir notamment David Robitaille, « *Non-universalité, illégitimité et surcomplexité des droits économiques et sociaux ? Des préoccupations légitimes mais hypertrophiées : regard sur la jurisprudence canadienne et sud-africaine* » (2008) 53 *Revue de droit de McGill* 243-267.

23. Cet alinéa de l'article 8 du Protocole se lit comme suit *: Lorsqu'il examine les communications qu'il reçoit en vertu du présent Protocole, le Comité détermine le caractère approprié des mesures prises par l'État Partie, conformément aux dispositions de la deuxième partie du Pacte. Ce faisant, il garde à l'esprit le fait que l'État Partie peut adopter un éventail de mesures pour mettre en œuvre les droits énoncés dans le Pacte.*

24. *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Other* Grootboom, [2001] 1 S. Afr. L.R. 46 [droit au logement] ; Contra : *Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others (CCT 39/09) [2009] ZACC 28 ; 2010 (3) BCLR 239 (CC) ; 2010 (4) SA 1 (CC)* [l'affaire des compteurs d'eau].

25. Dans le contexte de l'adoption prochaine du Protocole au PIDESC, le Comité des DESC des Nations Unies avait précisé en 2007 les balises du devoir des États d'agir au maximum des ressources disponibles :

En examinant une communication portant sur la non-adoption présumée par un État partie de mesures au maximum de ses ressources disponibles, le Comité se penchera sur les mesures effectivement prises par l'État partie dans le domaine législatif ou autre. Pour déterminer si ces mesures sont « suffisantes » ou « raisonnables », le Comité se demandera notamment :

(a) dans quelle mesure les dispositions prises étaient délibérées, concrètes et axées sur la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels ;

(b) si l'État partie a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière non discriminatoire et non arbitraire ;

(c) si la décision de l'État partie d'allouer (de ne pas allouer) les ressources disponibles est conforme aux normes internationales relatives aux droits de l'homme ;

(d) lorsque plusieurs possibilités existent, si l'État partie a choisi celle qui est la moins restrictive pour les droits reconnus dans le Pacte ;

(e) dans quel délai les mesures ont été prises ;

(f) si les mesures qui ont été prises ont tenu compte de la situation précaire des personnes ou groupes défavorisés et marginalisés, si ces mesures étaient non discriminatoires et si elles ont accordé la priorité à des situations graves ou comportant des risques.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Appréciation de l'obligation d'agir au maximum de ses ressources disponibles dans le contexte du Protocole facultatif au Pacte,* Doc NU E / C.12 / 2007 / 1, para 8.

Or, ce caractère approprié dépendra du respect des critères de disponibilité, d'abordabilité et d'adéquation de chacun des droits garantis par le PIDESC du moins, dans leur dimension essentielle et non discriminatoire. Pour reprendre l'exemple proposé par Chowdhury, cela fera, par exemple, la différence entre simplement constater l'illégalité d'une éviction massive (droit au logement) ou ordonner à l'État de conduire ou d'autoriser une telle éviction sous condition d'accommodement des évincés.

L'exigence du respect et de la mise en œuvre du noyau dur de chacun des droits garantis par le PIDESC a été reprise par les études développementalistes. Ainsi, le « *Human Rights Based Approach* » a marqué ce champ d'études suite à l'adoption en 2000 des Objectifs du Millénaire [26]. Il se substituait, en théorie du moins, à une approche basée sur la croissance et privilégiait le chemin des capabilités, proposé par Amartya Sen, puis raffiné par Martha Nussbaum dans une perspective féministe. Le marqueur principal de l'approche des capabilités est celui de la « liberté de choix », posée individuellement. En filigrane, ce marqueur propose donc un État discret, un État qui revisite sa relation au marché et qui privilégie le partenariat [27].

Ce passage n'est pas anodin. Ainsi, dans l'affaire *Mazibuko* [28], la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud, en jugeant que la seule responsabilité publique en matière d'accès à l'eau consiste à veiller à l'accessibilité gratuite d'un litrage minimal par ménage, reconnait le rôle du marché dans la réalisation du droit à l'eau. Considérant que la communauté qui a soumis aux tribunaux cette affaire était extrêmement marginalisée et appauvrie, nous estimons que cette décision ne passerait pas le test de raisonnabilité proposé par l'article 8 du Protocole optionnel au PIDESC. En d'autres mots, et de plus en plus, il faut comprendre que l'obligation de progressivité dans la réalisation des droits garantis par le PIDESC ne signifie pas tant le seul enrichissement du contenu des droits mais aussi la garantie de l'accès aux droits, dont le droit à l'eau, et ce, au bénéfice des communautés peu ou mal représentées dans des politiques publiques qui remettent au marché le soin de rendre disponibles les biens essentiels. Ainsi, le test de raisonnabilité proposé par le Protocole est un test collectif de partage et d'accès au contenu des droits et non un test de disponibilité de « choix individuels », lequel transforme les bénéficiaires de droits en consommateurs de biens.

