

LES DROITS DE L'HOMME AU CENTRE/HUMAN RIGHTS
AT THE CENTER
QUELQUES REMARQUES INTRODUCTIVES/SOME
INTRODUCTORY REMARKS

SAMANTHA BESSON/MICHEL HOTTELIER/FRANZ WERRO
Professeurs aux Universités de Fribourg, de Genève et de Georgetown

Le respect des droits de l'homme est désormais devenu un élément essentiel du respect du droit. Il n'est plus un domaine juridique aujourd'hui dans lequel l'on ne rencontre pas d'obligations liées à la protection des droits de l'homme. Ce renforcement du statut de l'être humain dans tous les domaines de la société et du droit ne va pas sans difficultés, cependant. Le fil conducteur des différentes contributions réunies dans le présent ouvrage est de confronter ouvertement ces questions, et ainsi de rendre aux droits de l'homme la place qui leur revient dans tout ordre juridique, soit en d'autres termes de les placer au centre du droit.

Respect for human rights has become a central element of the legal order. Duties associated with human rights apply across the board whatever the legal domain. This general reinforcement of human status does not go without difficulties, however. The common thread in all contributions gathered in the present book is to address these questions openly and thus to give human rights the place they deserve in any legal order, that is to say place them at the center.

Ce livre réunit les contributions issues du séminaire du troisième cycle romand 2005 consacré aux droits de l'homme, qui s'est tenu à Charmey, dans le Canton de Fribourg, du 17 au 20 mai 2005, sous la direction du Professeur Franz Werro. Fruit d'un séminaire transatlantique entre doctorants et professeurs des facultés de droit romandes et du Georgetown University Law Center, à Washington DC, cet ouvrage présente la particularité d'être à la fois en anglais et en français. Il lance ainsi les bases d'un dialogue aujourd'hui nécessaire entre les conceptions européenne(s) et américaine des droits de l'homme.

The book collects papers presented at the "troisième cycle romand 2005", a seminar held at Charmey, Switzerland, from 17 to 20 May 2005, under the direction of Professor Franz Werro. It is the result of a transatlantic encounter between graduate students and professors from French-speaking

law faculties in Switzerland and students and professors from the Georgetown University Law Center in Washington DC. As such, the present book is both in English and in French and launches a necessary dialogue between European and American conceptions of human rights.

L'un des apports juridiques les plus importants de la seconde moitié du 20^{ème} siècle aura été celui des droits de l'homme¹, tant sur un plan national, où la fin de la deuxième guerre mondiale coïncide avec le retour des droits fondamentaux dans les constitutions nationales et le développement de la justice constitutionnelle, qu'au plan européen et international avec le développement des instruments et mécanismes de protection des droits de l'homme comme la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ou les deux Pactes des Nations Unies. En plus de cinquante ans, les droits de l'homme se sont sans cesse renforcés dans les garanties aussi bien matérielles que procédurales qu'ils offrent.

Durant longtemps, cependant, les droits de l'homme ont été l'apanage d'un seul domaine du droit : le droit public, et notamment le droit constitutionnel. Les droits de l'homme s'insèrent en effet depuis le 18^{ème} siècle, à l'image des libertés publiques françaises ou des « human rights » américains, avant tout dans une relation *verticale* entre l'individu et l'Etat. Dès le milieu du 20^{ème} siècle, le droit constitutionnel national des droits de l'homme s'est étoffé d'une dimension supplémentaire, aujourd'hui largement indissociable, de droit international et européen des droits de l'homme.² Le droit international et

¹ Nous avons fait le choix d'user dans le titre, l'organisation et l'introduction de l'ouvrage des termes français « droits de l'homme » et anglais « human rights ». Ce choix ne devrait cependant en aucun cas être interprété comme un choix sexué et certains auteurs ont parfois choisi de faire usage dans leur chapitre des termes neutres « droits humains ».

² Dans cette introduction, nous ferons usage des termes « droits de l'homme » et « droits fondamentaux » de manière interchangeable, bien que les droits de l'homme (internationaux) soient habituellement considérés comme d'application plus large que les droits fondamentaux (nationaux). En effet, dans le contexte européen, par exemple, la distinction entre protection européenne et internationale des droits de l'homme (p.ex. Convention européenne des *droits de l'homme*), d'une part, et protection nationale et communautaire des *droits fondamentaux* dans les constitutions nationales et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, d'autre part, est largement dépassée. Souvent, la distinction est utilisée pour faire référence à la nature légale des droits fondamentaux et à la nature morale des droits de l'homme, et en particulier pour opposer les droits de l'homme moraux aux droits fondamentaux constitutionnels. Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. II, 2^{ème} éd., Berne 2006, Ch. I, n. 4 ss, 38; et O. PFERSMANN, Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux, in L. FAVOREU (dir.), *Droits des libertés fondamentales*, 2^{ème} éd., Paris 2002, pp. 69 ss, 80-81 sur l'usage des termes « droits de l'homme » et « droits fondamentaux ».

européen des droits de l'homme est ainsi devenu l'un des premiers domaines du droit international public et du droit européen dont le sujet direct est la personne privée, et non plus seulement l'Etat. Si le bénéficiaire est individuel, le destinataire du droit constitutionnel national, européen et international des droits de l'homme demeure cependant dans tous les cas avant tout l'Etat et ses agents dans une relation éminemment verticale. Les droits de l'homme ont par conséquent longtemps été confinés aux limites du droit *public* national, européen et international.

Avec la privatisation de nombreuses tâches étatiques, mais aussi avec l'emprise de groupes de particuliers sur des intérêts juridiquement protégés au titre des droits de l'homme, s'est posée la question de savoir si ces droits ne devaient pas aussi lier les particuliers dans les relations strictement horizontales propres au droit privé³. Si la tradition germanique des droits de l'homme, très influente en droit constitutionnel suisse, mais aussi en droit constitutionnel européen, a toujours connu l'idée d'un rayonnement de ces garanties *qua* valeurs objectives dans l'ensemble de l'ordre juridique⁴, l'idée d'une justiciabilité des droits de l'homme entre individus était durant longtemps exclue de la plupart des ordres juridiques européens et américain.

