

DROITS DE L'HOMME ET ÉLABORATION D'UNE CONSTITUTION



NATIONS UNIES
DROITS DE L'HOMME
HAUT-COMMISSARIAT

DROITS DE L'HOMME ET ÉLABORATION D'UNE CONSTITUTION



NATIONS UNIES
DROITS DE L'HOMME
HAUT-COMMISSARIAT

New York et Genève, 2018

Les demandes d'autorisation de reproduire des extraits ou de faire des photocopies doivent être adressées au Copyright Clearance Center, sur le site copyright.com.

Toutes les autres demandes concernant les droits et autorisations, y compris les droits dérivés, doivent être adressées à : United Nations Publications, 300 East 42nd St, New York, NY 10017, États-Unis d'Amérique.

Courriel : publications@un.org ; site Web : un.org/publications

Publication des Nations Unies établie par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH)

Crédits photos : © Ververidis Vasilis / Shutterstock.com

Les appellations employées dans la présente publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent, de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

HR/PUB/17/5

© 2018 Nations Unies

Tous droits réservés pour tous pays

Numéro de vente : F.17.XIV.4

ISBN: 978-92-1-254186-0

eISBN: 978-92-1-362252-0

TABLE DES MATIÈRES

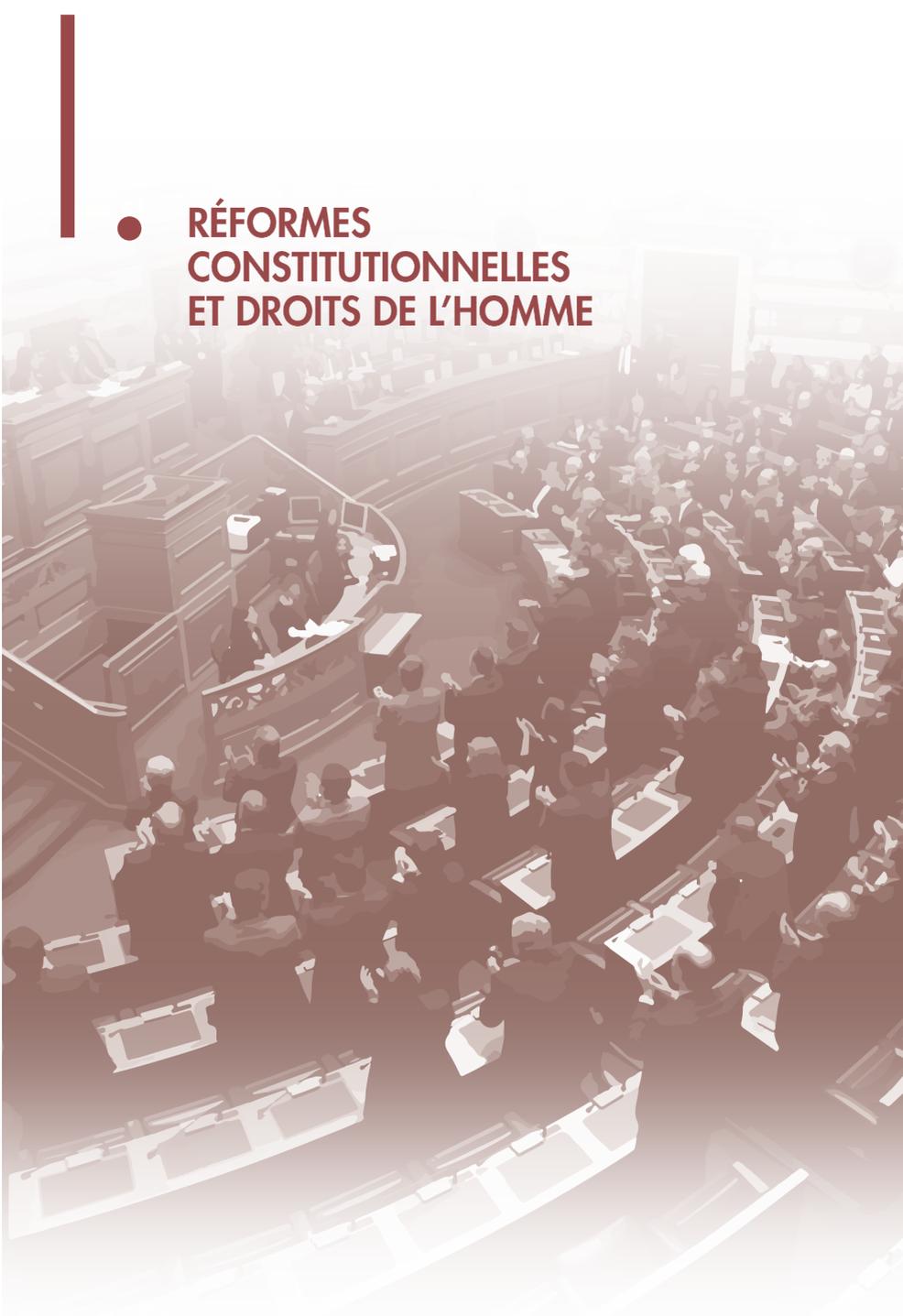
INTRODUCTION	1
I. RÉFORMES CONSTITUTIONNELLES ET DROITS DE L'HOMME.....	2
A. Pourquoi fonder une réforme constitutionnelle sur les droits de l'homme ?	3
1. Formulation de la question.....	3
2. L'État régi par le droit.....	7
3. Fonctions de la Constitution dans le monde contemporain	8
4. Constitution et gouvernance démocratique.....	9
5. Garanties constitutionnelles et droits fondamentaux	11
B. Droits de l'homme et réforme constitutionnelle	13
1. Appropriation des réformes constitutionnelles.....	13
2. Participation du public aux réformes constitutionnelles	15
3. Le cadre des droits de l'homme applicable aux réformes constitutionnelles	18
II. CHARTE CONSTITUTIONNELLE DES DROITS.....	24
A. Charte constitutionnelle des droits et normes internationales en matière de droits de l'homme	25
1. Droit international des droits de l'homme.....	25
2. Relations entre le droit interne et le droit international des droits de l'homme	27
B. Rédiger une charte constitutionnelle des droits : conditions générales	36
1. Conformité avec les opinions qui prévalent dans la société.....	36
2. Respect des normes internationales en matière de droits de l'homme	38
3. La portée des normes constitutionnelles	40

4. Cohérence interne	41
5. Contenu normatif.....	42
6. Mise en œuvre et restrictions	46
7. Communicabilité	49
C. Contenu de la charte constitutionnelle des droits	50
1. Le titulaire des droits	51
2. Les débiteurs d'obligations.....	58
3. Les principes fondamentaux.....	64
4. Catégories de droits et libertés.....	75
5. Admissibilité de restrictions.....	91
6. Protection des droits et état d'urgence.....	96
7. Obligations juridiques de la personne.....	100
D. Garanties institutionnelles et procédurales des droits.....	105
1. Mise en œuvre de la Constitution et des droits de l'homme.....	105
2. Garanties institutionnelles	108
3. Garanties spécifiques.....	115
4. Accès aux organes et procédures établis par le droit international	133
III. HAUT-COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME ET MÉCANISMES DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME	134
A. Contribution des mécanismes de protection des droits de l'homme	135
1. Mise en œuvre du droit international des droits de l'homme par les États.....	135
2. Protection des droits de l'homme fondamentaux	138
B. Programmes d'assistance : objectifs, formes et méthodes	145
C. Partenariats	149
SOURCES ET RÉFÉRENCES	150

INTRODUCTION

Dans de nombreuses régions du monde, les États modifient régulièrement leur constitution et, dans certains cas, en rédigent une entièrement nouvelle. Diverses raisons peuvent expliquer ce choix. Il peut par exemple traduire une volonté de redéfinir la répartition du pouvoir politique, avec pour objectif, peut-on espérer, que la Constitution soit plus démocratique, qu'elle permette un meilleur équilibre des pouvoirs, et qu'elle tienne davantage compte de la volonté des électeurs. Les États peuvent aussi décider de modifier leur constitution après une période de conflit, pour établir un nouvel ordre constitutionnel et offrir une vision des orientations à privilégier pour créer une société plus équitable. Ils peuvent également souhaiter adapter la Constitution existante aux changements politiques, économiques et sociaux de la société. Quoi qu'il en soit, l'un des objectifs essentiels de toute réforme constitutionnelle est de promouvoir, faire respecter et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales. Socrate a écrit que la liberté était l'essence de la démocratie. C'est aussi vrai aujourd'hui qu'il y a plus de 2 000 ans et une bonne constitution peut largement contribuer à protéger les libertés et à jeter les fondations d'une gouvernance démocratique.

La présente publication a pour objectif d'aider le personnel de l'Organisation des Nations Unies qui est appelé à fournir des conseils relatifs aux droits de l'homme à des États qui souhaitent modifier leur constitution ou en rédiger une nouvelle. Elle devrait également être utile aux États qui entreprennent une réforme constitutionnelle, notamment les dirigeants politiques, les décideurs, les législateurs et les personnes chargées de rédiger les projets de modification de la Constitution ou une nouvelle constitution. Elle devrait en outre être pertinente dans les efforts de promotion que font les acteurs de la société civile pour que les droits de l'homme soient dûment pris en compte dans les modifications apportées aux constitutions ou dans les nouvelles constitutions. Enfin, la présente publication, tout comme les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, devrait permettre non seulement de déterminer si une nouvelle constitution ou les modifications apportées à une constitution existante tiennent dûment compte des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais également d'évaluer si les processus utilisés dans le cadre de la réforme constitutionnelle sont conformes aux règles internationales de procédure.



● **RÉFORMES
CONSTITUTIONNELLES
ET DROITS DE L'HOMME**

A. Pourquoi fonder une réforme constitutionnelle sur les droits de l'homme ?

1. Formulation de la question

La Constitution d'un pays garantit-elle aux habitants l'exercice des droits de l'homme ? Les autorités publiques agissent-elles conformément à la Constitution ? Ce sont là deux des questions les plus fréquemment posées lorsqu'il s'agit d'évaluer la situation globale d'un pays. Elles témoignent de la place centrale qu'occupe la Constitution dans la vie de la population d'un État.

La plupart des ordres juridiques sont fondés sur une hiérarchie d'instruments juridiques au sommet de laquelle se trouve la Constitution. Toute la législation et les autres mesures légales d'un État doivent être compatibles avec la Constitution. Si une loi ou une autre mesure légale adoptée par l'État est contraire à la Constitution, l'institution judiciaire compétente doit la déclarer nulle et non avenue.

Les droits de l'homme sont au cœur de l'ordre constitutionnel d'un État moderne. Non seulement ils déterminent les relations entre les individus, les groupes et l'État, mais ils sont également omniprésents dans les structures étatiques et les mécanismes de contrôle et de prise de décisions. En conséquence, une charte des droits fait partie intégrante d'une constitution moderne. Cependant, à l'échelle nationale, les lacunes dans l'exercice des droits de l'homme, qu'il s'agisse de droits individuels ou, le cas échéant, de droits collectifs, proviennent souvent de déficiences dans le domaine du droit constitutionnel.

Le lien entre les droits de l'homme et l'ordre constitutionnel démocratique se crée dès le processus conduisant à l'adoption d'une constitution ou à une réforme constitutionnelle. Un tel processus promet des résultats valables, s'il est fondé sur une large participation de tous les segments de la société. Les participants doivent pouvoir formuler leurs opinions librement et communiquer entre eux sans que le pouvoir en place les en empêche. Il est important que leurs opinions soient prises en considération dans le cadre de procédures clairement définies, à condition que les

responsables qui supervisent le processus soient justes et équitables¹. De telles conditions ne peuvent être réunies que si les normes relatives à la liberté d'expression sont respectées, notamment le droit de communiquer son opinion, la liberté d'expression et des médias, la liberté d'association et de réunion.

Pour agir conformément à la Constitution, il faut respecter les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'une manière juste et équitable. Les agents publics doivent être tenus pour responsables des comportements contraires à la Constitution. Cette conception élémentaire de la Constitution en fait un critère pour mesurer l'action ou l'inaction des autorités publiques, ainsi que l'ultime garantie des droits et libertés fondamentales des individus et des groupes. La Constitution est considérée comme la garantie légale maximale du bien-être et des intérêts du peuple, et comme un outil indispensable pour définir la vie de la société et organiser l'État.

En tant que loi nationale suprême, la Constitution est au cœur de la vie politique et sociale du pays et définit les relations entre l'État et la société, et entre les différentes fonctions étatiques. En période de troubles, elle doit garantir un certain niveau de stabilité politique et sociale. La Constitution sert souvent de plan de paix qui, grâce à des institutions démocratiques et à la protection des droits, doit permettre d'éviter de nouvelles tensions ou conflits. En période de transformation démocratique, la Constitution permet d'introduire des changements dans la vie politique et sociale.

La politique actuelle de l'Organisation des Nations Unies concernant les réformes constitutionnelles tient pleinement compte de ces liens réciproques et complexes. La note d'orientation du Secrétaire général sur l'assistance des Nations Unies à l'élaboration de constitutions (*United Nations Assistance to Constitution-making Processes*) indique ce qui suit :

L'élaboration d'une constitution est un aspect essentiel de la transition démocratique, de la consolidation de la paix et du renforcement de l'État. L'Organisation des Nations Unies estime que cette élaboration est un vaste concept qui couvre la forme et le fond d'une nouvelle constitution, ou les modifications apportées à la Constitution en vigueur. La forme comme le fond sont indispensables pour mener à bien l'élaboration d'une constitution. La conception d'une constitution

¹ Voir Comité des droits de l'homme, observation générale n° 25 (1996).

et son élaboration peuvent être très utiles pour permettre des transitions politiques pacifiques et consolider la paix après un conflit. Elles peuvent également jouer un rôle essentiel en matière de prévention. L'élaboration d'une constitution offre une excellente occasion de bâtir une vision commune de l'avenir d'un État, laquelle peut avoir des répercussions profondes et durables sur la paix et la stabilité².

Conformément à la note d'orientation du Secrétaire général, les Nations Unies devraient renforcer les capacités qui leur permettraient, sur demande des autorités nationales et des autorités de transition, d'appuyer l'élaboration de constitutions en proposant des connaissances spécialisées et des moyens appropriés. Le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH) a été désigné comme faisant partie du processus. La présente publication a été spécialement conçue et élaborée en coopération avec des organismes et programmes des Nations Unies, et divers partenaires, pour doter le personnel des Nations Unies et d'autres acteurs nationaux et internationaux, notamment ceux qui opèrent sur le terrain, d'un outil efficace d'assistance aux réformes constitutionnelles. Le présent document répond à l'observation formulée dans la note d'orientation du Secrétaire général sur l'élaboration d'une constitution, selon laquelle l'assistance juridique internationale en matière de droits de l'homme peut notamment prendre la forme de :

Conseils sur les critères définis dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et par les organes conventionnels correspondants, et sur d'autres obligations internationales de l'État (par exemple, la charte des droits, les dispositions sur l'indépendance du pouvoir judiciaire, les effets des traités internationaux à l'échelle nationale, les règles relatives à l'acquisition et à la perte de la nationalité, le rang constitutionnel des institutions nationales de défense des droits de l'homme), notamment celles qui incombent aux nouveaux États³.

² P. 3.

³ P. 6.

RÉFORMES CONSTITUTIONNELLES

Élaboration d'une constitution : rédaction et adoption d'une nouvelle constitution.

Révision de la Constitution : examen approfondi et modification de la Constitution qui peuvent, dans une large mesure, aboutir à un nouveau texte constitutionnel.

Modifications de la Constitution : modification de certaines dispositions de la Constitution ou ajout ou suppression de certaines dispositions par rapport au texte existant de la Constitution (la modification peut être accessoire ou plus générale).

Les réformes constitutionnelles sont généralement comprises comme des modifications apportées au droit constitutionnel et à la pratique en vigueur. Elles sont nécessaires lorsque les principes sur lesquels repose la vie de la société sont insuffisants et entravent le bon fonctionnement de l'État, ou lorsqu'il faut résoudre un conflit ou remettre sur pied des structures étatiques qui se sont effondrées en raison d'un conflit interne ou d'une agression. Partant, les réformes du droit constitutionnel ont lieu dans différents contextes, à savoir dans le cadre de la transition d'anciennes formes autocratiques de gouvernement vers la démocratie, au lendemain d'un conflit, lorsqu'une nouvelle constitution établissant la démocratie est utilisée pour instaurer une paix durable, ou encore dans des démocraties établies, le but étant alors de faire progresser les réformes et de promouvoir la justice sociale.

À terme, l'objectif des réformes constitutionnelles est de rétablir l'ordre étatique à la faveur de l'instauration ou de la modification de la Constitution et de la législation connexe, comme les lois relatives aux principales institutions de l'État, aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, ou les lois électorales. Ces réformes n'aboutiront que si elles sont transparentes et inclusives, si elles contiennent les principaux éléments de la démocratie et si elles protègent les droits de l'homme et les libertés fondamentales.

Ainsi, dans chaque situation, il faut se poser les questions suivantes : quel type de réforme constitutionnelle est envisagé ? À terme, quel est l'objectif des modifications apportées au droit constitutionnel ? Nous savons déjà que le droit constitutionnel est un outil puissant. Toutefois, la manière dont il est utilisé et les objectifs poursuivis restent des questions essentielles. La présente publication porte essentiellement sur les réformes

constitutionnelles visant à renforcer un État démocratique moderne régi par le droit. Quelques-unes des caractéristiques fondamentales d'un État sont exposées ci-après.

2. L'État régi par le droit

D'un point de vue historique, pratiquement tous les pays ont eu une constitution qui définissait le cadre juridique de l'ordre étatique et déterminait, au minimum, la source du pouvoir de l'État et la structure des organes étatiques. Les trois derniers siècles ont cependant été marqués par l'émergence de constitutions écrites, généralement adoptées sous la forme d'une loi solennelle et unique. On ne relève aujourd'hui que peu d'exceptions, comme le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Israël où, à défaut d'une loi unique, les questions constitutionnelles sont régies par une série de lois fondamentales.

Les États démocratiques contemporains ne s'en tiennent pas au contenu minimal d'une constitution. S'agissant de l'exécution du pouvoir, ils prévoient généralement : a) une démocratie représentative, à laquelle s'ajoutent parfois des formes de démocratie directe (notamment des référendums) ; b) la division des pouvoirs, y compris un équilibre des pouvoirs entre le législatif (le parlement) et l'exécutif (le Gouvernement), ainsi que l'indépendance du pouvoir judiciaire ; c) le principe de l'état de droit ; d) les responsabilités et obligations des agents de la fonction publique. Cela dit, les constitutions contemporaines ne se contentent pas de définir et de réglementer les relations entre les institutions ni de déterminer les procédures applicables. Elles ont connu un processus d'humanisation et ont ainsi placé les individus et les groupes en leur centre, en faisant de la charte des droits et des libertés fondamentales des éléments essentiels⁴.

Un État moderne régi par le droit est fondé sur les principes de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit.

⁴ Il convient de noter que toutes les constitutions n'emploient pas les termes « charte des droits », et que certaines constitutions peuvent intituler différemment la partie qui énonce les droits de l'homme et les libertés fondamentales. Cela étant, ces termes sont suffisamment répandus et seront utilisés dans la présente publication pour décrire la partie d'une constitution qui précise les droits de l'homme et les libertés fondamentales dont jouissent les individus et les groupes.

3. Fonctions de la Constitution dans le monde contemporain

D'un point de vue institutionnel, une constitution peut être comparée aux statuts qui régissent la gouvernance d'une organisation. D'un point de vue démocratique, une constitution devrait permettre de garantir les droits des personnes et de faire obstacle aux tentatives visant à introduire un régime autoritaire. D'un point de vue politique, une constitution désigne et légitime le titulaire du pouvoir souverain et détermine les principales institutions et procédures qui lui permettront d'agir. D'un point de vue éthique, une constitution donne corps aux valeurs fondamentales sur lesquelles reposent l'État et la société. Pour finir, d'un point de vue juridique, une constitution est la loi fondamentale d'un pays et le pilier de son système juridique. Elle se situe au sommet de la hiérarchie des sources du droit, ce qui signifie que le droit législatif et les autres dispositions réglementaires doivent être conformes à la Constitution. Elle prévoit en outre les mécanismes de base pour l'application et l'interprétation du droit en cas de violations ou de différends.

La Constitution est un des facteurs clefs pour garantir la stabilité politique et sociale de l'État.

Les constitutions modernes sont souvent considérées comme des « contrats sociaux » qui doivent régir la vie de la société. En règle générale, dans un pays démocratique, il ne s'agit pas tant, en principe, d'un contrat « entre » l'État et le peuple que d'un contrat entre les personnes, qui détermine la manière dont elles devraient s'organiser, concilier les différents intérêts et définir leur État. Dans un sens, ces fonctions de la Constitution sont encore plus importantes dans une société en proie à des tensions et des conflits. En pareil cas, la Constitution est censée offrir non seulement un ensemble de règles juridiques, mais aussi un cadre opérationnel pour le règlement des conflits, notamment grâce aux principes et mécanismes applicables à cette fin. Plusieurs exemples récents illustrent cette observation. Les négociations visant à résoudre le conflit notamment en Afrique du Sud, en Bosnie-Herzégovine, en Haïti, au Népal et au Timor-Leste ont toutes traduit une vision largement répandue de la Constitution. De plus, dans certains cas, la phase préparatoire a été un outil essentiel pour s'attaquer aux causes profondes du conflit de façon efficace et durable et pour éviter, grâce à des règles et des mécanismes

Une constitution fondée sur les droits de l'homme peut être un outil efficace de prévention ou de règlement durable des conflits dus à l'oppression du peuple par le Gouvernement.

adaptés, que les intérêts contradictoires provoquent de nouveaux conflits et sapent la vie communautaire.

4. Constitution et gouvernance démocratique

Chaque société est régie d'une manière ou d'une autre. L'objectif d'une constitution moderne est de fournir un cadre pour une société bien gouvernée. Il n'est donc pas étonnant que le concept de bonne gouvernance soit fondé sur des principes essentiels du constitutionnalisme moderne. D'après la Banque mondiale, la bonne gouvernance se caractérise par une élaboration prévisible, ouverte et éclairée des politiques (en d'autres termes, des mécanismes transparents), une bureaucratie imprégnée d'une éthique professionnelle, un pouvoir exécutif responsable de ses actes, et une société civile solide qui participe aux affaires publiques, chacun respectant la primauté du droit⁵.

Les principes énoncés dans les encadrés ci-dessous constituent un dénominateur commun du constitutionnalisme et de la démocratie⁶.

Démocratie : forme de gouvernement dans laquelle la souveraineté et le droit de gouverner qui s'y rattache appartiennent au peuple d'un État et sont exercés directement ou par l'intermédiaire de représentants.

Participation : intervention des destinataires des politiques et programmes publics, directement ou par l'intermédiaire de représentants librement choisis, dans l'élaboration, la gestion et le suivi de ces politiques et programmes.

⁵ Banque mondiale, *Governance: The World Bank's Experience* (Washington, 1994), p. VII.

⁶ Note d'orientation du Secrétaire général sur la démocratie, p. 1 à 9 ; note d'orientation du Secrétaire général, Aide à la consolidation de l'état de droit : l'approche de l'ONU, p. 6 à 9 ; note d'orientation du Secrétaire général : *United Nations Assistance to Constitution-making Processes*, p. 4 et 5 ; résolution 2002/46 de la Commission des droits de l'homme.

Séparation des pouvoirs : système constitutionnel fondé sur la séparation des différentes branches du gouvernement (séparation horizontale) et, dans certains cas, sur la séparation des pouvoirs (séparation verticale) entre les différents niveaux de gouvernement, comme entre le gouvernement central et les gouvernements provinciaux ou autorités locales. Dans ce dernier cas, diverses communautés nationales, ethniques, linguistiques ou religieuses peuvent être reconnues. Une séparation horizontale des pouvoirs vise à empêcher toute branche du gouvernement d'acquérir un pouvoir absolu ou d'abuser de son pouvoir. Elle est garantie par un ensemble de mécanismes visant à établir un équilibre des pouvoirs entre les différentes branches du gouvernement.

État de droit : « principe de gouvernance en vertu duquel l'ensemble des individus, des institutions et des entités publiques et privées, y compris l'État lui-même, ont à répondre de l'observation de lois promulguées publiquement, appliquées de façon identique pour tous et administrées de manière indépendante, et compatibles avec les règles et normes internationales en matière de droits de l'homme. Il implique, d'autre part, des mesures propres à assurer le respect des principes de la primauté du droit, de l'égalité devant la loi, de la responsabilité au regard de la loi, de l'équité dans l'application de la loi, de la séparation des pouvoirs, de la participation à la prise de décisions, de la sécurité juridique, du refus de l'arbitraire et de la transparence des procédures et des processus législatifs ». Note d'orientation du Secrétaire général, Aide à la consolidation de l'état de droit : l'approche de l'ONU (avril 2008), p. 1.

Transparence : principe qui impose la divulgation d'informations au public et la clarté des normes, règles et décisions adoptées par les autorités publiques, y compris la possibilité pour chaque personne de consulter les informations la concernant (les exceptions à ce principe doivent être prévues par la loi).

Responsabilités et obligations : dans un État démocratique, chaque organe étatique et chaque agent de la fonction publique est tenu d'agir conformément à la Constitution et à la législation. Les constitutions établissent en outre le principe de la responsabilité politique des titulaires de fonctions officielles à l'égard des entités dont ils tirent leur pouvoir. Les agents de la fonction publique doivent répondre de tout manquement dans le cadre de procédures établies par la Constitution ou par des lois qui prévoient la responsabilité politique ou juridique.

5. Garanties constitutionnelles et droits fondamentaux

Les constitutions contemporaines contiennent une charte des droits qui détermine les droits dont jouissent les personnes vis-à-vis de l'État et dans la société. Cela étant, il ne s'agit pas du seul rôle de la charte des droits qui sert également à proclamer les valeurs fondamentales grâce auxquelles la société se construit, comme la dignité humaine, la liberté, l'égalité, l'équité et la justice. Lorsqu'ils sont en harmonie avec ces valeurs, les droits constitutionnels aident à protéger les intérêts vitaux des personnes, comme le droit à la santé, au logement et à la sécurité et le droit de participer à la conduite des affaires publiques.

Par ailleurs, le développement du constitutionnalisme a été marqué par un changement de paradigme humaniste. Si au départ l'accent était mis sur la dimension institutionnelle, en particulier en ce qui concerne l'organisation de l'État et de l'ensemble de ses organes, aujourd'hui, le garant de la vie d'une société est le statut des individus et des groupes, ainsi que le bien-être du peuple. Ainsi, les garanties en matière de droits de l'homme se trouvent désormais au centre du droit constitutionnel. Presque toutes les réformes de l'État, qu'elles interviennent dans le domaine de l'économie, de la sécurité ou des processus politiques, doivent s'appuyer sur des considérations liées aux droits de l'homme. Il ne s'agit pas d'une obligation contraignante. Pour entreprendre une réforme constitutionnelle ou pour adopter une nouvelle constitution, les droits de l'homme et les protections procédurales doivent être clairement énoncés, pour faciliter sa mise en œuvre.

La charte des droits et les mécanismes et procédures connexes peuvent jouer un rôle particulier dans les sociétés déchirées par des conflits et dans celles qui se heurtent à des difficultés dans leur développement. Ils devraient déterminer les valeurs qu'il faut prendre en considération et protéger en cas de conflit d'intérêts, la façon de trouver un juste équilibre entre les différentes valeurs et intérêts en cause, et entre la volonté de la majorité et les droits des minorités. Généralement, une charte constitutionnelle des droits ainsi rédigée, respectée et mise en œuvre pendant une certaine période, offre non seulement une protection globale et efficace aux individus, mais également le fondement d'une société harmonieuse et démocratique. Comme l'a souligné le Groupe des Nations Unies pour le développement :

Une approche fondée sur les droits de l'homme permet d'obtenir des résultats meilleurs et plus conformes du point de vue du développement

durable en analysant et en combattant les inégalités, les pratiques discriminatoires et les rapports de force déséquilibrés qui sont souvent au cœur des problèmes de développement. Elle place les droits de l'homme internationaux et les prérogatives du peuple (le « titulaire des droits ») ainsi que les obligations correspondantes de l'État (le « débiteur d'obligations ») au cœur du débat national sur le développement, et précise l'objectif du renforcement des capacités⁷.

Dans ce contexte, il convient de souligner le point suivant : compte tenu du fait que les violations massives des droits de l'homme font partie des sources les plus fréquentes de conflits internes, la charte des droits et les mécanismes et procédures de protection connexes constituent un des outils les plus efficaces pour rétablir la paix ou prévenir les conflits, dès lors qu'ils reflètent les aspirations et intérêts de toutes les parties et qu'ils sont dûment mis en œuvre.

Dans la mesure où, à quelques exceptions près, les conflits actuels sont de nature interne, la prise en considération des causes des violations des droits de l'homme en temps utile peut radicalement en réduire le nombre et, par là même, limiter l'ampleur de la souffrance humaine. À cet égard, les réformes constitutionnelles sont un outil important, voire, dans la plupart des cas, indispensable.

Un autre point doit également être examiné. Certaines constitutions abordent la question de la relation entre l'individu et l'État non pas tant en proclamant les droits de la personne qu'en énonçant les devoirs de l'État. Comme expliqué plus précisément ci-dessous, même si les droits de l'homme imposent des devoirs à l'État, le contenu des dispositions constitutionnelles ne devrait pas se limiter à ces devoirs. Sans approfondir cette question pour l'instant, il convient de souligner que compte tenu des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, la protection des individus et le renforcement de leurs capacités d'action doivent être fondés sur la reconnaissance des personnes en tant que titulaires de droits et pas uniquement en tant que bénéficiaires de services de l'État.

⁷ United Nations Viet Nam, Human rights and the human rights-based approach. Disponible à l'adresse : www.un.org.vn/en/what-we-do-mainmenu-203/cross-cutting-themes-human-rights.html (en anglais seulement).

NOTE

Une réforme constitutionnelle fondée sur les droits de l'homme suppose non seulement que les droits de l'homme structurent la réforme, mais également que les normes, principes et garanties relatifs aux droits de l'homme sont placés au cœur de la Constitution de l'État.

B. Droits de l'homme et réforme constitutionnelle

Les aspects de la réforme constitutionnelle liés aux droits de l'homme doivent être intégrés dans le cadre juridique et les dispositions pratiques de l'élaboration d'une nouvelle constitution ou de nouvelles dispositions constitutionnelles. En fonction des circonstances dans lesquelles la réforme est menée, l'État adopte des lois spécifiques applicables à l'élaboration ou à la révision de la Constitution, ou applique les dispositions pertinentes de la Constitution en vigueur. En règle générale, si la réforme a une portée relativement limitée, elle est confiée au parlement. En revanche, lorsqu'une nouvelle constitution doit être rédigée ou qu'une révision majeure doit être menée, des mesures particulières sont souvent prises, comme la mise en place d'une commission constitutionnelle qui rassemble divers acteurs sociaux et est chargée d'élaborer un projet de constitution. La note d'orientation du Secrétaire général sur l'élaboration de constitutions fournit des renseignements importants sur les étapes de l'élaboration d'une nouvelle constitution, en particulier sur la chronologie et l'enchaînement de ces étapes. Cela étant, il faut admettre que chaque situation est unique et doit être considérée comme telle. La présente section met en évidence les parties de l'élaboration d'une nouvelle constitution ou de nouvelles dispositions constitutionnelles qui ont des incidences concrètes sur les droits de l'homme. Une formule fondée sur les droits de l'homme peut également fournir des orientations utiles, notamment pour concevoir la réforme⁸.

1. Appropriation des réformes constitutionnelles

Selon le principe fondamental d'un État démocratique, le peuple a le droit à l'autodétermination, comme le prévoit l'article 1 des deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme.

⁸ Voir chap. I, sect. A 5 de la présente publication.

Article 1 des deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme

1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

En application de cet article, le peuple doit s'approprier les réformes constitutionnelles. À cette fin, il peut bénéficier du soutien de partenaires internationaux ou bilatéraux, y compris d'experts internationaux. Malgré les avantages d'une telle assistance internationale, l'État a le droit souverain de formuler, d'adopter et de mettre en oeuvre des réformes constitutionnelles en consultation avec son peuple et ses représentants. Les dispositions pratiques liées au processus de la réforme constitutionnelle devraient garantir son ouverture à tous et limiter les risques de marginalisation de groupes ou communautés donnés. En outre, au moins trois facteurs précis rendent essentielle l'appropriation des réformes constitutionnelles par la population concernée, à savoir :

- L'incidence globale de la Constitution sur la vie du pays ;
- Le rôle de la Constitution dans la consolidation de la société autour de valeurs et principes communs de gouvernance ;
- La Constitution et les systèmes juridiques et politiques qui en découlent ne seront efficaces que si le peuple considère que la Constitution est née de sa volonté et reflète ses valeurs, ses intérêts et ses aspirations.

Les Nations Unies devraient admettre que l'élaboration de la Constitution est un processus national souverain, qui n'aboutit que si le pays concerné se l'approprie et le dirige. ... Les choix et conseils proposés doivent être précisément adaptés au contexte local, dans la mesure où il n'existe pas de modèle ou de procédé constitutionnel unique applicable à tous, et l'appropriation nationale suppose la participation, entre autres, des acteurs officiels, des partis politiques, de la société civile et du grand public.

Note d'orientation du Secrétaire général sur l'assistance des Nations Unies à l'élaboration de constitutions (avril 2009), p. 4.