Déjà en 1997, le Groupe d'Experts réuni à l'occasion de l'adoption des Directives de Maastricht [29], avait réfléchi à cette question. Le Paragraphe 14 (g) de ces Directives précise d'ailleurs que « *la réduction ou la réorientation de l'affectation de fonds publics spécifiques, lorsqu'une telle réduction ou réorientation se traduit par le non-exercice de ces droits et qu'elle ne s'accompagne pas de mesures propres à assurer des moyens d'existence minimaux à chacun, constitue une violation par action de ses obligations en vertu du PIDESC par l'État* [30] ».

26. UNDP, Human Development Report 2000, *Human Rights and Human Development.*

27. Lucie Lamarche, *Beyond the Rhetoric of Social Rights for the Poor : The Need to Promote a Methodology aimed at Reinforcing International and National Institutions, précité,* note 11.

28. *Supra*, note 25.

29. *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights,* Maastricht, janvier 1997. En ligne : http ://www1.umn.edu/humanrts/instree/Maastrichtguidelines*.html

30. Les Directives de Maastricht, qui fêtent cette année leur 30e anniversaire, avaient déjà en 1997 posé la question de la violation des droits garantis par le PIDESC.

Ainsi, le para 11 se lit comme suit :

Cette mutation du statut de bénéficiaire de droits sociaux en celui de consommateur de biens publics a donné lieu à des dérives importantes devant les tribunaux. Par exemple, de récentes études ont révélé qu'au Brésil, les mieux nantis tirent le plus grand avantage de la judiciarisation du droit à la santé [31].

C'est donc du bout des lèvres que le Programme des nations Unies pour le développement (PNUD) a reconnu, lors de la présentation de son Rapport sur le développement humain en 2015, que le désormais célèbre Index du développement humain fait peu cas de la mauvaise distribution entre les communautés des fruits du développement économique [32]. Sans surprise, le cas des investissements chinois en Afrique a été évoqué dans ce contexte car la Chine cherche d'abord des marchés et des consommateurs.

Pour reprendre les termes de Chodhury, malgré cette tension entre le chaud – les droits garantis par le PIDESC sont justiciables – et le froid –, ils tendent à transformer le bénéficiaire en consommateur de biens de base, et l'effet combiné des plus jeunes normes constitutionnelles et de l'activisme judiciaire de certaines juridictions a pris le relais d'un droit international essoufflé et assument dorénavant le rôle de chien de garde des garanties de droits sociaux. N'est-ce pas au bout du compte l'effet recherché par les normes des droits de la personne en droit international ? Les quelques exemples relatés ci-dessous en témoignent.

3.2 Le droit domestique et la justiciabilité des DESC

Dans une récente communication, Ronaldo Behrens se penche sur le cas du Brésil et du droit à la santé [33]. Notons d'abord les termes de l'article 196 de la Constitution

Une violation des droits économiques, sociaux et culturels se produit lorsqu'un État suit, par action ou par omission, une politique ou une pratique qui enfreint ou néglige délibérément des obligations conventionnelles, ou qu'il ne parvient pas à remplir l'obligation de moyens ou de résultat prescrite. En outre, toute discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, le patrimoine, la naissance ou une autre qualité, ayant pour objet ou pour effet d'empêcher ou de perturber la jouissance ou l'exercice en toute égalité des droits économiques, sociaux et culturels, constitue une violation du Pacte.

Et en sus de la violation déjà citée, le para 14 des Directives énumèrent à titre illustratif d'autres violations possibles de ces droits, telles :

(a) l'abrogation ou la suspension officielle d'une loi qui conditionne la poursuite de la jouissance d'un droit économique, social ou culturel actuellement garanti ;

(b) le déni délibéré d'un tel droit à l'égard d'individus ou de groupes particuliers, par le biais d'une discrimination inscrite dans la loi ou imposée ;

(c) le soutien actif à des mesures adoptées par des tiers, qui sont incompatibles avec les droits économiques, sociaux et culturels ;

(d) l'adoption de lois ou de politiques manifestement incompatibles avec des obligations juridiques préexistantes en rapport avec ces droits, à moins que cette adoption n'ait pour objet ou pour effet de favoriser l'égalité et d'améliorer la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels par les groupes les plus vulnérables ;

(e) l'adoption de toute mesure délibérément rétrograde qui réduise la protection accordée à l'un quelconque de ces droits ;

(f) le fait de s'opposer ou de mettre fin, de façon délibérée, à la réalisation progressive d'un droit protégé par le Pacte, à moins que l'État ne fasse valoir une limitation autorisée par le Pacte, un manque de ressources, ou la force majeure ;

[. . .].