Durant les années 1970 est cependant apparue une nouvelle figure juridique : celle de l'effet *horizontal* des droits fondamentaux d'origine nationale et, corrélativement, des droits de l'homme d'essence internationale. C'est surtout dans sa version *indirecte* d'interprétation de normes de droit privé ou pénal conformément aux droits constitutionnels par le juge que l'effet horizontal s'est progressivement imposé dans les ordres juridiques européens. Le juge du droit privé ou pénal interprétait les normes de ces domaines conformément aux droits individuels protégés par la constitution. L'effet horizontal *direct* des droits de l'homme dans les relations individuelles n'a quant à lui été retenu que dans certains ordres juridiques européens, et dans des circonstances extrêmement limitées comme, par exemple, en matière d'égalité de salaire entre hommes et femmes (art. 8 al. 3 Constitution fédérale suisse). La révision de la Constitution suisse a consacré l'effet horizontal à l'art. 35, mais a aussi par-là même limité l'ampleur de l'effet horizontal direct. En droit américain, l'effet horizontal des droits de l'homme n'est pas reconnu et seule la « state

³ Cf. avec davantage de références, S. BESSON, *L'égalité horizontale : l'égalité de traitement entre particuliers. Des fondements théoriques au droit privé suisse*, Fribourg 1999, n. 607 ss ; S. BESSON, 2006, Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l'homme, in F. WERRO (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit privé*, Berne 2006, p. 1 ss.

⁴ Cf. M. SCHEFER, *Die Kerngehalte der Grundrechte*, Berne 2001, p. 238 ss sur les origines des obligations positives en théorie constitutionnelle.

action theory » permet dans certains cas d'étendre l'effet des droits de l'homme à des situations *a priori* privées.⁵

De manière générale, on peut dire que l'effet horizontal direct n'est plus aujourd'hui le moyen favori de réalisation des droits de l'homme dans les domaines de l'ordre juridique échappant à l'emprise directe de l'Etat.⁶ Ceci vaut cependant à l'exception des domaines dans lesquels le droit européen exerce son influence, puisque l'effet horizontal direct des libertés fondamentales, et notamment de la libre circulation des personnes, a été un moteur essentiel de la réalisation du marché intérieur et de l'intégration européenne. Cet effet horizontal des libertés fondamentales dans l'Union européenne (UE) demeure encore contesté cependant, notamment dans le domaine de la libre circulation des marchandises. Par ailleurs, l'effet horizontal des droits fondamentaux de l'Union européenne demeure encore ouvert à l'heure actuelle.⁷ En droit international public général, la qualité de sujet d'obligations des individus était aussi jusqu'à il y a peu largement absente.⁸ Il y a plusieurs raisons à cela : la médiation étatique propre au droit international public comme au droit européen, mais aussi la résistance de certains Etats à l'effet horizontal souvent inconnu en droit national, comme nous venons de le voir. L'évolution récente des obligations pénales des individus directement issues du droit international public⁹ permet cependant de concevoir le développement des obligations horizontales directes issues du droit international des droits de l'homme. En pratique, cette évolution est déjà en marche avec les différents projets de responsabilisation directe des agents non-étatiques, comme les sociétés multinationales ou agents militaires privés, en cas de violation grave des droits de l'homme.¹⁰

⁵ Cf. la décision de la Cour suprême américaine *Shelley v. Kraemer* 334 US 1 (1948) et la décision de la Cour suprême du Canada *R.W.D.S.U., Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573 révisée en 2002 par *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 S.C.C. 8. Cf. L. TRIBE, Refocusing the 'State Action' Inquiry : Separating State Acts from State Actors, in *Constitutional Choices*, Cambridge Mass. 1985, p. 246 ss.

⁶ Cf. pour plus de détails, BESSON, 2006, supra n. 3.

⁷ Cf. avec davantage de références, S. BESSON, Fundamental Rights and European Private Law, in BUSSANI/WERRO (éd.), *European Private Law. A Handbook*, Bern/Durham/Bruxelles 2006.

⁸ Cf. P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, 7^e éd., Paris 2002, n. 418.

⁹ Cf. DAILLIER/PELLET, supra n. 8, n. 441 ss.

¹⁰ Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, *Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises*, adoptées le 13 août 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. Cf. p. ex. A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford 2006, pp. 195 ss et pp. 299 ss; D. WEISSBRODT and M. KRUGER, *Human Rights Responsibilities of Businesses as Non-State Actors*, in P. ALSTON (éd.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford 2005, pp. 315 ss.

Il est néanmoins une forme d'obligation liée aux droits de l'homme qui se renforce depuis quelques années et qui peut suppléer à l'absence d'effet horizontal direct. Il s'agit des *obligations positives* de l'Etat et de ses agents de protéger les droits de l'homme et de les mettre en œuvre dans l'ordre juridique tout entier.¹¹ Ces obligations positives institutionnelles complètent les droits de l'homme et les obligations négatives ou positives qui leur sont corrélatives. Elles impliquent que l'Etat assume l'obligation, dans l'ensemble de l'ordre juridique et des domaines de la société, de mettre en œuvre les droits de l'homme et de les protéger contre des atteintes non seulement étatiques, mais surtout d'origine privée ou naturelle. Leur fondement légal demeure encore controversé, mais c'est surtout leur étendue et limites qui posent des difficultés conceptuelles importantes par rapport à d'autres obligations justiciables en vertu de droits de l'homme dotés d'une vocation négative.¹²

En Europe, le respect des obligations positives de protection des droits de l'homme est sanctionné depuis les années 1970 par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et par celle de la Cour de Justice des Communautés. Elles pallient en effet, dans le cadre de la CEDH, l'absence d'effet horizontal résultant de la médiation étatique propre au droit international et le fait que les Etats sont les destinataires principaux de la Convention. Dans les ordres juridiques nationaux européens, la progression des obligations positives a été plus lente, mais la perte de vitesse de l'effet horizontal des droits de l'homme coïncide avec une re-responsabilisation de l'Etat et le renforcement des obligations positives de l'Etat. Ces obligations présentent l'avantage de ne pas entrer en contradiction avec certains principes directeurs propres à des domaines juridiques, comme l'autonomie privée ou la liberté contractuelle notamment. En outre, elles préservent dans une plus grande mesure la séparation des pouvoirs en évitant de faire peser le fardeau de la réalisation des droits de l'homme entre particuliers sur le juge uniquement. En droit américain, par contre, la responsabilisation de l'Etat en cas de violation interindividuelle des droits de l'homme est rare et, si elle a lieu, passe par le droit de la responsabilité civile plutôt que par le droit constitutionnel.¹³ Dans l'Union européenne, par contre, les obligations positives sont devenues un outil privilégié de mise en œuvre des libertés fondamentales.¹⁴ En droit international public général, et pour les raisons évoquées plus haut, la qualité de sujet d'obligations des individus passe aussi

¹¹ Cf. avec davantage de références, S. BESSON, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux. Un essai en dogmatique comparative, (2003) 1 *Revue de droit suisse* p. 49 ss; SCHEFFER, 2001, supra n. 4.