Deux phénomènes, susceptibles de se produire séparément ou simultanément, peuvent compromettre cette appropriation : premièrement, la désaffection du public à l'égard de ce processus en raison de la

monopolisation des réformes constitutionnelles par une élite politique, l'armée, le pouvoir exécutif, une tribu, un groupe ethnique, une communauté ou tout autre intervenant national ; deuxièmement, la domination du processus par des puissances extérieures, qu'il s'agisse d'un État paternaliste ou d'une organisation internationale. Ce dernier risque devrait être sérieusement pris en considération par les responsables de programmes d'assistance internationale et les experts internationaux. Même s'ils agissent de bonne foi, mais avec la ferme volonté d'obtenir des résultats et un attachement excessif à ce qu'ils considèrent comme une expérience universelle, ils peuvent avoir tendance à omettre les priorités, les sensibilités, les traditions et les besoins locaux. En pareil cas, la réforme constitutionnelle peut facilement être perçue comme imposée de l'extérieur et peut, au minimum, être rejetée sur le plan affectif. Il est donc indispensable de mettre en place des procédures et mécanismes permettant de garantir que le peuple d'un pays aura non seulement le dernier mot sur le texte de la Constitution, mais pourra en outre dûment participer aux principales étapes de l'élaboration de la Constitution. Une telle approche ne remet pas en question l'importante contribution que les acteurs internationaux ou régionaux, notamment les Nations Unies, peuvent apporter aux réformes constitutionnelles en aidant à renforcer les capacités et en facilitant le dialogue entre les parties nationales intéressées, le cas échéant.

2. Participation du public aux réformes constitutionnelles

La réussite d'une réforme constitutionnelle dépend en grande partie de l'appui des différents segments de la société. De nombreux exemples montrent que les réformes constitutionnelles gagnent à être réalisées avec la participation du public et ne devraient pas être laissées aux seuls politiciens, dans la mesure où l'appropriation partagée de la réforme représente en soi un atout majeur. Cela étant, la contribution unique que les différents acteurs sociaux peuvent apporter est tout aussi importante. L'expérience récente de nombreux pays confirme qu'une participation populaire à la réforme constitutionnelle est de plus en plus appréciée. Le choix des modalités de participation du public dépend de la situation sur le terrain, y compris des traditions constitutionnelles du pays, des spécificités politiques et du processus constitutionnel proprement dit.

Afin d'aborder cette question de manière systématique, il est nécessaire d'opérer une distinction entre la rédaction de la Constitution et son adoption effective. S'agissant de l'adoption, le vote des citoyens (par référendum) a récemment été plus largement utilisé. On observe essentiellement trois modalités : a) l'adoption de la Constitution ou d'une modification constitutionnelle par référendum ; s'il s'agit d'une modification ponctuelle de la Constitution, le recours au référendum est quelque peu moins fréquent ; b) l'approbation par référendum de la Constitution ou d'une modification constitutionnelle globale déjà adoptée par un parlement ou par une assemblée constituante établie spécialement ; ou c) en complément de ce qui précède, le choix par référendum de solutions constitutionnelles fondamentales avant l'adoption ou la modification de la Constitution par le parlement ou l'assemblée constituante (dans le cas, par exemple, d'un changement important du système électoral).

La rédaction d'une constitution, qui est en fin de compte le plus souvent confiée à des politiciens et des experts, devrait néanmoins être organisée de manière à permettre la participation sans entrave des différents segments de la société et la véritable prise en considération de leurs propositions. À cette fin, il est nécessaire de mettre en place non seulement des moyens de communication, mais aussi d'autres capacités organisationnelles. Il est par ailleurs essentiel que l'étape de la rédaction offre la possibilité de débattre librement et entièrement les options constitutionnelles proposées par les différents segments de la société. Enfin, il est important que l'ensemble des administrés aient le droit de participer au débat et d'émettre des propositions, et qu'ils soient encouragés et habilités à le faire.

L'appropriation nationale suppose la participation, entre autres, des acteurs officiels, des partis politiques, de la société civile et du grand public. De plus, les défenseurs des droits de l'homme, les associations de juristes, les médias et autres organisations de la société civile, y compris celles qui représentent les femmes, les enfants, les minorités, les peuples autochtones, les réfugiés, les apatrides, les personnes déplacées, les travailleurs et les entrepreneurs, devraient pouvoir se prononcer dans le cadre d'un processus d'élaboration de la Constitution ouvert et participatif.

Note d'orientation du Secrétaire général sur l'assistance des Nations Unies à l'élaboration de constitutions (avril 2009), p. 4.

Les personnes chargées de la rédaction ainsi que leurs conseillers ne doivent pas oublier que la participation du public devrait permettre d'obtenir un meilleur résultat. Même si la participation proprement dite peut être considérée comme une valeur importante, la prudence est de mise dans la mesure où des procédures participatives trop compliquées risquent d'être manipulées, peuvent sensiblement ralentir la réforme constitutionnelle ou, dans des cas extrêmes, être détournées pour entraver le processus. Cela signifie qu'un cadre efficace pour organiser la participation du public doit être établi afin d'assurer une progression fluide et performante de la rédaction d'une constitution. En cas de conflit en cours ou de tensions imprévisibles, il convient de prêter une attention particulière aux risques de sécurité, qui pourraient limiter le niveau et l'étendue des consultations. Dans de telles conditions, un processus participatif mal conçu pourrait compromettre les réformes prévues, risquerait de ne pas être représentatif et pourrait mettre les participants sérieusement en danger. Les principaux arguments en faveur de la participation du public sont les suivants :

- Une constitution jouit du plus haut degré de légitimité politique possible lorsqu'elle est le fruit de la participation du peuple ;
- Un ordre constitutionnel établi avec le concours de divers segments de la société bénéficie du soutien du public et peut être renforcé par la participation de différents groupes aux affaires publiques ;
- Si la Constitution est issue d'un processus de paix, la participation des parties au conflit peut être un des outils les plus efficaces pour régler les violences passées et résoudre les problèmes existants afin qu'ils n'entraînent pas de nouvelles violences.

Le Comité des droits de l'homme a indiqué que le droit de tout citoyen de prendre part à la direction des affaires publiques englobait les processus constitutionnels. Il a également admis que les exigences liées à ce droit étaient respectées dès lors que de grands secteurs de la population étaient représentés et pouvaient participer⁹.

⁹ Communication n° 205/1986, *Marshall c. Canada* (CCPR/C/43/205/1986).

Préambule de la Constitution provisoire népalaise de 2007

Reconnaissant le mandat du peuple népalais parfois exprimé, avant même 1951 et jusqu'à ce jour, dans le cadre de luttes historiques et de mouvements du peuple en faveur de la démocratie, de la paix et du progrès ;

Ayant conclu à la nécessité de restructurer l'État progressivement afin de résoudre les problèmes liés à la classe, à la caste, à la région et au sexe, qui pèsent sur le pays ;

Proclamant notre plein attachement aux normes et valeurs démocratiques, notamment à un régime multipartite et démocratique, aux libertés civiles, aux droits fondamentaux, aux droits de l'homme, au droit de vote des adultes, à des élections régulières, à la pleine liberté de la presse, à l'indépendance du pouvoir judiciaire et à l'état de droit ;

Garantissant le droit fondamental du peuple népalais d'élaborer sa propre Constitution et de participer à l'élection libre et impartiale de l'Assemblée constituante sans aucune crainte.

3. Le cadre des droits de l'homme applicable aux réformes constitutionnelles

Tous les processus démocratiques imposent le respect et la protection des droits de l'homme. C'est le cas, par exemple, des élections ou référendums. Sans cela, leur déroulement et, plus important encore, leur résultat, peuvent sensiblement différer des options retenues par le peuple. Cela vaut également pour les réformes constitutionnelles, dans le cadre desquelles les droits de l'homme doivent être respectés et protégés. Partant, les organes créés pour organiser et diriger une réforme constitutionnelle, ainsi que les autres acteurs qui participent à la réforme constitutionnelle, doivent accorder la plus haute importance à la situation des droits de l'homme.

À cet égard, les droits de l'homme qui permettent aux personnes de communiquer, de se réunir et de s'organiser sont essentiels. Il convient dès lors d'accorder une attention particulière à la liberté d'expression, à la liberté de réunion et à la liberté d'association. Toutefois, afin de permettre aux personnes de participer, le simple respect de ces droits n'est pas suffisant : ils doivent être efficacement protégés par l'État contre toute ingérence d'un autre acteur, qu'il soit public ou privé.

En plus des groupes énumérés dans la note d'orientation du Secrétaire général sur l'élaboration d'une constitution, il faudrait aussi, en principe, prêter attention à la représentation des personnes handicapées et des victimes de violations massives des droits de l'homme. Un projet de constitution permet à la plupart de ces groupes, sinon à tous, d'exprimer leurs droits ou de faire des propositions.

Les Nations Unies devraient faire tout leur possible pour soutenir et favoriser des méthodes d'élaboration de constitutions inclusives, participatives et transparentes, compte tenu des différentes expériences acquises et de l'incidence de l'ouverture et d'une véritable participation sur la légitimité des nouvelles constitutions.

Note d'orientation du Secrétaire général sur l'assistance des Nations Unies à l'élaboration de constitutions (avril 2009), p. 4.

Article 13 de la Constitution malawienne telle qu'amendée en 2010

L'État s'emploie activement à promouvoir le bien-être et le développement du peuple malawien en adoptant et en mettant progressivement en œuvre des politiques et une législation visant à atteindre les objectifs suivants :

...

g) Personnes handicapées

Renforcer la dignité et la qualité de vie des personnes handicapées en leur fournissant :

i) Un accès suffisant et adapté aux espaces publics ;

ii) Des possibilités d'emploi équitables ; et

iii) La plus grande participation possible à toutes les sphères de la société malawienne.

Article 81 de la Constitution de la République bolivarienne du Venezuela de 2009

Toute personne handicapée ou ayant des besoins spéciaux a le droit d'exercer pleinement et en toute autonomie ses capacités. L'État ... garantit le respect de sa dignité humaine, une égalité des chances et des conditions de travail satisfaisantes, et favorise sa formation et son éducation, ainsi que l'accès à un emploi adapté à sa situation, conformément à la loi.

Article 11 (Protection des enfants et des jeunes) de la Constitution suisse de 1999

1. Les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement.
2. Ils exercent eux-mêmes leurs droits dans la mesure où ils sont capables de discernement.

Article 28 de la Constitution sud-africaine de 1996

- 1) Tout enfant a le droit :
 - a) D'avoir un nom et une nationalité dès la naissance ;
 - b) Aux soins de sa famille ou de ses parents, ou à des solutions de substitution lorsqu'il est retiré de son milieu familial ;
 - c) À une alimentation de base, à un abri, à des soins de santé et à des services sociaux de base ;
 - d) D'être protégé contre les mauvais traitements, la négligence, les violences ou la dégradation ;
 - e) D'être protégé contre les pratiques d'exploitation du travail ;
 - f) De ne pas être obligé ou autorisé à faire un travail ou rendre des services qui :
 - i) Sont inadaptés pour une personne de son âge ; ou
 - ii) Compromettent son bien-être, son éducation, sa santé physique ou mentale, ou son développement spirituel, moral ou social ;
 - g) De ne pas être détenu, sauf en dernier recours, auquel cas, outre les droits dont jouit un enfant en vertu des articles 12 et 35, l'enfant peut être détenu uniquement pour une durée aussi brève que possible, et a le droit d'être :
 - i) Séparé des personnes détenues âgées de plus de 18 ans ; et
 - ii) Traité et détenu d'une manière et dans des conditions qui tiennent compte de son âge ;
 - h) De bénéficier des services d'un avocat désigné et rémunéré par l'État, dans le cadre de procédures civiles le concernant, si l'absence d'un avocat est susceptible d'entraîner une injustice grave ; et
 - i) De ne pas être utilisé directement dans un conflit armé, et d'être protégé en temps de conflit armé.
- 2) L'intérêt supérieur de l'enfant est extrêmement important pour toutes les questions qui le concernent.
- 3) Aux fins du présent article, le terme « enfant » désigne une personne âgée de moins de 18 ans.

Ils doivent de surcroît être réalisés, ce qui signifie que les personnes qui souhaitent participer au processus constitutionnel doivent véritablement être en mesure de le faire, y compris en exprimant leur opinion dans les médias, sur Internet ou par tout autre moyen, en défendant leurs propositions lors de réunions publiques et en disposant de la liberté de s'associer à autrui. Dans la mesure du possible, les autorités devraient favoriser ces actions. Enfin, des procédures devraient être mises en place pour permettre aux personnes qui se sentent exclues du processus ou qui soutiennent que leurs droits ont été violés de disposer de voies de recours pour rétablir leurs droits et obtenir réparation.

Certains pays ont adopté des lois spéciales qui régissent l'organisation des réformes constitutionnelles. Même si l'environnement politique respecte le plus souvent les droits de l'homme, ces lois portent parfois exclusivement sur les dispositifs propres aux réformes constitutionnelles. Pour le reste, les garanties en matière de droits de l'homme, notamment les recours et dispositifs institutionnels connexes prévus pour traiter les plaintes, doivent être inscrites dans la loi relative à la réforme constitutionnelle.

Dans le cadre d'une telle réforme, les principes relatifs aux droits de l'homme devraient notamment permettre de définir les conditions dans lesquelles le processus de rédaction et le texte de la Constitution tiendront compte des besoins de groupes nécessitant une protection juridique particulière. À cette fin, des mesures doivent être prises pour garantir une représentation effective de ces groupes dans les débats qui précèdent l'adoption de la Constitution ou de modifications du texte.

La liste récapitulative suivante, qui n'est pas exclusive et qui a pour fondement la note d'orientation du Secrétaire général sur l'élaboration d'une constitution, peut être utile :

- Femmes ;
- Enfants ;
- Minorités (notamment nationales, ethniques, linguistiques et religieuses) ;
- Peuples autochtones ;
- Réfugiés ;
- Apatrides et personnes déplacées ;

- Travailleurs ;
- Entrepreneurs ;
- Défenseurs des droits de l'homme ;
- Associations de juristes ;
- Médias.



CHARTE CONSTITUTIONNELLE DES DROITS



A. Charte constitutionnelle des droits et normes internationales en matière de droits de l'homme

1. Droit international des droits de l'homme

Un des critères essentiels qui doit être appliqué pour rédiger une charte constitutionnelle des droits ou y apporter des modifications est sa conformité aux normes internationales en matière de droits de l'homme. Le droit international des droits de l'homme s'est considérablement développé depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies en 1945 et trouve son origine dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, qui est largement reconnue en tant que source de droit international coutumier et est à ce titre juridiquement contraignante. La Déclaration universelle des droits de l'homme établit une base normative

Les Nations Unies devraient constamment promouvoir la conformité des constitutions avec les droits de l'homme et autres normes internationales. Ainsi, l'Organisation devrait s'exprimer lorsqu'une constitution ne respecte pas ces normes, en particulier si elles concernent l'administration de la justice, la justice transitionnelle, les systèmes électoraux et toute une série d'autres questions constitutionnelles. Les Nations Unies devraient défendre les normes qu'elles ont contribué à élaborer.

Note d'orientation du Secrétaire général sur l'assistance des Nations Unies à l'élaboration de constitutions (avril 2009), p. 4.

pour l'évaluation des systèmes juridiques, politiques et pratiques de tous les États, menée dans le cadre de l'Examen périodique universel auquel se livre le Conseil des droits de l'homme.

Il existe neuf traités fondamentaux relatifs aux droits de l'homme tout comme un nombre important d'autres traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. Les États qui ont ratifié ces traités sont tenus de les mettre en œuvre au moyen de mesures législatives et autres et de rendre compte de leur application.

Instruments internationaux fondamentaux relatifs aux droits de l'homme

- 1965** Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale
- 1966** Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
- 1966** Pacte international relatif aux droits civils et politiques
- 1979** Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
- 1984** Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants
- 1989** Convention relative aux droits de l'enfant
- 1990** Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille
- 2006** Convention relative aux droits des personnes handicapées
- 2006** Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées

Toutefois, les normes internationales en matière de droits de l'homme ne sont pas uniquement établies par des traités juridiquement contraignants ; de nombreuses déclarations et autres résolutions adoptées par l'Assemblée générale contribuent à l'établissement de ces normes. Bien qu'ils ne soient pas juridiquement contraignants, ces documents constituent le corpus du « droit souple¹⁰ » et jouissent d'une forte autorité morale et politique. En conséquence, leur mise en œuvre devrait également orienter les législations et pratiques nationales. Il est utile de rappeler que les organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme renvoient souvent aux normes énoncées par le droit souple pour interpréter leurs conventions respectives.

Tous les États sont parties à l'ensemble des traités fondamentaux relatifs aux droits de l'homme ou à certains d'entre eux. Le 10 janvier 2018, 169 pays avaient ratifié le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 166 le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 196 la Convention relative aux droits de l'enfant, 189 la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et 179 la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. En ratifiant des traités

¹⁰ Déclarations, principes, directives, règles ou codes de conduite figurant dans des résolutions adoptées par des organes des Nations Unies.

Exemples de « droit souple » relatif aux droits de l'homme

- 1979** Code de conduite pour les responsables de l'application des lois
- 1981** Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction
- 1986** Déclaration sur le droit au développement
- 1992** Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques
- 1993** Principes concernant le statut des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme (Principes de Paris)
- 2005** Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire
- 2007** Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones
- 2015** Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus (Règles Nelson Mandela)

internationaux relatifs aux droits de l'homme, les États s'engagent juridiquement en application du droit international à mettre leur législation, leurs politiques et pratiques en conformité avec les normes énoncées dans ces instruments. Cela suppose de rendre leur droit constitutionnel ou leur législation conforme aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme qu'ils ont ratifiés.

2. Relations entre le droit interne et le droit international des droits de l'homme

Les normes internationales en matière de droits de l'homme devraient non seulement être une source d'orientation générale pour les législateurs nationaux, mais aussi considérées comme un outil d'évaluation des solutions juridiques, pratiques et d'ordre politique adoptées à l'échelle nationale. S'agissant de la législation nationale, il est du devoir de l'État :

- De veiller à ce que le droit interne à tous les niveaux soit en conformité avec les normes internationales en matière de droits de l'homme énoncées dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans les instruments internationaux qu'il a ratifiés ;

Conformité : absence de contradiction entre le droit de rang inférieur et le droit de rang supérieur.

- De se laisser guider par les instruments internationaux non contraignants relatifs aux droits de l'homme, adoptés par les organes compétents qui représentent la communauté internationale.

Est-ce à dire qu'une charte constitutionnelle des droits devrait rendre directement compte de toutes les normes internationales en matière de droits de l'homme ? Il s'agirait d'un objectif difficile à atteindre étant donné que l'on compte aujourd'hui neuf traités internationaux fondamentaux relatifs aux droits de l'homme, certains énonçant un grand nombre de droits. Afin de conseiller un organe chargé de l'élaboration d'une constitution, les aspects suivants doivent être pris en considération :

- Ni le droit international en général ni les traités relatifs aux droits de l'homme en particulier, n'indiquent précisément la façon dont les normes internationales en matière de droits de l'homme doivent apparaître en droit interne. Il appartient à chaque pays de déterminer les méthodes qui lui permettront de mettre son droit en conformité avec ces normes. Les dispositions de certains instruments relatifs aux droits de l'homme (voir, par exemple, l'article 2 des deux pactes internationaux) admettent que quelques-uns des droits énoncés dans les instruments internationaux peuvent apparaître dans une constitution et, dans d'autres cas, dans la législation ;
- Toutefois, au moment d'envisager les différentes manières de garantir la conformité du droit interne avec les normes internationales en matière de droits de l'homme, les États Membres ne devraient pas être guidés uniquement par la lettre des dispositions juridiques, mais aussi par le principe général adopté par les États lors de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme en 1993, selon lequel la protection et la promotion des droits de l'homme « incombent au premier chef aux gouvernements »¹¹.

Déclaration et Programme d'action de Vienne, section 1, paragraphe 1

Les droits de l'homme et les libertés fondamentales sont inhérents à tous les êtres humains ; leur promotion et leur protection incombent au premier chef aux gouvernements.

¹¹ Déclaration et Programme d'action de Vienne, sect. 1, par. 1.

Ce principe peut être interprété comme une obligation de l'État de n'épargner aucun effort – en d'autres termes, de prendre des mesures optimales – pour mettre en œuvre les normes internationales en matière de droits de l'homme. S'agissant du droit interne, cela signifie que la principale source de droit, à savoir la Constitution dans la plupart des pays, doit garantir ces droits, car la conformité de l'ensemble du droit interne avec les normes internationales en dépend. Ainsi, beaucoup de chartes contemporaines des droits contiennent un grand nombre de droits de l'homme énoncés dans des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ;

- De plus, aux termes de l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, « tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ». Ainsi, une partie à un traité relatif aux droits de l'homme ne peut pas invoquer les règles juridiques internes, y compris la Constitution, pour justifier un éventuel non-respect du traité.

Dans ces conditions, comment la Constitution peut-elle proclamer la conformité du droit interne avec les normes internationales en matière de droits de l'homme ? Aux fins de la présente publication, on peut retenir les solutions suivantes, qui ne sont pas incompatibles les unes avec les autres :

- La formulation, dans la Constitution, de droits de l'homme et libertés fondamentales spécifiques, qui sont mentionnés dans des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ;
- La reconnaissance expresse, dans la Constitution, de la force contraignante dans l'ordre juridique interne des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme que l'État a ratifiés.

Références générales

Un certain nombre de constitutions mentionnent la Déclaration universelle des droits de l'homme, des instruments régionaux et des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par le pays concerné, notamment dans le préambule ou dans la charte des droits.

Bien qu'elles soient quelque peu imprécises, ces références peuvent être un moyen d'utiliser ces normes et instruments pour interpréter la Constitution dans son ensemble et, par conséquent, fournir des orientations aux organes législatifs, aux tribunaux et aux autorités administratives.

Préambule de la Constitution burundaise de 2005

Proclamant notre attachement au respect des droits fondamentaux de la personne humaine tels qu'ils résultent notamment de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme du 16 décembre 1966 et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 18 juin 1981.

Article 31 de la Constitution cambodgienne de 1993

Le Royaume du Cambodge reconnaît et respecte les droits de l'homme tels qu'ils sont définis dans la Charte des Nations Unies, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans tous les traités et conventions relatifs aux droits de l'homme, de la femme et de l'enfant.

Reconnaissance de la force contraignante des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme

De nombreuses constitutions adoptées récemment confèrent au droit international une force contraignante dans l'ordre juridique interne. On peut y voir une tendance nette du constitutionnalisme contemporain, toutes régions confondues, à ouvrir les questions nationales au droit international en veillant à ce qu'elles s'y conforment. Il existe différentes manières de procéder, notamment en incorporant le droit international dans l'ordre juridique interne. Le choix d'une méthode spécifique dépend du système de droit adopté par un État donné, ainsi que de ses traditions et de sa culture juridiques¹². Cela étant, un nombre croissant de constitutions attribuent aux traités internationaux ratifiés par l'État une force contraignante directe

¹² Le droit international établit une distinction entre les approches monistes et dualistes de la mise en œuvre du droit international au niveau national. Dans le cadre d'une approche moniste, aucune loi nationale n'est nécessaire pour rendre les traités internationaux contraignants dès lors qu'ils sont d'application directe ; en d'autres termes, ils peuvent être directement appliqués en droit interne sans aucune législation de mise en œuvre. Dans le cadre d'une approche dualiste, les traités doivent être « transposés » dans le droit interne par une loi nationale afin d'avoir force obligatoire dans le pays. Pour un complément d'information à ce sujet, voir le chapitre III, sect. A 1.

dans l'ordre juridique interne et placent généralement ces traités au-dessus de la législation dans la hiérarchie des sources internes de droit. En pareil cas, la ratification d'un traité est souvent soumise à l'accord préalable du parlement.

L'incorporation des normes internationales dans la législation nationale peut prendre différentes formes et rend ces normes directement applicables par les organes administratifs et les tribunaux. Dans de nombreuses constitutions récentes, les normes internationales l'emportent sur le droit interne en cas de conflit.

En règle générale, l'influence des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme dans l'ordre juridique interne dépend de l'autorité globale dont jouit le droit international. Du point de vue de la protection des droits de l'homme, il est éminemment souhaitable de maximiser l'impact des normes internationales à l'échelle nationale afin d'atteindre, au minimum, les objectifs suivants :

- En cas de conflit entre le droit interne et les normes internationales en matière de droits de l'homme, ces dernières doivent prévaloir ;
- En cas de vide juridique dans l'ordre juridique interne, les normes internationales en matière de droits de l'homme peuvent être appliquées par les tribunaux et les autorités administratives si la protection du titulaire des droits l'exige.

Article VI de la Constitution des États Unis d'Amérique de 1787

La présente constitution, ainsi que les lois des États-Unis qui en découleront, et tous les traités déjà conclus, ou qui le seront, sous l'autorité des États-Unis, seront la loi suprême du pays ; et les juges dans chaque État seront liés par les susdits, nonobstant toute disposition contraire de la Constitution ou des lois de l'un quelconque des États.

Article 91 de la Constitution polonaise de 1997

- 1. Après sa publication au Journal officiel de la République de Pologne, un traité international fait partie intégrante de l'ordre juridique national et est directement appliqué, à moins que son application ne dépende de la publication d'une loi.*
- 2. Un traité international, ratifié après autorisation préalable exprimée par la loi, prévaut sur cette loi, s'il est impossible de rendre la loi compatible avec le traité.*
- 3. Si un traité ratifié par la République de Pologne et portant création d'une organisation internationale le prévoit, le droit qu'il établit est directement appliqué et prévaut en cas de conflit de lois.*

Article 15 de la Constitution de la Fédération de Russie de 1993

- 4. Les principes et normes universellement reconnus du droit international et les traités internationaux de la Fédération de Russie sont partie intégrante de son système juridique. Si d'autres règles que celles prévues par la loi sont établies par un traité international de la Fédération de Russie, les règles du traité international prévalent.*

Constitution néerlandaise de 2002

Article 91

- 1. Le Royaume ne sera pas lié par des traités, lesquels ne seront pas dénoncés sans l'accord préalable du Parlement. Les cas dans lesquels l'accord n'est pas nécessaire sont définis par une loi du Parlement.*
- 2. La façon dont l'accord est donné est déterminée par une loi du Parlement, qui peut prévoir la possibilité d'un accord tacite.*
- 3. Toute disposition d'un traité qui est contraire à la Constitution ou est susceptible d'entraîner une contradiction ne peut être approuvée par les chambres du Parlement que si deux tiers au moins des votes y sont favorables.*

Article 94

La législation en vigueur dans le Royaume n'est pas appliquée si son application est contraire aux dispositions de traités qui sont obligatoires pour tous ou de résolutions adoptées par des institutions internationales.

Les organes conventionnels ont déclaré à plusieurs reprises que l'incorporation des instruments relatifs aux droits de l'homme dans le système juridique national était importante pour leur mise en œuvre sur le plan national. À cet égard, l'opinion formulée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels affirme que « même si le Pacte n'oblige pas formellement les États à incorporer ses dispositions dans la législation interne, une telle démarche est souhaitable. Une incorporation directe des dispositions du Pacte permet, en effet, d'éviter les problèmes que peut poser la transformation des obligations conventionnelles en droit interne et donne la possibilité aux personnes d'invoquer directement les droits reconnus dans le Pacte devant les tribunaux nationaux. Pour ces raisons, le Comité encourage vivement l'adoption officielle ou l'incorporation du Pacte au droit national »¹³. Le Comité des droits de l'homme a adopté une position semblable : « les droits garantis par le Pacte sont susceptibles d'être mieux protégés dans les États où le Pacte fait partie de l'ordre juridique interne automatiquement ou par voie d'incorporation expresse. Le Comité invite les États parties où le Pacte ne fait pas partie de l'ordre juridique interne à envisager l'incorporation du Pacte pour en faire une partie intégrante du droit interne de façon à faciliter la pleine réalisation des droits reconnus dans le Pacte conformément aux dispositions de l'article 2 »¹⁴.

Certaines constitutions contemporaines adoptent d'autres approches juridiques :

- Les instruments internationaux ont directement force obligatoire dans l'ordre juridique interne.

¹³ Observation générale n° 9 (1998), par. 8.

¹⁴ Observation générale n° 31 (2004), par. 13.

Article 5 de la Constitution andorrane de 1993

La Déclaration universelle des droits de l'homme est en vigueur dans l'ordre juridique andorran.

Préambule de la Constitution béninoise de 1990

Nous, peuple béninois, ... Réaffirmons notre attachement aux principes de la démocratie et des droits de l'homme, tels qu'ils sont définis par la Charte des Nations Unies de 1945 et la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée en 1981 par l'Organisation de l'Unité africaine, ratifiée par le Bénin le 20 janvier 1986, et dont les dispositions font partie intégrante de la présente constitution et du droit béninois et ont une valeur supérieure à la loi interne.

- En cas de conflit avec le droit interne, les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme prévalent.

Chapitre IV de la Constitution argentine de 1994

Article 75 : Les attributions du Parlement sont les suivantes :

...

22. Approuver ou rejeter les traités conclus avec les autres nations et les organisations internationales, ainsi que les concordats signés avec le Saint-Siège. Les traités et concordats ratifiés ont une autorité supérieure à celle des lois.

La Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme ; la Déclaration universelle des droits de l'homme ; la Convention américaine relative aux droits de l'homme ; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son protocole facultatif ; la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ; la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ; la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; la Convention relative aux droits de l'enfant ; dans les conditions en vigueur, ils ont une autorité constitutionnelle, n'abrogent aucun article de la première partie de la présente constitution et doivent être considérés comme complémentaires des garanties et droits reconnus par ladite constitution. Ils ne peuvent être dénoncés que par le Pouvoir exécutif national, après ratification des deux tiers des membres composant chaque chambre.

- En cas de vide juridique dans la protection d'une personne, les normes internationales doivent être appliquées par les autorités publiques afin de combler cette lacune.

Article 16 de la Constitution caboverdienne de 1992

3. Les normes constitutionnelles et légales relatives aux droits fondamentaux doivent être interprétées et les lacunes doivent être comblées en conformité avec la Déclaration universelle des droits de l'homme.

- L'interprétation de la charte des droits doit tenir compte des normes internationales en matière de droits de l'homme.

Article 39 (Interprétation de la charte des droits) de la Constitution sud-africaine de 1996

1) Afin d'interpréter la charte des droits, une cour, un tribunal ou une juridiction :

- a) Doit promouvoir les valeurs qui inspirent une société ouverte et démocratique fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté ;*
- b) Doit tenir compte du droit international ; et*
- c) Peut tenir compte du droit étranger.*

Article 13 de la Constitution éthiopienne de 1994

2. Les droits et libertés fondamentaux énoncés dans le présent chapitre doivent être interprétés conformément aux principes consacrés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme et les instruments internationaux adoptés par l'Éthiopie.

NOTE

La complémentarité du droit international des droits de l'homme et d'une charte des droits est fortement influencée par l'approche de l'État quant aux liens entre le droit interne et le droit international. À cet égard, un conseiller en matière de droits de l'homme doit accorder une attention particulière aux liens entre les deux ordres juridiques lorsque des réformes constitutionnelles sont entreprises.

B. Rédiger une charte constitutionnelle des droits : conditions générales

S'il est vrai que, lors de la rédaction d'une constitution, les traditions constitutionnelles et autres particularités et circonstances locales doivent être largement prises en considération, une charte des droits doit toujours remplir les critères fondamentaux qui résultent des principes communément admis du droit constitutionnel et du droit international.

1. Conformité avec les opinions qui prévalent dans la société

Dans un État démocratique, on s'attend généralement à ce que les lois reflètent et protègent les valeurs et idéaux qui imprègnent la vie de la société et qui sont largement répandus dans la population. Cela vaut tout particulièrement pour une charte constitutionnelle des droits, dans la mesure où elle constitue la partie de la Constitution dans laquelle sont censées être énoncées toutes les valeurs fondamentales importantes pour les individus et les groupes. Ainsi, comme souligné précédemment, la meilleure façon d'assurer un large soutien du public à la charte des droits est de faire participer tous les segments de la société au débat constitutionnel aboutissant à sa rédaction.

Toutefois, si répandue que soit une idée dans une société, elle ne devrait pas être imposée si son application est de nature à violer les droits fondamentaux d'une minorité, ou plus précisément d'individus ou de groupes appartenant à une minorité. Il est indispensable que les rédacteurs d'une charte des droits cherchent à établir un équilibre entre les différentes options et à fournir à tous les acteurs sociaux une explication claire, accessible et compréhensible des motivations à l'origine de la solution retenue.

En droit international des droits de l'homme, une charte des droits devrait empêcher l'adoption de lois susceptibles de défavoriser ou d'exclure socialement certains individus ou groupes. Une attention particulière devrait être apportée aux motifs interdits de discrimination énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, dont l'article 2 interdit toute distinction, notamment « de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale

ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation »¹⁵. Depuis l'adoption de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, la discrimination fondée sur le handicap est interdite à l'échelle internationale¹⁶. De plus, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille a interdit d'autres motifs de discrimination, dont la conviction, l'origine ethnique, l'âge, la situation matrimoniale et la situation économique.

Même s'ils ne sont pas précisément mentionnés dans les neuf traités fondamentaux relatifs aux droits de l'homme, un certain nombre d'organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme ont établi qu'au même titre, l'orientation sexuelle et l'identité de genre ne pouvaient en aucun cas donner lieu à une situation de discrimination¹⁷. Des constitutions plus récentes contiennent un plus grand nombre de motifs interdits de discrimination par rapport à ceux qui sont énumérés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans les deux pactes.

Dans ce contexte, il convient de réaffirmer que lors de la rédaction, tout doit être fait pour éviter d'exclure, en droit ou en fait, certaines parties de la société du débat constitutionnel et de la prise de décisions, au motif que leurs idées diffèrent de celles de la majorité.