Directives de Maastricht, *supra*, note 30.

31. Octavio Luiz Motta Ferraz, "Harming the Poor through Social Rights Litigation : Lessons from Brazil" (2010-2011) 89 *Tex. L. Rev.* 1643. Voir aussi au Canada *Chaoulli c. Québec (Procureur général)* [2005] 1 RCS 791 sur les enjeux de privatisation de la santé au Canada.

32. Voir Selim JAHAN, *Human Development and the Post-2015 Development Agenda*, 13 avril 2015, En ligne : https ://www.youtube.com/watch ?v=FCgrHHvIawA&noredirect=1

33. Ronaldo Behrens. *Le système de santé brésilien et les droits des usagers.* Droit. Université du Droit et de la Sante – Lille II, 2014. En ligne : https ://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01144177/document, p. 90.

brésilienne, lesquels prévoient que la santé est le droit de tous et un devoir de l'État, garanti par des politiques sociales et économiques qui visent la réduction du risque de maladie et d'autres atteintes à la santé et à l'accès universel et égalitaire aux actions, ainsi que les services ayant comme objectif le soutien, la protection et le recouvrement de la santé. Selon Behrens, les tribunaux trouvent dans cette phraséologie la source du principe d'universalité et d'égalité du droit à la santé, par ailleurs garanti dans la Loi ordinaire de 1990 (loi n° 8.080). Da Silva et Terrazas [34] célèbrent les bienfaits de la judiciarisation du droit à la santé, en soulevant toutefois la question du risque de l'accaparement des tribunaux par les populations mieux informées et mieux à même de faire face aux méandres de la justice. [35] La constitutionnalisation et la justiciabilité du droit à la santé au profit des populations les plus vulnérables a néanmoins enclenché au Brésil une série d'actions destinée à favoriser non seulement l'accès aux médicaments et aux soins de base, mais aussi à une justice expéditive de proximité.

Le cas de la Colombie se présente différemment. Ainsi, l'« *accion de tutela* » est une technique qui accueille des recours, dès lors qu'elle considère que l'absence de garantie de droits sociaux a pour effet la violation de droits fondamentaux civils et politiques. Véronique Champeil Desplats synthétise comme suit le raisonnement à la clé de la recevabilité d'une « *accion de tutela* » : (i) un rapport de « *conexidad* » (connexion) avec un droit fondamental civil et politique ; (ii) un péril grave et imminent pour la vie humaine et la santé ; (iii) une situation d'extrême nécessité, et (iv) des possibilités réelles pour l'État d'assurer la prestation. Cette procédure se distingue par ailleurs par sa large accessibilité [36].

Enfin, il convient de s'attarder à la « technique du « *standstill* » développée par la jurisprudence constitutionnelle belge. Selon Isabelle Hachez, « *en assignant à l'État un programme à réaliser progressivement, l'article 23 de la Constitution belge (le droit à l'aide sociale), pour ne prendre que cet exemple, lui interdit d'agir à rebours de l'objectif fixé* ». Dans l'Arrêt 133/2015 du 1er octobre 2015, la Cour constitutionnelle conclut à une violation de l'obligation de standstill au détriment de certains étrangers en séjour légal qui se voyaient exclus du droit à l'aide sociale par la loi attaquée devant elle. Isabelle Hachez propose l'analyse suivante : « *Après avoir constaté l'existence d'un recul significatif, le juge constitutionnel vérifie s'il existe des motifs d'intérêt général à même de le justifier. À la faveur de cette seconde étape du contrôle de l'obligation de standstill, la Cour ne se contente pas de relever la présence d'une justification dans les travaux préparatoires, mais en contrôle la pertinence pour conclure finalement au*

34. V. A. Da Silva et F. V. Terrazas, "Claiming the Right to Health in Brazilian Courts : The Exclusion of the Already Excluded ?" (2011) 36 :4 *Law & Social Inquiry* 825.

35. Pour un excellent reportage sur la question on consulter Al Jazeera, *The People's Health – Brazil's Real Drugs War,* janvier 2016. En ligne : https ://www.youtube.com/watch ?v=MaqaCsObd1E.

36. Voir Véronique Champeil Desplats, "La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du Sud "dans *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, En ligne : https ://revdh.files.wordpress.com/2012/06/la-justiciabilitc3a9-des-droits-sociaux-en-amc3a9rique-du-sud3.pdf, p 132. Voir aussi B.M. WILSON, "Institutional Reform and Rights Revolutions in Latin America : The Cases of Costa Rica and Colombia" (2009) 1 :2 *Journal of Politics in Latin America,* 59, à la page 62.

caractère disproportionné de la mesure adoptée, le fût-elle en vue de prévenir la fraude à l'aide sociale[37] ».