¹² Cf. BESSON, 2003, supra n. 11; SCHEFFER, 2001, supra n. 4.

¹³ Cf. BESSON, 2003, supra n. 11.

¹⁴ Cf. BESSON, 2006, supra n. 7.

généralement par le biais des obligations positives de protection des droits de l'homme.¹⁵

Même si elle est le fruit des forces politiques et sociales qui façonnent le droit, cette évolution historique et comparative de la place qu'occupent les droits de l'homme dans l'ordre juridique interne correspond néanmoins à une conception avant tout institutionnelle plutôt qu'interindividuelle des droits de l'homme.¹⁶ Selon cette approche, les droits de l'homme génèrent de manière dynamique, et selon les circonstances, des obligations aptes à protéger les intérêts qu'ils garantissent. Ces obligations sont destinées aux institutions (au sens large) à même de les respecter plutôt qu'aux individus qui pourraient aussi violer ces droits. Cette conception de la nature avant tout institutionnelle des droits fondamentaux permet non seulement de comprendre la priorité que se voient progressivement reconnaître les obligations positives de protection des droits fondamentaux sur leur effet horizontal dans la jurisprudence actuelle, mais aussi d'éclaircir certaines des difficultés que la jurisprudence et la doctrine n'ont pas encore réglées. Il s'agit notamment de la question de l'adéquation de la notion de « violation » des droits fondamentaux en cas de non-respect des obligations positives de protection de l'Etat, d'une part, et de la question de l'origine des violations contre lesquelles des obligations positives de protection peuvent être invoquées, d'autre part.

Ainsi, il est utile de distinguer, selon leurs origines, six différents types d'atteintes couvertes par les obligations positives de protection des droits de l'homme¹⁷. Elles sont énumérées dans un ordre décroissant d'importance et de responsabilité de l'Etat : (i) les atteintes issues d'ordres officiels, (ii) les atteintes interindividuelles de tiers chargés de fonctions publiques, (iii) les atteintes interindividuelles de tiers qui ne sont pas réglées par la loi, (iv) les atteintes interindividuelles de tiers qui sont illégales mais tolérées en pratique,

¹⁵ Cf. CLAPHAM, 2006, supra n. 10; ALSTON, 2005, supra n. 10.

¹⁶ Cf. T. POGGE, *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Oxford 2002, p. 59 ss; T. POGGE, On the Site of Distributive Justice: Reflections on Cohen and Murphy, (2000) 29:2 *Philosophy and Public Affairs* p. 137 ss. Contra: G. COHEN, Where the Action Is: On the Site of Distributive Justice, (1997) 26 *Philosophy and Public Affairs* p. 3 ss; and L. MURPHY, Institutions and the Demands of Justice, (1998) 27:4 *Philosophy and Public Affairs* p. 251 ss. Cf. aussi S. BESSON, Human Rights, Institutional Duties and Cosmopolitan Responsibilities, (2003) 23:3 *Oxford Journal of Legal Studies* p. 507 ss.

¹⁷ Cette liste est adaptée de la liste que présente T. POGGE, Human Rights and Human Responsibilities, in DE GREIFF/CRONIN (éd.), *Global Justice and Transnational Politics: Essays on the Moral and Political Challenges of Globalization*, Cambridge Mass. 2002. Cf. aussi M. SCHEFER, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, (2002) *Pratique Juridique Actuelle* p. 1131 ss sur différents types d'atteinte aux droits fondamentaux et d'obligations positives selon la proximité de l'individu responsable de l'Etat et des fonctions publiques.

(v) les conséquences d'atteintes naturelles, et (vi) les conséquences d'atteintes portées à soi-même.

Ce renforcement du statut de l'être humain dans tous les domaines de la société et du droit ne va pas sans difficultés, bien sûr. C'est précisément l'objet des différentes contributions de ce volume que d'en traiter et cela dans un nombre très varié de problématiques. Certaines sont liées aux différents principes directeurs des domaines juridiques concernés, comme la liberté contractuelle et l'autonomie privée en droit privé, ou le principe de légalité en droit pénal. D'autres difficultés concernent les conflits entre les ordres juridiques qui se superposent largement aujourd'hui avec leurs mécanismes de mise en œuvre distincts, comme les conflits entre le droit transnational et international qui s'applique en matière d'arbitrage et les droits de l'homme, la concurrence inter-juridictionnelle en matière de droits de l'homme en Europe ou encore les conflits de compétence juridictionnelle entre les Etats qui invoquent une compétence juridictionnelle universelle en matière de violation de droits de l'homme et les autres Etats. Enfin, certaines difficultés dépassent un cadre strictement juridique et sont liées aux tensions désormais grandissantes entre l'universalisme des valeurs et des droits de l'homme que consacre le développement du droit européen et international, d'une part, et le renforcement du particularisme national en relation à certains intérêts politiques, culturels, économiques et sécuritaires, d'autre part. On pensera, par exemple, aux questions que posent la lutte anti-terroriste ou les mesures de restriction en matière d'asile.

Le présent ouvrage est divisé en huit parties consacrées chacune d'elles aux droits de l'homme dans un domaine précis de la vie humaine : procédures, sanctions, asile, famille, minorités, dommage, contrat et propriété. Ces différents domaines sont énumérés dans l'ordre décroissant de relation à la puissance publique et donc dans un ordre décroissant de responsabilité positive de l'Etat. Il ne s'agit en effet pas ici de reproduire la structure des différents domaines juridiques qui enserrant la pratique du droit en Europe et aux Etats-Unis, mais au contraire de libérer l'analyse des droits de l'homme de la contrainte des catégories traditionnelles, afin de révéler leur diffusion très large en pratique et de révéler l'être humain au cœur du droit. Ce faisant, nous avons pris le parti de ne pas distinguer entre droit privé, public et pénal, mais surtout de ne pas distinguer entre droit national, international, transnational et européen ; ces différentes sources de normes se superposent en effet d'une manière aujourd'hui largement indissociable. Notons, finalement, qu'il s'agit là d'un ordonnancement de chapitres qui, comme toute catégorisation, est éminemment subjectif et n'a d'autre rôle que de susciter des rapprochements

intéressants entre des questions que l'on ne considérerait pas ensemble dans d'autres contextes.