¹⁵ Les mêmes motifs de discrimination sont interdits à l'article 2, par. 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et à l'article 2, par. 2, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

¹⁶ Voir Amy Raub et autres, « Constitutional rights of persons with disabilities: An analysis of 193 national constitutions », *Harvard Human Rights Journal*, vol. 29 (printemps 2016), p. 203 à 240.

¹⁷ Dans la communication *Toonen c. Australie*, le Comité des droits de l'homme a établi que le terme « sexe » figurant à l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques comprenait l'orientation sexuelle, en faisant ainsi un motif interdit de discrimination en application du Pacte (CCPR/C/50/D/488/1992). D'autres comités des droits de l'homme ont abouti à des conclusions similaires. Voir Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 20 (2009) (E/C.12/GC/20), par. 32 ; Comité des droits de l'enfant, observation générale n° 13 (2011) (CRC/C/GC/13), par. 60 et 72 g) ; Comité contre la torture, observation générale n° 2 (2008) (CAT/C/GC/2), par. 21 ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, recommandation générale n° 28 (2010) (CEDAW/C/GC/28), par. 18. L'« identité de genre » a également été interprétée par plusieurs comités des droits de l'homme comme étant une forme interdite de discrimination. Voir Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 20 (2009) (E/C.12/GC/20), par. 32 ; Comité contre la torture, observation générale n° 2 (2008) (CAT/C/GC/2), par. 21 ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, recommandation générale n° 28 (2010) (CEDAW/C/GC/28), par. 18.

Article 26 de la Constitution fidjienne de 2013

3) Nul ne peut faire l'objet d'un traitement injuste ou d'une discrimination, directe ou indirecte, en raison :

a) De caractéristiques ou spécificités réelles ou supposées, y compris la race, la culture, l'origine ethnique ou sociale, la couleur, le lieu d'origine, le sexe, le genre, l'orientation sexuelle, l'identité de genre ou son expression, la naissance, la langue maternelle, le statut économique ou social, la santé, le handicap, l'âge, la religion, la conscience, la situation matrimoniale ou la grossesse ; ou

b) De l'opinion ou de la conviction, excepté dans la mesure où cette opinion ou cette conviction cause un préjudice à autrui ou porte atteinte aux droits et libertés d'autrui, ou pour tout autre motif prohibé par la présente constitution.

Article 14 de la Constitution de l'État plurinational de Bolivie de 2009

I. Tout être humain, sans aucune distinction, a le statut et la capacité juridiques conformément à la loi et jouit des droits reconnus dans la présente constitution.

II. L'État interdit et sanctionne toutes les formes de discrimination fondée sur le sexe, la couleur, l'âge, l'orientation sexuelle, l'identité de genre, l'origine, la culture, la nationalité, la citoyenneté, la langue, la religion, l'idéologie, l'appartenance ou la philosophie politique, l'état civil, la situation économique ou sociale, le type de profession, le niveau d'éducation, le handicap, la grossesse et toute autre forme de discrimination qui vise ou entraîne l'annulation ou la mise en danger de la reconnaissance égale, de la jouissance et de l'exercice des droits de tous.

2. Respect des normes internationales en matière de droits de l'homme

Le principe *pacta sunt servanda* (« les conventions doivent être respectées ») suppose qu'une charte des droits est conforme aux traités relatifs aux droits de l'homme ratifiés par l'État. Toutefois, les rédacteurs d'une constitution devraient dépasser ce concept. Premièrement, dans la mesure où la Déclaration universelle des droits de l'homme est largement reconnue comme l'interprétation de la notion de droits de l'homme contenue dans la Charte des Nations Unies et fait partie de la Charte internationale des droits de l'homme, elle devrait être acceptée comme une source d'inspiration et un critère pour rédiger une charte des droits à l'échelle nationale. Deuxièmement, le droit conventionnel relatif aux droits de l'homme ne lie pas tous les pays de manière égale, dans la mesure où certains pays peuvent choisir de ne pas ratifier des instruments internationaux spécifiques. Quoi qu'il en soit, ces traités sont le produit

d'une réflexion de la communauté internationale qui s'emploie à élaborer le meilleur cadre juridique possible pour protéger ces droits. Partant, ils devraient être considérés comme une série de solutions juridiques exemplaires, et ce, même pour les pays qui ne sont pas juridiquement liés par tous les instruments qui forment le droit conventionnel international relatif aux droits de l'homme.

Les rédacteurs d'une constitution devraient non seulement veiller à ce que la charte des droits ne contredise pas expressément les normes internationales en matière de droits de l'homme, mais également éviter des formulations susceptibles de justifier des interprétations juridiques contraires auxdites normes. Enfin, une charte des droits devrait être considérée comme un outil favorisant une mise en œuvre optimale du droit international des droits de l'homme.

Les rédacteurs d'une constitution peuvent néanmoins se heurter à des tensions, voire à des contradictions entre les normes internationales en matière de droits de l'homme et la culture et les traditions qui prévalent dans le pays. Les pratiques culturelles qui causent un préjudice à l'être humain, comme les mutilations génitales féminines, ne doivent pas être autorisées par la Constitution. En outre, si elles existent dans une société donnée, elles devraient être expressément interdites par la loi. Les réformes constitutionnelles devraient permettre de mettre le droit coutumier en conformité avec les normes internationales en matière de droits de l'homme. Une telle conformité devrait constituer un objectif constitutionnel, atteignable grâce aux changements culturels soutenus par des activités d'éducation et de sensibilisation. Toutefois, la Constitution devrait par ailleurs déclarer illégal le droit coutumier contraire aux normes internationales en matière de droits de l'homme.

Déclaration et Programme d'action de Vienne, section I, paragraphe 5

Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter les droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales.

La Constitution du Kenya montre comment ce problème peut être traité à l'échelle nationale.

Article 2 de la Constitution kényane de 2010

4) Toute disposition légale, y compris le droit coutumier, qui est contraire à la Constitution est frappée de nullité et chaque acte ou omission contraire à la présente constitution est invalidé.

5) Les règles générales du droit international font partie intégrante du droit kényan.

6) Toute convention ou tout traité ratifié par le Kenya fait partie intégrante du droit kényan en application de la présente constitution.

3. La portée des normes constitutionnelles

La portée des droits et libertés constitutionnels a toujours été un défi pour les rédacteurs de constitutions. Ils hésitent généralement entre deux options : élaborer des normes constitutionnelles sans équivoque et détaillées ou élaborer un langage de caractère général ouvert à l'interprétation. Il n'est pas évident de trouver un juste équilibre.

Une charte des droits complète énonce les principaux droits de l'homme et les droits fondamentaux des individus et des groupes et leur offre une protection constitutionnelle. Pour atteindre cet objectif, il n'est cependant pas nécessaire d'inscrire le plus grand nombre possible de droits dans la charte des droits. Les rédacteurs doivent éviter d'élaborer une constitution excessivement technique que le grand public ne comprendrait pas bien. Il est donc souhaitable, dans la plupart des cas, d'être avant tout guidé par une approche équilibrée, voire prudente.

Il est probablement impossible d'élaborer une charte des droits qui pourrait s'appliquer de façon universelle à tous les États, dans la mesure où les traditions juridiques, cultures et expériences historiques sont trop diversifiées. Toutefois, s'il est interprété en tenant compte des traditions juridiques et culturelles nationales et des besoins constitutionnels contemporains, le droit international devrait offrir l'orientation générale nécessaire. Si la Constitution donne une force contraignante aux instruments relatifs aux droits de l'homme dans l'ordre juridique interne, ces instruments pourront être utilisés comme une source complémentaire

de droits et libertés, le cas échéant. Le risque de lacunes normatives est ainsi atténué.

Cela étant, même si l'on prend en considération la diversité des traditions juridiques et culturelles des États, les catégories suivantes de droits devraient être inscrites dans une charte des droits :

- Les droits qui sont indispensables pour protéger la dignité humaine et permettre à chacun de développer sa personnalité et ses capacités ;
- Les droits qui établissent un cadre pour la participation de chacun à la conduite des affaires publiques ;
- Les droits qui protègent les sources socialement acceptables de revenus personnels et les intérêts économiques de chacun ;
- Les droits qui servent de base juridique aux services sociaux et culturels les plus importants.

4. Cohérence interne

Afin d'être cohérent, le langage juridique qui énonce les droits et libertés ne doit contenir aucune contradiction. Il s'agit d'un des postulats de base d'un droit efficace. Par principe, la cohérence d'une charte des droits devrait être garantie par son objectif global, qui est de protéger la dignité humaine. Toutefois, des tensions peuvent apparaître lorsque les droits constitutionnels doivent être appliqués dans des cas concrets. Il convient de rappeler les problèmes classiques liés à l'opposition entre la loi de la majorité et les droits des minorités, les problèmes dus au rapport entre l'octroi du droit à la santé au niveau le plus élevé possible et l'accès universel à la protection sanitaire, et les tensions possibles entre la liberté d'expression et l'interdiction de l'incitation à la violence.

En effet, l'observation selon laquelle le droit génère en pratique de nombreuses tensions peut s'appliquer à la charte des droits lorsque l'on passe du stade de l'énonciation des droits à celui de leur mise en œuvre. Il est parfois tentant d'employer un langage constitutionnel très vague pour éviter ce genre de problèmes. Cette solution peut sembler intéressante, dans la mesure où une formulation générale peut satisfaire bon nombre

de parties prenantes. Toutefois, en pareil cas, le fardeau n'est plus porté par l'organe qui adopte la Constitution, mais par d'autres entités, au premier rang desquelles les tribunaux, qui sont chargées d'appliquer ses dispositions. Partant, lors de la rédaction d'une constitution, il est souhaitable de redoubler d'efforts pour réduire les possibilités de tensions dans la mise en œuvre des droits, en les énonçant le plus précisément possible.

Cela étant, même s'il est énoncé de façon optimale, le droit offrira par essence des arguments aux différentes parties en faveur de leurs intérêts contradictoires. Il est quasi impossible d'empêcher tout désaccord lié à des droits que différents acteurs se trouvant dans la même situation s'efforcent d'obtenir. Par conséquent, s'il convient d'accorder la plus haute importance à la formulation d'une charte des droits qui favorisera l'harmonisation de sa mise en œuvre, une cohérence absolue entre les droits est possible dans le cadre de procédures juridiques visant à protéger ces droits et à résoudre les éventuels conflits d'intérêts.

5. Contenu normatif

La plupart des chartes contemporaines des droits, et des constitutions elles-mêmes, ne sont plus des programmes politiques ayant un impact juridique limité. Aujourd'hui, les droits qu'elles contiennent sont généralement énoncés de façon à être directement appliqués à la faveur des procédures établies par la Constitution elle-même, comme expliqué ci-dessous. Toutefois, à cet effet, les droits doivent être énoncés de manière à être directement applicables. En d'autres termes, les dispositions pertinentes de la Constitution doivent avoir un contenu normatif clair, permettant pour l'essentiel leur application dans deux cas :

- Lorsqu'il n'existe pas de lois ordinaires permettant au titulaire des droits de les faire valoir ;

- Une norme internationale ou constitutionnelle est **directement applicable** lorsqu'un tribunal ou une entité administrative peut l'appliquer sans que l'adoption d'une législation de mise en œuvre soit nécessaire.

- Une norme est **d'application directe** si son contenu normatif est suffisamment clair pour permettre à un tribunal ou une entité administrative de l'appliquer.

- Lorsque la charte des droits définit les critères pour évaluer la conformité de la loi ordinaire avec la Constitution.

Pour être d'application directe, une disposition de la charte des droits doit identifier le titulaire des droits, déterminer son droit légal et, le cas échéant, définir les limites du droit et les principales manières de le mettre en œuvre. Les dispositions des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme doivent remplir les mêmes conditions pour être d'application directe. Dans ce contexte, le Comité des droits de l'homme souligne que « les tribunaux peuvent de diverses manières garantir effectivement l'exercice des droits reconnus par le Pacte, soit en statuant sur son applicabilité directe, soit en appliquant les règles constitutionnelles ou autres dispositions législatives comparables, soit en interprétant les implications qu'ont pour l'application du droit national les dispositions du Pacte »¹⁸. Il existe de nombreux exemples des dispositions d'application directe dans les instruments tant internationaux que constitutionnels.

Article 29 de la Constitution bulgare de 1991

1) *Nul ne peut être soumis à la torture, à des traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou à une assimilation forcée.*

2) *Nul ne peut être soumis à des expériences médicales, scientifiques ou autres, sans son libre consentement donné par écrit.*

Même si elle est en déclin, l'idée selon laquelle la question du caractère directement applicable permet de distinguer les droits économiques, sociaux et culturels des droits civils et politiques continue d'être défendue par certains commentateurs. Selon ce point de vue, de nombreux droits civils et politiques ne requièrent aucune législation de mise en œuvre pour être appliqués, tandis que les droits économiques, sociaux et culturels n'ont de portée juridique que si la législation le prévoit.

En effet, certaines constitutions, en particulier les plus anciennes, n'énoncent pas les droits économiques, sociaux et culturels. Ce choix est justifié par le manque prétendu de précision de ces droits qui, par conséquent, ne peuvent être directement appliqués et ne sont donc pas d'application immédiate. Guidées par des considérations semblables,

¹⁸ Observation générale n° 31 (2004), par. 15.

d'autres constitutions proclament des droits sociaux tout en indiquant clairement que leur mise en œuvre ne peut se faire qu'en application et dans les limites de la loi ordinaire.

La présente publication n'a pas pour objet d'examiner cette question, mais il convient de souligner qu'à l'échelle tant internationale que nationale, l'opinion selon laquelle les droits économiques, sociaux et culturels peuvent être invoqués devant les tribunaux et sont donc d'application directe a gagné du terrain. On peut cependant ajouter que les rédacteurs de lois prévoyant des biens et des services économiques, sociaux et culturels doivent avant tout s'efforcer de préciser le plus possible leur contenu normatif.

Un droit constitutionnel peut être **invoqué devant les tribunaux** dès lors qu'une cour de justice peut examiner une requête fondée sur ce droit et rendre une décision à cet égard.

Les plus hautes instances judiciaires de certains pays, comme l'Inde et l'Afrique du Sud, ont créé une jurisprudence décisive et très instructive. Dans l'affaire *Grootboom*, la Cour constitutionnelle sud-africaine a indiqué qu'il ne s'agissait pas de déterminer si les droits socioéconomiques pouvaient être invoqués devant les tribunaux en application de la Constitution, mais la manière dont ils pouvaient être mis en œuvre dans une affaire donnée. Elle a ajouté qu'il s'agissait d'une question très complexe qui devait être examinée soigneusement et au cas par cas¹⁹.

Toutefois, la sanction et l'opposabilité de tous les droits dépendent en grande partie de leur formulation et du caractère suffisamment clair de leur contenu normatif. Il n'existe pas de solution unique pour résoudre cette question, dans la mesure où il faut notamment tenir compte des spécificités du système juridique et des traditions juridiques du pays en la matière. Cela étant, certaines considérations pratiques doivent orienter la formulation des droits constitutionnels relatifs aux services publics, et l'expérience acquise lors de la rédaction d'instruments internationaux et de constitutions contemporaines peut également aider à éclaircir certains points et à trouver des solutions. Chaque option impose différentes techniques législatives (voir chap. III, sect. B 5 de la présente publication).

¹⁹ *Gouvernement de la République sud-africaine et autres c. Grootboom et autres (2000).*

Premièrement, il est indispensable de définir le type d'effet juridique recherché et de déterminer si la disposition constitutionnelle prévue vise avant tout l'individu ou l'État.

Deuxièmement, il est préférable, dans la mesure du possible, de rendre compte de la question examinée sous la forme d'un droit individuel, le titulaire du droit étant ainsi favorisé. En se fondant sur une telle disposition constitutionnelle, l'individu peut effectivement faire valoir son droit devant les organes compétents, notamment dans le cadre de procédures judiciaires. Toutefois, en pareil cas, le droit doit avoir un contenu juridique précis.

Article 53 de la Constitution ukrainienne de 1996

Les citoyens ont le droit de bénéficier, sur concours, d'un enseignement supérieur gratuit dans les établissements étatiques et municipaux.

Troisièmement, les questions sociales méritent d'être abordées dans la Constitution, mais il serait impossible, voire prématuré, d'y énoncer des droits individuels s'y rapportant. Les rédacteurs ont alors le choix entre deux options. La première est d'énoncer une obligation juridique de l'État dont le contenu normatif doit être clair. Ainsi, les autorités nationales peuvent être tenues responsables si les dispositions constitutionnelles applicables ne sont pas mises en œuvre. L'inconvénient de cette approche est qu'en règle générale, les individus ne bénéficient pas du droit d'entamer une procédure formelle pour réclamer la mise en œuvre des dispositions concernées.

Article 13 de la Constitution béninoise de 1990

L'État pourvoit à l'éducation de la jeunesse par des écoles publiques. L'enseignement primaire est obligatoire. L'État assure progressivement la gratuité de l'enseignement public.

La deuxième solution consiste à énoncer des orientations ou des principes gouvernementaux que l'État est tenu de respecter afin d'atteindre un objectif donné.

Article 21 de la Constitution chinoise de 1982

L'État développe les services médicaux et sanitaires, encourage la médecine moderne et la médecine traditionnelle chinoise, favorise et soutient la création d'établissements médicaux et sanitaires par les collectivités économiques rurales, l'État, les entreprises et les organisations de quartier, et facilite les activités massives d'assainissement, l'objectif étant de protéger la santé des citoyens.

En règle générale, de telles dispositions constitutionnelles ne sont pas interprétées par les instances judiciaires comme pouvant servir de fondement à des recours juridiques. Elles peuvent néanmoins être utilisées dans le cadre d'évaluations politiques et de débats parlementaires et publics. Enfin, de telles dispositions peuvent permettre d'interpréter la législation, y compris des lois parlementaires régissant des questions liées aux droits de l'homme. Ainsi, il peut être utile de prévoir de telles règles, même si leur contenu juridique reste relativement vague.

NOTE

S'agissant de l'opposabilité de la charte des droits, il est essentiel, de définir, à chaque fois que cela est possible, des droits individuels au contenu juridique précis qui peuvent être revendiqués devant les tribunaux ou tout autre organe compétent de l'État.

6. Mise en œuvre et restrictions

Les rédacteurs d'une charte des droits subissent souvent des pressions de différentes sources, y compris de groupes d'intérêt, qui leur font promettre l'impossible. Il peut être tentant de céder à ces pressions pour des raisons politiques. Si le soutien populaire en faveur d'une disposition donnée dans un projet de charte des droits est souhaitable, il ne saurait être recherché au détriment de la crédibilité de la Constitution. De plus, proclamer des droits impossibles à mettre en œuvre affaiblit la portée non seulement de la charte des droits, mais aussi de la Constitution proprement dite.

Deux questions portent sur la possibilité ou non de mettre en œuvre une charte des droits. La première, qui est traitée plus haut, concerne le contenu normatif des dispositions constitutionnelles pertinentes. La deuxième se rapporte à l'admissibilité de limitations, ou restrictions, imposées aux

droits. Il s'agit d'une des questions les plus délicates dans le domaine des droits de l'homme, dans la mesure où les intérêts de la société dans son ensemble doivent être reconnus et respectés. Cela signifie que, dans certains cas, les restrictions imposées à la jouissance des droits sont inévitables. De plus, seuls quelques droits doivent être garantis sans aucune restriction, comme l'interdiction de la torture.

À cet égard, il convient d'opérer une distinction entre les restrictions inhérentes aux droits et celles qui sont fondées sur une évaluation menée par les autorités nationales. Sans restrictions inhérentes, comme l'obligation de respecter les droits d'autrui ou de respecter la loi tout en exerçant ses propres droits, la jouissance des droits pourrait facilement conduire à une certaine forme d'anarchie qui rendrait ces droits illusoire. Par conséquent, même si, dans un traité international ou une charte des droits, une disposition donnée ne mentionne pas expressément ces restrictions inhérentes, elles en font implicitement partie, dans la mesure où personne ne peut jouir de ses droits au détriment des droits d'autrui. Il s'agit d'une question de responsabilité individuelle.

Article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme

2. 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.

La question des restrictions fondées sur l'évaluation menée par les autorités nationales est délicate. En effet, si elles sont mal interprétées, ces restrictions risquent d'entraîner des abus de pouvoir. Partant, la possibilité de les imposer, leur portée et leurs motifs devraient être prévus dans le texte même de la Constitution, en lien avec chaque droit individuel concerné. Sans cela, le pouvoir d'introduire des restrictions incomberait exclusivement au parlement, au gouvernement ou aux tribunaux, et la nature normative des droits constitutionnels pourrait être remise en cause (voir chap. II, sect. C 5).

Les restrictions apportées aux droits devraient échapper à l'arbitraire, qui découle souvent d'une mauvaise évaluation des réalités sociales ou des intérêts de certains groupes par les autorités publiques. À cet égard, des orientations générales sont fournies par les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Les rédacteurs d'une charte des droits ne devraient pas oublier que la propension de la société à accepter des restrictions à la jouissance des droits peut varier en fonction de la catégorie de droits concernée. Par exemple, une mise en œuvre limitée de droits sociaux due à une insuffisance de ressources peut être plus facilement acceptée que des restrictions à la liberté d'expression. En règle générale, l'imposition de restrictions aux droits civils et politiques peut prêter à controverse, en particulier si elles provoquent une impression ou un sentiment d'arbitraire ou de protection ou non-protection préférentielle de ces droits. Il est donc important que la Constitution elle-même définisse l'admissibilité et les conditions de restrictions aux droits, ou énonce les critères applicables en la matière.

Le Comité des droits de l'homme a examiné cette question dans plusieurs observations générales. L'approche la plus spécifique a été élaborée dans l'observation générale n° 22 relative au droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion²⁰, mais elle peut également être appliquée à d'autres droits qui autorisent certaines restrictions pour des raisons précises.

Article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui.

Le Comité énonce les principes suivants : a) les restrictions doivent être prévues par la loi ; b) les restrictions sont autorisées uniquement si elles sont nécessaires pour protéger au moins un des intérêts suivants : la sécurité, l'ordre et la santé publics ou la morale, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui ; c) les motifs de restriction qui ne sont pas spécifiés dans le Pacte ne sont pas recevables, et il ne peut être imposé de restrictions à des fins discriminatoires ni de façon discriminatoire ; d) les restrictions

²⁰ Voir également l'observation générale n° 10 (1983) sur la liberté d'opinion.

doivent être en rapport direct avec l'objectif spécifique qui les inspire et proportionnelles à celui-ci ; e) les restrictions ne doivent être appliquées qu'aux fins pour lesquelles elles ont été prescrites ; f) les restrictions ne doivent pas vicier le droit concerné, autrement dit elles ne peuvent pas porter atteinte au contenu fondamental du droit concerné ; et g) pour déterminer la portée des restrictions, les États parties devraient s'inspirer de la nécessité de protéger les droits garantis en vertu du Pacte, y compris le droit à l'égalité et le droit de ne faire l'objet d'aucune discrimination fondée sur les motifs spécifiés aux articles 2, 3 et 26 du Pacte.

En outre, le Comité a expliqué que la conception de la morale découlait de nombreuses traditions sociales, philosophiques et religieuses. En conséquence, les restrictions visant à protéger la morale ne doivent pas être fondées sur des principes qui procèdent d'une tradition unique²¹.

7. Communicabilité

Dans le passé, les chartes des droits étaient parfois considérées comme des programmes politiques et des guides à l'intention des citoyens. Le Préambule de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 illustre bien cette conception.

Préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous. En conséquence, l'Assemblée nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'être suprême, les droits suivants de l'homme et du citoyen.

²¹ Observation générale n° 22 (1993), par. 8.

Si aujourd'hui on emploie rarement un langage si solennel, la fonction éducative des chartes des droits reste importante. Une constitution devrait permettre aux titulaires de droits de connaître leurs droits et les moyens de les faire valoir. S'agissant des débiteurs d'obligations, ils devraient y trouver des instructions concernant leurs obligations, leurs responsabilités et les limites de leur pouvoir. Une charte des droits devrait, en règle générale, guider la société et les autorités. À cet effet, elle devrait être rédigée de façon claire et compréhensible pour toutes les parties prenantes. Même si la volonté de donner à la charte des droits un contenu normatif clair doit être saluée, les rédacteurs doivent éviter au maximum d'employer des termes techniques que seuls les professionnels du droit peuvent comprendre. Sans cela, la charte des droits perdrait sa fonction éducative et le sentiment d'appropriation de la charte des droits, mais aussi de la Constitution dans son ensemble, serait menacé.

NOTE

L'histoire des chartes des droits est une histoire de liberté humaine. La Constitution sud-africaine de 1996 proclame ce qui suit :

La présente charte des droits est un pilier de la démocratie en Afrique du Sud. Elle proclame les droits de tous les citoyens de notre pays et affirme les valeurs démocratiques que sont la dignité humaine, l'égalité et la liberté.

C. Contenu de la charte constitutionnelle des droits

Comme pour l'élaboration d'une constitution en général, le choix du fond et de la forme de la charte des droits relève d'une décision souveraine de l'État et du peuple. Il n'existe pas de schéma unique de charte des droits qui pourrait être utilisé comme modèle absolu. Cela étant, comme il a été souligné à la section II ci-dessus, le principe de la souveraineté des États ne déroge pas aux obligations auxquelles un État est tenu au regard de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des traités relatifs aux droits de l'homme qu'il a ratifiés. De plus, l'incorporation de droits de l'homme internationalement reconnus dans une constitution contribue non seulement à l'adoption d'instruments internationaux, mais également au développement d'une culture commune des droits de l'homme. Ces deux facteurs interdépendants font apparaître de nombreux éléments communs en ce qui concerne l'élaboration d'une charte des droits. Même si leur

forme peut sensiblement varier, un certain nombre de chartes des droits récemment adoptées affichent des contenus largement semblables.

1. Le titulaire des droits

Les droits de l'homme par opposition aux droits des citoyens

Aujourd'hui, les chartes des droits respectent les principes fondamentaux du droit international pour définir les titulaires des droits. Elles servent ainsi à protéger toutes les personnes relevant de la juridiction de l'État, qu'il s'agisse de nationaux ou de non-nationaux. Techniquement, les constitutions utilisent le plus souvent des notions comme « toutes les personnes », « tous » ou « chaque personne », par opposition à « chaque citoyen » ou à « les citoyens ».

Il convient de rappeler que, comme dans plusieurs instruments internationaux, certains droits politiques peuvent être réservés exclusivement aux citoyens de l'État. Traditionnellement, les droits liés à la conduite des affaires publiques appartiennent à cette catégorie. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 25) adopte cette position. Dans le même esprit, certaines constitutions réservent également aux citoyens la liberté de former des partis politiques et le droit à l'information concernant les activités menées par les autorités publiques. On notera cependant qu'un nombre croissant de constitutions ou de lois électorales autorisent les non-nationaux qui résident légalement dans le pays pendant une durée déterminée à participer aux élections locales et aux référendums. D'autres droits qui sont souvent qualifiés de droits politiques appartiennent à tous les êtres humains, notamment la liberté d'expression et la liberté de réunion.

Parmi les autres droits que plusieurs constitutions reconnaissent uniquement aux nationaux figurent des droits liés à la nationalité, comme le droit de recevoir un passeport national et d'être protégé à l'étranger, le droit de voter aux élections nationales, le droit de se présenter aux élections nationales, l'interdiction des expulsions et des extraditions.

Article 15 de la Constitution mongole de 1992

2. La déchéance de la nationalité mongole, l'exil ou l'extradition de ressortissants mongols sont interdits.

En ce qui concerne les pays en développement, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels accepte expressément des restrictions à la jouissance des droits de l'homme par les non-nationaux, sous certaines conditions.

Article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

3. Les pays en voie de développement, compte dûment tenu des droits de l'homme et de leur économie nationale, peuvent déterminer dans quelle mesure ils garantiront les droits économiques reconnus dans le présent Pacte à des non-ressortissants.

Certains pays tirent parti de cette possibilité et accordent, par exemple, le droit à la sécurité sociale exclusivement à leurs nationaux. Pourtant, l'article 9 du Pacte ne permet en aucun cas aux États parties de prendre des mesures arbitraires en la matière. Dans son observation générale n° 19 sur le droit à la sécurité sociale, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a apporté une précision importante sur ce point. Tout en faisant observer que les non-ressortissants font partie des groupes « qui de tout temps éprouvent des difficultés à exercer ce droit », le Comité développe les arguments suivants : a) le Pacte interdit toute discrimination fondée sur la nationalité ; b) s'agissant du concept d'équité, le Comité souligne ce qui suit : « Les non-ressortissants, dont les travailleurs migrants, qui ont cotisé à un régime de sécurité sociale devraient pouvoir bénéficier de leurs cotisations ou se les voir restituer s'ils quittent le pays. Le droit à prestations d'un travailleur migrant ne devrait pas non plus être affecté par un changement de lieu de travail. » ; c) « Les non-ressortissants devraient pouvoir bénéficier des régimes non contributifs de soutien du revenu et de la famille et accéder à des soins de santé abordables. Toute restriction, notamment toute durée d'affiliation requise, doit être proportionnée et raisonnable. Chacun, quels que soient sa nationalité, son lieu de résidence ou son statut en matière d'immigration, a droit aux soins médicaux primaires ou d'urgence » ; d) « Les réfugiés, les apatrides et les demandeurs d'asile, ainsi que d'autres personnes et groupes défavorisés et marginalisés, devraient bénéficier, dans des conditions d'égalité, des régimes de sécurité sociale non contributifs, notamment d'un accès raisonnable aux soins de santé et aux prestations familiales, conformément

aux normes internationales »²². Bien que l'observation générale porte spécifiquement sur le droit à la sécurité sociale, le raisonnement du Comité pourrait s'appliquer à d'autres droits économiques, sociaux et culturels.

Certaines constitutions étendent l'exercice des droits aux personnes morales, mais elles le font en fonction des caractéristiques de ces acteurs.

Article 9 de la Constitution estonienne de 1992

2. Les droits, les libertés et les obligations énumérés dans la Constitution s'étendent aux personnes morales, dès lors que cela est conforme à leurs objectifs généraux, et à la nature desdits droits, libertés et obligations.

Parmi les droits applicables aux personnes morales figurent par exemple le droit à la protection de la confidentialité de la correspondance, le droit à la protection de la réputation et le droit à la propriété.

NOTE

Compte tenu des dispositions de certains instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, dont on trouve l'écho dans les travaux des organes conventionnels et dans de nombreuses constitutions contemporaines, tous les individus relevant de la juridiction d'un État donné doivent en principe être titulaires des droits consacrés par la charte des droits. Le fait de réserver l'accès à certains droits aux nationaux du pays devrait être considéré comme une exception à cette règle générale.

Droits individuels contre droits collectifs : minorités et peuples autochtones

Traditionnellement, même si les droits de l'homme peuvent être exercés collectivement dans certains cas, seul un individu peut être reconnu comme en étant le titulaire. Deux raisons majeures expliquent cette approche, à savoir : a) le sens premier des droits de l'homme en tant qu'instrument protégeant la dignité humaine, qui est inhérente à chaque être humain, mais ne peut être attribuée à des groupes d'individus ; et b) le fait que ce qui définit un droit collectif est sa nature collective (d'une manière générale, seul un groupe peut la revendiquer et en bénéficier), ce qui signifie qu'il ne peut être attribué à chaque être humain, alors qu'une

²² Par. 31 et 36 à 38.

telle attribution caractérise les droits de l'homme. L'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, adoptée en 1992, illustrent les effets de cette approche. Dans les deux cas, les termes utilisés mentionnent les « droits de personnes appartenant à des minorités » et non les droits de minorités en tant que groupes.

Cela étant, ces dernières décennies, la dimension collective de certains droits de l'homme a été plus largement reconnue²³. Ce phénomène a été observé non seulement en ce qui concerne les minorités et les peuples autochtones, mais aussi d'autres groupes, comme des groupes défavorisés ou marginalisés. Lorsqu'ils envisagent de mentionner les droits collectifs, les rédacteurs d'une constitution devraient néanmoins analyser les enjeux au cas par cas. Ils devraient notamment déterminer avec soin si, dans un cas précis, la notion de « droit » est susceptible de soulever des revendications juridiques ou politiques, et employer des termes appropriés. Il est en outre important de ne pas oublier que toute protection des droits des minorités devrait être énoncée de façon à ne pas priver des sous-groupes appartenant à la minorité du droit de faire valoir l'ensemble des droits de l'homme.

²³ L'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007 par ses quatre premiers opposants, à savoir l'Australie, le Canada, la Nouvelle-Zélande et, ultérieurement, les États-Unis, qui avaient tous voté contre la Déclaration lors de la session de l'Assemblée générale en 2007, peut être considérée comme une évolution remarquable à l'appui des droits collectifs.

Article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.

Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques

Article 2

1. Les personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques (ci-après dénommées personnes appartenant à des minorités) ont le droit de jouir de leur propre culture, de professer et de pratiquer leur propre religion et d'utiliser leur propre langue, en privé et en public, librement et sans ingérence ni discrimination quelconque.

2. Les personnes appartenant à des minorités ont le droit de participer pleinement à la vie culturelle, religieuse, sociale, économique et publique.

3. Les personnes appartenant à des minorités ont le droit de prendre une part effective, au niveau national et, le cas échéant, au niveau régional, aux décisions qui concernent la minorité à laquelle elles appartiennent ou les régions dans lesquelles elles vivent, selon des modalités qui ne soient pas incompatibles avec la législation nationale.

Article 3

1. Les personnes appartenant à des minorités peuvent exercer leurs droits, notamment ceux qui sont énoncés dans la présente déclaration, individuellement aussi bien qu'en communauté avec les autres membres de leur groupe, sans aucune discrimination.

Article 1 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international relatif aux droits de l'homme.

D'importantes normes ont également été énoncées en 1989 dans la Convention (n° 169) de l'Organisation internationale du Travail relative aux peuples indigènes et tribaux.