Le principe de standstill se déduit donc a contrario de l'obligation positive de garantir les droits fondamentaux ; il est inhérent à celle-ci.

Non-Régressivité, respect du contenu minimal et essentiel d'un droit social et progressivité constituent donc un triptyque décrivant les exigences de l'obligation générale énoncée à l'article 2(1) du PIDESC. Les juridictions nationales se sont appropriés ces notions dans le respect des particularités du droit domestique. Pour ce faire, elles ont tantôt eu recours au test de proportionnalité énoncé a l'article 8(4) du Protocole additionnel au PIDESC, tantôt à l'analyse du noyau dur de chacun des droits garantis par le PIDESC en vue du respect de celui-ci. Rarement, toutefois, les tribunaux ont-ils opposé au législateur l'exigence de progressivité dans la réalisation d'un droit, sinon par le recours à l'analyse oblique du test de discrimination, lequel a pu mener à une définition plus inclusive d'un droit. Certes, ces avancées sont significatives. Mais peuvent-elles résister à l'idéologie de l'Austérité ?

Il faut reconnaître que la décennie du Millénaire a été marquée par un étrange paradoxe. D'une part, la reconnaissance de la juridicité et de la justiciabilité des droits sociaux mais, d'autre part, la remise en question du rôle social de l'État, principal débiteur et fiduciaire exclusif des droits garantis par le PIDESC. Alors que le thème de la justiciabilité des droits sociaux trouve écho dans les pays du Sud, sous le chapiteau de la réalisation du contenu essentiel ou minimal de chaque droit, la crise économique et l'idéologie de l'Austérité ont suscité au Nord une vague de judiciarisation domestique destinée à freiner l'érosion ou la rétrogression des droits sociaux.

De plus, les organes de traités des droits humains des Nations Unies, tout comme les tribunaux domestiques, se sont trouvés en quelque sorte paralysés par la crise financière et économique de la fin des années 2000. À cet égard, la lettre de 2012 adressée par le président du Comité des DESC aux États Parties au PIDESC s'avère assez mièvre[38].

La théorie de l'effet cliquet, ou standstill, ou encore celle de l'interdiction de rétrogression dans la réalisation des droits sociaux a donc servi de rempart aux arguments opposés par les organes de traités à la crise et à l'idéologie de l'Austérité. Des analyses tirées des Conclusions du Comité des droits sociaux du Conseil de l'Europe et du Comité du PIDESC le révèlent. À titre d'exemple, notons le cas de réclamations soumises auprès du Comité des droits sociaux par des syndicats grecs[39] ; ou encore

37. Voir Isabelle Hachez : *Le standstill, ou comment les juges ont permis de mieux protéger les droits fondamentaux en limitant les possibilités de recul,* En Ligne : http ://www.justice-enligne.be/rubrique336.html,

38. Lettre du 16 mai 2012 adressée par le Président du Comité des droits économiques, sociaux et culturels aux États parties au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels http ://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/HRC-NONE-2012-76*fr.pdf

39. Voir *Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) / Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce*, réclamation no. 65/2011, décision sur le bien-fondé de 23 mai 2012, 18 ; *Fédération des Pensionnés Salariés de Grèce (IKA – ETAM) c. Grèce,* Réclamation n° 76/2012, Décision sur le bien-fondé, 7 décembre 2012 ; Pour un aperçu général de la situation en Grèce, voir *Le Comité européen des droits sociaux (CEDS) a rendu publiques ses décisions concernant cinq réclamations collectives contre la Grèce* : http ://www.aedh.eu/Le-Comite-europeen-des-droits.html.

les Observations finales adoptées, toujours dans le cas de la Grèce, par le Comité des DESC en 2015 :

> "*The Committee reminds the State party of its obligation under the Covenant to respect, protect and fulfil economic, social and cultural rights progressively, to the maximum of its available resources. While acknowledging that* certain adjustments are at times inevitable*, the Committee draws the State party's attention to the Committee's open letter of 16 May 2012 to States parties on economic, social and cultural rights in the context of the economic and financial crisis, in particular to the recommendations contained therein with regard to the requirements resulting from the Covenant regarding the applicability of austerity measures. In that context, the Committee recommends that the State party* review the policies and programmes adopted in the framework of the memorandums of understanding implemented since 2010, and any other subsequent post-crisis economic and financial reforms, with a view to ensuring that austerity measures are progressively waived and the effective protection of the rights under the Covenant is enhanced in line with the progress achieved in the post-crisis economic recovery*. The State party should further ensure that its obligations under the Covenant are duly taken into account when negotiating financial assistance projects and programmes, including with international financial institutions.*
>
> *The Committee recommends that the State party strengthen its* efforts to combat poverty*, focusing particularly on the* most disadvantaged and marginalized individuals and groups*. The State party should guarantee that its social assistance system targets the poor effectively* [...] [40]" (nous soulignons).