The present book is comprised of eight sections. Each of them addresses the place and function of human rights in a particular area of human life: procedure, sanctions, asylum, family, minorities, tort, contract and property. These different areas are listed in a decreasing order of relation to public power and hence in a decreasing order of State responsibility. The point in this structure is to avoid reproducing the ordering of the different domains of law which corset legal practice in Europe and in the United States, and thus to free human rights analysis from the constraint of traditional categories in order to reveal their broad diffusion in practice and to emphasize the role human dignity plays in law. In so doing, we have chosen not to distinguish between private, public and criminal law, but also not to separate national law from international, transnational and European law; nowadays, indeed, these different sources of law intermingle so as to become largely inseparable. Finally, it is important to emphasize that the proposed structure is, like any structure, largely subjective and has no other purpose than to stimulate interesting comparisons between issues which are not usually addressed together in other contexts.

Il est utile à l'orée de ce très riche ouvrage d'offrir un bref survol des contributions qu'il contient. Les résumés de chaque contribution ont été rédigés par leur auteur dans la langue qui est celle de la contribution qu'ils résumant et ont été ensuite légèrement adaptés au format de cette introduction.

It is useful at the outset of this very diverse collection of essays to provide a brief overview of the contributions it is comprised of. The abstracts of the different contributions were written by their respective authors and in the language of the contribution. They have only been slightly adapted to fit the present introduction's format.

La première partie comprend quatre contributions, toutes consacrées de près ou de loin à la relation entre les droits de l'homme et les différentes procédures destinées à les garantir. Les domaines traités vont de l'arbitrage aux procédures judiciaires régionales ou nationales.

In the first chapter, Markus Schefer argues for the merits of non-hierarchical human rights adjudication in Europe. Today, judicial review of legislative and executive acts is a standard feature of western style constitutions. Courts have become the main focus of individual rights protection against an overreaching government. During the last three decades, scholarship deeply sceptical of judicial protection has arisen in response to the decline in the level of protection the U.S. Supreme Court has afforded to individual rights. Some authors argue that opening up constitutional law to more populist influences

could improve constitutional protection. The chapter traces two reasons – among many others – that may have contributed to the steady decline in individual rights protection in the U.S.: the hierarchical organization of the U.S. court system, and the hierarchical nature of the jurisprudence of original intent. These hierarchies lead to a closure of the court that deprives it of its ability to effectively counteract the other political branches in the area of individual rights. Individual rights protection in Europe is much less hierarchical. In the interpretation and application of individual rights, the European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Communities, and the highest national courts all compete in institutionally unsettled relationships. Together with the general openness of these courts to comparative arguments, this non-hierarchical approach may prove to be more effective than its American example.

Drawing on examples pertaining to sports arbitration and to online arbitration, Thomas Schultz seeks to examine to what extent arbitral procedures may be simplified and accelerated before violating the parties' fundamental procedural rights. For this purpose, the author also considers the bearing human rights may have on arbitration, how they contribute to defining procedural rights in private justice. The chapter starts with a description of fast-track arbitral procedures, followed by a clarification of the due process issues such procedures raise. The applicability of the European Convention on Human Rights (ECHR) to the challenge of arbitral awards is then examined, concluding that it indirectly guarantees procedural rights, which may be enforced at the stage of an action to challenge the award. Thereafter, the author goes on to consider the parties' right to opt out of the due process rights contained in the Convention and national provisions. Finally, consideration is given to the situation where recourse to an arbitration restricting the parties' due process rights is imposed by factual circumstances weakening the true consent to arbitration. Such imposed due process restrictions, the author maintains, are admissible if they meet the conditions set by the traditional theory of the admissibility of human rights restrictions.

In the third chapter, Juan Carlos Landrove comments on the fact that the ECHR is silent as to its applicability to arbitration and so are its *travaux préparatoires*. Whereas a full applicability of ECHR to mandatory arbitration is uncontroversial, the potential impact of ECHR on consensual arbitration still leaves room for exploration. While ECHR is partially applicable to, and compatible with, arbitration, an arbitration agreement constitutes a partial waiver of Art. 6(1) ECHR guarantees. The scope of such waiver finds its limits in the chronological moment of the waiver: some "not so" fundamental rights are waivable before the fact, whereas other "more" fundamental rights touching upon public policy are only waivable after the fact. This is the reason why in some ECHR signatory countries, such as Belgium and Switzerland, the

statutory possibility for the parties to exclude (before the fact) any challenge proceedings against the arbitral award might be contrary to the ECHR where fundamental rights amounting to the public policy level were violated in the arbitral process. Therefore, the liability of a State (signatory to the ECHR) for violations of Art. 6(1) ECHR on its territory, within the frame of a consensual arbitration, might come into play by the mere existence (in its arbitration statute) of such exclusion of challenge proceedings before State courts. There must be a minimal State control over consensual arbitration and such exclusion prevents the State from checking the conformity of awards with the ECHR that aims at indirectly applying to consensual arbitration.

In his chapter, Gregor Chatton argues that, although it was at first designed to become the socio-economic pendant to the ECHR, Strasbourg's European Social Charter led, for many decades, a rather moribund and unnoticed existence. Yet, prior to the celebration of its 30th anniversary, far-reaching reforms were eventually undertaken. After the 1988 adoption of an Additional Protocol containing four new material guarantees, the works of an *ad-hoc* Committee gave birth to three new instruments: a 1991 Amending Protocol clarifying the respective roles of the Committee of Independent Experts and the Governmental Committee; a 1995 Collective Complaints Protocol (CCP) and the 1996 Revised Charter comprising new or adapted provisions. Since the CCP's entry into force on July 1st, 1998, the renamed European Committee of Social Rights (ECSR) has, as is illustrated in this chapter with selected case-law, developed a remarkable approach. Not only does the CCP system reinforce the pre-existing reporting procedure and set a dynamic *actio popularis* control, but it also shows the ECSR's ambition to exercise an effective quasi-judicial function. Moreover, the case-law underlines its determination to treat the Charter guarantees as fully-fledged human rights and to bridge the gap with ECHR provisions. The way towards an individual complaints system has hence been paved.