La façon dont une charte des droits établit la protection des minorités et des peuples indigènes dépend de la structure de la société et de l'expérience nationale. Certaines chartes des droits ne se contentent pas de proclamer la protection de l'identité des minorités ou des peuples indigènes, et définissent des droits propres à ces groupes, ainsi que les dispositifs structurels et les procédures nécessaires à la concrétisation de cette protection.

Constitution serbe de 2006

Article 75 (Droits des personnes appartenant à des minorités nationales)

Les personnes appartenant à des minorités nationales doivent bénéficier de droits spécifiques, individuels ou collectifs, outre les droits que la Constitution garantit à tous les citoyens. Les droits individuels sont exercés individuellement et les droits collectifs en commun avec d'autres, conformément à la Constitution, à la législation et aux traités internationaux.

Les personnes appartenant à des minorités participent au processus décisionnel ou décident en toute indépendance de questions liées à leur culture, leur éducation, à l'information et à l'utilisation officielle de leur langue et de leur écriture grâce à leurs droits collectifs, conformément à la loi.

Les personnes appartenant à des minorités peuvent élire leurs conseillers nationaux en vue d'exercer leur droit à l'autonomie dans les domaines de la culture, de l'éducation, de l'information et en ce qui concerne l'utilisation officielle de leur langue et de leur écriture, conformément à la loi.

Article 79 (Droit à la préservation de leurs spécificités)

Les membres de minorités nationales jouissent des droits suivants : expression, préservation, promotion, développement et expression publique de leur spécificité nationale, ethnique, culturelle et religieuse ; utilisation de leurs symboles dans les lieux publics ; utilisation de leur langue et de leur écriture ; déroulement de procédures dans leur langue devant les instances étatiques, les organisations auxquelles des pouvoirs publics ont été délégués, les organes des provinces autonomes et les collectivités locales, dans les régions où ils forment une majorité significative de la population ; éducation dans leur langue dans les institutions publiques et les établissements de provinces autonomes ; financement d'établissements d'enseignement privés ; utilisation de leur prénom et nom de famille dans leur langue ; dénominations locales traditionnelles, nom de rues, villages et noms topographiques également écrits dans leur langue, dans les régions où ils forment une majorité significative de la population ; information complète, objective et en temps opportun dans leur langue, y compris le droit d'exprimer, de recevoir, d'envoyer et d'échanger des informations et des idées, de créer leurs propres médias, conformément à la loi.

La Constitution du Brésil offre un exemple intéressant du traitement de la question des peuples indigènes.

Constitution brésilienne de 1988

Article 231 (Populations et territoires autochtones)

L'organisation sociale, les coutumes, les langues, les croyances et les traditions des Indiens sont reconnues, ainsi que les droits dont ils jouissent sur les terres qu'ils occupent traditionnellement. Il incombe à la République de délimiter leurs terres, de les protéger et de garantir le respect de l'ensemble de leurs propriétés.

Article 232 (Droits des Indiens)

Les Indiens, leurs communautés et organisations ont qualité pour défendre leurs droits et intérêts, le ministère public intervenant dans tous les actes de procédure.

Certaines constitutions, comme celle de l'Afrique du Sud, tiennent compte des droits des communautés qui relèvent du pouvoir d'autorités traditionnelles et qui appliquent un système de droit coutumier.

Chapitre 12 (Chefs traditionnels) de la Constitution sud-africaine de 1996

Article 211 (Reconnaissance)

1) *L'organisation, le statut et le rôle des chefs traditionnels sont reconnus, conformément au droit coutumier et sous réserve des dispositions de la Constitution.*

2) *Une autorité traditionnelle qui applique un système de droit coutumier peut accomplir ses fonctions sous réserve de toute législation ou coutume applicable, y compris la modification ou l'annulation de ladite législation ou coutume.*

3) *Les tribunaux doivent appliquer le droit coutumier lorsqu'il est applicable, sous réserve de la Constitution et de toute législation qui traite précisément du droit coutumier.*

Article 212 (Rôle des chefs traditionnels)

1) *La loi nationale peut définir le rôle des chefs traditionnels en tant qu'institution à l'échelle locale, pour traiter des questions touchant les communautés locales.*

2) *Pour répondre à des questions liées aux chefs traditionnels, à leur rôle, au droit coutumier et aux coutumes de communautés qui appliquent un système de droit coutumier :*

a) *La loi nationale ou provinciale peut prévoir la création de chambres de chefs traditionnels ; et*

b) *La loi nationale peut établir un conseil des chefs traditionnels.*

NOTE

Lorsqu'un État accorde une autonomie territoriale ou culturelle à des minorités ou peuples indigènes, il est essentiel de veiller à ce que les droits de l'homme de chaque membre desdits groupes soient dûment protégés, notamment, si nécessaire, contre des actes autonomes desdits groupes.

2. Les débiteurs d'obligations

Dans les documents internationaux, les gouvernements sont qualifiés de débiteurs d'obligations à l'égard des droits de l'homme, dans la mesure où ils représentent les États dans les relations internationales.

Déclaration et Programme d'action de Vienne, section 1, paragraphe 1

Les droits de l'homme et les libertés fondamentales sont inhérents à tous les êtres humains ; leur promotion et leur protection incombent au premier chef aux gouvernements.

Les chartes des droits qualifient expressément ou implicitement les autorités publiques de débiteurs d'obligations. Toutefois, la responsabilité de la mise en œuvre des droits constitutionnels est morcelée et les constitutions sont souvent plus précises au sujet des obligations propres à chaque organe étatique. Cela étant, toutes les mesures des autorités publiques sont prises au nom de l'État.

On peut en dire autant de la responsabilité de la mise en œuvre des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. Bien que les constitutions ne contiennent généralement aucune disposition spécifique à ce sujet, le rôle de coordination globale est souvent attribué au Ministère des affaires étrangères, au Ministère de la justice ou à tout autre ministère chargé d'un domaine concret important (comme les droits économiques, sociaux et culturels). Toutefois, du point de vue international, le Gouvernement reste le principal acteur chargé de respecter les obligations internationales de l'État en matière de droits de l'homme.

Dans son observation générale n° 31, le Comité des droits de l'homme rend très clairement compte de ce principe :

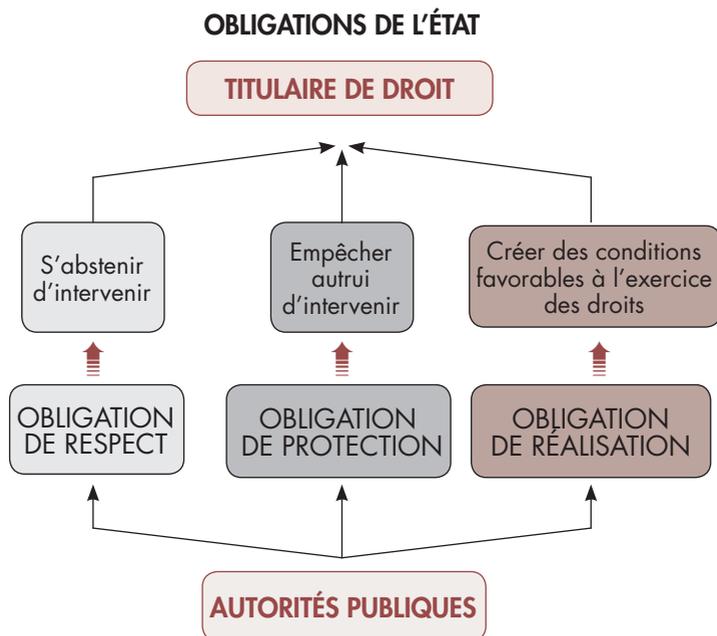
Les obligations découlant du Pacte en général et de l'article 2 en particulier s'imposent à tout État partie considéré dans son ensemble. Toutes les autorités de l'État (pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire), ainsi que les pouvoirs publics et autres instances publiques à quelque échelon que ce soit – national, régional ou local –, sont à même d'engager la responsabilité de l'État partie. Le pouvoir exécutif, qui généralement représente l'État partie à l'échelon international, y compris devant le Comité, ne peut arguer du fait qu'un acte incompatible avec les dispositions du Pacte a été exécuté par une autre autorité de l'État pour tenter d'exonérer l'État partie de la responsabilité de cet acte et de l'incompatibilité qui en résulte²⁴.

Article 14 de la Constitution estonienne de 1992

La garantie des droits et libertés incombe aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, ainsi qu'aux gouvernements locaux.

D'après les interprétations faites par les organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme et par les experts universitaires, un État a trois obligations fondamentales s'agissant de la mise en œuvre des droits de l'homme : le respect, la protection et l'exécution.

²⁴ Par. 4.



Toutes ces obligations devraient être remplies dans le domaine propre à chaque organe étatique, en fonction des besoins. Il est généralement suffisant de définir les compétences pour établir les responsabilités juridiques des divers acteurs publics dans le domaine des droits de l'homme. Les constitutions dépassent cependant souvent cette exigence. Compte tenu de l'importance des droits, certaines constitutions en décrivent la mise en œuvre comme étant l'un des objectifs fondamentaux de l'État.

Article 6 de la Constitution timoraise de 2002

Les objectifs fondamentaux de l'État sont :

...

b) Garantir et promouvoir les libertés et droits fondamentaux des citoyens et respecter les principes de l'État démocratique fondé sur la primauté du droit.

D'autres constitutions qualifient directement la mise en œuvre des droits constitutionnels d'obligation de l'État.

Article 7 (Droits) de la Constitution sud-africaine de 1996

2) L'État doit respecter, protéger, promouvoir les droits contenus dans la Charte des droits et en assurer l'exercice.

Dans un État fédéral, la charte des droits inscrite dans la Constitution de la fédération a force contraignante sur l'ensemble du territoire. Toutefois, certaines constitutions mentionnent la structure de l'État dans le contexte des droits et libertés individuels, et exigent que la législation des entités qui constituent la fédération reste conforme à la Constitution fédérale.

Article 28 (Garantie fédérale relative aux constitutions des Länder, autonomie communale) de la Loi fondamentale allemande de 1949

3) La Fédération garantit la conformité de l'ordre constitutionnel des Länder [entités de la Fédération] avec les droits fondamentaux [droits individuels et libertés fondamentales] et avec les dispositions des alinéas 1) et 2).

Quatorzième amendement à la Constitution des États-Unis d'Amérique de 1787

Section 1. Toute personne née ou naturalisée aux États-Unis, et soumise à leur juridiction, est citoyen des États-Unis et de l'État dans lequel elle réside. Aucun État ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis ; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égalité de protection des lois.

Article 211 de la Constitution brésilienne de 1988

L'Union, les états, le District fédéral et les municipalités coopèrent à l'organisation de leurs systèmes d'éducation.

Paragraphe 1. L'Union organise le système d'éducation fédéral et celui des territoires, finance les établissements d'enseignement public fédéraux et exerce, s'agissant des questions liées à l'éducation, une fonction complémentaire de redistribution, de façon à garantir l'égalité des chances en matière d'éducation et un niveau minimum de qualité de l'éducation, grâce à l'assistance technique et financière des états, du District fédéral et des municipalités.

Paragraphe 2. Les municipalités interviennent en priorité dans l'enseignement primaire et dans l'éducation des enfants.

Paragraphe 3. Les états et le District fédéral interviennent en priorité dans l'enseignement primaire et secondaire.

Paragraphe 4. Afin de faire fonctionner leurs systèmes d'éducation, les états et les municipalités établissent des formes de coopération, de façon à garantir l'universalisation de l'enseignement obligatoire.

Certaines constitutions confient également des responsabilités précises à des organes particuliers. Par exemple, une cour constitutionnelle peut être habilitée à examiner les plaintes alléguant des violations de droits constitutionnels (souvent qualifiées de plaintes constitutionnelles).

Loi fondamentale allemande de 1949

Article 93 (Compétences de la Cour constitutionnelle fédérale)

La Cour constitutionnelle fédérale statue :

...

4a. Sur les recours constitutionnels qui peuvent être formés par quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 20, al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104.

Article 94 (Composition de la Cour constitutionnelle fédérale)

2) Une loi fédérale règle son organisation ainsi que sa procédure et détermine les cas dans lesquels ses décisions ont force de loi. Elle peut imposer l'épuisement préalable des voies de recours juridictionnel comme condition du recours constitutionnel et prévoir une procédure particulière d'admission.

Bien qu'il incombe en premier lieu aux autorités publiques de mettre en œuvre les droits constitutionnels, non seulement les organes étatiques, mais aussi les individus, les groupes et les personnes morales sont tenus de les respecter. La portée et le contenu des obligations qui en découlent dépendent de la situation de l'acteur concerné.

Article 8 (Mise en œuvre) de la Constitution sud-africaine de 1996

2) Une disposition de la Charte des droits lie une personne physique ou morale si, et dans la mesure où, elle est applicable, compte tenu de la nature du droit et de toute obligation qui en découle.

Certaines constitutions imposent aux acteurs non étatiques qui dispensent des services sociaux, comme les établissements d'enseignement privés, des obligations spécifiques semblables à celles des établissements publics.

Article 29 (Éducation) de la Constitution sud-africaine de 1996

3) Toute personne a le droit de créer et de maintenir, à ses frais, des établissements d'enseignement indépendants qui :

- a) N'opèrent aucune discrimination fondée sur la race ;
- b) Sont enregistrés auprès de l'État ; et
- c) Maintiennent une qualité qui ne peut en aucun cas être inférieure à celle des établissements d'enseignement publics.

La mise en œuvre d'un droit peut également imposer un certain comportement aux acteurs non étatiques. C'est le cas, par exemple, des obligations légales imposées aux employeurs en ce qui concerne les droits des syndicats et le droit de grève.

Constitution angolaise de 2010**Article 50 (La liberté syndicale)**

1. Les travailleurs ont la liberté de créer des associations syndicales pour la défense de leurs droits et de leurs intérêts individuels et collectifs.
2. Il est reconnu aux syndicats la capacité de défendre les droits et les intérêts des travailleurs et d'exercer le droit de concertation sociale, en tenant dûment compte des droits fondamentaux de la personne humaine et des communautés, et des capacités réelles de l'économie, dans les conditions prévues par la loi.
3. La loi régleme la création, l'affiliation, la fédération, l'organisation et la dissolution des syndicats et leur assure l'autonomie et l'indépendance par rapport aux employeurs et à l'État.

Article 51 (Droit de grève et interdiction du lock-out)

1. Les travailleurs ont le droit de grève.
2. Le lock-out est interdit, l'employeur ne pouvant pas provoquer la paralysie totale ou partielle de l'entreprise, ni interdire l'accès des travailleurs à leurs postes de travail ou situations similaires, comme moyen d'influencer la solution de conflits de travail.
3. La loi régleme l'exercice du droit de grève et détermine ses limitations dans les services considérés essentiels et indispensables pour satisfaire aux besoins sociaux pressants.

Certaines constitutions mentionnent aussi expressément l'obligation qu'ont des groupes d'individus spécifiques de respecter les droits d'autrui. À titre d'exemple, la Constitution colombienne étend le droit au recours en protection.

Article 86, paragraphe 4 de la Constitution colombienne de 1991

La loi détermine les cas dans lesquels le recours en protection peut être déposé à l'encontre de particuliers chargés de dispenser un service public, dont le comportement est susceptible de porter gravement et directement atteinte à l'intérêt collectif ou à l'égard desquels le demandeur peut se trouver en position vulnérable ou de subordination.

NOTE

Il peut être nécessaire, pour protéger effectivement les droits constitutionnels, de faire en sorte que les débiteurs des obligations découlant de certains droits soient facilement identifiables.

3. Les principes fondamentaux

Les chartes contemporaines des droits énoncent souvent expressément les principes sur lesquels l'ensemble des droits est fondé. Ces principes s'appuient généralement sur des dispositions analogues inscrites dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans les deux pactes internationaux, parmi lesquelles figurent les principes de dignité humaine, de liberté et d'égalité. Toutefois, les chartes des droits peuvent énoncer des principes issus d'autres traités fondamentaux relatifs aux droits de l'homme, comme l'intérêt supérieur de l'enfant consacré par la Convention relative aux droits de l'enfant. L'ensemble des principes énoncés dans une constitution peut varier d'un pays à l'autre, en fonction de ses traditions culturelles et juridiques.

Dignité humaine

De nombreuses chartes des droits désignent la dignité humaine comme une valeur fondamentale que les droits constitutionnels doivent protéger, la dignité de chaque être humain étant une fin en soi.

Article 30 de la Constitution polonaise de 1997

La dignité inhérente et inaliénable de la personne constitue la source des libertés et des droits de l'homme et du citoyen. Elle est inviolable. Les autorités publiques sont tenues de la respecter et de la protéger.

Les textes constitutionnels se gardent de préciser davantage le contenu de la dignité humaine, bien que le principe soit parfois remis en contexte, en ce qui concerne par exemple les personnes privées de liberté. Même si une disposition constitutionnelle qui plaide en faveur du respect de la dignité inhérente à toute personne est évasive, son inscription dans la charte des droits peut assurer une protection importante dans la pratique.

Pour résumer, la dignité humaine est perçue comme :

- Une prémisses fondamentale de l'inaliénabilité des droits de l'homme du fait de leur caractère inhérent à chaque individu ;
- Une valeur essentielle de la charte des droits qui devrait être prise en compte lors de la mise en œuvre des droits constitutionnels ;
- Un principe qui peut permettre d'interpréter des droits spécifiques en cas de vide juridique.

NOTE

En tant que caractéristique essentielle de chaque individu, la dignité humaine constitue le fondement de l'universalité des droits de l'homme et, partant, est une source de la perception des droits constitutionnels comme appartenant à chaque personne relevant de la juridiction de l'État.

Liberté

Les chartes des droits donnent effet au principe de liberté essentiellement en énonçant des libertés « spécifiques », comme la liberté d'opinion et d'expression, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté de réunion ou la liberté d'association. De plus, un certain nombre de constitutions définissent le principe général de liberté.

Article 31 de la Constitution polonaise de 1997

- 1) *La liberté de chacun bénéficie d'une protection légale.*
- 2) *Chacun doit respecter les libertés et les droits d'autrui. Nul ne peut être contraint à un acte qui n'est pas prescrit par la loi.*

Il ne fait aucun doute que la liberté est une des valeurs fondamentales des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme et des chartes des droits dans les pays démocratiques. Sur le fond, aucune charte des droits ne pourrait être considérée comme conforme aux normes internationales sans être fondée sur ce principe. Il serait certes difficile de justifier le point de vue selon lequel le principe de liberté doit être expressément énoncé dans la Constitution parallèlement à une liste de libertés spécifiques, mais il présente certains avantages, dont trois particulièrement importants : a) le principe de liberté indique clairement que chaque personne est libre eu égard à la Constitution et que toute disposition légale entravant la liberté est une exception à la règle qui doit être justifiée à la lumière de la Constitution ; b) d'une manière générale, le principe de liberté exclut les systèmes réglementaires qui imposent à un titulaire de droits d'obtenir une concession ou une autorisation préalable pour jouir de sa liberté dans le cadre d'une action ou inaction, sauf si ladite concession ou autorisation est indispensable pour garantir une société démocratique (voir chap. II, sect. B 6 pour des observations sur les restrictions aux droits constitutionnels) ; et c) enfin, le principe de liberté peut être un argument important pour un individu qui revendique la liberté d'action dans un domaine qui n'est pas expressément visé par la loi.

Égalité et non-discrimination

Les principes d'égalité et de non-discrimination ont toujours été des éléments essentiels du droit international des droits de l'homme et trouvent leur expression dans tous les traités fondamentaux relatifs aux droits de l'homme. Ils sont en outre parallèlement énoncés, sous une forme ou une autre, dans la plupart des constitutions nationales.

Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948

Article 1

Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits.

Article 2

Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. De plus, il ne sera faite aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Article 2

1. Les États parties au présent pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

Article 3

Les États parties au présent pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent pacte.

Article 26

Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

Compte tenu de ces dispositions, le principe d'égalité comprend les éléments suivants :

- La reconnaissance de l'égalité de tous devant la loi. Il s'agit de l'obligation pour tous les organes internationaux et nationaux, qu'ils soient chargés d'édicter des lois ou de les faire appliquer par l'intermédiaire de tribunaux et de l'administration publique, de reconnaître l'égalité de tous et de placer chacun sur un pied d'égalité dans tous les domaines du droit ;
- Le droit de toutes les personnes de jouir des mêmes droits, tels que proclamés par divers instruments juridiques sans distinction fondée sur l'un quelconque des motifs interdits ;
- Le droit à l'égalité de traitement – la loi doit s'appliquer à tous uniformément ;
- Le droit à l'égalité de protection de la loi – toutes les personnes doivent avoir le même accès aux organes et procédures établis afin d'administrer la justice ou de protéger les droits et les intérêts du peuple, et la même qualité pour agir.

L'interdiction de toute discrimination est un des aspects fondamentaux du principe d'égalité. Ainsi, les instruments internationaux et, en règle générale, les constitutions énoncent l'interdiction de toute discrimination comme un principe à part entière. Le droit international des droits de l'homme est clair et sans équivoque quant aux normes à respecter. Le terme « discrimination » désigne toute distinction, exclusion, restriction ou préférence qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice des droits, dans des conditions d'égalité.

Article 1 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

L'expression « discrimination raciale » vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique.

Les éléments fondamentaux de la méthode de définition utilisée dans la disposition citée ont été appliqués dans un certain nombre de traités relatifs aux droits de l'homme adoptés ultérieurement²⁵. Les deux Comités agissant dans le cadre de leur pacte respectif ont adopté une démarche comparable. Dans son observation générale n° 18 sur la non-discrimination, le Comité des droits de l'homme explique que le terme « discrimination », tel qu'il est utilisé dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, doit « être compris comme s'entendant de toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales »²⁶. Si, dans la plupart des cas, la nécessité d'introduire des dispositions relatives à l'égalité et à la non-discrimination dans une constitution nationale ne sera pas contestée, la nature et la formulation précises de ces dispositions exigent une attention particulière. Le principe d'égalité est un des fondements des constitutions contemporaines. Elles le proclament expressément dans les chapitres consacrés aux principes généraux de l'État ou dans la charte des droits.

Les Nations Unies devraient tenir compte des droits que le droit international octroie aux groupes susceptibles de faire l'objet de marginalisation et de discrimination dans leur pays, notamment les femmes, les enfants, les minorités, les peuples indigènes, les réfugiés, les apatrides et les personnes déplacées. Par exemple, le principe d'égalité entre les hommes et les femmes doit être consacré par les constitutions et les États devraient être encouragés à prévoir des dispositions spéciales reconnaissant aux enfants la qualité de sujet de droits de l'homme.

Note d'orientation du Secrétaire général sur l'assistance des Nations Unies à l'élaboration de constitutions (avril 2009), p. 4.

²⁵ Voir, par exemple, l'article 1 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (voir l'encadré dans la présente publication).

²⁶ Par. 7. Voir également l'observation générale n° 20 (2009) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur la non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels.

Article 14 de la Constitution géorgienne de 1995

Toutes les personnes naissent libres et sont égales devant la loi, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, la langue, le sexe, la religion, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance nationale, ethnique ou sociale, l'origine, la fortune, le statut ou le lieu de résidence.

Article 27 (Égalité et interdiction de la discrimination) de la Constitution kényane de 2010

1) Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi.

2) L'égalité comprend la jouissance pleine et égale de l'ensemble des droits et libertés fondamentales.

Selon le principe de non-discrimination, pour que les États soient à même de garantir une protection suffisante, la discrimination doit être interdite tant sur le plan formel que dans les faits. L'élimination de la discrimination formelle consiste à faire en sorte que la Constitution d'un État n'entraîne pas de discrimination fondée sur des motifs interdits. Par exemple, les constitutions ne doivent pas octroyer aux femmes des droits moins importants que ceux accordés aux hommes. L'élimination de la discrimination dans les faits suppose l'interdiction de la discrimination dans la pratique. Les États doivent s'engager à adopter les mesures nécessaires pour éliminer les stéréotypes, les situations et les comportements qui génèrent ou perpétuent les conditions discriminatoires dans la vie des gens.

Certaines constitutions définissent également la discrimination.

Article 16 (Protection contre la discrimination) de la Constitution mauricienne de 1968

3) Aux fins du présent article, le mot « discriminatoire » s'entend de toute différence dans le traitement accordé à des personnes différentes en raison uniquement ou essentiellement de leur race, de leur caste, de leur lieu d'origine, de leurs opinions politiques, de leur couleur, de leur croyance ou de leur sexe, en sorte que les personnes se trouvant dans une de ces conditions font l'objet de limitations ou de restrictions auxquelles d'autres personnes ne sont pas soumises, ou bénéficient de privilèges ou d'avantages qui ne sont pas accordés à d'autres personnes.

D'autres constitutions se contentent d'interdire la discrimination.

Article 16 (Universalité et égalité) de la Constitution timoraise de 2002

2. Nul ne peut faire l'objet de discrimination pour un motif de couleur, de race, de situation matrimoniale, de sexe, d'origine ethnique, de langue, de situation sociale ou économique, de convictions politiques ou idéologiques, de religion, d'éducation et d'état physique ou mental.

Article 27 (Égalité et interdiction de la discrimination) de la Constitution kényane de 2010

4) L'État ne doit exercer aucune discrimination, directe ou indirecte, fondée notamment sur la race, le sexe, la grossesse, la situation matrimoniale, la santé, l'origine ethnique ou sociale, la couleur, l'âge, le handicap, la religion, la conscience, la croyance, la culture, l'habillement, la langue ou la naissance.

5) Nul ne peut exercer de discrimination directe ou indirecte à l'égard d'autrui pour l'un quelconque des motifs énoncés ou prévus au paragraphe 4.

Parallèlement aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, les dispositions constitutionnelles énumèrent généralement les « motifs interdits de discrimination ». Une critique plutôt rare formulée à l'encontre de cette approche mentionne le risque qu'une liste de motifs interdits donne lieu à des interprétations selon lesquelles la discrimination fondée sur des motifs autres est acceptable. Partant de ce postulat, certaines constitutions ne précisent pas les motifs pour lesquels la discrimination est interdite.

Article 32 de la Constitution polonaise de 1997

2) Nul ne peut faire l'objet de discrimination dans la vie politique, sociale ou économique, quels qu'en soient les motifs.

Les partisans d'une liste des motifs interdits de discrimination mettent essentiellement deux arguments en avant. Premièrement, une liste permet d'éliminer toute discrimination fondée sur des motifs spécifiques observés dans la pratique juridique ou sociale. Elle répond ainsi directement aux besoins existants. Deuxièmement, la liste devrait toujours être interprétée comme étant fournie à titre indicatif uniquement et donc non exhaustive, que les dispositions pertinentes l'indiquent expressément ou non. Dans les deux pactes, l'article 2 résout le problème en ajoutant les termes « ou [de] toute autre situation ». Certaines constitutions suivent cet exemple et

d'autres non. Toutefois, dans les deux cas, l'interprétation acceptable du point de vue du principe d'égalité est la même. Cela étant, la meilleure façon de garantir une protection constitutionnelle complète est de fournir une liste de motifs interdits et d'inclure les termes « ou toute autre situation ».

Il est important de souligner que si un pays souhaite avoir une véritable incidence sur les situations d'inégalité, sa constitution devrait matérialiser l'esprit même de la définition de la « non-discrimination » sous l'angle des droits de l'homme. Ainsi, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a constamment recommandé aux États parties d'inscrire dans leur constitution la définition donnée dans la Convention.

Article I de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes

Aux fins de la présente Convention, l'expression « discrimination à l'égard des femmes » vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine.

Dans la plupart des cas, les constitutions contemporaines non seulement énoncent le droit à l'égalité et la non-discrimination en termes généraux, mais précisent également les différents éléments de ces principes, à la faveur de dispositions relatives à des dimensions particulières de l'égalité (par exemple, l'égalité entre hommes et femmes) ou dans le cadre de diverses questions constitutionnelles (par exemple, en ce qui concerne l'égalité de traitement en lien avec l'administration de la justice, les relations professionnelles ou l'appartenance ethnique)²⁷.

²⁷ En ce qui concerne ce deuxième point, voir chap. II, sect. C 1 de la présente publication.

Article 19 de la Constitution de la Fédération de Russie de 1993

3. Les hommes et les femmes jouissent des mêmes droits et libertés et ont les mêmes chances de les exercer.

Article 48 de la Constitution chinoise de 1982

1. En République populaire de Chine, les femmes jouissent des mêmes droits que les hommes dans tous les domaines de la vie, y compris les domaines politique, économique, culturel, social et familial.

2. L'État protège les droits et les intérêts des femmes, applique le principe selon lequel les hommes et les femmes reçoivent un salaire égal pour un travail égal, et forme et sélectionne des cadres parmi les femmes.

Dans certains cas, les dispositions constitutionnelles visent à éliminer les coutumes et pratiques discriminatoires à l'égard des femmes.

Article 24 de la Constitution malawienne, telle qu'amendée en 2010

- Toute loi discriminatoire à l'égard des femmes en raison de leur sexe ou de leur situation matrimoniale est frappée de nullité et une législation doit être adoptée pour éliminer les coutumes et pratiques discriminatoires à l'égard des femmes, notamment les pratiques telles que :
 - a) Les agressions sexuelles, le harcèlement et la violence ;
 - b) La discrimination au travail, dans les entreprises et dans les affaires publiques ; et
 - c) La privation de biens, y compris s'ils proviennent d'un héritage.

De nombreuses constitutions sont également fondées sur l'interprétation contemporaine la plus commune du principe d'égalité, selon laquelle l'État doit prendre les mesures qui permettront à chacun d'exercer ses droits. Les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme soulignent que les États sont tenus d'adopter des lois et des politiques qui corrigent les inégalités observées dans l'exercice des droits de l'homme. Pour atteindre une véritable égalité, les États accordent souvent un avantage temporaire à des groupes historiquement défavorisés ou qui, à défaut d'un tel soutien, subiraient les conséquences des inégalités factuelles. Cela permet d'éliminer les situations qui perpétuent l'absence d'égalité dans l'exercice des droits de l'homme par ces groupes, et d'accélérer

l'instauration de l'égalité. Ces dispositions sont souvent qualifiées de « mesures spéciales temporaires » ou de « mesures positives ».

Article 1 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

4. Les mesures spéciales prises à seule fin d'assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ou d'individus ayant besoin de la protection qui peut être nécessaire pour leur garantir la jouissance et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans des conditions d'égalité ne sont pas considérées comme des mesures de discrimination raciale, à condition toutefois qu'elles n'aient pas pour effet le maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents et qu'elles ne soient pas maintenues en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient.

Les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme apportent également des précisions utiles à cet égard, en particulier le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (recommandation générale n° 32), le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (observation générale n° 20) et le Comité des droits de l'homme (observation générale n° 18). Aux termes de la recommandation générale n° 32 du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, « la notion de mesures spéciales est fondée sur le principe selon lequel les lois, politiques et pratiques adoptées et mises en œuvre par les États pour s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu de la Convention doivent s'accompagner, si les circonstances le justifient, de l'adoption de mesures spéciales temporaires visant à garantir aux groupes défavorisés, dans des conditions d'égalité, la pleine jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

Article 27 (Égalité et interdiction de la discrimination) de la Constitution kényane de 2010

6) Pour permettre le plein exercice des droits garantis dans le présent article, l'État prend des mesures législatives ou autres, y compris des programmes et des politiques d'action positive visant à réparer tout préjudice subi par des individus ou des groupes en raison d'une discrimination passée.

Certains États peuvent prévoir des quotas dans leur constitution pour atteindre l'objectif d'égalité dans la pratique.

Article 10 de la Constitution rwandaise de 2003, telle que révisée en 2015

L'État du Rwanda s'engage à se conformer aux principes fondamentaux suivants et à les faire respecter :

4. Édification d'un État de droit et du régime démocratique pluraliste, égalité de tous les Rwandais et égalité entre hommes et femmes reflétée par l'attribution aux femmes d'au moins 30 % des postes dans les instances de prise de décisions.

Certains États préfèrent promouvoir des objectifs formulés en termes généraux.

Article 100 (Encourager la représentation des groupes marginalisés) de la Constitution kényane de 2010

Le Parlement promulgue la législation nécessaire pour favoriser la représentation parlementaire des ... personnes handicapées.

NOTE

Dans la pratique, même si la formulation des principes d'égalité et de non-discrimination devrait être déterminée en fonction de l'expérience et des traditions juridiques de la société concernée, la liste des motifs interdits énumérés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme peut servir de référence.

4. Catégories de droits et libertés

L'expérience acquise dans le cadre de la rédaction des chartes contemporaines des droits a montré que l'étendue de la protection des droits de l'homme est fortement influencée par les considérations suivantes :

- La conformité aux normes internationales en matière de droits de l'homme et autres obligations juridiques importantes de l'État concerné ;
- L'expérience récente de la société – de nombreuses chartes contemporaines ont été rédigées dans le cadre de processus historiques, notamment la transition vers la démocratie,

la résolution d'un conflit, la reconstruction au lendemain d'un conflit ou l'émergence de nouveaux États ;

- Les traditions juridiques, politiques et culturelles d'un pays.

La Déclaration universelle des droits de l'homme et les traités internationaux fondamentaux relatifs aux droits de l'homme jouent souvent un rôle essentiel pour orienter les législateurs nationaux. Toutefois, l'assemblée constituante n'adhère pas toujours à la liste des droits énoncés dans les traités auxquels l'État est partie, certains de ces droits n'étant pas forcément applicables dans le pays concerné pour des raisons historiques, comme, par exemple, l'interdiction de l'esclavage, de la servitude ou de l'emprisonnement d'une personne pour la seule raison qu'elle n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle.

Des chartes des droits adoptées récemment font apparaître de nombreux éléments communs et mettent en évidence bon nombre des droits de l'homme énoncés dans des instruments internationaux. Cela étant, c'est à l'État qu'il incombe en dernier ressort de déterminer la manière dont sa constitution énonce et protège les droits de l'homme universellement reconnus.