Clairement, c'est la théorie de l'effet cliquet, mais surtout celle du respect du noyau dur ou essentiel des droits sociaux, qui dominent les plus récentes analyses du Comité des DESC des Nations Unies. Cela comporte-t-il des risques particuliers eu égard au texte de l'article 2(1) du PIDESC ?

4 Les socles minimaux de protection sociale : une reconfiguration des droits sociaux en contexte d'Austérité ?

L'incontestable justiciabilité des DESC a donc mal résisté à la crise financière et au virage idéologique de la décennie 2000. Certes, les organes de traités ont été prompts à dénoncer la discrimination et l'exclusion sociale à la clé des coupures drastiques enregistrées en matière de droits sociaux. Mais le principe de progressivité a succombé. Toutefois, tel un Phoenix, il renaît de ses cendres et cède la place, tant au Nord qu'au Sud, au concept de socle minimal de protection sociale à titre de standard de droits humains. Cette nouvelle mesure de protection sociale confirme le statut de détenteur de droits des personnes appartenant aux groupes les plus démunis. Mais du

40. Doc. NU E/C.12/GRC/CO/2, 27 octobre 2015, para 8 et 9.

même souffle, elle reconfigure les risques sociaux et sonne le glas de l'aspiration à la réalisation continue et progressive des droits sociaux. Elle a néanmoins été récemment célébrée par le Comité des DESC [41] :

> "*Social protection floors call for a set of* basic social security guarantees *that ensure universal access to* essential health services and basic income *security. These guarantees can be materialized through transfers in cash and in kind, for example through child benefits, income support benefits combined with employment guarantees for the working-age poor, tax-financed universal pensions for older persons and benefits for persons with disabilities and persons who have lost the main breadwinner in the family.*
>
> *Pursuant to general comment No. 19, these guarantees constitute the* core obligation of States *to ensure access to social security by providing, together with adequate access to essential services, a minimum level of benefits to all individuals and families to* enable them to acquire *at least essential health care, basic shelter and housing, water and sanitation, food and the most basic forms of education. The reference to "all" encapsulates the human rights principle of universality and that every individual matters.* [...] [42]" (nous soulignons).

Au sujet de la réalisation progressive des droits sociaux, le Comité ajoute ce qui suit :

> "*[...] when used as floors and not ceilings, and provided they are established and implemented according to human rights standards and principles,* social protection floors have great potential to facilitate the enjoyment of several economic and social rights [43]" (nous soulignons).

Le concept de socle minimal de protection sociale [44] est issu de la Recommandation n° 202 [45], adoptée par l'OIT en 2012, laquelle est largement inspirée de l'Observation générale n° 19 adoptée par le Comité des DESC en 2008 [46]. Toutefois, cette Recommandation, passe le test du réalisme « post crise » en tenant compte des stratégies de réinvestissements CT/CTT – "conditional and non conditional cash transfer programs" – à la clé des programmes nationaux de lutte contre la pauvreté.

Les stratégies nationales de lutte contre la pauvreté ont le vent dans les voiles. Sous l'impulsion de l'ex-Rapporteure des Nations Unies sur l'extrême pauvreté, Magdalena

41. UN Doc E/C.12/2015/1, 6 mars 2015, Comité des DESC, *Statement on social protection floors : and essential element of the right to social security and of the sustainable development goals.* Voir aussi, *Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights on the implementation of the right to social protection through the adoption of social protection floors*, A/69/297, août 2014.

42. *Ibid.*, paragraphes 7 & 8.

43. *Ibid.*, paras. 10.

44. Pour une analyse en profondeur, voir : Lucie Lamarche, 'Unpacking the ILO's Social Protection Floor Recommendation from a Women's Rights Perspective', *Women's Rights to Social Security and Social Protection*, Beth Goldblatt, L. Lamarche, éds, Hart Publishing, Londres, 2014.

45. Organisation internationale du travail, *Recommandation (n° 202) sur les socles de protection sociale*, 2012.

46. Doc NU E/C.12/GC 19, 4 février 2008, *Le droit à la sécurité sociale.*

Sepulveda, [47] elles sont dorénavant associées à l'exigence d'une approche de la lutte contre la pauvreté fondée sur les droits humains. La Recommandation n° 202 de l'OIT le confirme. En effet, l'article 1(a) de la Recommandation se lit comme suit : « La présente recommandation fournit aux Membres des orientations pour (a) *établir ou maintenir*, selon le cas, *des socles de protection sociale en tant qu'élément fondamental de leurs systèmes nationaux de sécurité sociale* (nous soulignons).