Finalement, dans son chapitre, Anne Benoît souligne que le nouvel article 29a de la Constitution fédérale suisse (Cst.), dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} janvier 2007, consacre pour la première fois dans l'ordre juridique interne suisse la garantie générale de l'accès au juge, c'est-à-dire la garantie que, une fois au moins au cours d'une procédure, la cause soit revue par un tribunal indépendant et impartial. Jusqu'alors, ce droit fondamental de nature procédurale était garanti par une disposition internationale, l'art. 6 § 1 CEDH, auquel renvoyait d'ailleurs directement l'art. 30 Cst. Le champ d'application de l'art. 29a Cst. est plus large que celui de l'art. 6 § 1 CEDH, puisqu'il englobe, notamment, les contestations dans le domaine du droit administratif au sens étroit. En revanche, contrairement à l'art. 6 § 1 CEDH, l'art. 29a Cst. est sujet à des exceptions prévues par le législateur. Les nouvelles lois sur le Tribunal fédéral (TF) et sur le Tribunal administratif fédéral (TAF)

concrétisent, à de nombreux égards, la garantie d'accès au juge. Cependant, le législateur fédéral y a fait un usage assez large de la compétence de créer des exceptions à la garantie consacrée à l'art. 29a, notamment en excluant un certain nombre de domaines tant du recours auprès du TAF que du recours devant le TF.

Dans la deuxième partie de l'ouvrage, trois contributeurs traitent des droits de l'homme sous l'angle de l'incrimination pénale et des *sanctions* qui peuvent en découler. Les thèmes abordés vont de l'incrimination du génocide en droit international pénal en général au droit pénal national et cantonal.

David Luban's essay argues that the legal and popular meanings of the word "genocide" have come apart, with disastrous consequences. In January 2005, a U.N. commission examining Darfur concluded that although crimes against humanity had been committed, genocide had not. This conclusion turned on technical differences between the two crimes, but it was immediately represented in the press as though Sudan had been "cleared" of genocide – and the result was a rapid deflation of political pressure to do something about Darfur. The author argues that theoretical and historical reasons once existed for distinguishing genocide from the crime against humanity of extermination – roughly, the former focuses on the group character of the victims while the latter focuses on the group character of the perpetrators; and these different emphases reflect different theories of value. But these reasons have been so significantly compromised by subsequent legal developments that the distinction no longer makes any sense. The result is moral and political confusion, for which the essay criticizes the Darfur Report. Luban concludes by recommending a change in the definition of genocide to bring the legal term into line with what the word has come to mean to everyone except international lawyers.

Dans son chapitre, Damien Scalia considère que l'impact qu'ont eu les droits de l'homme sur le droit pénal international semble *a priori* positif. Le temps de l'impunité des criminels de guerre et génocidaires est terminé, les victimes sont définitivement reconnues. Cependant, les droits de l'homme comprennent aussi des droits pour les accusés dont le principe de légalité des délits et des peines. Ce principe est un principe fondamental de tout système de droit. Il est composé du principe *nullum crimen sine lege* et du principe *nulla poena sine lege*. Ce dernier permet le respect des droits de la personne face à l'arbitraire possible du pouvoir exécutif et judiciaire. Il a aujourd'hui une place importante au sein du noyau dur des droits de l'homme : il est non seulement reconnu par la majorité des Etats, mais est aussi mentionné par les conventions internationales ou régionales relatives aux droits de l'homme. Or, si les juridictions pénales internationales *ad hoc* (Tribunaux Pénaux Internationaux pour l'Ex-Yougoslavie et pour le Rwanda [TPI]) ont pu valablement justifier

le respect du principe *nullum crimen sine lege*, il n'en est pas de même pour ce qui est du principe *nulla poena sine lege*, dont la question du respect reste ouverte. En effet, aucun texte international ne prévoit un *quantum* pour les infractions poursuivies par ces tribunaux. Ce chapitre effectue un constat sur les peines prononcées par les TPI et sur les critères mis en place pour fixer le tarif de celles-ci. L'auteur en tire comme conclusion que le respect *stricto sensu* du principe de légalité des peines pose des problèmes au niveau international.

Finalement, dans un chapitre plus historique, Patrick Fleury revient sur le fait que l'abolition de la contrainte par corps représente un acquis majeur de nos démocraties modernes, en ce sens que le moyen de la contrainte par l'emprisonnement a été remplacé par le mécanisme de l'exécution forcée. Abolie définitivement en 1874 au niveau fédéral en Suisse, cette institution trouve ses racines dans l'ancien droit romain et sera reprise dans les systèmes juridiques de l'Ancien Régime, de même que dans le Code civil français de 1804, pourtant d'influence révolutionnaire. Le chapitre examine en détail l'histoire de la contrainte par corps en se focalisant sur le droit romain et le droit des Cantons de Genève et de Vaud du XIX^e siècle, ainsi que sur le combat idéologique qui a poussé le législateur genevois, le premier en Suisse, à abolir la prison pour dettes. La dernière partie de la contribution se focalise sur le droit pénal moderne qui n'a pas complètement aboli la notion que ce soit par le biais du mécanisme de la conversion d'une amende non payée en jours d'arrêts, ou de par la création d'infractions spéciales autonomes visant à réprimer le débiteur qui ne s'acquitte pas du paiement d'une dette au détriment de ses créanciers.

La troisième partie de l'ouvrage regroupe trois contributions consacrées aux droits de l'homme dans le domaine de l'*asile*. Ces contributions traitent de la question sous l'angle du droit constitutionnel comparé et international, du droit de l'Union européenne, mais aussi du droit suisse.

In the first chapter, David Cole asks whether international human rights arguments are likely to be effective in advancing immigrants' rights in the United States. There are certainly reasons to be pessimistic. Despite its history as a nation of immigrants and the ever-increasing diversity of its population, the United States remain deeply parochial. International human rights arguments are often seen as the advocates' last refuge. In the absence of an international forum that can hold the United States accountable, and in the face of Congressional directives that the international human rights treaties it has ratified are not "self-executing," international human rights often seem only aspirational. International human rights arguments are rarely advanced in domestic U.S. courts, where they are broached, they are as often as not ignored or dismissed. Yet there are also reasons to be hopeful about the

potential for advancing immigrants' rights through international human rights. Human rights are just that—*human* rights—and therefore generally do not acknowledge distinctions in fundamental rights between citizens and noncitizens. Human rights offer a common language and standard for global pressure. And international law has always been an integral part of immigration law. Accordingly, human rights discourse offers tremendous normative power and potential for advancing social justice on behalf of foreign nationals in the United States. Analogizing to the New Deal revolution in the role of the federal government vis-à-vis the economy and rights protection, the chapter argues that we may be living in a similar global revolution marked by the simultaneous rise of a global economy and an international human rights regime. The author proposes a three-pronged strategy: advancing modest claims of statutory construction and constitutional interpretation in the courts; advocating more expansive conceptions of international human rights in the political and popular realms; and pushing for the creation of institutions and processes to bring international human rights considerations into domestic policymaking at the outset, before disputes arise.