Les rédacteurs chargés des réformes constitutionnelles peuvent largement bénéficier de la richesse des connaissances spécialisées contenues dans les observations générales adoptées par les organes créés en vertu des traités fondamentaux relatifs aux droits de l'homme. La grande majorité des observations générales interprètent les droits et principes énoncés dans les traités concernés et résument les données recueillies par les comités lors de l'examen des rapports périodiques présentés par les États parties. En règle générale, les comités examinent en détail, entre autres, le contenu normatif des droits et libertés, les obligations de l'État partie, les moyens de mise en œuvre, les violations, les recours et les responsabilités²⁸.

²⁸ S'agissant du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, les observations générales n^{os} 3 à 7 et 9 à 21 peuvent être particulièrement utiles pour rédiger une charte des droits. Les rédacteurs chargés de la partie de la charte des droits relative aux droits civils et politiques peuvent s'inspirer, en particulier, des observations générales du Comité des droits de l'homme n^{os} 5 à 9, 11, 14, 16, 19, 20 à 22, 27, 29 et 31 à 33.

Droits et libertés civils

Cette catégorie comprend les droits qui protègent la vie, la liberté, la vie privée, la sécurité physique et l'intégrité des personnes, ainsi que les droits ouvrant l'accès à des protections procédurales. Même s'il n'indique pas tous les droits proclamés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques en comprend la plus grande partie.

Droits énoncés dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

- Interdiction de toute discrimination dans l'exercice des droits civils et politiques
- Droit égal des hommes et des femmes de jouir des droits civils et politiques
- Droit à un recours utile
- Droit à la vie
- Interdiction de la torture et des peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants
- Interdiction de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique
- Interdiction de l'esclavage et de la servitude
- Interdiction du travail forcé ou obligatoire
- Droit de tout individu à la liberté et à la sécurité de sa personne
- Droit de toute personne privée de sa liberté d'être traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine
- Interdiction d'emprisonner une personne pour la seule raison qu'elle n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle
- Liberté de circuler, de quitter son pays et d'y revenir
- Droit d'un étranger d'être protégé contre les expulsions arbitraires
- Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice
- Droit à une procédure régulière et à un procès équitable
- Droits d'une personne accusée d'une infraction pénale
- Droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique

- Droit à la vie privée et à la protection contre les immixtions dans sa famille ou sa correspondance et contre les atteintes illégales à son honneur et à sa réputation
- Liberté de pensée, de conscience et de religion
- Liberté d'expression et le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions
- Liberté de réunion
- Liberté d'association
- Droit de se marier et de fonder une famille
- Égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution
- Droit de tout enfant à une protection suffisante

Le droit à la propriété, le droit d'asile et le droit à une nationalité sont également consacrés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. Toutefois, leur incorporation dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques est apparue impossible lors des négociations, et ce, en raison d'opinions extrêmement divergentes sur leur contenu et leur fonction. Cela étant, compte tenu de la récente évolution du droit international et du droit constitutionnel, les personnes chargées des réformes constitutionnelles devraient envisager l'intégration de ces droits. De plus, certains droits, comme le droit à la protection de la propriété intellectuelle, peuvent être énoncés dans des traités internationaux autres que ceux relatifs aux droits de l'homme et les rédacteurs de constitutions pourraient envisager de les inclure également.

Compte tenu des droits consacrés dans le Pacte international, les droits civils sont généralement formulés comme :

- Une liberté précise protégée par la loi, parfois assortie de motifs pouvant justifier des restrictions à son exercice, comme la liberté de circulation (art. 12) ;
- La protection d'une certaine valeur, comme le droit à la vie (art. 6) et le droit à la vie privée (art. 17) ;
- L'interdiction d'une certaine atteinte à la dignité d'une personne ou entrave à sa liberté, comme l'interdiction de la torture (art. 7) et l'interdiction de l'esclavage (art. 8).

Les rédacteurs du Pacte international et de nombreuses chartes des droits se sont souciés de rendre les droits civils directement applicables (voir chap. II, sect. B 5 de la présente publication).

Article 4 (Liberté de croyance, de conscience et de profession de foi) de la Loi fondamentale allemande de 1949

- 1) La liberté de croyance et de conscience et la liberté de professer des croyances religieuses et philosophiques sont inviolables.
- 2) Le libre exercice du culte est garanti.
- 3) Nul ne doit être astreint contre sa conscience au service armé en temps de guerre. Les modalités sont définies par une loi fédérale.

Treizième amendement à la Constitution des États-Unis d'Amérique de 1787

Section 1. Ni esclavage ni servitude involontaire, si ce n'est pour sanctionner un crime dont le coupable aura été dûment condamné, n'existeront aux États-Unis, ni dans aucun des lieux soumis à leur juridiction.

Article 18 de la Constitution ghanéenne de 1992

2) Nul ne sera l'objet d'immixtions dans la vie privée de son domicile, ses biens, sa correspondance ou sa communication, si ce n'est en vertu de la loi et si la sécurité du public, le bien-être économique du pays ou la protection des droits et libertés d'autrui l'exigent dans une société libre et démocratique.

Article 23 (Droit à la protection judiciaire) de la Constitution slovène de 1991

Chacun a droit à ce que le tribunal mis en place par la loi, se prononce sans retard excessif et de manière indépendante et impartiale sur ses droits, ses obligations et toute charge portée à son encontre.

Seul un juge dûment nommé conformément aux règles précédemment établies par la loi et par le règlement judiciaire peut juger une personne.

Plusieurs droits civils sont reconnus comme absolus, en ce sens que nul ne peut y déroger, même pendant un état d'urgence (voir chap. II, sect. C 6 de la présente publication).

Droits et libertés politiques

La distinction entre les droits civils et les droits politiques peut être approximative, dans la mesure où plusieurs droits présentent les deux

dimensions. Par exemple, la liberté d'association ou la liberté de réunion sont généralement considérées comme des droits politiques, mais elles peuvent également être utilisées à des fins non politiques, comme pour organiser un groupe social ou pratiquer un loisir avec des tiers. De même, la liberté d'expression et le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions sont souvent considérés comme des droits politiques, mais ils peuvent également être utilisés dans d'autres contextes, comme des activités culturelles ou sportives. Toutefois, tout en prenant cet aspect en considération, la présente section examine les droits portant avant tout sur la liberté de participer à la conduite des affaires publiques.

En tant que droits exclusivement liés à la sphère politique (droits politiques au sens strict), le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays et le droit d'accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays, sont consacrés dans l'article 21 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. À ce sujet, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques est plus précis.

Article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables :

- a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ;*
- b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs ;*
- c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.*

Il n'est pas étonnant que le Pacte n'autorise aucune restriction au droit de participer aux affaires publiques pour des motifs applicables dans le cas d'autres libertés, comme les restrictions à la liberté d'expression, au droit de réunion pacifique ou au droit à la liberté d'association, dans la mesure où de telles restrictions sont susceptibles de remettre en question le principe du pouvoir souverain du peuple. Des restrictions susceptibles d'exclure certains segments de la société du processus politique seraient particulièrement inacceptables (voir chap. II, sect. C 5 de la présente publication).

Les droits mentionnés à l'article 25 du Pacte sont essentiellement réservés aux citoyens, même si les États peuvent également les accorder à des non-nationaux. Cela se produit de plus en plus à l'échelle locale en ce qui concerne les immigrés qui vivent dans un pays pendant un certain temps. D'autres droits liés à la vie politique sont considérés comme accessibles à tous, indépendamment de la citoyenneté (voir chap. II, sect. C 1 de la présente publication). À ce sujet, le Comité des droits de l'homme a mentionné à plusieurs reprises la liberté d'association, la liberté de réunion et la liberté d'expression, y compris la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

Aujourd'hui, les constitutions établissent plus souvent des libertés spécifiquement liées aux partis politiques. Compte tenu de leur rôle dans la vie politique d'un État, la liberté d'en créer, d'y adhérer et de les quitter, ainsi que leur droit d'agir librement, devraient être garantis par la Constitution du pays. En règle générale, les constitutions n'autorisent pas les partis politiques à mener des activités incompatibles avec l'ordre démocratique.

Article 13 de la Constitution burkinabé de 1991

Les partis et formations politiques se créent librement.

Ils concourent à l'animation de la vie politique, à l'information et à l'éducation du peuple ainsi qu'à l'expression du suffrage.

Ils mènent librement leurs activités dans le respect des lois.

Tous les partis ou formations politiques sont égaux en droits et en devoirs.

Toutefois, ne sont pas autorisés les partis ou formations politiques tribalistes, régionalistes, confessionnels ou racistes.

Article 48 (Droit d'association) de la Constitution estonienne de 1992

1. Toute personne a le droit de former des ligues et des associations à but non lucratif. Seuls les Estoniens peuvent être membres de partis politiques.

...

3. Les associations, les ligues et partis politiques dont les objectifs ou les activités tendent au changement violent du système constitutionnel estonien ou qui violent une loi pénale sont interdits.

4. Seul un tribunal, dans les cas où une loi a été violée, peut prononcer l'arrêt ou la suspension des activités d'une association, d'une ligue ou d'un parti politique, et lui imposer des sanctions pénales.

Les droits politiques énoncés dans les instruments internationaux constituent généralement le noyau de cette catégorie de droits consacrés dans les chartes des droits. Toutefois, ces dernières dépassent souvent le modèle international, qui devrait être interprété comme une liste minimale de droits, représentant un dénominateur commun dans un monde politiquement diversifié. Certaines constitutions tentent de remédier aux problèmes qui se trouvent à l'origine de conflits politiques entre différents groupes sociaux ou ethniques. Par exemple, le concept de partage des pouvoirs dans un cadre démocratique est parfois expliqué en détail, et assorti de mesures conçues pour garantir une véritable participation des différents groupes aux affaires publiques en vue d'assurer la stabilité. Ces droits supplémentaires qui garantissent la représentation de groupes particuliers ont une dimension politique qui va au-delà des droits politiques énoncés dans le Pacte.

NOTE

Les diverses formes politiques et expériences historiques des États contemporains ont incité de nombreuses assemblées constituantes à établir une structure des droits politiques propre au pays. Il est néanmoins indispensable de reconnaître et de mettre en œuvre les normes internationales relatives aux droits de l'homme applicables en la matière.

Droits et libertés économiques, sociaux et culturels

Le débat international sur la nature et le statut des droits économiques, sociaux et culturels a connu un tournant à la Conférence mondiale sur les droits de l'homme de 1993, lorsque le principe d'une même valeur pour toutes les catégories de droits – civils, culturels, économiques, politiques et sociaux – a été réitéré avec le soutien de tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies²⁹.

Le catalogue des droits consacrés dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dépasse la portée de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

²⁹ Voir également Yash Ghai et Jill Cottrell, *The Millennium Declaration, Rights, and Constitutions* (New Delhi, Oxford University Press, 2011).

Droits énoncés dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

- Interdiction de toute discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, par. 2)
- Droit égal de l'homme et de la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels (art. 3)
- Droit au travail (art. 6)
- Droit de toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables (art. 7)
- Droit de toute personne de former des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix (art. 8, par. 1 a))
- Droit des syndicats d'exercer librement leur activité (art. 8, par. 1 c))
- Droit de grève (art. 8, par. 1 d))
- Droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales (art. 9)
- Obligation de l'État d'accorder protection et assistance à la famille (art. 10, par. 1)
- Droit des futurs époux de consentir librement au mariage (art. 10, par. 1)
- Obligation de l'État d'accorder une protection spéciale aux mères pendant une période de temps raisonnable avant et après la naissance des enfants (art. 10, par. 2)
- Obligation de l'État de prendre des mesures spéciales de protection et d'assistance en faveur de tous les enfants et adolescents (art. 10, par. 3)
- Droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants (art. 11, par. 1)
- Droit de toute personne d'être à l'abri de la faim (art. 11, par. 2)
- Droit à la santé (art. 12)
- Droit à l'éducation (art. 13)
- Droit de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a))
- Droit de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications (art. 15, par. 1 b))
- Droit de toute personne de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont elle est l'auteur (art. 15, par. 1 c)).

Il convient de noter qu'en complément de la liste ci-dessus, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a interprété l'article 11 sur le droit à un niveau de vie suffisant et l'article 12 sur le droit à la santé comme octroyant un droit à l'eau.

Malgré les engagements pris en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, on observe dans certains pays une réticence constante à incorporer cette catégorie de droits dans le droit constitutionnel. Des droits spécifiques figurent dans la législation. Dans d'autres pays, les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas énoncés dans la Constitution, mais la situation sociale de la population est abordée indirectement dans la Constitution qui définit les responsabilités correspondantes de l'État. Par principe, la position des individus est ainsi affaiblie, dans la mesure où en application de ce type de norme, ils ne sont en apparence que les bénéficiaires d'avantages sociaux offerts par l'État et non les titulaires de droits exigibles.

Les différences observées dans les systèmes juridiques et les diverses conceptions doctrinales favorisent cette mosaïque d'approches constitutionnelles. Toutefois, la solution la plus communément choisie par les rédacteurs de bon nombre de constitutions récentes est d'élaborer une charte des droits qui englobe toutes les catégories de droits.

La rédaction de la charte des droits consacrée aux droits économiques, sociaux et culturels suppose la prise en considération d'éléments supplémentaires par rapport à la rédaction des articles consacrés aux droits civils et politiques³⁰. Les droits qui offrent des avantages sociaux ou culturels étant largement dépendants des capacités de l'État, les assemblées constituantes sont particulièrement prudentes lors de l'élaboration des normes qui s'y rapportent. Il convient de trouver la formulation qui permettra de répondre à des questions économiques, sociales et culturelles précises sans faire de promesses irréalisables et donc fallacieuses (voir chap. II, sect. B 5 de la présente publication).

³⁰ Voir HCDH, fiche d'information n° 33 : Questions fréquemment posées concernant les droits économiques, sociaux et culturels (New York et Genève, 2008) ; et HCDH, fiche d'information n° 16 (Rev.1) : Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (New York et Genève, 1996).

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ainsi que diverses chartes constitutionnelles des droits opèrent une distinction entre la formulation de droits et la formulation d'obligations, comme le montrent les exemples ci-dessous.

Un droit ou une liberté qui est d'application directe et dont la mise en œuvre a un effet immédiat :

Article 8 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

1. Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer :

a) Le droit qu'a toute personne de former avec d'autres des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix, sous la seule réserve des règles fixées par l'organisation intéressée, en vue de favoriser et de protéger ses intérêts économiques et sociaux. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui.

Article 27 de la Constitution bahreïnienne de 1973

La liberté de former des associations ou des syndicats au niveau national, à des fins licites et par des moyens pacifiques est garantie conformément aux conditions et procédures établies par la loi. Nul ne peut être contraint d'adhérer à une association ou à un syndicat ni d'en rester membre.

Le droit à une prestation sociale :

Article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

1. Les États parties au présent pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre.

2. Les mesures que les États parties au présent pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre les mesures nécessaires pour assurer :

- a) La diminution de la mortalité et de la mortalité infantile, ainsi que le développement sain de l'enfant ;
- b) L'amélioration de tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène industrielle ;
- c) La prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres, ainsi que la lutte contre ces maladies ;
- d) La création de conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie.

Article 41 (Droit à la protection de la santé) de la Constitution azerbaïdjanaise de 1995

1. Chacun a droit à la protection de sa santé et à des soins médicaux. Compte tenu de ses diverses formes de propriété, l'État prend les mesures nécessaires pour favoriser le développement des services sanitaires dans tous leurs aspects, garantir la sécurité sanitaire et épidémiologique et instaurer différentes formes d'assurance médicale. Les personnes faisant autorité sont tenues responsables en cas de dissimulation de faits ou d'affaires mettant la vie et la santé de la population en danger.

Article 45 (Sécurité sociale) de la Constitution chinoise de 1982

1. Les ressortissants de la République populaire de Chine ont droit à l'assistance matérielle de l'État et de la société lorsqu'ils sont âgés, malades ou handicapés. L'État met en place les assurances sociales, aides sociales et services médicaux et sanitaires nécessaires pour permettre aux ressortissants d'exercer ce droit.

Une obligation de l'État :

Article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

2. Les États parties au présent Pacte, reconnaissant le droit fondamental qu'à toute personne d'être à l'abri de la faim, adopteront, individuellement et au moyen de la coopération internationale, les mesures nécessaires, y compris des programmes concrets :

a) Pour améliorer les méthodes de production, de conservation et de distribution des denrées alimentaires par la pleine utilisation des connaissances techniques et scientifiques, par la diffusion de principes d'éducation nutritionnelle et par le développement ou la réforme des régimes agraires, de manière à assurer au mieux la mise en valeur et l'utilisation des ressources naturelles ;

b) Pour assurer une répartition équitable des ressources alimentaires mondiales par rapport aux besoins, compte tenu des problèmes qui se posent tant aux pays importateurs qu'aux pays exportateurs de denrées alimentaires.

Article 48 de la Constitution équatatorienne de 2008

L'État adopte, pour les personnes handicapées, des mesures qui garantissent :

1. L'intégration sociale, grâce à des plans et programmes élaborés conjointement par l'État et le secteur privé et qui favorisent leur participation politique, sociale, éducative et économique.

2. L'obtention de crédits d'impôt, d'abattements ou d'exonérations qui leur permettent de lancer et de maintenir des activités productives et l'obtention de bourses d'études.

3. L'élaboration de programmes et politiques visant à promouvoir loisirs et temps libre.

4. La participation politique, qui leur permet d'être dûment représentées, conformément à la loi.

5. La création de programmes spécialisés pour la prise en charge intégrale des personnes souffrant de handicaps graves et lourds, afin de permettre de développer au mieux leur personnalité, de favoriser leur autonomie et de réduire leur degré de dépendance.

6. Encouragement et soutien pour des projets de production au profit des proches des personnes lourdement handicapées.

7. Le plein exercice des droits des personnes handicapées.

Une directive :

Article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

2. Les mesures que chacun des États parties au présent Pacte prendra en vue d'assurer le plein exercice de ce droit doivent inclure l'orientation et la formation techniques et professionnelles, l'élaboration de programmes, de politiques et de techniques propres à assurer un développement économique, social et culturel constant et un plein emploi productif dans des conditions qui sauvegardent aux individus la jouissance des libertés politiques et économiques fondamentales.

Article 21 (Santé) de la Constitution chinoise de 1982

1. L'État développe les services médicaux et sanitaires, encourage la médecine moderne et la médecine traditionnelle chinoise, favorise et soutient la création d'établissements médicaux et sanitaires par les collectivités économiques rurales, l'État, les entreprises et les organisations de quartier, et facilite les activités massives d'assainissement, l'objectif étant de protéger la santé des citoyens.

2. L'État développe la culture physique et favorise les activités sportives de masse pour améliorer la condition physique de la population.

Article 16 de la Constitution nigériane de 1999

2) L'État oriente sa politique de façon à garantir :

...

d) À tous les citoyens un logement convenable et décent, une alimentation convenable et suffisante, un salaire national minimum suffisant pour vivre, des soins et des pensions de vieillesse, le chômage, des prestations en cas de maladie et une protection sociale des handicapés.

Les rédacteurs de chartes des droits devraient être conscients et s'inspirer de la diversité que peuvent présenter les approches normatives des droits économiques, sociaux et culturels. La préférence devrait être accordée à l'établissement de droits et libertés exigibles si les capacités de l'État le permettent. Toutefois, il serait inconsidéré d'exclure une question au seul motif que les capacités de l'État sont insuffisantes pour établir le droit concerné. Par exemple, s'il est impossible dans une situation donnée de proclamer un droit exigible à un logement décent, l'assemblée constituante

doit envisager d'autres manières d'intégrer la question à la Constitution, notamment en énonçant une politique ou une obligation de l'État. Cela permettrait d'orienter l'évolution de la question et de faire en sorte que les autorités responsables rendent des comptes. En outre, le choix d'une telle formule constitutionnelle pourrait ouvrir la voie à l'établissement d'un droit exigible dès lors que l'État disposera des ressources nécessaires.

Les droits économiques, sociaux et culturels peuvent en effet être mis en œuvre progressivement, comme l'indique le Pacte international les concernant.

Article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

1. 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.

À cet égard, l'interprétation du Pacte par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels offre aux rédacteurs d'une charte des droits les orientations nécessaires³¹.

De l'avis du Comité, la disposition contenue dans l'article 2 sur la mise en œuvre progressive des droits ne peut être utilisée comme un prétexte pour justifier le non-respect des normes énoncées dans le Pacte. Au terme de cette analyse, on peut tirer les conclusions suivantes :

- Le Pacte contient des droits et autres dispositions dont la mise en œuvre doit être immédiate, comme l'élimination de toute discrimination (art. 2, par. 2), le droit de former des syndicats et de s'y affilier et le droit de grève (art. 8), le devoir de protéger les enfants et les adolescents contre l'exploitation économique et sociale (art. 10, par. 3), le droit à un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale sans distinction

³¹ Voir Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 3 (1990) sur la nature des obligations des États parties.

aucune (art. 7, par. a) i)), un enseignement primaire obligatoire et accessible gratuitement à tous (art. 13, par. 2) a)), la liberté des parents de choisir des établissements pour leurs enfants (art. 13, par. 3), la liberté des individus et des personnes morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement (art. 13, par. 4), la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices (art. 15, par. 3), et l'élaboration d'un plan des mesures nécessaires pour garantir un enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous (art. 14) ;

- Le Pacte instaure une obligation de résultat, à savoir agir « en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits [qui y sont] reconnus » (art. 2, par. 1) ;
- Dans la mesure où de nombreux États ne pourront pas assurer à court terme le plein exercice de tous les droits économiques, sociaux et culturels, la disposition relative à la mise en œuvre progressive doit être interprétée comme offrant la flexibilité nécessaire, compte tenu des réalités, tout en réitérant l'objectif global du Pacte (art. 2, par. 1).

Enfin, il convient de souligner que les droits économiques, sociaux et culturels sont visés non seulement par les traités fondamentaux relatifs aux droits de l'homme, mais aussi par d'autres traités, y compris des conventions de l'Organisation internationale du Travail et de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, qui devraient également être pris en considération dans le cadre d'une éventuelle réforme constitutionnelle.

Autres instruments internationaux relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels

1962 Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages

Organisation internationale du Travail

1930 Convention (n° 29) sur le travail forcé

1948 Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical

1949 Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective

1951 Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération

1957 Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé

1958 Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession)

1964 Convention (n° 122) sur la politique de l'emploi

1973 Convention (n° 138) sur l'âge minimum

1989 Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux

1999 Convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants

Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

1960 Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement

5. Admissibilité de restrictions

Comme indiqué précédemment au chapitre II, section B 6, des limitations (restrictions) sont autorisées par les instruments internationaux dans un certain nombre de cas. L'article 4 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels contient un principe général, selon lequel « dans la jouissance des droits assurés par l'État conformément au présent Pacte, l'État ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique ». Par exemple, comme décrit dans le Pacte, le droit de former des syndicats mentionne de possibles restrictions et le droit de grève est garanti uniquement dans le cadre des lois nationales, mais ces restrictions sont néanmoins régies par le principe général énoncé à l'article 4.

Article 8 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

1. Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer :
 - a) Le droit qu'a toute personne de former avec d'autres des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix, sous la seule réserve des règles fixées par l'organisation intéressée, en vue de favoriser et de protéger ses intérêts économiques et sociaux. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui ;
 - ...
 - c) Le droit qu'ont les syndicats d'exercer librement leur activité, sans limitations autres que celles qui sont prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui ;
 - d) Le droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays.
2. Le présent article n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de la fonction publique.
3. Aucune disposition du présent article ne permet aux États parties à la Convention de 1948 de l'Organisation internationale du Travail concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical de prendre des mesures législatives portant atteinte – ou d'appliquer la loi de façon à porter atteinte – aux garanties prévues dans ladite convention.

Article 37 de la Constitution slovaque de 1992

- 1) Toute personne a le droit de s'associer librement à d'autres personnes afin de protéger leurs intérêts économiques et sociaux.
- 2) Les syndicats sont indépendants de l'État. Il est interdit de limiter le nombre de syndicats ou d'en favoriser certains dans les entreprises ou le secteur industriel.
- 3) Les activités des syndicats et autres associations créés pour protéger les intérêts économiques et sociaux ne peuvent faire l'objet que de restrictions définies par la loi et dans la mesure nécessaire, dans une société démocratique, pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public et les droits et libertés d'autrui.
- 4) Le droit de grève est garanti. Ses conditions sont fixées par la loi. Les juges, procureurs, membres des forces armées et pompiers ne sont pas autorisés à exercer ce droit.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit de possibles restrictions dans certaines dispositions concernant des droits spécifiques, et en particulier la liberté de circulation, le droit à un procès public, la liberté de manifester sa religion ou ses convictions, la liberté d'expression, la liberté de réunion et la liberté d'association. Ainsi, ces restrictions ne s'appliquent pas à d'autres droits, sauf si un état d'urgence justifient des dérogations, comme prévu à l'article 4 du Pacte (voir chap. II, sect. C 6 de la présente publication). Les dispositions pertinentes du Pacte précisent les motifs des restrictions autorisées, dont la formulation varie légèrement en fonction du contenu du droit. Lors de la rédaction d'une charte des droits, il est préférable d'examiner les dispositions pertinentes des traités internationaux pour ne prévoir aucune disposition constitutionnelle qui autoriserait des restrictions à certains droits dans des cas ou pour des motifs interdits par les normes internationales.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Article 12

1. *Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.*
2. *Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.*
3. *Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte.*

Article 19

1. *Nul ne peut être inquiété pour ses opinions.*
2. *Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.*
3. *L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires :*
 - a) *Au respect des droits ou de la réputation d'autrui ;*
 - b) *À la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.*

Article 21

Le droit de réunion pacifique est reconnu. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions imposées conformément à la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public ou pour protéger la santé et la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui.

Plusieurs chartes nationales des droits mentionnent des restrictions semblables.

Article 24 de la Constitution géorgienne de 1995

4. Les activités mentionnées aux paragraphes 1 et 2 du présent article [liberté d'opinion, liberté des médias, le droit de recevoir et de répandre librement des informations] peuvent être soumises à certaines restrictions par la loi et dans les conditions nécessaires dans une société démocratique pour garantir la sécurité de l'État, l'intégrité territoriale ou l'ordre public, prévenir la criminalité, protéger les droits et la dignité d'autrui, empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou garantir l'indépendance et l'impartialité de la justice.

Article 24 (Lois restrictives) de la Constitution timoraise de 2002

1. Seule la loi peut imposer des restrictions aux droits, libertés et garanties afin de préserver d'autres droits ou intérêts protégés par la Constitution et dans les cas expressément prévus par celle-ci.

2. Les lois qui imposent des restrictions aux droits, libertés et garanties sont nécessairement de nature générale et abstraite. Elles ne peuvent pas limiter l'étendue et la portée des principaux éléments de certaines dispositions constitutionnelles ni avoir d'effet rétroactif.

Un motif particulier de restriction est visé à l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui proclame le droit de prendre part à la direction des affaires publiques « sans restrictions déraisonnables ». Une interprétation simple de cette disposition donnerait à entendre que les « restrictions raisonnables » sont autorisées. Dans son observation générale n° 25, le Comité des droits de l'homme ne précise pas le sens des termes contenus dans l'article 25. Toutefois, à titre d'exemple, il indique qu'il peut être raisonnable d'exiger un âge minimum pour exercer le droit de vote. L'observation générale fournit en outre plusieurs exemples de « restrictions déraisonnables », notamment des conditions discriminatoires qui seraient imposées aux candidats à une charge électorale (par exemple, le niveau d'instruction, le lieu de résidence, l'ascendance ou l'affiliation à un parti spécifique), ou le découpage des circonscriptions électorales et le mode de scrutin qui ne devraient pas restreindre de manière déraisonnable le droit qu'ont les citoyens de choisir librement leurs représentants. Dans ce contexte, on peut affirmer que le terme « déraisonnable » signifie incompatible avec l'essence même du droit ou contraire aux autres droits énoncés dans le Pacte.

L'introduction de restrictions à certains droits est un sujet très délicat qui peut avoir une incidence considérable sur l'exercice des droits. Il est donc important que la charte des droits, en particulier dans les pays en transition qui ne disposent pas d'une doctrine pleinement établie sur la question, énonce des principes applicables à l'adoption de telles restrictions.

Article 31 de la Constitution polonaise de 1997

- 1) *La liberté de la personne est protégée par la loi.*
- 2) *Toute personne est tenue de respecter les libertés et les droits d'autrui. Nul ne peut être contraint à accomplir des actes qui ne sont pas imposés par la loi.*
- 3) *L'exercice des droits et libertés constitutionnels ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi lorsqu'elles sont nécessaires, dans un État démocratique, à la sécurité ou à l'ordre public, à la protection de l'environnement, de la santé et de la moralité publiques, ou des libertés et des droits d'autrui. Ces restrictions ne peuvent porter atteinte à l'essence des libertés et des droits.*

NOTE

Des restrictions des droits peuvent être nécessaires, mais pour être justifiées elles doivent répondre à des critères stricts établis par les instruments internationaux. Si des restrictions doivent être admissibles, il serait plus clair de l'indiquer et de définir les critères applicables dans la charte des droits. Toutefois, l'opinion suivante du Comité des droits de l'homme devrait être prise en considération : « À plusieurs occasions, le Comité s'est déclaré préoccupé par le fait qu'il était dérogé ou qu'il risquait pouvoir être dérogé à des droits non susceptibles de dérogation conformément au paragraphe 2 de l'article 4, du fait de l'insuffisance du régime juridique de l'État partie » (observation générale n° 29 (2001), par. 7).

6. Protection des droits et état d'urgence

Certaines situations d'urgence provoquées par la nature ou par l'homme peuvent imposer la suspension de droits en tout ou en partie, comme le prévoit l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : la clause de dérogation

1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18.

Conformément à cette disposition, les droits et interdictions auxquels il ne peut être dérogé sont les suivants : le droit à la vie (art. 6) ; l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou l'interdiction de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique (art. 7) ; l'interdiction de l'esclavage, de la traite des esclaves et de la servitude (art. 8) ; l'interdiction d'emprisonner une personne pour la seule raison qu'elle n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle (art. 11) ; l'interdiction de condamner une personne pour des actes délictueux qui, au moment où ils ont été commis, ne constituaient pas un acte délictueux (art. 15) ; le droit de chacun à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique (art. 16) ; et la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 18). Les mesures dérogatoires ne doivent en aucun cas entraîner de discrimination fondée sur les motifs précisés au paragraphe 2 de l'article 4 du Pacte.

Un État partie qui déclare un état d'urgence est tenu d'informer immédiatement le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies des dispositions auxquelles il déroge et des motifs justifiant l'imposition de telles mesures. Une nouvelle communication sera faite par l'État partie au Secrétaire général à la date à laquelle il a mis fin à ces dérogations.

Le Comité des droits de l'homme a précisé que la clause de dérogation autorisait l'État partie à adopter unilatéralement des mesures dérogeant à certaines obligations qui lui incombent en vertu du Pacte, mais soumettait

ces dérogations à un régime juridique précis et à une procédure d'examen par la communauté internationale. Le Comité souligne qu'une dérogation est autorisée si deux conditions essentielles sont réunies, à savoir : le danger public doit représenter une menace pour l'existence de la nation et la proclamation officielle susmentionnée doit avoir été faite. En outre, le Comité insiste sur le fait que les mesures dérogeant au Pacte « ne sont permises que dans la stricte mesure où la situation l'exige »³².

L'observation générale n° 29, dont ces opinions sont issues, élargit la liste de droits auxquels il ne peut être dérogé, au motif que la catégorie des normes impératives du droit international est plus étendue que la liste des dispositions intangibles figurant au paragraphe 2 de l'article 4. Le Comité énumère ainsi des exemples de violations du droit humanitaire : une prise d'otages, des châtiments collectifs, des privations arbitraires de liberté ou l'inobservation de principes fondamentaux garantissant un procès équitable comme la présomption d'innocence³³. De plus, le Comité est d'avis que certains éléments des dispositions qui ne figurent pas à l'article 4 ne peuvent pas faire l'objet d'une dérogation et, dans ce contexte, il donne les exemples suivants : a) toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine ; b) l'interdiction de la prise d'otages, des enlèvements ou des détentions non reconnues ; c) certains aspects de la protection internationale des droits des personnes appartenant à des minorités ; d) l'interdiction de la déportation ou du transfert forcé de population, entendus comme le fait de déplacer des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international ; e) l'interdiction pour un État de se livrer, en violation de l'article 20, à de la propagande en faveur de la guerre ou à des appels à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitueraient une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence ; f) le droit de disposer de recours contre toute violation de droits auxquels il ne peut être dérogé, y compris de garanties judiciaires et de procédure.

Normes impératives : normes de droit international auxquelles les États ne peuvent déroger (*jus cogens* – aucune dérogation n'est autorisée).

³² Observation générale n° 29 (2001), par. 4.

³³ Ibid., par. 11.

Lors de la rédaction d'une constitution, il est important de tenir compte de l'article 4 du Pacte ainsi que des orientations fournies dans l'observation générale n° 29, qu'un état d'urgence soit ou non prévu dans la charte des droits ou dans d'autres dispositions de la Constitution, comme dans un chapitre distinct. En fait, les constitutions contemporaines se rallient souvent au concept adopté par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques en énumérant des droits auxquels il ne peut être dérogé ou des droits auxquels il peut être dérogé. Les deux solutions paraissent acceptables.