L'article 3 de la Recommandation propose 18 principes devant gouverner l'implémentation des socles minimaux de protection sociale. Parmi ceux-ci, on retrouve entre autres :

- l'universalité de la protection, fondée sur la solidarité sociale (a) ;
- le droit aux prestations prescrit par la législation nationale (b) ; le caractère adéquat et prévisible des prestations (c) ;
- la non-discrimination, l'égalité entre hommes et femmes et la prise en compte des besoins spécifiques (d) ;
- et la solidarité en matière de financement (h), etc.

Toutefois, c'est l'article 5 de la Recommandation qui définit le noyau dur du socle minimal de protection sociale. Les socles de protection sociale devraient ainsi comporter au moins les garanties élémentaires de sécurité sociale suivantes :

(a) l'accès à un *ensemble de biens et services* définis à l'échelle nationale comme étant *des soins de santé essentiels*, y compris les soins de maternité, qui réponde aux critères de disponibilité, d'accessibilité, d'acceptabilité et de qualité ;

(b) la *sécurité élémentaire de revenu pour les enfants*, se situant au moins à un niveau minimal défini à l'échelle nationale, assurant l'accès à l'alimentation, à l'éducation, aux soins et à tous les autres biens et services nécessaires ;

(c) la *sécurité élémentaire de revenu*, se situant au moins à un niveau minimal défini à l'échelle nationale, pour les *personnes d'âge actif* qui sont dans l'incapacité de gagner un revenu suffisant, en particulier dans les cas de maladie, de chômage, de maternité et d'invalidité ;

(d) la *sécurité élémentaire de revenu pour les personnes âgées*, se situant au moins à un niveau minimal défini à l'échelle nationale.

47. Magdalena Sepulveda Carmona, "Report of the Independent Expert on the question of human rights and extreme poverty to the General Assembly on the importance of social protection measures in achieving Millennium Development Goals (MDGs)", UN DOC A/65/259 (2010) et "Final draft of the guiding principles on extreme poverty and human rights, submitted by the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights", UN Doc A/HRC/21/39 (2012).

Les travaux de la Rapporteure faisaient écho à la Déclaration adoptée en 2001 par le Comité des DESC. Voir Doc NU E/C.12/2001/10, *Substantive Issues arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* : Statement adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 4 mai 2001, para 8 :

"*In the light of the International Bill of Rights, poverty may be defined as a human condition characterized by sustained or chronic deprivation of the resources, capabilities, choices, security and power necessary for the enjoyment of an adequate standard of living and other civil, cultural, economic, political and social rights. While acknowledging that there is no universally accepted definition, the Committee endorses this multi-dimensional understanding of poverty, which reflects the indivisible and interdependent nature of all human rights*".

Cette énumération, issue, rappelons-le, d'une Recommandation qui est non contraignante, illustre non seulement la nouvelle fonction diminuée d'un socle national de protection sociale, à savoir la gestion du risque pauvreté, mais aussi, consacre le statut de détenteur de droits sociaux : soit celui de ne pas être mis à risque par la pauvreté. Sauf pour la disponibilité de soins de santé essentiels, l'approche repose donc sur la disponibilité d'un revenu de base destiné à l'acquisition des biens essentiels.

La marchandisation des biens sociaux étant ainsi consacrée, il est facile de comprendre que celle-ci propose une acception particulière du revenu universel garanti aux pauvres et aux extrêmement pauvres. Un tel revenu pour sa part constitue désormais le mode privilégié de réalisation des droits garantis par le PIDESC *via* le mécanisme du *cash transfer* fiscalisé, lequel est actuellement largement soumis à des conditionalités [48].

Et, puisque nous en sommes là, il importe de nous demander, tant au Nord qu'au Sud, ce que représente une approche fondée sur les droits humains en matière de respect des droits sociaux. Par exemple, le Comité des DESC, dans le cas du plus récent examen des rapports périodiques de mise en œuvre du PIDESC présenté par l'Irlande, l'Italie et le Canada, a posé à titre d'exigence de sortie de crise une évaluation fondée sur les droits humains des stratégies de lutte contre la pauvreté [49]. À cet égard, les Principes

48. Voir par exemple dans le cas des pays de l'OCDE le cas des *Job First Policies* : Danemark, Royaume Uni et Canada. Pour une analyse : http ://work fare. org.uk/images/uploads/docs/Workfarein21stcentury Britain-Final.pdf ; http ://www.boycottworkfare.org/wp-content/uploads/2011/06/workfareillegal.pdf ; htt p ://www.theguardian.com/society/2013/feb/12/graduate-poundland-government-work-schemes ; et David Etherington et Anne Daguerre, *Welfare Reform, Work First Policies and Benefit Conditionality : Reinforcing Poverty and Social Exclusion ?* http ://www.mdx.ac.uk/**data/assets/pdf*file/0015/211209/ Welfare-and-benefit-conditionality-report-January-2015.pdf

49. Voir UN Doc E/C.12/ITA/CO/5, Italie, 28 octobre 2015, para 9 :

"*The Committee recommends that the State party review, based on a human rights impact assessment, all the measures that have been taken in response to the financial crisis and are still in place, with a view to ensuring the enjoyment of economic, social and cultural rights. In this regard, it draws the State party's attention to its open letter of 16 May 2012 to States parties on economic, social and cultural rights in the context of the economic and financial crisis, and in particular to the requirements that austerity policies must meet*".