In his chapter, Barry Junker starts by emphasizing that, in 2004, the European Union (EU) expanded from fifteen to twenty-five Member States. The same year also marked the end of the first phase of harmonization of EU asylum policy. This chapter examines the effects that the changes in asylum policy over the last ten years have had on the flow of asylum seekers into countries on both sides of the EU border. Following the accession of the ten new States in 2004, there has been a clear shift of thousands of asylum applicants from the EU Member States which were formerly at the border, such as Germany and Austria, to the new members such as Poland and the Slovak Republic. Eight of the ten new States are former countries of the Eastern bloc, and may not be as well suited to provide care and opportunity for asylum seekers as are EU Member States further West. This chapter proposes several recommendations for a fairer system of sharing the asylum burden among Member States and examines the prospects for improvement in the second phase of harmonization. Also discussed are Safe Third Country provisions and controversial proposals for examining asylum applications entirely outside of the European Union.

Finalement, Sandrine Rohmer traite de la question difficile des analyses génétiques en matière d'asile. Soumises à d'importants développements scientifiques au cours de ces vingt dernières années, les analyses génétiques constituent aujourd'hui des instruments privilégiés dans le cadre de procédures pénales ou civiles. Dans ce dernier domaine, les tests génétiques permettent notamment d'établir ou de réfuter l'existence d'un lien de filiation. Mais ces nouvelles techniques trouvent également application dans le cadre de procédures administratives. Ainsi, des analyses génétiques peuvent être

ordonnées à l'occasion de demandes de regroupement familial. En effet, toute personne réfugiée souhaitant faire venir des membres de sa famille en Suisse peut se voir imposer un test génétique afin d'établir l'existence de liens biologiques entre ces derniers et elle-même. Ethiquement discutables, ces analyses portent atteinte au droit à la protection de la sphère privée et doivent, dès lors, reposer sur une base légale adéquate. Force est de constater que cette condition n'est pas remplie en l'état actuel et qu'il conviendrait, à tout le moins, de clarifier rapidement la situation légale afin de réglementer l'utilisation de ces tests. En effet, seul un encadrement légal strict est à même de garantir aux personnes réfugiées et à celles qui demandent l'asile leur droit constitutionnel à la protection de la sphère privée.

Dans la quatrième partie du livre, trois contributions traitent des droits de l'homme dans le cadre plus ou moins large de la *famille*. Dans ce contexte, elles examinent des questions diverses comme la division entre famille et travail, la relation entre modèles sociaux et juridiques de la famille ou encore la violence domestique.

In the first chapter, Nina Pillard discusses the impact of the right to sex equality on the work-family fault line. The nondiscrimination norm, firmly rooted in international and domestic law, has not yet brought women equal economic and political power. This chapter argues that a reinvigorated understanding of the right to sex equality can bring the leverage of rights to bear in new ways on a particularly intractable form of sex inequality: sex stratification at the work-family fault line. That stratification persists as women flood into the paid labor force. Employers doubt women's workplace attachment and men's responsibility for family care, and governments and employers fail adequately to allow employees also to be caregivers. Women, who do most of society's family care, struggle to reconcile it with employment success, while men are deterred from doing their full share at home. The recent decision of the United States Supreme Court in *Nevada Department of Human Resources v. Hibbs* hints at an enlarged rights-based understanding of the dynamics of sex discrimination, and suggests that equality rights have unrealized potential to drive change. The Court in *Hibbs* upheld a national law giving both male and female workers a new right to family leave notwithstanding a states-rights challenge, because it saw the law as Congress's way of enforcing the federal constitutional right to sex equality. In so doing, the Court reinforced a strong anti-stereotyping strand in equality law, barring reliance on even accurate sex-based generalizations of women as caretakers and men as breadwinners. The Court went significantly further, however, in approving legislation designed to counteract neutral practices that disproportionately harm women (like failing to afford any family leave), and acknowledging that curtailing harmful stereotypes depends, at bottom, on changing the behavior patterns that trigger them. Finally, *Hibbs* may best be

read as tacitly linked to the European programmatic rights tradition – as not merely authorizing, but requiring legislative action to promote genuine sex equality.

Dans son chapitre, Marie-Laure Papaux Van Delden présente l'influence des droits de la personne sur les modèles familiaux. La trame de la présentation, traitant de l'influence des droits de la personne, d'abord sur les modèles familiaux institutionnalisés, mariage et fiançailles, puis sur les modèles familiaux informels, témoigne du glissement de l'institutionnalisé vers le non-institutionnalisé, dans le mouvement du statut au contrat. Or, l'influence des droits fondamentaux est déterminante dans le processus d'individualisation, de privatisation, qui a permis au droit contractuel de pénétrer le droit institutionnel du mariage. Inversement toutefois, l'informel devient formel, les concubins étant particulièrement légitimés, du fait du silence de la loi, à se fonder directement sur leurs droits fondamentaux pour obtenir la reconnaissance de prérogatives juridiques. Plus le relief juridique du concubinage s'étoffe, plus ce mode de vie s'institutionnalise. Aujourd'hui de surcroît, la reconnaissance de partenariats enregistrés rejoint une approche formaliste. De ce mouvement circulaire est née l'osmose des modèles familiaux. L'analyse s'attache à démontrer que la coïncidence entre définition légale et sociale du mariage se dessine, la démarcation claire entre mariage formel et informel s'effaçant suite à un processus continu dû à l'impact des droits fondamentaux. Au nom du principe de non-discrimination sur la base du mode de vie, comme de l'orientation sexuelle, s'impose en conclusion un traitement de la communauté de vie, relation de fait décisive à l'extension d'effets juridiques.