Article 25 (Régime d'exception) de la Constitution timoraise de 2002

1. *La suspension de l'exercice des droits, libertés et garanties fondamentaux ne peut avoir lieu que si un état de siège ou un état d'urgence a été déclaré conformément à la Constitution.*

2. *Un état de siège ou un état d'urgence ne peut être déclaré qu'en cas d'agression réelle ou imminente par des forces étrangères, de perturbations graves ou de menace de perturbations graves de l'ordre constitutionnel démocratique, ou de calamité publique.*

3. *Une déclaration d'état de siège ou d'état d'urgence doit être motivée et préciser les droits, libertés et garanties dont l'exercice est suspendu.*

4. *Une suspension ne peut durer plus de trente jours, sous réserve d'éventuels renouvellements justifiés pour une période équivalente, lorsqu'ils sont strictement nécessaires.*

5. *Une déclaration d'état de siège ne peut en aucun cas empiéter sur le droit à la vie, l'intégrité physique, la citoyenneté, la non-rétroactivité de la loi pénale, les droits de la défense en matière pénale, la liberté de conscience et de religion, le droit de ne pas être soumis à la torture, l'esclavage ou la servitude, le droit de ne pas être soumis à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et l'interdiction de toute discrimination.*

6. *Les autorités rétablissent la normalité constitutionnelle dans les plus brefs délais.*

NOTE

Un état d'urgence, y compris la dérogation à des droits et des libertés, ne peut être imposé qu'à titre de mesure exceptionnelle et temporaire. La Constitution doit clairement indiquer que cette mesure sera levée dès que les circonstances l'ayant motivée ont cessé d'exister. Il est essentiel de mettre fin aux mesures légales exceptionnelles qui dérogent aux droits et libertés, au plus tard au moment de la levée de l'état d'urgence.

7. Obligations juridiques de la personne

Le concept de responsabilité est inscrit dans les droits de l'homme. Comme indiqué aux sections B 6 et C 2 du présent chapitre, la liberté n'est pas synonyme d'anarchie et elle trouve ses limites dans l'obligation de respecter les droits et libertés d'autrui. Ainsi, l'exercice des droits et libertés individuels doit être entrepris avec un degré minimal de responsabilité. De plus, il ne semble faire guère de doute que chaque personne est non seulement un titulaire de droits, mais aussi un débiteur d'obligations, comme le met en évidence l'impératif de responsabilité de l'être humain à l'égard, par exemple, de la famille, de la société ou de l'État et de ses institutions. Bon nombre de ces obligations sont d'ordre éthique, comme l'obligation d'appuyer les membres de la famille dans certaines situations. Certaines obligations sont tellement importantes pour la société qu'elles ont été énoncées dans la loi de certains États et sont devenues des obligations légales. Par exemple, conformément à la législation de la plupart des États, les parents ont l'obligation légale de prendre soin de leurs enfants jusqu'à l'âge de la majorité et, dans certains États, les enfants devenus adultes peuvent avoir l'obligation légale de prendre soin de leurs parents âgés.

La Déclaration universelle des droits de l'homme reconnaît les devoirs d'un individu par rapport à la communauté et le rôle de la communauté dans le développement d'un individu.

Article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme

1. L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible.

La Convention de 2006 relative aux droits des personnes handicapées mentionne les obligations de l'individu dans des termes semblables.

Préambule de la Convention relative aux droits des personnes handicapées

Conscients que l'individu, étant donné ses obligations envers les autres individus et la société à laquelle il appartient, est tenu de faire son possible pour promouvoir et respecter les droits reconnus dans la Charte internationale des droits de l'homme...

La Convention relative aux droits de l'enfant établit que les parents ou les représentants légaux de l'enfant ont la responsabilité de l'élever et d'assurer son développement, ainsi que d'assurer, dans les limites de leurs possibilités, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant (art. 18, par. 1 et art. 27, par. 2). Toutefois, de manière plus générale, les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme s'abstiennent souvent de retenir des obligations individuelles précises.

Il est intéressant de noter que les instruments africain et interaméricain des droits de l'homme mentionnent les obligations de l'individu en termes tant généraux que spécifiques. Premièrement, ils tentent de concilier les droits et les obligations de l'individu.

Préambule de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981)

Considérant que la jouissance des droits et libertés implique l'accomplissement des devoirs de chacun...

Préambule de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (1948)

L'accomplissement du devoir de chacun est une condition préalable au droit de tous. Droits et devoirs se complètent corrélativement, dans toutes les activités sociales et politiques de l'homme. Si les droits exaltent la liberté individuelle, les devoirs expriment la dignité de cette liberté.

Deuxièmement, ils exposent plusieurs obligations individuelles spécifiques³⁴.

³⁴ Voir également les articles 29 à 38 de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme.

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981

Article 27

1. Chaque individu a des devoirs envers la famille et la société, envers l'État et les autres collectivités légalement reconnues et envers la communauté internationale.

Article 28

Chaque individu a le devoir de respecter et de considérer ses semblables sans discrimination aucune, et d'entretenir avec eux des relations qui permettent de promouvoir, de sauvegarder et de renforcer le respect et la tolérance réciproques.

Article 29

L'individu a en outre le devoir :

- 1. De préserver le développement harmonieux de la famille et d'œuvrer en faveur de la cohésion et du respect de cette famille ; de respecter à tout moment ses parents, de les nourrir, et de les assister en cas de nécessité ;*
- 2. De servir sa communauté nationale en mettant ses capacités physiques et intellectuelles à son service ;*
- 3. De ne pas compromettre la sécurité de l'État dont il est national ou résident ;*
- 4. De préserver et de renforcer la solidarité sociale et nationale, singulièrement lorsque celle-ci est menacée ;*
- 5. De préserver et de renforcer l'indépendance nationale et l'intégrité territoriale de la patrie et, d'une façon générale, de contribuer à la défense de son pays, dans les conditions fixées par la loi ;*
- 6. De travailler, dans la mesure de ses capacités et de ses possibilités, et de s'acquitter des contributions fixées par la loi pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la société ;*
- 7. De veiller, dans ses relations avec la société, à la préservation et au renforcement des valeurs culturelles africaines positives, dans un esprit de tolérance, de dialogue et de concertation et d'une façon générale de contribuer à la promotion de la santé morale de la société ;*
- 8. De contribuer au mieux de ses capacités, à tout moment et à tous les niveaux, à la promotion et à la réalisation de l'unité africaine.*

Un certain nombre de pays ont incorporé dans leurs textes constitutionnels, que ce soit dans la charte des droits ou ailleurs, quelques obligations fondamentales des individus envers l'État ou la communauté. Les obligations individuelles que l'on retrouve le plus souvent dans les textes constitutionnels concernent le respect du droit, le paiement des impôts et la défense du pays. Toutefois, dans certains cas, les obligations constitutionnelles vont au-delà de cette liste indicative qui dépend des traditions et de l'expérience de chaque société. De plus, les textes constitutionnels énumèrent des obligations de nature juridique et, avant tout, éthique. Les pays en transition, qui cherchent à rétablir leur souveraineté, semblent souvent accorder une grande importance à la proclamation constitutionnelle des responsabilités du citoyen envers l'État. Par ailleurs, dans un certain nombre d'États, le cadre juridique des obligations individuelles relève de la législation ordinaire et les textes constitutionnels ne l'abordent pas.

Article 24 de la Constitution nigériane de 1999

Tout citoyen a le devoir de :

- a) Respecter la présente constitution, ses idéaux et ses institutions, le drapeau, l'hymne et les engagements nationaux, ainsi que les autorités légitimes ;*
- b) Contribuer à renforcer la puissance, le prestige et la réputation du Nigéria, défendre le Nigéria et, le cas échéant, faire le service national ;*
- c) Respecter la dignité des autres citoyens et les droits et intérêts légitimes d'autrui, vivre dans l'unité et l'harmonie et dans un esprit de fraternité ;*
- d) Contribuer de manière positive et utile au développement, à l'évolution et au bien-être de la communauté dans laquelle il réside ;*
- e) Prêter assistance aux agences compétentes et légitimes pour maintenir l'ordre public ; et*
- f) Déclarer ses revenus en toute honnêteté aux autorités légitimes et payer ses impôts sans retard.*

Article 67 (Responsabilités et obligations) de la Constitution maldivienne de 2008

L'exercice et la jouissance des libertés et droits fondamentaux sont indissociables des responsabilités et obligations à assumer et il incombe à chaque citoyen :

- a) De respecter et de protéger les droits et libertés d'autrui ;*
- b) De promouvoir la tolérance, le respect mutuel et l'amitié entre tous les individus et tous les groupes ;*
- c) De contribuer au bien-être et au développement de la communauté ;*
- d) De promouvoir la souveraineté, l'unité, la sécurité, l'intégrité et la dignité des Maldives ;*
- e) De respecter la Constitution et l'état de droit ;*
- f) De promouvoir les valeurs et pratiques démocratiques d'une manière non contraire aux principes de l'Islam ;*
- g) De préserver et de protéger la religion d'État, à savoir l'islam, la culture, la langue et l'héritage du pays ;*
- h) De préserver et de protéger l'environnement naturel, la biodiversité, les ressources et la beauté du pays et de s'abstenir de toute forme de pollution et de dégradation de l'environnement ;*
- i) De respecter le drapeau national, l'emblème d'État et l'hymne national.*

Chaque personne se trouvant aux Maldives est également tenue de respecter ces obligations.

Les constitutions opèrent souvent une distinction entre les obligations de toutes les personnes relevant de la juridiction de l'État et les obligations des citoyens. En pareil cas, une constitution peut imposer exclusivement aux nationaux les obligations découlant des liens particuliers entre un citoyen et l'État.

La Constitution afghane de 2004

Article 42

Chaque Afghan verse à l'État des impôts et des taxes conformément aux dispositions prévues par la loi.

Article 49

En temps de guerre, en cas de catastrophe ou autre situation menaçant la vie et le bien-être publics, chaque Afghan a notamment pour devoir national d'apporter une contribution active.

Article 55

Tous les citoyens afghans sont tenus de défendre le pays. Les conditions du service obligatoire sont régies par la loi.

Article 56

Tous les citoyens afghans sont tenus de respecter les dispositions de la Constitution, les lois, l'ordre et la sécurité publics.

D. Garanties institutionnelles et procédurales des droits

1. Mise en œuvre de la Constitution et des droits de l'homme

Le plein exercice des droits de l'homme suppose un ordre social adapté et un ensemble de garanties expressément conçues pour les protéger. La Déclaration universelle des droits de l'homme contient des droits qui favorisent la stabilité de l'ordre social et prévoit des garanties procédurales qui permettent d'assurer la protection des dispositions relatives aux droits de l'homme.

Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948

Article 8

Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la Constitution ou par la loi.

Article 10

Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

Article 28

Toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente déclaration puissent y trouver plein effet.

Une constitution démocratique joue un rôle essentiel dans l'établissement d'un ordre social adapté. Il est donc indispensable de veiller à ce que les réformes constitutionnelles renforcent la protection de la gouvernance démocratique et des droits de l'homme, et à ce que des mesures soient prévues pour garantir qu'une fois adoptées, les réformes constitutionnelles seront effectivement mises en œuvre. Après la cérémonie de signature, les élites politiques et la société civile doivent rester déterminées à établir de nouvelles bases pour la communauté. La mise en œuvre de la Constitution impose, d'une part, des garanties institutionnelles (voir la section 2 ci-dessous) et, d'autre part, un programme prévoyant des mesures législatives et de renforcement des capacités, ainsi qu'une participation et une vigilance constantes de la part de la société civile.

Il convient de souligner que la responsabilité du respect et de la mise en œuvre de la Constitution, y compris de la charte des droits, incombe à toutes les autorités publiques, à l'échelon tant central que local. En fonction du rôle que la Constitution attribue à chaque acteur, qu'il relève du pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire, les fonctions et responsabilités varient. Certaines garanties institutionnelles et procédurales de droits et libertés, lesquelles devraient être prises en considération lors de l'élaboration

d'une constitution, sont exposées dans la section 2 ci-dessous. Il ne faut cependant pas oublier que le premier interlocuteur d'un individu ou d'un groupe qui revendique ses droits ou les défend contre tout abus sont les autorités publiques à l'échelle locale. Ce sont en effet les autorités locales qui gèrent l'approvisionnement en eau, veillent au respect de l'ordre et de la sécurité publics, fournissent les services sociaux et permettent l'exercice de la liberté de réunion et d'association. Il est donc indispensable de prévoir des dispositions constitutionnelles établissant la responsabilité de tous les acteurs étatiques et territoriaux autonomes en matière de protection et de mise en œuvre de la charte des droits.

Article 21 (Mise en œuvre des libertés et droits fondamentaux) de la Constitution kényane de 2010

1) Il est du devoir fondamental de l'État et de chaque organe étatique d'observer, de respecter, de protéger, de promouvoir et de mettre en œuvre les libertés et droits fondamentaux énoncés dans la Charte des droits.

2) L'État prend les mesures législatives, politiques et autres, y compris l'établissement de normes, nécessaires à la réalisation progressive des droits garantis à l'article 43.

3) Il est du devoir de tous les organes étatiques et agents de la fonction publique de répondre aux besoins des groupes vulnérables de la société, y compris les femmes, les personnes âgées, les personnes handicapées, les enfants, les jeunes, les membres de minorités ou de communautés marginalisées et les membres de communautés ethniques, religieuses ou culturelles précises.

4) L'État promulgue et applique les lois nécessaires pour remplir ses obligations internationales relatives aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales.

Remarque : voir également les articles 10, 19 et 20 de la Constitution.

NOTE

La rédaction d'une nouvelle constitution n'est que la première étape d'une réforme constitutionnelle. C'est la stricte mise en œuvre de la Constitution qui met l'effort de réforme à l'épreuve de la réalité.

2. Garanties institutionnelles

Il existe des liens indissolubles entre les droits de l'homme et la démocratie. Les droits de l'homme ne peuvent pas être pleinement protégés dans le cadre d'un régime autoritaire, dans la mesure où l'action de l'État n'est pas soumise à un véritable contrôle des institutions judiciaires, législatives ou administratives. Les institutions démocratiques et les garanties d'une procédure régulière qui sont inhérentes à tout processus judiciaire et administratif jouent un rôle particulièrement important dans l'élaboration constitutionnelle d'un cadre favorable aux droits de l'homme.

La démocratie est une valeur universelle qui suppose que les peuples choisissent leur propre système politique, économique, social et culturel, en exprimant librement leur volonté, et qu'ils aient voix au chapitre en ce qui concerne tous les aspects de leur existence.

Résolution 62/7 de l'Assemblée générale.

Une forme démocratique de gouvernement : la division des pouvoirs

Dans un État, la division des pouvoirs (voir chap. 1, sect. A 2 de la présente publication) garantit le rôle central du parlement en tant que représentant du peuple et seule institution légitime habilitée à promulguer des lois. La division des pouvoirs garantit en outre l'indépendance du pouvoir judiciaire qui, comme indiqué ci-dessous, est le dernier recours pour protéger un individu ou un groupe qui revendique ses droits et libertés constitutionnelles. Enfin, le principe de la division des pouvoirs permet de veiller à ce que chaque branche de l'État, à savoir exécutive, législative et judiciaire, limite ses actions au cadre de son mandat constitutionnel, évitant ainsi toute concentration du pouvoir susceptible d'entraîner des actions incontrôlées et arbitraires de l'État. La division des pouvoirs est rarement énoncée comme telle dans les constitutions, mais la manière dont les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire sont placés dans la structure étatique et les compétences qui leur sont attribuées garantissent suffisamment d'autonomie aux différents pouvoirs et empêche leur concentration. Cela étant, les citoyens des pays en pleine transformation démocratique aspirent souvent à une proclamation claire des éléments du nouvel ordre politique et social, et peuvent souhaiter inclure ces principes dans le texte de la Constitution.

Article 49 (Division des pouvoirs) de la Constitution mexicaine de 1917

Le pouvoir suprême de la Fédération est divisé, en vue de son exercice, en une branche législative, une branche exécutive et une branche judiciaire. Deux de ces pouvoirs au moins ne doivent en aucun cas être exercés par une seule personne ou entité, et le pouvoir législatif ne peut incomber à un seul individu, sauf dans le cas de pouvoirs extraordinaires confiés à l'exécutif, conformément aux dispositions de l'article 29.

Rôle du parlement

Le parlement exerce plusieurs fonctions qui ont une incidence importante sur la protection des droits de l'homme. Premièrement, il adopte des lois permettant la mise en œuvre des droits et libertés constitutionnels. Certaines constitutions disposent qu'il s'agit d'une compétence exclusive du parlement et chargent ainsi l'entité élue qui représente le pouvoir public (et non l'exécutif) de définir les normes juridiques précises qui donnent effet aux droits constitutionnels. Un nombre croissant de constitutions imposent également l'approbation du parlement pour ratifier les principaux accords internationaux, notamment les traités relatifs aux droits de l'homme.

Article 34 de la Constitution française de 1958

La loi fixe les règles concernant :

- Les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;
- La nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;
- La détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats.

Article 95 (Pouvoirs du parlement national) de la Constitution timoraise de 2002

2. Il incombe exclusivement au Parlement national d'édicter des lois concernant :

...

- d) La citoyenneté ;
- e) Les droits, libertés et garanties ;
- f) Le statut et la capacité des personnes, le droit de la famille et les règles régissant l'héritage ;

...

- l) Les fondements du système éducatif ;
- m) Les fondements du système de santé et de sécurité sociale ;
- n) La suspension des garanties constitutionnelles et la déclaration de l'état de siège et de l'état d'urgence.

Dans bon nombre de pays, le parlement sert de tribune centrale pour l'élaboration de politiques qui doivent permettre la mise en œuvre des droits et libertés. Il contribue également de façon décisive à la mise en place des infrastructures relatives aux droits de l'homme. Il existe notamment des liens étroits entre le parlement et les institutions nationales de défense des droits de l'homme. Le soutien parlementaire a souvent une incidence déterminante sur l'efficacité de telles institutions. Les fonctions de contrôle permettent en outre au parlement de contribuer à la mise en œuvre des droits et libertés constitutionnels. Afin d'accomplir ces tâches, de nombreux parlements ont créé des comités parlementaires des droits

de l'homme, auprès desquels les titulaires de droits peuvent présenter des observations³⁵.

Ces exemples ne servent qu'à illustrer le potentiel parlementaire en matière de protection des droits de l'homme. Les acteurs qui participent aux réformes constitutionnelles devraient attirer l'attention des parlements sur l'éventuelle nécessité de mentionner, dans la Constitution, certains aspects des responsabilités parlementaires en matière de protection des droits de l'homme.

Indépendance du pouvoir judiciaire

En règle générale, l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport aux autres organes étatiques est garantie d'une manière ou d'une autre par la Constitution. Ce principe revêt une importance particulière dans le cadre du concept de la division des pouvoirs. Si les modalités des relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif peuvent sensiblement varier d'un pays à l'autre, en fonction des traditions et des choix délibérés concernant la forme de gouvernement, le pouvoir judiciaire ne peut accomplir ses fonctions sans être pleinement indépendant par rapport aux titulaires des autres pouvoirs. Il s'agit de l'exigence fondamentale pour garantir l'impartialité des décisions rendues par les tribunaux, l'équité des procédures et l'égalité des parties, qui doivent imprégner l'administration de la justice.

Dans certains cas, les constitutions abordent deux principes étroitement liés, à savoir, l'indépendance du pouvoir judiciaire que représente l'ensemble des organes chargés de l'administration de la justice (tribunaux) et l'indépendance des juges dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires. Bien qu'il s'agisse de deux dimensions du même principe général – l'indépendance du pouvoir judiciaire –, il peut être préférable d'énoncer séparément ces garanties constitutionnelles.

³⁵ Des informations et des conseils utiles sont fournis dans la publication conjointe de l'Union interparlementaire et du HCDH, *Droits de l'homme : Guide à l'usage des parlementaires* n° 26 (Genève, 2016).

Article 24 de la Constitution indonésienne de 1945

1) *Le pouvoir judiciaire est indépendant et chargé d'organiser l'administration de la justice pour faire respecter la loi et la justice.*

Article 97 (Indépendance des juges) de la Loi fondamentale allemande de 1949

1) *Les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi.*
2) *Les juges nommés définitivement à titre principal dans un emploi permanent ne peuvent, avant l'expiration de leurs fonctions et contre leur gré, être révoqués, suspendus définitivement ou temporairement de leurs fonctions, mutés à un autre emploi ou mis à la retraite qu'en vertu d'une décision de justice, et uniquement pour les motifs et dans les formes prévus par la loi. La législation peut fixer les limites d'âge auxquelles les juges nommés à vie sont admis à faire valoir leurs droits à la retraite. En cas de modification de l'organisation des tribunaux ou de leurs ressorts territoriaux, les juges pourront être mutés à un autre tribunal ou relevés de leurs fonctions en conservant toutefois le bénéfice de l'intégralité de leur traitement.*

Article 120 de la Constitution bissau-guinéenne de 1984

4. *Dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, les tribunaux sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi.*

La mise en place de tribunaux ou de procédures spécifiques, notamment militaires, peut, dans certaines circonstances, représenter un risque pour le traitement indépendant, impartial et équitable d'un défendeur qui comparait. Dans son observation générale n° 32³⁶, le Comité des droits de l'homme indique qu'en principe, les tribunaux militaires ne devraient pas juger de civils, tout en admettant que de tels procès peuvent se dérouler dans certains cas exceptionnels et dans des circonstances définies de façon restrictive. Partant, si de tels organes ou procédures judiciaires doivent être mis en place, il est important que la Constitution envisage cette possibilité, réduisant ainsi le risque de manquement aux principes d'indépendance, d'impartialité et d'équité.

³⁶ Observation générale n° 32 (2007) sur le droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable.

Article 130 (Tribunaux militaires) de la Constitution timoraise de 2002

1. *Il incombe aux tribunaux militaires de juger les crimes à caractère militaire en première instance.*
2. *La compétence, l'organisation, la composition et le fonctionnement des tribunaux militaires sont définis par la loi.*

Article 175 de la Constitution polonaise de 1997

- 1) *En République de Pologne, la justice est rendue par la Cour suprême, les juridictions de droit commun, les juridictions administratives et les juridictions militaires.*
- 2) *Une juridiction d'exception ou une procédure sommaire ne peuvent être instituées qu'en temps de guerre.*

Contrôle de la constitutionnalité des lois

Une charte des droits ne peut être dûment mise en œuvre que si les lois nationales sont conformes à la Constitution. Partant, l'adoption d'un mécanisme qui permet le contrôle de la constitutionnalité des lois est une garantie institutionnelle supplémentaire. Dans un certain nombre de pays dont la tradition juridique est la *common law*, les tribunaux ont le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois sur la base desquelles une affaire devrait être examinée. Dans de nombreux autres pays, des tribunaux spéciaux, souvent qualifiés de juridictions constitutionnelles, ont été créés pour exercer un tel contrôle et, dans d'autres pays encore, ce pouvoir a été attribué à la Cour suprême. Les rédacteurs d'une constitution devraient être informés de la nécessité d'examiner l'opportunité de tels choix.

Article 87 de la Constitution tchèque de 1992

- 1) *La Cour constitutionnelle statue sur :*
 - a) *L'abrogation de lois ou de certaines de leurs dispositions si elles sont contraires à l'ordre constitutionnel ;*
 - b) *L'abrogation d'autres dispositions réglementaires ou de certaines de leurs dispositions si elles sont contraires à l'ordre constitutionnel ou à la loi.*
- 2) *La Cour constitutionnelle statue également sur la conformité des accords internationaux visés à l'article 10 a) et à l'article 49 avec l'ordre constitutionnel, avant leur ratification. Un accord ne peut être ratifié tant que la Cour constitutionnelle n'a pas rendu de décision.*

Article 167 (Cour constitutionnelle) de la Constitution sud-africaine de 1996

4) *Seule la Cour constitutionnelle peut :*

...

b) *Se prononcer sur la constitutionnalité de toute loi parlementaire ou provinciale, mais uniquement dans les conditions prévues à l'article 79 ou 121 ;*

...

d) *Se prononcer sur la constitutionnalité de toute modification de la Constitution ;*

5) *La Cour constitutionnelle se prononce en dernier ressort sur la constitutionnalité d'une loi parlementaire, d'une loi provinciale ou du comportement du président et doit confirmer toute ordonnance d'invalidité rendue par la Cour d'appel suprême, une Haute Cour ou une juridiction de statut comparable avant son entrée en vigueur.*

Afin de garantir la stabilité du texte constitutionnel et d'éviter toute modification précoce, les pays en transition en particulier peuvent appliquer une « clause d'extinction », aux termes de laquelle certains actes juridiques ou certaines décisions prévus par la Constitution seront abrogés après une date ou un événement précis, sauf disposition contraire d'une nouvelle législation. Par exemple, la Constitution népalaise prévoit plusieurs dispositions de ce type.

Constitution provisoire népalaise de 2007

Article 162 (Dispositions relatives au pouvoir judiciaire)

1) *La Cour suprême, la Cour d'appel et les tribunaux de district subsistant au moment de l'entrée en vigueur de la présente constitution sont considérés comme ayant été instaurés par la présente constitution, laquelle ne doit pas empêcher lesdites juridictions de se prononcer sur des affaires dont elles ont été saisies avant l'entrée en vigueur de la présente constitution.*

2) *Les juges siégeant à la Cour suprême, la Cour d'appel et dans les tribunaux de district après l'entrée en vigueur de la présente constitution doivent prêter serment et prendre l'engagement solennel de respecter la présente constitution, telle que définie par le Gouvernement népalais. Tout juge qui refuse de prêter serment cesse ipso facto d'exercer ses fonctions.*

3) *En se fondant sur des normes et valeurs démocratiques, les dispositions juridiques nécessaires seront prises pour entraîner les réformes progressives qui permettront au secteur judiciaire d'être indépendant, intègre, impartial et compétent.*

Article 164 (Lois existantes devant rester en vigueur)

1) Les décisions prises et les travaux réalisés par la Chambre des représentants rétablie, qui ne sont pas contraires à la présente constitution sont considérés comme ayant été prises et réalisés conformément à la présente constitution.

2) Toutes les lois en vigueur au moment de l'entrée en vigueur de la présente constitution restent en vigueur jusqu'à leur abrogation ou modification, pour autant que les lois ou leurs dispositions contraires à la présente constitution cessent ipso facto de produire des effets, trois mois après l'entrée en vigueur de la présente constitution.

3. Garanties spécifiques

Compte tenu du droit international des droits de l'homme, il incombe essentiellement au droit interne d'instaurer les garanties nécessaires pour la mise en œuvre des droits de l'homme. Bien que le droit international des droits de l'homme ne détermine pas à l'avance le type d'actes juridiques devant permettre l'instauration de telles garanties, on s'attend à ce que les États démocratiques contemporains élèvent les garanties les plus importantes en matière de droits de l'homme au rang constitutionnel. Cette exigence découle de l'obligation d'instituer des garanties en matière de droits de l'homme suffisantes pour permettre de les protéger efficacement et de les assortir d'outils de protection adéquats.

En principe, les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ne prévoient pas de système précis de garanties institutionnelles ou procédurales ni n'indiquent de préférence quant aux garanties de droits spécifiques. Il est essentiel que chaque personne dont les droits ont été violés ou risquent de l'être dispose de voies de recours efficaces.

Article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

3. Les États parties au présent pacte s'engagent à :

- a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ;
- b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'État, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel ;
- c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié.

Les dispositions pertinentes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques indiquent que les décisions qui ont une incidence sur le droit à la vie, la liberté personnelle d'un individu ou le procès et l'imposition d'une sanction pénale à son encontre doivent être rendues par une cour de justice ou un tribunal compétent, indépendant et impartial.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Article 6

2. Dans les pays où la peine de mort n'a pas été abolie, une sentence de mort ne peut être prononcée que pour les crimes les plus graves, conformément à la législation en vigueur au moment où le crime a été commis et qui ne doit pas être en contradiction avec les dispositions du présent pacte ni avec la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Cette peine ne peut être appliquée qu'en vertu d'un jugement définitif rendu par un tribunal compétent.

Article 9

3. Tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale sera traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré. La détention de personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être la règle, mais la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience, à tous les autres actes de procédure et, le cas échéant, pour l'exécution du jugement.

4. Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

Article 14

1. Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Le huis clos peut être prononcé pendant la totalité ou une partie du procès soit dans l'intérêt des bonnes mœurs, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, soit lorsque l'intérêt de la vie privée des parties en cause l'exige, soit encore dans la mesure où le tribunal l'estimera absolument nécessaire lorsqu'en raison des circonstances particulières de l'affaire la publicité nuirait aux intérêts de la justice ; cependant, tout jugement rendu en matière pénale ou civile sera public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit autrement ou si le procès porte sur des différends matrimoniaux ou sur la tutelle des enfants.

Dans le cadre de la doctrine contemporaine en matière de droits de l'homme, y compris de son développement par les organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme, on observe un concept largement répandu, selon lequel les garanties institutionnelles et procédurales en matière de droits de l'homme doivent être instituées à l'échelle nationale. Le texte de constitutions adoptées récemment confirme ce constat. La liste des garanties institutionnelles et procédurales les plus reconnues qui sont inscrites dans des constitutions contemporaines comprend le droit d'accès aux tribunaux, le droit de faire appel, le droit de déposer une plainte constitutionnelle, le droit de pétition, le droit à indemnisation et le principe de responsabilité applicable aux auteurs de violations des droits de l'homme. Dans ce contexte, la création d'institutions nationales indépendantes de défense des droits de l'homme devrait également être mentionnée.

Droit d'accès aux tribunaux, droit de faire appel, droit de déposer une plainte constitutionnelle et procédures d'utilité publique

Le pouvoir judiciaire est au cœur des garanties en matière de droits de l'homme. Premièrement, il protège l'individu ou le groupe titulaire de droits contre des actions arbitraires de l'État, comme la privation de la liberté, l'expropriation sans motif légal ni compensation juste et équitable, ou la privation injustifiée de services sociaux. Deuxièmement, le pouvoir judiciaire offre à l'individu ou au groupe titulaire de droits la possibilité de voir ses affaires examinées et jugées par un organe indépendant, compétent et impartial. Troisièmement, les jugements du pouvoir judiciaire, en particulier ceux qui sont rendus par la plus haute instance d'appel ou par une cour constitutionnelle, peuvent influencer les politiques publiques et la législation, notamment lorsqu'ils examinent la constitutionnalité de lois ou de décisions, ou des procédures d'utilité publique. Ainsi, le droit international des droits de l'homme et le constitutionnalisme contemporain accordent une grande importance au droit d'accès aux tribunaux, au droit de faire appel et au droit de déposer une plainte constitutionnelle.

Droit d'accès aux tribunaux

Les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme mentionnent le droit d'un individu de voir son affaire traitée par un juge dans certains cas précis, notamment dans le cadre de procédures pénales et civiles.

Le poids accordé aux procédures pénales est compréhensible, dans la mesure où toute atteinte à la liberté ou à la vie personnelle est considérée comme limitant gravement les droits et ne doit donc, par principe, pas être laissée à l'appréciation du pouvoir exécutif.

Le droit d'accès aux tribunaux va encore plus loin en garantissant à chaque individu la possibilité de porter toute affaire concernant ses droits devant un organe judiciaire. L'accès aux tribunaux peut être prévu dans des situations que seuls les tribunaux sont habilités à connaître (en particulier des affaires de droit civil ou pénal). De plus, le droit d'accès aux tribunaux s'étend à des organes compétents pour examiner la légalité et, dans certains cas, le fond de décisions administratives.

Le droit d'accès aux tribunaux est largement reconnu comme la forme la plus élevée de protection institutionnelle des droits de l'homme. Les constitutions plus récentes l'établissent souvent expressément. Bon nombre de constitutions ne se contentent pas de proclamer ce droit, mais en précisent également les éléments, notamment en ce qui concerne le statut des tribunaux et des juges et le respect des formes régulières pour tous les aspects qui permettent de garantir un procès équitable tant au pénal qu'au civil.

Article 45 de la Constitution polonaise de 1997

1) Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement, sans retard excessif, par un tribunal compétent, indépendant et impartial.

Le droit d'accès aux tribunaux suppose que les juges rendent leurs décisions en toute indépendance, non seulement par rapport aux parties aux procédures, mais aussi à toute autre influence extérieure. À cette fin, la plupart des constitutions établissent, entre autres, l'immunité personnelle des juges, le principe de leur inamovibilité, sauf en cas de faute grave, et différentes formes d'autonomie pour le pouvoir judiciaire.

En règle générale, les garanties d'une procédure régulière imposent aux autorités étatiques d'utiliser des procédures équitables lorsqu'elles prennent des mesures qui ont une incidence sur les intérêts d'un individu

ou d'un groupe spécifique. Dans le cadre des procédures judiciaires, le respect des formes régulières a pour prémisses que la décision relative à un individu (ou un groupe) sera fondée sur les procédures et règles de fond applicables par un tribunal compétent, indépendant et impartial, et que la cause sera entendue équitablement compte tenu des faits et circonstances de l'espèce. Les garanties procédurales sur lesquelles repose le respect des formes régulières sont souvent instaurées par des lois parlementaires, des règles de procédure pénale ou civile, et la jurisprudence. Ces garanties procédurales contribuent largement à la sécurité juridique des individus et des groupes. De ce fait, leur importance pour l'exercice des droits de l'homme et le fonctionnement d'un État constitutionnel ne doit pas être sous-estimée. Le droit à une procédure régulière est notamment énoncé à l'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques.

Constitution des États-Unis d'Amérique de 1787

Cinquième amendement

Nul ne sera tenu de répondre d'un crime capital ou infamant sans un acte de mise en accusation, spontané ou provoqué, d'un grand jury, sauf en cas de crime commis pendant que l'accusé servait dans les forces terrestres ou navales, ou dans la milice, en temps de guerre ou de danger public ; nul ne pourra pour le même délit être deux fois menacé dans sa vie ou dans son corps ; nul ne pourra, dans une affaire criminelle, être obligé de témoigner contre lui-même, ni être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; nulle propriété privée ne pourra être réquisitionnée dans l'intérêt public sans une juste indemnité.