Voir aussi UN Doc E/C.12/IRL/CO/3, Irlande, 8 juillet 2015, para 11 :

« *Le Comité note la crise économique et financière sans précédent qui a frappé l'État partie, ainsi que la sortie de l'État partie du plan de sauvetage au cours de la période à l'examen, mais constate avec préoccupation qu'en dépit des transferts sociaux opérés pour atténuer les effets des mesures d'austérité* :

(a) *L'État partie a trop misé, pour faire face à la crise, sur la réduction des dépenses publiques dans les domaines du logement, de la sécurité sociale, des soins de santé et de l'éducation, sans pour autant modifier le régime fiscal* ;

(b) *Un grand nombre de mesures d'austérité ont été adoptées pendant et après la crise sans que leur incidence sur l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels n'ait été dûment évaluée* ;

(c) *Les mesures d'austérité, qui continuent d'être appliquées ont porté fortement préjudice à l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels de l'ensemble de la population, et tout particulièrement des individus et groupes défavorisés et marginalisés* ;

(d) *Ces mesures n'ont fait l'objet d'aucun examen complet sous l'angle des droits de l'homme depuis que l'État partie est sorti du plan de sauvetage* ».

Voir enfin, UN Doc E/C.12/CAN/CO/6, Canada, 4 mars 2016, para 10 :

« [. . .] *la portée de l'article 2(1) du PIDESC qui prévoit l'obligation de l'État d'allouer le maximum des ressources disponibles à la réalisation des droits économiques et sociaux. Alors qu'au paragraphe 44 des Observations adoptées en 2006 le Comité faisait en général allusion à cette obligation en précisant que celles-ci doivent avoir un caractère « délibéré et concret » ayant pour objectif prioritaire la réduction des inégalités économiques, il précise sa pensée en 2016. Le paragraphe 10 des Observations récemment adoptées fait expressément référence à l'enjeu des politiques fiscales en précisant que celles-ci doivent revêtir un souci d'équité au bénéfice des plus démunis tout en favorisant une politique fiscale de perception des taxes et impôts plus performante. À titre d'exemple, le retour dans le budget fédéral de 2016 de l'Allocation canadienne pour les enfants pourrait se qualifier au titre de telles politiques.*

En résumé, le raffinement des analyses et des recommandations du Comité des DESC confirme celles des organisations de la société civile au Canada et au Québec. La réalisation progressive des droits économiques et sociaux est tout autant affaire de substance (combattre la pauvreté, par exemple) que de

énoncés à l'article 3 de la Recommandation n° 202 adoptée par l'OIT fournissent d'importants indicateurs.

Ainsi en est-il de l'alinéa d) de l'article 3 prévoit qu'une stratégie minimale de protection sociale devra veiller au respect de l'exigence de la non-discrimination, de l'égalité entre les hommes et les femmes et de la prise en compte des besoins spécifiques. Or, plusieurs études révèlent qu'en l'absence de services publics de qualité, les conditionnalités ont un effet négatif différencié sur les femmes et sur les hommes. Une stratégie souvent utilisée consiste à troquer une allocation financière de base contre l'assurance que les familles présenteront chaque jour leurs enfants à l'école. Évidemment, cette obligation échoit aux femmes qui sont indûment mobilisées à cette fin et fortement pénalisées dans le cas d'absentéisme scolaire. Ainsi, si la scolarisation bénéficie aux enfants, c'est au prix de la stigmatisation sociale de leurs mères.

Au sein des pays de l'OCDE, de telles analyses peuvent être faites à l'endroit des jeunes chômeurs. Être catégorisé comme jeune chômeur emporte une obligation d'accepter les emplois précaires en échange d'un appui financier et temporaire de la part de l'État [50].

Les personnes en situation de handicap sont aussi souvent ciblées par les mesures de garantie minimum de revenu, ce qui, trop souvent, nie leur droit d'accéder au marché du travail en toute égalité.

On pourrait allonger la liste des exemples, en mettant notamment l'emphase sur les tracasseries administratives qui, tant au Nord qu'au Sud, entravent chez les plus vulnérables le droit à la protection sociale. Elles sont généralement à la source de violences sexuelles dans certains pays.