Finale­ment, Virginie Jaquierey et Micaela Vaerini Jensen entreprennent de discuter de la violence contre les femmes sous tous ses aspects juridiques. Selon elles, la violence contre les femmes constitue l'une des plus graves violations des droits de l'homme. Elle peut prendre plusieurs formes : violence conjugale, mutilations génitales, viols, agressions, harcèlement sexuel, esclavage domestique, traite des femmes ou prostitution forcée. De plus, dans certains cas, elle peut également être perpétrée ou tolérée par l'Etat (viols dans les conflits armés, mutilations génitales tolérées dans certains pays). Les auteurs se limitent à présenter un type particulier de violence, la violence domestique à l'égard des femmes. Ce type de violence, qui peut être défini par toute contrainte ou acte violent infligé à une femme au sein d'une relation familiale, conjugale ou maritale en cours ou dissoute, est particulièrement difficile à détecter car elle se déroule le plus souvent sous le toit familial. Néanmoins, on estime que dans le monde, une femme sur quatre est victime de violence domestique au moins une fois dans sa vie. Il existe donc un véritable problème de santé publique reflétant clairement la discrimination sociale dont les femmes font l'objet. L'ampleur de ce problème a pour

conséquence que la lutte contre la violence domestique ne peut plus se limiter à la sphère privée, mais doit relever désormais du domaine public. Il est de la responsabilité des Etats de protéger leurs citoyens et citoyennes contre ce phénomène. Il ne s'agit en effet pas de simples conflits conjugaux, mais bien d'un acte punissable par la loi, portant atteinte à la liberté et aux droits de l'homme. Plusieurs mesures peuvent être envisagées, certaines juridiques et judiciaires, et d'autres plutôt incitatives et éducatives. Le but de ce chapitre est de donner un aperçu des mesures et des méthodes de travail actuellement en vigueur au niveau international, européen et suisse en vue de protéger les femmes contre la violence conjugale.

La cinquième partie du livre comprend deux contributions sur les droits de l'homme qui touchent aux *minorités*. Les thèmes abordés dans ce contexte sont très divers et vont de la place de la liberté religieuse dans l'éducation publique en Europe et aux Etats-Unis aux droits des Tziganes en Suisse.

In her chapter, Kristen Young delineates the scope of religious freedom in public education. The United Nations Declaration on Human Rights recognizes freedom of religion as a fundamental human right. While freedom of religion, or freedom of conscience, is guaranteed and protected both in Europe, by Article 9 of the European Convention on Human Rights, and in the United States, by the First Amendment to the United States Constitution, the contours of this fundamental human right differ markedly from country to country. Through an examination of the issue of religious garb in public schools, the chapter aims to examine some of the similarities and differences with respect to how freedom of religion is understood and protected in Europe and in the United States. Through a comparative analysis of religious garb in public schools, the author attempts to demonstrate that while the legal frameworks set up to define and protect religious freedom in Europe and in the United States may be similar, the actual legal outcomes produced by these frameworks often turn on normative preferences which reflect social, cultural, and historical context.

La contribution de Joëlle Sambuc Bloise est consacrée à une minorité très particulière en Suisse : les Tziganes. Les Tziganes suisses forment une communauté reconnue depuis peu en tant que minorité nationale aux caractéristiques ethno-culturelles. Le mode de vie nomade qu'exerce encore une fraction de cette communauté fait partie de son identité culturelle. L'interdiction de la discrimination, consacrée notamment à l'article 8 al. 2 Cst., prohibe toute distinction injustifiée, fondée directement ou indirectement sur le mode de vie, ayant pour effet de porter atteinte à la dignité de ceux qui l'exercent. Pourtant, l'ordre juridique suisse est encore essentiellement adapté aux exigences de son opposé, la sédentarité, et peine à intégrer celles découlant de l'itinérance traditionnelle des Tziganes. Cette difficulté est bien

illustrée par la définition de la notion de domicile. Or, que cela soit les articles 23ss CC ou les législations fédérales et cantonales en matière de droits politiques, cette notion est fondamentale pour les particuliers dans leurs relations avec l'Etat. En ne prenant pas du tout en considération l'hypothèse du nomadisme, ou alors d'une manière insatisfaisante, ces normes attestent du hiatus encore persistant entre la reconnaissance formelle de la minorité nationale tzigane suisse et la réalisation de l'égalité en droit et en fait de ses membres.

La sixième partie de cet ouvrage regroupe deux contributions consacrées à la relation entre les droits de l'homme et le *dommage* en droit national et international. Les questions traitées vont des problèmes de juridiction internationale posés par les dommages causés à des étrangers aux dommages environnementaux.

In his chapter, Carlos Vázquez examines two puzzles in the relationship between the international law of jurisdiction and the international law of human rights. The first concerns the claim that litigation under the Alien Tort Statute (ATS) in the United States reflects the emergence of a new category of jurisdiction – universal civil jurisdiction. Universal civil jurisdiction is apparently a form of prescriptive jurisdiction. But, if the ATS confers jurisdiction only in cases involving violations of established principles of international law, in what sense is the United States prescribing law in these cases? The key to solving this puzzle is to distinguish between primary and secondary rules of international law. Although the United States is not prescribing primary rules in ATS cases, it is prescribing secondary or remedial rules by making a remedy available against individuals who violate (some) primary rules of international law. The second puzzle concerns the relationship between the international-law doctrine of universal jurisdiction and the idea that fundamental human rights obligations are obligations *erga omnes*. The former doctrine tells us that states may prescribe remedies for violations of human rights having no connection to it, but only with respect to a small number of human rights. The latter idea tells us that states may respond with countermeasures to other states' violations of all fundamental human rights. The solution to this puzzle apparently requires a distinction between a state's power to take action at the state-to-state level against states that violate fundamental human rights and a state's power to enforce those rights directly against individuals in other states.

In the second chapter, Dominique Vincent starts from the observation that, with increased globalization, the actions of multinational corporations have gone largely unchecked in the developing world, generally affecting individuals from the most socially and economically marginalized sectors of lesser developed nations. As a result, these individuals have tried to find

recourse for actions taken by these multinational corporations, but have struggled in finding a forum in which to litigate their claims. The author explores the options plaintiffs have against these multinational corporations, in the United States, in their domestic courts, and using international law. Unless the United States is willing to provide a forum to litigate claims which stem from American companies, they are allowing powerful multinational corporations unlimited power over the most disempowered groups of the developing world. The international community cannot currently provide a better one, but legal doctrines such as forum non conveniens and the Alien Tort Claims Act prevent litigants from bringing their claims in the American court system. Despite the fact that causing environmental harm and destruction is emerging as a violation of customary international law, the international human rights community has not yet provided a forum to litigate these claims.

Dans la septième partie de l'ouvrage, trois auteurs examinent différents aspects du *contrat* à la lumière des droits de l'homme. Les thèmes couverts vont des clauses dites « droits de l'homme » qui s'appliquent en matière privée et de l'application des droits de l'homme aux tâches étatiques privatisées aux droits de l'homme intégrés au droit du travail.