Sixième amendement

Dans toutes les poursuites criminelles, l'accusé aura le droit d'être jugé promptement et publiquement par un jury impartial de l'État et du district où le crime aura été commis – le district ayant été préalablement délimité par la loi – d'être instruit de la nature de la cause de l'accusation, d'être confronté avec les témoins à charge, d'exiger par des moyens légaux la comparution de témoins à charge, et d'être assisté d'un conseil pour sa défense.

Droit de faire appel

Le principe selon lequel dans le cadre d'une affaire relative à un individu, chaque décision rendue en première instance devrait être examinée par une juridiction supérieure, offre une garantie importante contre les

décisions arbitraires. Le droit de faire appel s'applique aux procédures tant administratives que judiciaires.

Bien que ce principe soit reconnu comme faisant partie intégrante de l'état de droit, certaines constitutions l'énoncent séparément. Dans certains cas, l'examen judiciaire des décisions administratives est également inclus dans la notion du droit de faire appel (l'affaire passe d'un organe administratif à un tribunal).

Article 33 de la Constitution ghanéenne de 1992

1) Lorsqu'une personne prétend qu'une disposition de la présente constitution relative aux droits et libertés fondamentaux a été, est ou risque d'être violée en ce qui la concerne, elle peut, sans préjudice de toute autre action légalement prévue, demander réparation devant la Haute Cour.

...

3) Une personne lésée par une décision de la Haute Cour peut faire appel devant la Cour d'appel, sans préjudice du droit d'interjeter un autre appel devant la Cour suprême.

Article 78 de la Constitution polonaise de 1997

Chacune des parties dispose du droit de recours contre les jugements et décisions rendus en première instance. Les exceptions à ce principe et la procédure de recours sont déterminées par la loi.

Plainte constitutionnelle (amparo)³⁷ et recours en habeas corpus

Bon nombre de constitutions contemporaines d'États de droit romaniste prévoient le droit de chacun de déposer une plainte constitutionnelle, c'est-à-dire de revendiquer ses droits constitutionnels devant une juridiction compétente. Cette procédure est essentielle pour protéger les droits contenus dans la charte des droits. Ces plaintes prennent généralement deux formes – une plus large et une plus étroite.

Dans le premier cas, l'individu peut demander une protection constitutionnelle si la décision finale rendue en appel viole encore ses droits constitutionnels – par exemple, si une loi inconstitutionnelle a été appliquée ou si, sur le fond, la décision viole au moins un des droits énoncés dans la charte des droits.

³⁷ Amparo : recours prévu pour la protection des droits constitutionnels dans plusieurs États d'Amérique latine.

S'agissant de la forme plus étroite, une plainte peut être déposée uniquement en cas d'incompatibilité de la loi appliquée avec une disposition de la charte des droits. Une plainte constitutionnelle est généralement examinée par une cour constitutionnelle habilitée à évaluer la constitutionnalité des lois, ou par la Cour suprême si une telle évaluation relève de sa compétence.

Article 48 de la Constitution costaricienne de 1949 (telle qu'amendée en 2011)

Toute personne a le droit de déposer un recours en habeas corpus pour garantir sa liberté et son intégrité personnelles et une plainte constitutionnelle (amparo) pour maintenir ou rétablir l'exercice d'autres droits énoncés dans la présente constitution ainsi que les droits fondamentaux énoncés dans des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme applicables à la République. Les deux recours relèvent de la compétence de la Chambre visée à l'article 10.

Article 87 de la Constitution tchèque de 1992

1) La Cour constitutionnelle statue sur :

...

d) Les plaintes constitutionnelles déposées contre les décisions finales et autres interventions d'organismes gouvernementaux, qui violent les libertés et droits fondamentaux garantis par la Constitution.

Les pays qui utilisent la *common law* ne disposent généralement pas de tels recours, dans la mesure où chaque juge est habilité, dans l'affaire dont il est saisi, à examiner la question de la conformité de la loi applicable avec la Constitution et à fonder sa décision sur cet examen.

Article 38 (Mise en œuvre des droits) de la Constitution sud-africaine de 1996

Toute personne énumérée dans le présent article a le droit de solliciter un tribunal compétent si elle affirme qu'un droit contenu dans la charte des droits a été violé ou menacé. Le tribunal peut réparer le préjudice subi, notamment en affirmant les droits. Peut solliciter un tribunal :

- a) Toute personne agissant dans son propre intérêt ;
- b) Toute personne agissant au nom d'un tiers qui ne peut agir en son nom propre ;
- c) Toute personne agissant en tant que membre, ou dans l'intérêt, d'un groupe ou d'une catégorie de personnes ;
- d) Toute personne agissant dans l'intérêt général ; et
- e) Une association agissant dans l'intérêt de ses membres.

La Constitution de nombreux pays prévoit une autre mesure importante pour protéger l'individu contre la privation illégale de liberté (arrestation ou détention), à savoir le recours en *habeas corpus*. Ce recours permet à une personne détenue qui conteste la légalité de son arrestation ou de sa détention de demander au tribunal d'ordonner sa libération. Ce droit est également énoncé au paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Article 5 de la Constitution malaisienne de 1957

- 1) *Nul ne doit être privé de sa vie ou de sa liberté personnelle si ce n'est conformément à la loi.*
- 2) *Lorsqu'une Haute Cour ou un de ses juges est saisi d'une plainte selon laquelle une personne est détenue illégalement, la juridiction examine la plainte et ordonne la comparution de la personne concernée devant elle ainsi que sa libération, à moins d'être convaincue que la détention est légale.*

Article 31 de la Constitution portugaise de 1976

- 1) *Le recours en habeas corpus peut être déposé devant une cour de justice ou une cour martiale, selon le cas, contre tout abus de pouvoir aboutissant à une détention illégale.*
- 2) *L'habeas corpus peut être sollicité par l'intéressé ou par tout citoyen jouissant de ses droits politiques.*
- 3) *La cour statue dans un délai de huit jours sur la demande d'habeas corpus à l'issue d'une audience contradictoire.*

Procédures d'utilité publique

En général, les procédures d'utilité publique permettent d'examiner, outre des questions liées à un intérêt individuel, des questions d'utilité publique. Pour soulever une telle question, la partie concernée (par exemple, un individu, un groupe ou une organisation) n'est pas tenue de démontrer qu'elle est directement intéressée par l'issue de la procédure (on parle parfois de « qualité pour agir » ou d'« intérêt juridique »). Elle doit établir que la question renferme un aspect important d'utilité publique et que son règlement par un tribunal serait bénéfique. Cette procédure a progressé en Inde au cours des trois dernières décennies, notamment en lien avec l'article 39A de la Constitution indienne, et un nombre croissant de pays l'ont appliquée.

Article 39A de la Constitution indienne de 1949

L'État veille à ce que le système judiciaire s'emploie à promouvoir la justice, dans le respect de l'égalité des chances, et accorde en particulier une aide juridictionnelle gratuite, moyennant des dispositions légales ou des programmes appropriés, ou par tout autre moyen, afin que la possibilité d'obtenir justice ne soit refusée à aucun citoyen pour des raisons d'incapacité économique ou autre.

L'objectif d'une procédure d'utilité publique est d'obtenir une décision judiciaire concernant une question qui touche à l'intérêt public, en particulier lorsque le droit applicable peut être interprété de différentes manières. Elle a souvent été utilisée par des organisations cherchant à obtenir un jugement favorable sur des questions spécifiques concernant des personnes défavorisées ou marginalisées. En pareil cas, les personnes directement concernées peuvent défendre leurs intérêts devant le tribunal compétent ou leurs intérêts peuvent être représentés par des tiers. Dans le cadre d'une procédure d'utilité publique, la Cour peut se prononcer sur une question spécifique et rendre un jugement comme dans toute autre affaire portée devant un tribunal ou, si elle est saisie d'une question complexe, elle peut rendre une ou plusieurs ordonnances provisoires et désigner des commissaires chargés d'analyser la situation, de surveiller la mise en œuvre des ordonnances provisoires et de lui présenter des rapports. Par exemple, la Cour suprême indienne a garanti la protection des droits et libertés constitutionnels pour les personnes qui souffrent de la pauvreté ou qui sont défavorisées, et ce, dans le cadre d'une procédure d'utilité publique³⁸.

Lorsqu'un préjudice ou un tort juridique est causé à une personne ou à une certaine catégorie de personnes du fait de la violation d'un droit constitutionnel ou légal [...] et qu'en raison de la pauvreté, de l'impuissance, du handicap ou d'une position sociale ou économique désavantageuse, cette personne ou catégorie de personnes n'est pas en mesure de demander réparation à la Cour, tout citoyen peut déposer une demande de directive, ordonnance ou acte judiciaire devant la Haute Cour [...], et en cas de violation d'un des droits fondamentaux de cette personne ou catégorie de personnes [...] tenter une action en réparation [...].

S. P. Gupta v. President of India and Ors., 30 décembre 1981, par. 17.

³⁸ Voir, par exemple, *People's Union of Civil Liberties v. Union of India and Others*, assignation au civil n° 196 (2001), largement connue comme l'« affaire du droit à l'alimentation ».

Institutions nationales de défense des droits de l'homme

Les institutions nationales de défense des droits de l'homme créées en vertu des Principes de Paris³⁹ ont été largement reconnues comme une garantie importante des droits de l'homme. Parmi ces institutions figurent un grand nombre d'organes dont le statut juridique, la composition, la structure, les fonctions et le mandat varient. Les plus représentatifs sont l'ombudsman et les commissions nationales des droits de l'homme. Toutes les institutions nationales devraient agir indépendamment des pouvoirs de l'État, en particulier de l'exécutif. Elles sont généralement habilitées à : faire des recommandations et des propositions aux autorités publiques ; présenter leurs examens et évaluations concernant les violations de droits de l'homme et leur mise en œuvre, sur la base de leurs propres enquêtes ; et donner suite aux plaintes individuelles ou de groupes concernant des violations de droits de l'homme. Dans certains pays, plusieurs organes

Constitution malawienne de 1994

Article 123

1) Le bureau de l'Ombudsman peut enquêter sur toutes les affaires, dès lors qu'il est allégué qu'une personne a subi une injustice et qu'aucun recours ne semble raisonnablement disponible en passant par une procédure judiciaire ou un appel contre une décision, et qu'il n'existe aucune autre voie de recours.

Article 126

Lorsque les enquêtes de l'Ombudsman font apparaître suffisamment de preuves pour le convaincre d'une injustice, l'Ombudsman :

- a) Ordonne que les mesures administratives nécessaires soient prises pour réparer les préjudices subis ;*
- b) Incite l'autorité compétente à s'assurer qu'à l'avenir, des voies de recours raisonnables soient mises à disposition pour obtenir réparation ;*
- c) Ordonne à un tribunal de se prononcer sur une question ou sur le montant de l'indemnisation ; ou*
- d) Renvoie une affaire devant le Procureur général en lui recommandant d'engager des poursuites et, si le Procureur général refuse d'engager des poursuites, l'Ombudsman a le droit de demander les motifs du refus.*

³⁹ Principes concernant le statut des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme (Principes de Paris), adoptés par l'Assemblée générale dans sa résolution A/RES/48/134 du 20 décembre 1993.

de ce type ont été mis en place (comme l'ombudsman général ou l'ombudsman pour les enfants, une commission dotée d'un mandat général et des commissions spéciales pour la défense des minorités nationales ou des droits des femmes). Toutefois, il est important que tous les droits de l'homme soient couverts par les attributions des institutions nationales de défense des droits de l'homme actives dans le pays.

Article 130

La Commission des droits de l'homme est habilitée, sur demande d'une personne ou d'une catégorie de personnes, ou de sa propre initiative, à mener une enquête et formuler des recommandations raisonnablement nécessaires pour la promotion efficace des droits reconnus dans la présente constitution, mais n'exerce pas de fonctions judiciaires ou législatives et ne doit pas se voir confier de pouvoirs en ce sens.

Compte tenu de leur rôle, les institutions nationales de défense des droits de l'homme ont été inscrites dans un certain nombre de constitutions. Cette étape est essentielle pour leur accorder un statut suffisant auprès des autorités de l'État et dans la société. La Constitution devrait garantir l'indépendance d'une institution nationale, énoncer les compétences de base indispensables à l'accomplissement de sa mission et établir des modalités transparentes et participatives en vue de sa nomination hiérarchique. S'agissant d'une commission nationale des droits de l'homme, la Constitution devrait également garantir sa fonction représentative, en veillant à ce qu'elle soit ouverte à tous les secteurs de la société.

Article 27 (Ombudsman) de la Constitution timoraise de 2002

1. *L'Ombudsman est un organe indépendant chargé d'examiner les plaintes déposées par les citoyens à l'encontre d'organes publics et d'obtenir un règlement, de certifier la légalité des actes, de prévenir les injustices et d'y remédier en lançant des mécanismes de réparation.*
2. *Les citoyens peuvent déposer des plaintes concernant des actes ou des omissions d'organes publics auprès de l'Ombudsman, qui entreprend un examen, sans pouvoir décisionnel, et adresse des recommandations aux entités compétentes, s'il le juge utile.*
3. *L'Ombudsman est désigné par un vote à la majorité absolue des membres du Parlement national, pour un mandat de quatre ans.*
4. *L'activité de l'Ombudsman est indépendante des outils de protection et recours juridiques prévus par la Constitution et la loi.*
5. *Les organes administratifs et les agents de la fonction publique sont tenus de collaborer avec l'Ombudsman.*

Droit de pétition

Dans bon nombre de pays, le droit des citoyens de présenter des requêtes, des propositions ou des demandes aux autorités de l'État, en particulier au parlement ou aux organes de l'administration centrale ou locale, est appelé le droit de pétition⁴⁰. Grâce à l'exercice de ce droit, ses titulaires disposent d'un autre moyen – outre l'accès aux tribunaux et les institutions nationales de défense des droits de l'homme – pour influencer les actes de l'État en ce qui concerne les violations des droits de l'homme.

⁴⁰ Le terme « pétition » désigne parfois des requêtes déposées devant un tribunal afin de lancer une procédure (par exemple, des requêtes déposées devant la Cour européenne des droits de l'homme). Toutefois, la présente publication ne vise pas de telles requêtes.

Premier amendement de la Constitution des États-Unis d'Amérique de 1787

Le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion, ni qui restreigne la liberté de la parole ou de la presse, ou le droit qu'a le peuple de s'assembler pacifiquement et d'adresser des pétitions au Gouvernement pour la réparation des torts dont il a à se plaindre.

Article 18 de la Constitution du Portugal de 1976

1) Le droit de pétition est garanti ; dans les affaires d'intérêt public ou d'un autre intérêt collectif, chacun a le droit de s'adresser, individuellement ou collectivement, aux autorités de l'État et aux autorités territoriales autonomes par pétition, proposition ou plainte.

2) La pétition ne doit pas enfreindre l'indépendance du tribunal.

En règle générale, les pétitions ne font pas l'objet d'une procédure détaillée et le droit d'agir de l'auteur d'une pétition est moins évident que celui du titulaire de droits, en tant que partie aux procédures engagées devant des organes étatiques indépendants, dans le cadre desquelles le requérant est placé sur un pied d'égalité avec l'entité étatique dont les actions sont en cause. Cela étant, dans de nombreux pays, les destinataires de la pétition sont légalement tenus de répondre au requérant dans un certain délai et de l'informer des mesures prises ou envisagées.

Le droit de pétition peut être utilisé par des individus, des organisations non gouvernementales et la société civile dans son ensemble afin de militer pour l'adoption de solutions juridiques et d'ordre politique favorisant le respect des droits de l'homme. Internet et les téléphones portables multiplient les possibilités de mobiliser l'opinion publique et deviennent ainsi des moyens supplémentaires d'exercer le droit de pétition.

Responsabilité et indemnisation

La responsabilité en cas de violations des droits de l'homme constitue un principe fondamental du droit des droits de l'homme, dont le corollaire est le refus de l'impunité des auteurs de violations⁴¹. En outre, le droit des droits de l'homme prévoit que les victimes de violations des droits de

⁴¹ Voir le Rapport de l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité, Diane Orentlicher : Add., E/CN.4/2005/102/Add.1.

l'homme ont le droit à un recours et à réparation, souvent sous la forme d'une indemnisation⁴². Les victimes ont également le droit à la vérité. Les Nations Unies ont accepté sans réserve l'importance du principe de responsabilité des auteurs de violations des droits de l'homme, qui a été énoncé dans des résolutions de l'Assemblée générale, de la Commission des droits de l'homme et de son successeur, le Conseil des droits de l'homme. Certains instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme visent explicitement la responsabilité des auteurs de violations lorsqu'ils définissent les obligations des États parties.

Article 4 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

1. Tout État partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture.

2. Tout État partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité.

Article 3 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées

Tout État partie prend les mesures appropriées pour enquêter sur les agissements définis à l'article 2, qui sont l'œuvre de personnes ou de groupes de personnes agissant sans l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, et pour traduire les responsables en justice.

Les organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme ont également souligné l'obligation des États de tenir les auteurs de violations responsables de leurs actes et le droit des victimes à un recours et à réparation. Par exemple, au paragraphe 15 de son observation générale n° 31, le Comité des droits de l'homme indique : « Le fait pour un État

L'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme peut bien être un facteur important qui contribue à la répétition des violations.

Comité des droits de l'homme, observation générale n° 31 (2004), par. 18.

⁴² Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire (A/RES/60/147, annexe).

partie de ne pas mener d'enquête sur des violations présumées pourrait en soi donner lieu à une violation distincte du Pacte. » Au paragraphe 18, le Comité poursuit en indiquant :

Lorsque les enquêtes mentionnées au paragraphe 15 révèlent la violation de certains droits reconnus dans le Pacte, les États parties doivent veiller à ce que les responsables soient traduits en justice. Comme dans le cas où un État partie s'abstient de mener une enquête, le fait de ne pas traduire en justice les auteurs de telles violations pourrait en soi donner lieu à une violation distincte du Pacte. Ces obligations se rapportent notamment aux violations assimilées à des crimes au regard du droit national ou international, comme la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants analogues (art. 7), les exécutions sommaires et arbitraires (art. 6) et les disparitions forcées (art. 7 et 9 et, souvent, art. 6).

L'impunité est une question souvent abordée de manière précise dans la Constitution des États qui sortent d'une période violente ou d'un régime autoritaire pour établir une démocratie. La manière d'envisager cette question dépend des particularités du pays, mais devrait être conforme au droit international et aux principes adoptés par les Nations Unies à cet égard. Chaque pays dispose d'une variété de solutions institutionnelles tout en respectant ce cadre.

Chapitre 16 (Unité nationale et réconciliation) de la Constitution provisoire sud-africaine de 1993

Afin de permettre la réconciliation et la reconstruction, l'amnistie est accordée en ce qui concerne les actes, omissions et infractions liées à des objectifs politiques et commis dans le cadre des conflits passés. À cette fin, en vertu de la présente Constitution, le Parlement adopte une loi fixant une date limite, devant se situer entre le 8 octobre 1990 et le 6 décembre 1993, et prévoyant les mécanismes, critères et procédures, y compris les tribunaux, le cas échéant, qui permettront, à tout moment après l'adoption de la loi, d'accorder ladite amnistie.

Constitution timoraise de 2002

Article 160 (Crimes graves)

Les actes commis entre le 25 avril 1974 et le 31 décembre 1999 qui sont susceptibles d'être considérés comme des crimes contre l'humanité, des crimes de génocide ou des crimes de guerre donnent lieu à des poursuites pénales devant les tribunaux nationaux ou internationaux.

Article 161 (Appropriation illégale d'actifs)

L'appropriation illégale de biens meubles et d'actifs fixes qui a eu lieu avant l'entrée en vigueur de la présente constitution est considérée comme un crime et doit faire l'objet d'un règlement comme prévu par la Constitution et la loi.

Article 162 (Réconciliation)

- 1. Il incombe à la Commission vérité, accueil et réconciliation de remplir les fonctions qui lui ont été attribuées par le règlement n° 2001/10 de l'ATNUTO.*
- 2. Les compétences, le mandat et les objectifs de la Commission sont redéfinis par le Parlement chaque fois que cela s'avère nécessaire.*

Certains instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme imposent aux États parties l'obligation de garantir une indemnisation dans des cas précis, à savoir essentiellement en cas de violation du droit à l'intégrité ou à la liberté de la personne⁴³.

Dans certaines constitutions, le droit à l'indemnisation est énoncé en termes généraux comme étant lié à tout acte illégal des autorités publiques. Un débat est en cours pour déterminer si ce droit est également applicable en ce qui concerne les lois qui violent des droits et libertés énoncés dans la charte des droits, mais il n'a pas encore trouvé son expression dans les constitutions contemporaines.

⁴³ Voir également l'article 24 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Article 9

5. Tout individu victime d'arrestation ou de détention illégale a droit à réparation.

Article 14

6. Lorsqu'une condamnation pénale définitive est ultérieurement annulée ou lorsque la grâce est accordée parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire, la personne qui a subi une peine en raison de cette condamnation sera indemnisée, conformément à la loi, à moins qu'il ne soit prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu lui est imputable en tout ou partie.

Article 14 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

1. Tout État partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible. En cas de mort de la victime résultant d'un acte de torture, les ayants cause de celle-ci ont droit à indemnisation.

2. Le présent article n'exclut aucun droit à indemnisation qu'aurait la victime ou toute autre personne en vertu des lois nationales.

Article 77 de la Constitution polonaise de 1997

1) Chacun a droit à la réparation des préjudices qu'il a subis en raison de toute action de l'autorité publique contraire à la loi.

2) La loi ne peut interdire à quiconque la voie judiciaire pour contester toute atteinte à ses droits et libertés.

D'autres constitutions mentionnent le droit à indemnisation dans certaines situations.

Constitution timoraise de 2002

Article 31 (Application du droit pénal)

6. Toute personne ayant été injustement condamnée a le droit d'obtenir une réparation équitable conformément à la loi.

Article 54 (Droit à la propriété privée)

3. La réquisition et l'expropriation de la propriété pour cause d'utilité publique doivent être assorties d'une réparation équitable prévue par la loi.

4. Accès aux organes et procédures établis par le droit international

Le libre accès aux organes et procédures établis par le droit international offre une garantie majeure du respect des droits de l'homme. Malheureusement, à l'échelle nationale, la loi, et en particulier la pratique, fournit de nombreux exemples de violations du droit de chacun de demander une assistance internationale si la protection nationale est insuffisante⁴⁴. Dans ce contexte, une garantie constitutionnelle du libre accès à une telle assistance peut jouer un rôle important. Toutefois, il est plutôt rare qu'une constitution reconnaisse l'accès aux organes internationaux, ce qui peut s'expliquer par le fait qu'il n'a été admis que récemment qu'une protection efficace des droits de l'homme suppose un accès à des garanties internationales en plus des garanties nationales.

Article 2 de la Constitution de Bosnie-Herzégovine de 1995

Paragraphe 8 (Coopération)

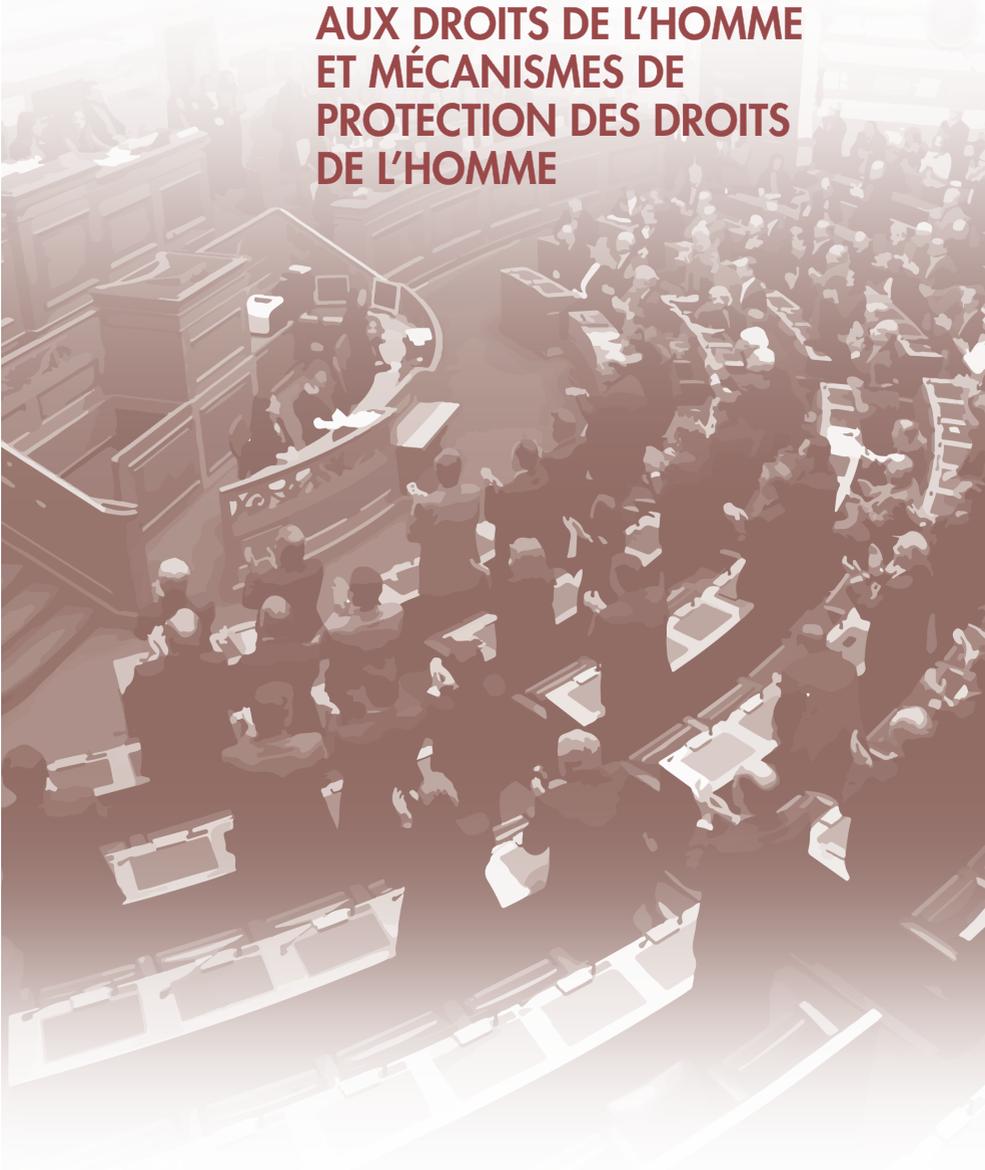
Toutes les autorités compétentes de Bosnie-Herzégovine s'associent et prévoient un accès libre : aux mécanismes internationaux de surveillance des droits de l'homme établis pour la Bosnie-Herzégovine ; aux organes de contrôle créés en vertu de tout accord international énuméré à l'annexe I de la présente constitution ; au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (elles sont notamment tenues de répondre à toute ordonnance délivrée en application de l'article 29 du Statut du tribunal) ; et à toute autre organisation reconnue par le Conseil de sécurité de l'ONU et exerçant des fonctions relatives aux droits de l'homme ou au droit humanitaire.

Il convient de noter que l'« annexe I » visée dans la disposition citée ci-dessus énumère tous les traités internationaux fondamentaux relatifs aux droits de l'homme, les Conventions de Genève de 1949 et d'autres traités liés aux droits de l'homme, notamment la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires de 1992 et la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales de 1994.

⁴⁴ Voir le Rapport du Secrétaire général sur la coopération avec l'Organisation des Nations Unies, ses représentants et ses mécanismes dans le domaine des droits de l'homme (A/HRC/14/19). Ce document fournit des renseignements sur des cas signalés au Secrétaire général.



**HAUT-COMMISSARIAT
AUX DROITS DE L'HOMME
ET MÉCANISMES DE
PROTECTION DES DROITS
DE L'HOMME**



A. Contribution des mécanismes de protection des droits de l'homme

Les organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme, les procédures spéciales du Conseil des droits de l'homme et l'Examen périodique universel sont autant d'outils susceptibles d'influencer les réformes constitutionnelles opérées par les États. Ces mécanismes de protection des droits de l'homme adressent souvent des recommandations aux États en ce qui concerne leur constitution. Ces recommandations peuvent porter sur la manière d'appliquer le droit des droits de l'homme à l'échelle nationale ou sur la protection effective des droits de l'homme.

Lors de la rédaction d'une constitution nationale, les rédacteurs seraient bien avisés de consulter les recommandations émises par les mécanismes de protection des droits de l'homme afin de s'assurer que les questions liées à ces droits sont suffisamment prises en considération. Ces recommandations peuvent les aider à formuler des dispositions constitutionnelles précises et détaillées pour protéger les droits de l'homme et en favoriser le respect⁴⁵.

1. Mise en œuvre du droit international des droits de l'homme par les États

La question de la mise en œuvre nationale du droit international des droits de l'homme est souvent liée au statut des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne. Les instruments internationaux priment le droit interne, même si certains États ne l'admettent pas totalement. Bien que reconnaissant la primauté des instruments internationaux sur le droit interne, ils soutiennent qu'elle ne concerne pas les dispositions de la Constitution de l'État⁴⁶.

⁴⁵ L'Index universel des droits de l'homme propose une liste des recommandations formulées par les différents mécanismes de protection des droits de l'homme (consultable à l'adresse <http://uhri.ohchr.org>). Les exemples fournis dans la présente publication ne sont pas exhaustifs et ont été sélectionnés pour illustrer certaines des questions susceptibles d'être soulevées lors de la rédaction d'une constitution.

⁴⁶ CCPR/C/KAZ/CO/1 (2011). Dans des arrêts qu'il a rendus, le Conseil constitutionnel a établi la primauté de la Constitution sur les dispositions des instruments internationaux et a déclaré inapplicable toute disposition d'un instrument qui est en conflit avec la Constitution. Voir également CERD/C/NIC/CO/14 (2008). La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale a rang de loi ordinaire et ne figure pas parmi les instruments internationaux mentionnés à l'article applicable de la Constitution de l'État partie comme ayant rang constitutionnel.

Pourtant, les instruments internationaux l'emportent effectivement sur les dispositions d'une constitution nationale⁴⁷, même si le droit international permet à un État partie d'émettre une réserve à un traité international relatif aux droits de l'homme concernant un article ou une disposition spécifique du traité, avant de le ratifier ou d'y adhérer, pour autant que la réserve ne soit pas incompatible avec l'objet et le but du traité en question⁴⁸.

La mise en œuvre du droit international des droits de l'homme par les États diffère selon qu'un État applique un système de droit international moniste ou dualiste. Selon la tradition moniste, le droit international est d'application directe devant les tribunaux, pour autant que le droit concerné puisse être d'application immédiate, ce qui signifie que la disposition en cause peut être appliquée directement sans qu'une loi de transposition soit nécessaire à l'échelle nationale⁴⁹. La tradition moniste est souvent suivie par les États de droit romaniste. À l'inverse, selon la tradition dualiste, tous les droits contenus dans un instrument international doivent être transposés dans le droit interne pour que les dispositions du traité puissent devenir contraignantes et être invoquées devant les tribunaux⁵⁰. Cette tradition est respectée dans la plupart des États qui utilisent la *common law*⁵¹.

La tradition dualiste peut créer une situation inhabituelle, dans laquelle un État a ratifié un traité relatif aux droits de l'homme ou y a adhéré, mais une partie ou la totalité des dispositions de ce traité ne sont pas contraignantes en droit interne et ne peuvent être invoquées devant les tribunaux de l'État,

⁴⁷ A/56/44. La Constitution d'un État partie prévoyait la primauté des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme sur le droit interne, y compris la Constitution de l'État. Voir également CERD/C/60/CO/3 (2002).

⁴⁸ Art. 2) 1) d) de la Convention de Vienne sur le droit des traités ; Comité des droits de l'homme, observation générale n° 4 (1994) sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte (CCPR/C/21/Rev.1/Add.6), par. 6.

⁴⁹ CAT/C/KGZ/CO/2 (2013). Conformément à la Constitution de l'État partie, les instruments internationaux sont directement applicables en droit interne.

⁵⁰ CEDAW/C/PNG/CO/3 (2010). Un Comité s'est dit préoccupé par le fait que, bien que ratifiée par un État partie en 1995, une convention internationale relative aux droits de l'homme n'avait pas reçu le statut de droit interne, car l'État partie, qui appliquait un système dualiste, n'avait ni adopté de loi de mise en œuvre ni modifié sa constitution.

⁵¹ Benedetto Conforti et Francesco Francioni, éd., *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1997), p. 9.

car l'État n'a adopté aucune législation, ou qu'une législation partielle, en vue d'appliquer le traité dans le droit interne⁵².

Les différences entre le système moniste et le système dualiste ne sont cependant pas aussi considérables qu'elles le paraissent à première vue. Dans les États qui appliquent un système moniste, il arrive souvent qu'un nombre important de dispositions d'un instrument relatif aux droits de l'homme ne soient pas d'application directe. Partant, l'État doit adopter une loi nationale pour mettre le traité en œuvre et permettre aux tribunaux d'en appliquer les dispositions relatives aux droits de l'homme. Même si une disposition est d'application directe, les États peuvent être vivement encouragés à adopter une législation pour faire progresser la mise en œuvre d'un droit de l'homme particulier⁵³. Si le Comité des droits de l'homme a indiqué qu'il préférerait que les États appliquent le principe d'applicabilité directe, il a reconnu que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'imposait aucune obligation en ce sens⁵⁴.