Bref, on peut facilement concevoir qu'un programme minimal et universel de protection sociale destiné aux plus démunis, s'il est nécessaire, n'est pas acceptable sous l'angle des droits humains du seul fait de prétendre à l'universalité.

C'est donc, dans l'exigence normative d'une approche fondée sur les droits humains en matière de protection sociale « nouveau genre », celle du contrôle de la discrimination et, ce faisant, de la promotion d'une acception substantive de l'égalité qui s'impose. Mais de quelle égalité s'agit-il ?

La norme d'égalité substantive, ou de *facto*, repose sur la reconnaissance des marqueurs systémiques et intersectoriels d'inégalité [51]. Ces marqueurs sont intimement

---

procédure (intégrer des modèles d'analyse d'impact sur ces droits de toutes les décisions administratives et politiques afin de contrôler les régressions et de promouvoir la réalisation et le respect de ceux-ci). Certes, il faut pouvoir exercer ses droits. Mais cela ne suffit pas. Car l'État a l'obligation positive de veiller au respect de ceux-ci ».

Au sujet du cas canadien, lire Lucie Lamarche, *Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies -Le Canada et les provinces ont des obligations,* Ligue des droits et libertés, *Revue Droits et Libertés*, vol. 35, n° 1, printemps 2016, p. 46. En ligne : http ://liguedesdroits.ca/ ?p=3574.

50. Lucie Lamarche, « PL-70 et Loi sur l'aide aux personnes et aux familles : Discriminer en toute impunité », Ligue des droits et libertés, *Revue Droits et Libertés,* Vol 34, no 2, automne 2015, p. 46. En ligne : http ://liguedesdroits.ca/ ?p=3267

51. Lucie Lamarche et Anaïs Tobalagba, « L'article 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *supra*, note 20. Voir aussi *Principes de Montréal relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels des femmes*, 2002, En ligne : http ://www.unites.uqam.ca/arir/pdf/Montreal Principesfrancais.pdf. Voir enfin Doc NU E/C.12/2005/4/Corr.1, Comité des DESC, *Observation générale*

liés à l'appartenance d'un individu à un groupe ou à des groupes sociaux qui sont à la source de préjugés et de préjudices.

Il existe donc un lien organique entre le droit à la sécurité et à la protection sociale et la norme d'égalité. La condition sociale ou le statut social de « pauvre », ou « d'extrêmement pauvre », constitue un motif de discrimination. Les stratégies redistributives de protection sociale de base (les socles) ciblent les pauvres. Et souvent, les bénéfices issus de ces stratégies sont assortis de conditionalités. L'accès à la protection sociale dans le cas des plus démunis est donc accompagné de charges particulières profilées, dans bien des cas. En raison de ce constat systémique, il importe de ne pas se satisfaire du constat voulant que la mise en œuvre de socles minima de protection sociale accroisse le revenu disponible des plus pauvres. Si c'est souvent le cas, cela se fait au prix d'un lourd tribut payé par les plus vulnérables. De plus, faute de pouvoir accéder à des services et à des biens publics, dorénavant marchandisés et dé-solidarisés, le revenu de base disponible aux pauvres devient dans les faits le revenu de consommation des ménages pauvres destinés à l'acquisition de biens d'utilité publique : l'éducation, l'eau, l'habitation, etc.

5 Conclusion

Le risque social n'est pas un risque comme les autres. Il atteint le cœur de la dignité humaine. C'est donc une erreur de considérer les droits sociaux sous leur seul angle économique. C'est pourtant ce parti pris qui a amené la Communauté internationale à associer étroitement le pauvre à sa capacité, ou à sa non-capacité, de consommer les biens essentiels marchandisés, réduisant ainsi l'ère des droits sociaux à la seule acquisition des capacités de base destinés à la promotion des choix de marché.

Le pauvre exerce peu d'agentivité lorsqu'il s'agit de son accès au marché. Il est gouverné par l'urgence et par la survie. Ainsi, agir sur son statut de consommateur change peu de choses à la source de son statut, c'est-à-dire sa condition sociale et son appartenance à une communauté vulnérable d'exclus. Les récentes réflexions du PNUD reconnaissent en effet que les comparaisons inter-pays du produit intérieur brut (PIB) par habitant occultent les discriminations et leurs causes [52].

Au carrefour de la post-crise et de l'Austérité, le temps est donc venu de revenir à la lettre du traité fondateur que constitue le PIDESC. Or, ce traité ne nous offre rien de plus ou de moins que l'essentiel du projet de justice sociale : des outils juridiques pour partager la richesse globale. C'est déjà bien autre chose que la seule gestion économique du risque de la pauvreté.

no 16 (2005) portant sur le droit égal des hommes et des femmes au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels.

52. Voir *supra*, note 33.