Dans le premier chapitre, Fabien Mangilli traite des clauses « droits de l'homme » insérées dans les accords conclus par l'Union européenne avec les Etats tiers, et notamment avec l'Amérique latine. Ces clauses prévoient que le respect des droits de l'homme et des principes démocratiques constitue un élément essentiel de l'accord. Leur violation peut entraîner la suspension ou la dénonciation de ce dernier. La base juridique des clauses « droits de l'homme » ne pose guère de problème, hormis peut-être en ce qui concerne l'accord avec le Mexique. Par contre, on constate que leur contenu manque singulièrement de cohérence et de précision. En effet, l'énumération des droits à protéger n'est pas uniforme. D'autre part, aucune définition de ces derniers n'est prévue. Enfin, la mise en œuvre des clauses « droits de l'homme » n'est fixée que dans trois accords avec l'Amérique latine, les autres ne contenant aucune disposition à ce sujet. Il est donc suggéré d'essayer de rétablir une certaine cohérence. Tout d'abord, il pourrait être judicieux d'instituer une base juridique unique. D'autre part, il conviendrait de prévoir une énumération et une définition uniformes des droits à protéger. Enfin, la typologie des sanctions et la procédure à suivre devraient également être fixées dans l'accord.

Markus Kern examine quant à lui le phénomène inverse : l'application des droits de l'homme à des particuliers du fait de la privatisation de tâches étatiques. Les privatisations entreprises ces dernières années constituent un ébranlement de la dichotomie entre la sphère de l'Etat et celle du marché.

Ainsi, les règles applicables à ces secteurs privatisés ont été soumises à un changement sensible. En ce qui concerne plus particulièrement les droits fondamentaux, se pose la question de savoir sous quelles conditions ils peuvent encore être applicables aux entités privatisées et à partir de quel moment les acteurs privatisés peuvent les invoquer auprès de l'Etat. Cette question ne trouve qu'une réponse vague dans le lien établi par l'art. 35 al. 2 Cst. entre l'application des droits fondamentaux et la notion de tâche de l'Etat. Le chapitre tente de synthétiser la jurisprudence récente rendue à ce sujet tout en mettant l'accent sur les domaines dont la privatisation n'a pas été complètement réalisée. C'est dans ces secteurs en transition que l'applicabilité des droits fondamentaux doit être maintenue à la double condition que le passage vers la concurrence ne soit pas encore entièrement réalisé et qu'une prestation revêtant un caractère essentiel soit en jeu.

Finalement, Valérie Berset Bircher s'interroge sur la place des droits de l'homme en droit du travail. L'attention internationale se porte sur les relations entre le monde économique et les droits de l'homme depuis une dizaine d'années; il est donc utile d'analyser comment nos droits nationaux s'adaptent à cette question. L'auteure produit une étude comparée et historique de l'influence de l'article 8 CEDH sur le droit du travail. Dans un premier temps, par les développements historiques, il est démontré que les droits de l'homme et la vie privée en particulier sont des droits qui font partie du droit du travail et que le droit à la vie privée peut être invoqué entre particuliers. Dans un deuxième temps, les composantes de l'article 8 CEDH que sont la vie privée, la vie familiale, le domicile et la correspondance sont approfondies dans le contexte des relations de travail. L'étude de la jurisprudence et de la doctrine met en exergue les différences et les similitudes qui existent entre le droit français du travail et le droit suisse du travail. L'ensemble des problématiques liées à la protection de la vie privée sur le lieu de travail n'a pas pu être traité par l'auteur, mais le chapitre met un accent particulier sur la notion de vie privée à l'heure des technologies de l'information.

La dernière partie de l'ouvrage est consacrée à la relation entre droits de l'homme et *propriété* au sens large. Deux contributions en traitent sous deux angles différents: celui de la sortie de conflit, d'une part, et celui du bail à loyer, d'autre part.

In the first chapter, Gregory Wierzynski argues that property disputes are among the most common, problematic and complex issues in post-conflict reconstruction. Despite their significance, however, property disputes had been traditionally overlooked by scholars and practitioners. In recent years, a trend has emerged to address property disputes through property restitution. By analyzing the case studies of Bosnia-Herzegovina, Iraq and Rwanda, the chapter argues that property restitution is justified on both policy and legal

grounds, so long as it is properly calibrated to existing social circumstances. Wierzynski also addresses the issue of international involvement, concluding that restitution is best administered with the aid of the international community, which can provide much-needed resources and neutrality. The chapter concludes by acknowledging the limitations of restitution and arguing that effective post-conflict reconstruction will require developing and implementing additional, complementary mechanisms of addressing property disputes.

Finalement, en droit suisse, comme l'explique Peter Ling, le droit au logement est garanti par l'art. 11 al. 1 du Pacte I de l'Organisation des Nations Unies. Cette garantie formelle ne fournit toutefois aucune précision sur le contenu de ce droit de l'homme, notamment sur son (in)applicabilité directe par les tribunaux. L'examen des sources constitutionnelles ainsi que de la jurisprudence suisses montre que le droit au logement ne remplit probablement pas les critères pour être considéré comme justiciable. De façon semblable aux obligations de moyens du droit privé, le droit au logement constitue plutôt un standard à l'attention du législateur, chargé de veiller au respect de ce besoin humain fondamental dans les différents domaines du droit. Prenant l'un de ces domaines comme exemple, le chapitre examine si le système de la résiliation des baux d'habitation en droit suisse est conforme au droit au logement. Au-delà du droit au logement, le contrat de bail touche plusieurs principes de rang constitutionnel (liberté économique, garantie de propriété) que les règles sur la résiliation doivent également respecter. Le chapitre examine l'effet horizontal de ces dispositions. Sur un plan général, on constate que les règles protectrices des locataires vont souvent au-delà de la simple protection de la partie faible. L'examen des mécanismes spécifiques de protection des locataires contre les congés tend à prouver que l'effet horizontal des droits fondamentaux touchés joue un rôle indispensable à la compréhension du système.

Cet ouvrage n'aurait pas pu voir le jour sans l'aide de deux personnes auxquelles nous aimerions exprimer toute notre gratitude. Il s'agit de Mme Patrizia Di Crescenzo, secrétaire à la Chaire de droit civil, de droit des obligations et de droit privé européen de l'Université de Fribourg, qui a apporté son aide précieuse à l'organisation du séminaire de Charmey, et de M. Nils Kapferer, assistant à la Chaire de droit international public et de droit européen de l'Université de Fribourg, qui a fait preuve de beaucoup de minutie et de patience dans l'édition de cet ouvrage. Nous souhaitons également remercier le Professeur Markus Schefer, de l'Université de Bâle, de sa présence et participation active durant l'intégralité du séminaire. Par ses

connaissances du droit constitutionnel américain, il a joué un rôle précieux d'intermédiaire et largement contribué au succès de l'entreprise.

Fribourg/Genève, le 30 juin 2006