Une autre question fondamentale qui a été soulevée porte sur le droit de recours en cas de violations des droits de l'homme énoncés dans des instruments internationaux. Les organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme ont conclu que les États parties étaient tenus de prévoir des recours en cas de telles violations, et ce, afin de permettre une véritable application des droits de l'homme à l'échelle nationale, et ils

⁵² CRC/C/ERI/CO/4 (2015). Étant donné que l'État partie applique un système dualiste, il a été constaté avec préoccupation que, faute de mise en œuvre effective de la Constitution et des réformes législatives, les dispositions de la Convention n'étaient pas juridiquement contraignantes dans l'ordre juridique interne.

⁵³ CAT/C/LIE/CO/3 (2010). Même s'il a été observé que les modifications apportées à la Constitution interdisaient la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, que cette interdiction était absolue et n'était susceptible d'aucune dérogation, ni en vertu de la loi, ni en application de décrets d'urgence, et que conformément au système moniste appliqué par l'État, les dispositions de la Convention faisaient partie de l'ordre juridique interne, il a été conseillé à l'État partie d'incorporer dans sa législation interne le crime distinct de torture conformément à la définition figurant dans la Convention contre la torture, afin de promouvoir le but premier de la Convention qui est de prévenir la torture et les mauvais traitements.

⁵⁴ Observation générale n° 31 (2004), CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

se sont félicités de l'incorporation du droit de recours dans la Constitution d'un État partie⁵⁵.

2. Protection des droits de l'homme fondamentaux

Droits civils et politiques

Les mécanismes de protection des droits de l'homme ont formulé des recommandations sur de multiples questions qui devraient être intégrées dans une constitution. S'agissant des droits civils et politiques, il a par exemple été demandé aux États de prévoir une protection constitutionnelle des droits à la liberté d'expression, d'association et de réunion pacifique⁵⁶. Les États ont également été invités à garantir une protection constitutionnelle de la liberté de religion ou de conviction⁵⁷, y compris pour les confessions non traditionnelles⁵⁸. La reconnaissance, dans un article de la Constitution d'un État, de l'objection de conscience au service militaire comme faisant

⁵⁵ CERD/C/63/CO/10 (2003). Conformément à une disposition de la Constitution de l'État partie, tout individu affirmant que ses droits, tels qu'ils sont consacrés par la Constitution, ont été violés peut saisir la Haute Cour pour obtenir réparation. Voir également CAT/C/TUR/CO/3 (2011). L'État partie a modifié sa constitution pour y inclure le droit de recours devant la Cour constitutionnelle en cas de violation alléguée des droits de l'homme et libertés fondamentales.

⁵⁶ CRC/C/CUB/CO/2 (2011). Il a été recommandé à l'État partie d'envisager de modifier sa constitution afin d'élargir la protection des droits à la liberté d'expression, d'association et de réunion pacifique. A/HRC/15/16 (2010). L'État partie a été vivement incité à mettre pleinement en œuvre les dispositions de sa constitution sur la liberté d'expression, à protéger tous les journalistes contre le harcèlement et à créer un environnement favorable au fonctionnement des médias indépendants, notamment en simplifiant les procédures d'enregistrement et d'accréditation. A/HRC/10/71 (2009). Il a été recommandé à l'État de mettre fin à toutes les restrictions concernant les activités politiques et les réunions et d'autoriser l'enregistrement des partis politiques, comme le prévoit la Constitution.

⁵⁷ A/HRC/7/10/Add.4 (2008). La législation de l'État opérait une discrimination à l'égard des minorités religieuses et n'était pas conforme aux normes internationales ni à la Constitution de l'État.

⁵⁸ A/HRC/13/23/Add.1 (2010). Il a été déploré qu'au nom de la liberté de religion, un État reconnaisse les religions traditionnelles, mais n'accorde pas les mêmes libertés aux personnes dont la confession est considérée comme non traditionnelle, comme les Témoins de Jéhovah, les baptistes, les évangélistes et les scientologues.

partie de la liberté de religion ou de conviction a également été accueillie avec satisfaction⁵⁹.

Des recommandations ont également été formulées en ce qui concerne la protection constitutionnelle de la limitation de la durée de la détention provisoire⁶⁰, de l'interdiction de la torture⁶¹, de l'indépendance du pouvoir judiciaire⁶² et du droit des avocats d'exercer leur profession librement sans subir de mesures d'intimidation ni de harcèlement⁶³.

En outre, des recommandations ont été formulées au sujet du droit à la vie⁶⁴, de l'interdiction de l'esclavage⁶⁵, et des droits spécifiques auxquels

⁵⁹ CCPR/C/PRY/CO/2 (2006). La Constitution de l'État partie reconnaissait l'objection de conscience au service militaire et la Chambre des députés avait pris des mesures provisoires pour garantir son application face à l'absence de règles spécifiques régissant ce droit.

⁶⁰ CAT/C/CR/34/UGA (2005). Il a été constaté avec inquiétude que la détention provisoire pouvait dépasser la durée de quarante-huit heures prévue dans la Constitution et qu'une personne soupçonnée de trahison et de terrorisme pouvait être détenue pendant trois cent soixante jours avant d'être mise en liberté sous caution. A/HRC/25/6 (2013). L'État a été vivement incité à veiller à ce que toutes les personnes en détention provisoire soient présentées devant un juge dans les délais prévus par la Constitution et conformément aux dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

⁶¹ A/HRC/21/5 (2012). Il a été demandé à un État dont la nouvelle constitution était en cours d'élaboration de songer à inclure des dispositions contre la torture et d'assurer des recours utiles aux victimes de torture.

⁶² CCPR/CO/72/PRK (2002). Les dispositions constitutionnelles et législatives compromettaient gravement l'impartialité et l'indépendance du pouvoir judiciaire d'un État, notamment du fait que la Constitution limitait à cinq ans le mandat des juges, la Cour centrale était responsable devant l'Assemblée populaire suprême et les juges pouvaient être pénalement responsables s'ils rendaient « des jugements injustes ». CAT/C/QAT/CO/2 (2013). Même si des dispositions de la Constitution et de la loi nationale reconnaissent l'indépendance de la justice, un manque d'indépendance de la magistrature a été observé, essentiellement du fait de la précarité du mandat des juges.

⁶³ CAT/C/BLR/CO/4 (2011). Il a été relevé avec inquiétude que les avocats faisaient l'objet de mesures d'intimidation et d'ingérences dans leur travail et que, même si la loi garantissait son indépendance, le barreau était subordonné au Ministère de la justice et qu'il avait radié plusieurs avocats qui défendaient des personnes arrêtées dans le contexte d'une manifestation.

⁶⁴ CCPR/CO/79/LKA (2003). Il a été observé avec regret que le droit à la vie n'était pas expressément mentionné dans la Constitution d'un État partie. CCPR/C/SLE/CO/1 (2014). Si la poursuite du moratoire sur la peine de mort et l'engagement pris par un État partie de l'abolir ont été salués, la lenteur du processus visant à abolir la peine de mort et à retirer la disposition de la Constitution de l'État partie a été déplorée.

⁶⁵ A/HRC/17/15 (2011). Il a été demandé à un État de ne ménager aucun effort pour garantir le respect de l'interdiction de l'esclavage dans la nouvelle constitution.

il ne peut être dérogé conformément au Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁶⁶.

Droits économiques, sociaux et culturels

Grâce aux mécanismes de protection des droits de l'homme, des recommandations ont également été formulées concernant les droits économiques, sociaux et culturels, en particulier lorsque la Constitution d'un État ne les mentionnait pas⁶⁷ ou lorsqu'une constitution prévoyait des restrictions à l'exercice de ces droits⁶⁸.

Sans qu'il s'agisse d'une liste exhaustive, les droits suivants ont souvent été qualifiés de droits fondamentaux : le droit à l'éducation⁶⁹, le droit à la santé⁷⁰, le droit à l'alimentation et l'accès à l'eau⁷¹, et le droit au logement⁷².

⁶⁶ CCPR/C/79/Add.120 (2000). Il a été conseillé à un État partie de remanier complètement la Constitution et la loi sur l'état d'urgence pour garantir tous les droits énumérés dans le Pacte et auxquels il ne peut être dérogé.

⁶⁷ CERD/C/63/CO/10 (2003). Il a été constaté avec préoccupation qu'aucune référence aux droits économiques, sociaux et culturels ne figurait dans la Constitution d'un État partie.

⁶⁸ E/C.12/VNM/CO/2-4 (2014). Lorsque la Constitution d'un État partie contenait une disposition qui imposait des restrictions à l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels, l'État partie a été instamment prié d'examiner les restrictions prévues dans sa constitution et dans ses règlements et lois d'application, afin de les rendre conformes au Pacte.

⁶⁹ CRC/C/NGA/CO/3-4 (2010). Il a été conseillé d'intégrer dans la Constitution le droit à un enseignement primaire gratuit et obligatoire dans le cadre de la révision constitutionnelle de l'État partie, et de supprimer les frais de scolarité pour faire en sorte que l'enseignement primaire soit effectivement gratuit. E/C.12/POL/CO/5 (2009). Bien que la Constitution d'un État partie garantisse l'enseignement gratuit, l'enseignement supérieur n'est pas entièrement gratuit dans les universités gérées par l'État et cette situation porte un préjudice disproportionné aux groupes défavorisés et marginalisés, en particulier en milieu rural.

⁷⁰ A/HRC/14/20/Add.4 (2010). Il a été demandé à un État partie d'intégrer dans sa constitution le droit de jouir du meilleur état de santé possible.

⁷¹ E/C.12/SLV/CO/3-5 (2014). Il a été recommandé que le parlement d'un État partie achève de ratifier les réformes constitutionnelles qui visent à garantir le droit à l'alimentation et l'accès à l'eau dans la Constitution.

⁷² E/C.12/KEN/CO/1 (2008). Il a été recommandé à un État partie d'insérer dans son projet de constitution une disposition veillant à ce qu'on ne recoure aux expulsions qu'en dernier ressort.

Discrimination fondée sur des motifs interdits

Comme indiqué précédemment, les constitutions prévoient généralement l'interdiction de toute discrimination fondée sur une série de motifs qui sont énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans les deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, ainsi que d'autres motifs interdits de discrimination énoncés dans des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme plus récents ou issus de l'interprétation proposée par des organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme (voir chap. II, sect. B 1 de la présente publication). Cela étant, certains organes conventionnels ont analysé en profondeur la question de la discrimination, notamment lorsqu'ils sont créés en vertu d'un instrument international consacré à une forme particulière de discrimination, comme la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

S'agissant de la question de la discrimination raciale, des problèmes se sont posés dans les cas où, dans certains États, la Constitution donnait une définition de la discrimination raciale qui n'était pas entièrement conforme à la définition figurant dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale⁷³, où les enfants nés dans un État se voyaient accorder la nationalité de cet État en fonction de critères de couleur ou d'origine raciale⁷⁴, où les droits de certains groupes ethniques ou raciaux étaient limités⁷⁵, ou encore dans les cas où

⁷³ CERD/C/63/CO/6 (2003) ; CERD/C/PER/CO/18-21 (2014) ; CERD/C/JPN/CO/7-9 (2014).

⁷⁴ CRC/C/LBR/CO/2-4 (2012). L'octroi de la citoyenneté aux enfants nés dans un État partie continuait d'être restreint en fonction de critères de couleur ou d'origine raciale par des dispositions de la Constitution qui étaient contraires à la Convention relative aux droits de l'enfant.

⁷⁵ CERD/C/TCD/CO/16-18 (2013). Une disposition de la Constitution d'un État partie, qui prévoyait que « toute propagande à caractère ethnique, tribal, régional ou confessionnel tendant à porter atteinte à l'unité nationale ou à la laïcité de l'État est interdite », pouvait être interprétée de façon à dissuader les membres de groupes ethniques ou raciaux d'affirmer les droits qui leur sont garantis par la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

l'incitation à la haine raciale, religieuse ou ethnique n'était pas interdite dans la pratique⁷⁶.

En ce qui concerne la discrimination fondée sur le sexe ou le genre, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a recommandé aux États parties d'inscrire dans leur Constitution ou leur législation des dispositions interdisant toutes les formes de discrimination directe et indirecte à l'égard des femmes, de l'assortir de sanctions et d'abroger toutes les lois discriminatoires en vigueur⁷⁷. Il a également recommandé la suppression des dispositions constitutionnelles qui permettent la discrimination fondée sur le sexe ou sur le genre dans des questions telles que l'adoption, le mariage, le divorce, les funérailles, la transmission des biens, le décès ou d'autres questions qui relèvent du statut personnel⁷⁸. De plus, le Comité des droits de l'homme a relevé des aspects positifs, comme l'interdiction, dans un article de la Constitution d'un État partie, des coutumes et traditions portant atteinte à la dignité, au bien-être et à l'intérêt des femmes⁷⁹.

Les dispositions constitutionnelles qui avaient pour effet de perpétuer l'idée selon laquelle le rôle premier de la femme est sa fonction de mère au foyer ont été remises en question⁸⁰, tout comme les dispositions qui ne reconnaissaient pas aux femmes le droit de transmettre leur nationalité à un conjoint étranger comme c'était le cas pour leurs compatriotes hommes⁸¹.

Les dispositions constitutionnelles et lois électorales qui établissaient dans certains États des quotas ou objectifs concernant la représentation des femmes à des postes de responsabilité et de prise de décision ont été accueillies favorablement⁸².

⁷⁶ A/HRC/7/19/Add.4 (2008). Un État a été instamment prié de mettre pleinement en œuvre l'interdiction de l'incitation à la haine raciale, religieuse ou ethnique dans la Constitution.

⁷⁷ CEDAW/C/PAK/CO/4 (2013).

⁷⁸ CEDAW/C/LSO/CO/1-4 (2011).

⁷⁹ CCPR/CO/80/UGA (2004).

⁸⁰ A/57/38 (2002).

⁸¹ CEDAW/C/NGA/CO/6 (2008) ; CEDAW/C/SWZ/CO/1-2 (2014).

⁸² CEDAW/C/IRQ/CO/4-6 (2014) ; CEDAW/C/RWA/CO/6 (2009).

Il a également été recommandé aux États d'examiner leur Constitution et législation pour garantir l'interdiction de toute discrimination fondée sur des motifs d'orientation sexuelle et d'identité de genre⁸³.

S'agissant des droits des personnes handicapées, les recommandations portaient essentiellement sur l'inscription dans les constitutions et lois étatiques de l'interdiction de toute discrimination fondée sur le handicap⁸⁴. Des inquiétudes ont en outre été soulevées concernant les difficultés rencontrées pour lutter contre la discrimination à l'encontre des enfants handicapés, y compris leurs conditions de vie souvent mauvaises, le manque d'intégration dans les écoles et dans la société et les comportements discriminatoires prévalant dans la société à leur encontre⁸⁵. Il a également été relevé avec préoccupation que les personnes handicapées étaient particulièrement défavorisées pour exercer pleinement leurs droits électoraux⁸⁶.

Droits des groupes protégés

Le droit des droits de l'homme reconnaît des droits spécifiques à certains groupes protégés comme les enfants, les migrants, les peuples autochtones et les minorités. La Convention relative aux droits de l'enfant, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones énoncent des droits spécifiques pour ces groupes. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale contiennent des dispositions protégeant les minorités. Les constitutions contiennent souvent des articles traitant des droits de ces groupes et les mécanismes de protection des droits de l'homme ont formulé des recommandations quant au type de protection que les constitutions devraient prévoir pour ces groupes.

En ce qui concerne les droits de l'enfant, le Comité des droits de l'enfant a noté avec satisfaction que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant

⁸³ CCPR/C/BLZ/CO/1 (2013) ; CEDAW/C/MKD/CO/4-5 (2013).

⁸⁴ CRC/C/15/Add.168 (2001) ; CRC/C/15/Add.213 (2003).

⁸⁵ CRC/C/15/Add.241 (2004).

⁸⁶ CCPR/C/AGO/CO/1 (2013).

avait été consigné dans la Constitution d'un État⁸⁷, et s'est félicité des dispositions constitutionnelles visant à protéger les enfants, en particulier ceux nés hors mariage⁸⁸. Le Comité a constaté avec préoccupation qu'une disposition constitutionnelle prévoyait qu'en cas de nécessité, tous les citoyens aptes pouvaient être recrutés pour le service militaire, une telle disposition pouvant conduire au recrutement de personnes de plus en plus jeunes⁸⁹. Dans un autre État, le Comité a observé que, même si la Constitution interdisait le travail des enfants, ce qui est positif, le droit du travail n'interdisait pas d'affecter des enfants de moins de 18 ans à des tâches pénibles et dangereuses⁹⁰.

S'agissant des travailleurs migrants et de leur famille, il a été observé avec inquiétude que la constitution d'un État conférait à la branche exécutive le pouvoir exclusif d'expulser immédiatement du territoire national tout étranger dont le séjour est jugé inopportun, sans décision judiciaire préalable⁹¹. Il a été observé avec satisfaction que la nouvelle constitution d'un État consacrait des droits pour les travailleurs migrants nationaux et étrangers et reconnaissait que la migration était un droit⁹². De plus, il a été relevé avec préoccupation que, dans un État dont la Constitution disposait que tous les enfants nés sur le territoire national obtenaient la nationalité à la naissance, indépendamment de la nationalité de leurs parents, de nombreux officiers d'état civil refusaient d'inscrire au registre des naissances les enfants de travailleurs migrants sans papiers⁹³.

Des recommandations ont été formulées au sujet des peuples autochtones. Certains États ont notamment été invités à modifier leur constitution pour y inscrire la reconnaissance juridique et politique des peuples autochtones⁹⁴. La Constitution d'un État partie qui dispose qu'il incombe à l'État d'adopter des mesures de protection des droits et des intérêts des peuples autochtones, en particulier des terres et des forêts où ils se sont

⁸⁷ CRC/C/NAM/CO/2-3 (2012) ; CRC/C/GHA/CO/2 (2006) ; CRC/C/15/Add.241 (2004).

⁸⁸ CRC/C/TLS/CO/1 (2008).

⁸⁹ CRC/C/OPAC/SLV/CO/1 (2006).

⁹⁰ CRC/C/PRK/CO/4 (2009).

⁹¹ CAT/C/MEX/CO/4 (2007).

⁹² CMW/C/ECU/CO/2 (2010).

⁹³ CMW/C/MEX/CO/2 (2011).

⁹⁴ E/C.12/SLV/CO/3-5 (2014) ; E/CN.4/2006/78/Add.2 (2005).

installés, a été accueillie avec satisfaction⁹⁵. Il a également été relevé avec satisfaction qu'une disposition constitutionnelle prévoyait le droit des peuples autochtones de choisir leurs représentants, même s'il a été précisé que ce droit ne devrait pas être indûment restreint⁹⁶.

Pour ce qui est des droits des minorités, un article de la Constitution d'un État partie a fait l'objet d'une observation particulière du fait qu'il garantissait, à l'instar de la loi sur les langues officielles, le droit des personnes appartenant à des minorités de recevoir un enseignement dans leur langue⁹⁷. Tout en notant que la Constitution d'un État partie reconnaissait les trois principales communautés linguistiques, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a également recommandé à l'État partie de protéger la diversité culturelle de tous les groupes minoritaires⁹⁸. En outre, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a noté que la Constitution d'un État partie prévoyait la représentation de deux minorités nationales au parlement, mais est demeuré préoccupé par la question de la représentation des autres minorités au parlement et dans les organes électifs régionaux⁹⁹.

B. Programmes d'assistance : objectifs, formes et méthodes

Les rédacteurs d'une charte des droits peuvent tirer profit de la richesse de l'expérience internationale et de la comparaison des expériences nationales, et c'est généralement ce qu'ils font dans la pratique, sous une forme plus ou moins institutionnalisée. L'assistance institutionnalisée est le plus souvent proposée dans divers cadres de coopération par le système des Nations Unies, des organisations régionales, des gouvernements, des institutions spécialisées et des organisations non gouvernementales. Par ailleurs, les gouvernements ou autres parties prenantes à la réforme constitutionnelle sollicitent l'assistance d'experts internationaux.

⁹⁵ CERD/C/HND/CO/1-5 (2014).

⁹⁶ CERD/C/MEX/CO/16-17 (2012).

⁹⁷ CERD/C/KGZ/CO/5-7 (2013).

⁹⁸ E/C.12/BEL/CO/3 (2008).

⁹⁹ CERD/C/SVN/CO/6-7 (2010).

Certains principes généraux devraient orienter l'assistance internationale en vue de réformes constitutionnelles, qui s'inscrivent parfaitement dans le cadre global de la coopération technique. Même si certains principes ont déjà été examinés ci-dessus, il convient de présenter brièvement les principes pertinents, tels qu'énoncés dans la note d'orientation du Secrétaire général sur l'assistance des Nations Unies à l'élaboration de constitutions :

1. Saisir toutes les occasions de consolider la paix dans les pays en conflit ou sortant d'un conflit – l'élaboration d'une constitution peut permettre de s'attaquer aux causes profondes du conflit et de mettre au point des solutions durables. Dans de nombreux cas, l'élaboration d'une constitution fondée sur les droits de l'homme est un processus qui permet de résoudre les conflits ;
2. Favoriser le respect des normes internationales – la coopération internationale devrait promouvoir les normes internationales en matière de droits de l'homme à titre de référence indispensable pour les réformes constitutionnelles et tenir compte des droits établis par le droit international pour les groupes victimes de discrimination et de marginalisation ;
3. Garantir l'appropriation nationale – la condition indispensable pour mener à bien l'élaboration ou la réforme d'une constitution est son appropriation par le pays. Les acteurs internationaux devraient, d'une part, partager leurs connaissances et compétences internationales sans les imposer aux partenaires nationaux et, d'autre part, montrer qu'ils comprennent les priorités nationales, ainsi que les traditions et systèmes juridiques nationaux ;
4. Favoriser l'ouverture, la participation et la transparence – ces critères ont une incidence essentielle sur la légitimité des réformes constitutionnelles. Les réformes devraient faire intervenir non seulement les autorités publiques, mais aussi tous les segments de la société, y compris les peuples autochtones et les minorités, les organisations représentant les femmes, les organisations non gouvernementales, les universitaires, les partis politiques, les médias et les associations de juristes et autres professions ;

5. Mobiliser et coordonner de multiples compétences – une assistance efficace suppose l'intervention d'un grand nombre d'acteurs. Toutes les parties prenantes devraient donc s'efforcer d'harmoniser l'assistance constitutionnelle ;
6. Assurer un suivi suffisant – les réformes constitutionnelles ne s'achèvent pas dès qu'une nouvelle constitution est adoptée. Elles doivent ensuite être complétées par des efforts dans les domaines de l'éducation publique, de la formation professionnelle et d'autres formes de renforcement des capacités ;
7. Garantir la transparence de l'assistance internationale et la responsabilité de ses acteurs – il s'agit d'une des conditions essentielles de la crédibilité des conseillers externes.

L'objectif global de l'assistance apportée lors de la rédaction d'une charte des droits est de renforcer la capacité des partenaires nationaux de rendre leur projet de constitution ou leurs projets de modification de la Constitution conformes aux normes internationales en matière de droits de l'homme, compte tenu de leur interprétation par les organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme et par d'autres mécanismes de protection des droits de l'homme. Les normes internationales en matière de droits de l'homme devraient non seulement être une source d'inspiration et d'orientation générale pour les législateurs nationaux, mais également être considérées comme un outil d'évaluation des solutions juridiques, pratiques et d'ordre politique adoptées à l'échelle nationale. Comme l'indique la note d'orientation, l'assistance nécessaire peut aller de la mobilisation de compétences techniques et juridiques à la facilitation de négociations entre les différentes parties au sujet de l'organisation du processus et des principes constitutionnels fondamentaux. L'assistance peut également consister à organiser des campagnes d'éducation publique et de sensibilisation, apporter une aide administrative, financière ou juridique à l'organe chargé de la rédaction de la Constitution et appuyer les procédures qui aboutiront à l'adoption finale du texte.

Offrir une assistance internationale n'est pas simple. Certains acteurs nationaux peuvent avoir tendance à peu apprécier la présence de conseillers internationaux, car ils considèrent que l'élaboration d'une constitution est un acte souverain qu'ils sont capables de mener à bien. De plus, l'assistance internationale souffre souvent d'un manque de coordination.

Il est essentiel que les acteurs internationaux comprennent les acteurs nationaux chargés de l'élaboration de la Constitution et qu'ils respectent leur position et leurs aspirations. Ainsi, les acteurs internationaux pourront être appréciés pour leur rôle en tant que médiateur, tenant ou fournisseur de connaissances spécialisées sur un sujet donné. Par exemple, ils peuvent prendre les mesures positives suivantes : organiser des ateliers axés sur des questions qui doivent précisément être abordées dans le projet de constitution ; proposer des ouvrages de référence et autres documents que les acteurs nationaux concernés pourront consulter ; contribuer à la production de documents et autres publications susceptibles d'être utilisés, par exemple, afin de sensibiliser les citoyens à l'élaboration d'une constitution et au contenu d'un projet de constitution une fois mis au point.

Un autre exemple d'expérience positive serait la communication d'informations sur l'expérience d'autres États en matière d'élaboration de la Constitution. Il peut notamment s'agir de communiquer des informations sur la manière dont d'autres pays ont traité la question de la responsabilité des crimes commis dans le cadre d'un conflit ethnique, de communiquer des informations sur les commissions de vérité et réconciliation, de communiquer des informations sur les normes et mécanismes internationaux et, au moment de la mise en œuvre, de proposer une assistance technique pour la création d'institutions ou la rédaction de lois de mise en œuvre. Dans le cadre de l'assistance qu'ils fournissent, les acteurs internationaux doivent s'assurer de comprendre l'environnement politique national, dans la mesure où l'élaboration d'une constitution est en fin de compte et avant tout un processus politique national.

L'équipe de pays des Nations Unies, en coopération avec le HCDH, joue un rôle essentiel dans la fourniture de l'assistance internationale. Les droits de l'homme, l'égalité entre les sexes et l'autonomisation des femmes constituent un des quatre principes fondamentaux découlant des normes que les Nations Unies sont chargées de défendre et de promouvoir, et qui devraient inspirer tous les programmes à l'échelle nationale¹⁰⁰. Ces principes relatifs aux droits de l'homme fournissent un cadre pour

¹⁰⁰ Les trois autres principes fondamentaux sont la durabilité et la résilience, le fait de ne laisser personne à la traîne et la responsabilisation. Voir Groupe des Nations Unies pour le développement, Orientations relatives au plan-cadre des Nations Unies pour l'aide au développement (2016), p. 7. Disponible à l'adresse : <https://undg.org/wp-content/uploads/2016/09/Interim-UNDAF-Guidance-2016.pdf>.

l'intégration de la nécessité de réformer les constitutions dans les bilans communs de pays et dans chaque plan-cadre des Nations Unies pour l'aide au développement. En fonction du pays concerné, et en particulier de la situation qui y règne, le Programme des Nations Unies pour le développement, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF), l'Entité des Nations Unies pour l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes (ONU-Femmes), le Département des affaires politiques du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies et le Département des opérations de maintien de la paix peuvent jouer un rôle particulièrement important dans l'élaboration d'une constitution et peuvent, à cet égard, rechercher la coopération du HCDH en ce qui concerne les questions liées aux droits de l'homme.

C. Partenariats

Comme souligné dans les Orientations relatives au plan-cadre des Nations Unies pour l'aide au développement de 2017, l'appropriation et les priorités nationales doivent être envisagées dans le cadre de partenariats. Tout en défendant les priorités nationales, une équipe de pays des Nations Unies doit aider à articuler ces priorités de façon à tenir compte, entre autres, des obligations dont le Gouvernement doit s'acquitter en vertu d'instruments internationaux, notamment relatifs aux droits de l'homme. Afin d'apporter une assistance efficace, tous les partenaires internationaux contribuant à des réformes constitutionnelles doivent s'efforcer de coopérer les uns avec les autres et de favoriser une participation active des partenaires nationaux. Les équipes de pays des Nations Unies devraient également coopérer avec des organisations régionales ayant développé leurs propres compétences dans le domaine constitutionnel, lesquelles sont souvent étroitement liées aux méthodes adoptées par les pays de la région. De tels partenariats sont importants pour garantir une rédaction et une mise en œuvre efficace de la charte des droits.

SOURCES ET RÉFÉRENCES

Instruments internationaux fondamentaux relatifs aux droits de l'homme

1965 Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

1966 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

1966 Pacte international relatif aux droits civils et politiques

1979 Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes

1984 Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

1989 Convention relative aux droits de l'enfant

1990 Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille

2006 Convention relative aux droits des personnes handicapées

2006 Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées

Les instruments internationaux fondamentaux sont disponibles à l'adresse : <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>.

Observations générales citées dans la présente publication

Comité des droits de l'homme

Observation générale n° 18 (1989) sur la non-discrimination

Observation générale n° 22 (1993) sur le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 18)

Observation générale n° 24 (1994) sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des

Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte

Observation générale n° 25 (1996) sur le droit de participer aux affaires publiques, de voter et d'être élu et d'accéder aux fonctions publiques dans des conditions d'égalité (art. 25)

Observation générale n° 29 (2001) sur les dérogations dans le cadre d'un état d'urgence (art. 4)

Observation générale n° 31 (2004) sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte

Observation générale n° 32 (2007) sur le droit à l'égalité devant les tribunaux et cours de justice et à un procès équitable (art. 14)

Comité des droits économiques, sociaux et culturels

Observation générale n° 3 (1990) sur la nature des obligations des États parties (art. 2, par. 1)

Observation générale n° 9 (1998) sur l'application du Pacte au niveau national

Observation générale n° 19 (2007) sur le droit à la sécurité sociale (art. 9)

Observation générale n° 20 (2009) sur la non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, par. 2)

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale

Recommandation générale n° 32 (2009) sur la signification et la portée des mesures spéciales dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

Toutes les observations générales sont disponibles à l'adresse : www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx.

Notes d'orientation du Secrétaire général citées dans la présente publication

Note d'orientation du Secrétaire général : *United Nations Assistance to Constitution-making Processes*

Note d'orientation du Secrétaire général, Aide à la consolidation de l'état de droit : l'approche de l'ONU

Note d'orientation du Secrétaire général sur la démocratie

Constitutions nationales citées dans la présente publication

Afghanistan – Constitution de 2004

Afrique du Sud – Constitution provisoire de 1993 ; Constitution de 1996

Allemagne – Loi fondamentale de 1949

Andorre – Constitution de 1993

Angola – Constitution de 2010

Argentine – Constitution de 1994

Azerbaïdjan – Constitution de 1995

Bahreïn – Constitution de 1973

Bénin – Constitution de 1990

Bolivie (État plurinational de) – Constitution de 2009

Bosnie-Herzégovine – Constitution de 1995

Brésil – Constitution de 1988

Bulgarie – Constitution de 1991

Burkina Faso – Constitution de 1991

Burundi – Constitution de 2005

Cabo Verde – Constitution de 1992

Cambodge – Constitution de 1993

Chine – Constitution de 1982

Colombie – Constitution de 1991
Costa Rica – Constitution de 1949 (telle qu'amendée en 2011)
Équateur – Constitution de 2008
Estonie – Constitution de 1992
États-Unis d'Amérique – Constitution de 1787
Éthiopie – Constitution de 1994
Fédération de Russie – Constitution de 1993
Fidji – Constitution de 2013
France – Constitution de 1958
Géorgie – Constitution de 1995
Ghana – Constitution de 1992
Guinée-Bissau – Constitution de 1984
Inde – Constitution de 1949
Indonésie – Constitution de 1945
Kenya – Constitution de 2010
Malaisie – Constitution de 1957
Malawi – Constitution de 1994, telle qu'amendée en 2010
Maldives – Constitution de 2008
Maurice – Constitution de 1968
Mexique – Constitution de 1917
Mongolie – Constitution de 1992
Népal – Constitution provisoire de 2007
Nigéria – Constitution de 1999
Pays-Bas – Constitution de 2002
Pologne – Constitution de 1997
Portugal – Constitution de 1976

Rwanda – Constitution de 2003, avec des modifications jusqu'en 2015

Serbie – Constitution de 2006

Slovaquie – Constitution de 1992

Slovénie – Constitution de 1991

Suisse – Constitution de 1999

Tchéquie – Constitution de 1992

Timor-Leste – Constitution de 2002

Ukraine – Constitution de 1996

Venezuela (République bolivarienne du) – Constitution de 2009

Le texte intégral des constitutions citées peut être consulté sur le site Internet des États eux-mêmes ou sur les sites Web suivants :

Constitute

www.constituteproject.org

International Constitutional Law

www.servat.unibe.ch/icl

International IDEA: ConstitutionNet

www.constitutionnet.org

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

<http://www.wipo.int/wipolex/fr/index.jsp>

Refworld

www.refworld.org

Exemples de sites Web consacrés aux droits de l'homme qui offrent un accès à la jurisprudence et aux instruments internationaux et régionaux

Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme

www.ohchr.org/fr

Index universel des droits de l'homme

<http://uhri.ohchr.org/fr/>

Jurisprudence

<http://juris.ohchr.org/fr>

Conseil de l'Europe – Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise)

<http://www.venice.coe.int/fr>

Cour européenne des droits de l'homme

<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=fr>

Cour interaméricaine des droits de l'homme

www.corteidh.or.cr

Bibliothèque des droits humains de l'Université du Minnesota

<http://hrlibrary.umn.edu>

Université de Pretoria – Centre pour les droits de l'homme

Base de données de jurisprudence africaine relative aux droits de l'homme

www.chr.up.ac.za/index.php/documents/african-human-rights-case-law-database.html

Base de données relative aux droits des peuples autochtones

www.chr.up.ac.za/chr_old/indigenous/

Traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme

www.bayefsky.com

Designed and printed by the Publishing Service, United Nations, Geneva
1721801 (F) – September 2018 – 1,851 – HR/PUB/17/5
United Nations publication
ISBN 978-92-1-254186-0

